



**ПОСТІЙНО ДІЮЧА АДМІНІСТРАТИВНА КОЛЕГІЯ
АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ СКАРГ ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ**

вул. Митрополита Василя Липківського, 45, м. Київ-35, 03680,

тел.: (044) 594-64-12, факс: (044) 520-10-42

<http://www.amc.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

№ 1129-р/пк-ск від 13.07.2015

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю "ЛІКОВІТ"
вул. Мостицька, 20, офіс 3,
м. Київ, 04108

Департамент охорони здоров'я
Донецької обласної державної
адміністрації

вул. Остапа Вишні, 24,
м. Краматорськ,
Донецька обл., 84331

Уповноважений орган з питань
державних закупівель

Державна казначейська служба
України

РІШЕННЯ

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (надалі – Колегія), розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю "ЛІКОВІТ" (надалі – Скаржник, ТОВ "ЛІКОВІТ") від 01.07.2015 б/н (zareєстровану в Комітеті 01.07.2015 за № 8-20/1825-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Департаментом охорони здоров'я Донецької обласної державної адміністрації (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "код 21.20.1. Ліки (21.20.12-60.00 Ліки, з умістом інсуліну, але не антибіотиків, терапевтичної призначеності, дозовані чи розфасовані для роздрібної торгівлі)" [оголошення № 141265, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 03.06.2015 № 264 (03.06.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

На розгляд Колегії надійшла скарга, в якій Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема:

- прийняти Скаргу до розгляду;
- призупинити Процедуру закупівлі;

- зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 02.07.2015 № 1038-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

Листом від 02.07.2015 № 20-29.2/05-2386-дз Колегією до Замовника був надісланий запит про надання інформації та документів щодо проведення ним Процедури закупівлі.

Листом від 07.07.2015 № 01/35-944 Замовник надав на розгляд Колегії документи, що стосуються проведення ним Процедури закупівлі.

У ході розгляду матеріалів та інформації, отриманих стосовно Скарги, Колегією встановлено наступне.

ТОВ "ЛІКОВІТ" у Скарзі зазначає, що в документації конкурсних торгів Замовником встановлено умови, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації Скаржника, як учасника Процедури закупівлі.

1. За твердженням ТОВ "ЛІКОВІТ", умова документації конкурсних торгів щодо надання учасником оригіналу гарантійного листа виробника (представництва, філії виробника, якщо їх відповідні повноваження поширюються на територію України), яким виробник підтверджує можливість поставки предмету закупівлі цих торгів зі строками придатності та в терміни, визначені цією документацією та пропозицією учасника торгів, порушує основні принципи здійснення державних закупівель, визначених статтею 3 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон), оскільки ставить Скаржника в пряму залежність від інших учасників ринку даних товарів (в тому числі, від виробників даних товарів), які можливо також будуть брати участь у торгах, та дискримінує тих учасників, які працюють не напряму із виробниками даних товарів, а з їх дистриб'юторами.

Скаржник звертає увагу на те, що в Україні діє механізм державного контролю якості лікарських засобів, передбачений Законом України "Про лікарські засоби" та іншими нормативно-правовими актами. Особи, винні в порушенні законодавства про лікарські засоби, несуть цивільно-правову або кримінальну відповідальність згідно із законодавством.

За твердженням Скаржника, надання учаснику виробником гарантійних листів на участь у конкретних торгах жодним чином не гарантує Замовнику своєчасної та належної поставки товару в майбутньому, оскільки згідно укладеного договору поставки обов'язок щодо своєчасного та належного постачання товару візьме на себе саме учасник торгів, а не виробник або представництво виробника, які не несуть жодної відповідальності перед Замовником.

Таким чином, на думку ТОВ "ЛІКОВІТ", зазначена умова документації конкурсних торгів направлена на штучне звуження кола учасників конкурсних торгів та, відповідно, їх дискримінації.

У зв'язку з наведеним, Скаржник вважає за необхідне виключити з документації конкурсних торгів умову щодо надання оригіналів гарантійних листів від виробників.

Замовник у своїх поясненнях повідомляє, що зазначена умова документації конкурсних торгів не є дискримінаційною, оскільки, по-перше, Скаржник не повідомляє щодо яких конкретно товарів він не може надати гарантійні листи і якими причинами це обумовлене, а по-друге, надання учасниками Процедури закупівлі гарантійного листа виробника лише підтверджує надійність потенційного учасника і виробника щодо вчасної поставки якісного товару у разі перемоги у Процедурі закупівлі.

Замовник зазначає, що така умова документації конкурсних торгів не порушує вимоги законодавства України у сфері державних закупівель та не створює перешкод для участі у Процедурі закупівель жодному з потенційних учасників, який насправді має можливість гарантовано поставляти якісні товари, що є предметом закупівлі.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 3.2 розділу 3 документації конкурсних торгів пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна складатися, зокрема, з документального підтвердження відповідності пропозиції конкурсних торгів учасника технічним та якісним вимогам по предмету закупівлі, встановленим Замовником медико-технічних вимог (додаток 3).

Відповідно до пункту 3.7 розділу 3 документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі повинні надати в складі пропозицій конкурсних торгів документи, які підтверджують відповідність пропозиції конкурсних торгів учасника технічним, якісним, кількісним та іншим вимогам до предмета закупівлі, встановленим замовником.

Інформація про необхідні медико-технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі визначені у додатках 3 та 4 документації конкурсних торгів.

Відповідно до пункту 7 додатку 3 документації конкурсних торгів учасник повинен надати в складі пропозиції конкурсних торгів документи, які підтверджують відповідність пропозиції конкурсних торгів учасника технічним, якісним, та іншим вимогам до предмета закупівлі, встановленим замовником, а саме: з метою запобігання закупівлі фальсифікатів та отримання гарантій на своєчасне постачання товару у кількості, якості та зі строками придатності, яких вимагає ця документація, учасник надає оригінал гарантійного листа виробника (представництва, філії виробника, якщо їх відповідні повноваження поширюються на територію України), яким виробник підтверджує можливість поставки предмету закупівлі цих торгів зі строками придатності та в терміни, визначені цією документацією та пропозицією учасника торгів.

ТОВ "ЛІКОВІТ" у Скарзі не зазначено та документально не підтверджено, яким чином зазначені вище вимоги документації конкурсних торгів порушують його права та законні інтереси, пов'язані з участю у Процедурі закупівлі, та перешкоджають подати свою пропозицію конкурсних торгів.

Отже, у Колегії відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

2. ТОВ "ЛІКОВІТ" у Скарзі зазначає, що умова документації конкурсних торгів стосовно подання пропозицій конкурсних торгів щодо предмету закупівлі в цілому погіршує конкуренцію та призводить до обмеження кола учасників торгів, у зв'язку з тим, що не всі учасники можуть запропонувати весь перелік препаратів, що закуповуються Замовником.

Крім того, Скаржник вважає, що для підтримки вітчизняних виробників лікарських засобів, препарати яких більш економічно вигідні та мають спрощену систему поставки, доцільним також є виділення препаратів вітчизняного виробництва в окремий лот.

Таким чином, Скаржник стверджує, що умова документації конкурсних торгів стосовно подання пропозицій конкурсних торгів щодо предмету закупівлі в цілому порушує визначені Законом принципи здійснення державних закупівель.

Тому ТОВ "ЛІКОВІТ" вважає за необхідне внести зміни до документації конкурсних торгів шляхом поділу предмета закупівлі на окремі лоти та надання можливості учасникам подавати свої пропозиції конкурсних торгів за кожним лотом окремо.

Замовник у своїх поясненнях повідомляє, що зазначена умова документації конкурсних торгів не є дискримінаційною, оскільки Скаржник не повідомляє, які саме товари він не може запропонувати і якими причинами це обумовлене.

За твердженням Замовника, предмет закупівлі визначений ним у відповідності до вимог чинного законодавства України у сфері державних закупівель та не створює перешкод для участі в Процедурі закупівлі жодному з потенційних учасників.

Також Замовник повідомляє, що з огляду на те, що законодавством України у сфері державних закупівель не передбачається розмежування предмета закупівлі за принципом "вітчизняний виробник-імпортний виробник", він не визначав окремі частини предмету закупівлі за таким принципом.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 2.1 розділу II Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Міністерства економіки України від 26.07.2010 № 921, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 06.08.2010 за № 623/17918 (надалі – Порядок визначення предмета закупівлі) предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником згідно з пунктами 20 і 27 частини першої статті 1 Закону України "Про здійснення державних закупівель" та на основі Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016:2010, затвердженого наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 року № 457, за показником п'ятого знака (класифікаційне угруповання "категорія") із зазначенням у дужках конкретної назви товару чи послуги.

При цьому замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками шостого - десятого знаків зазначеного Класифікатора, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

Відповідно до пункту 1.3 розділу 1 документації конкурсних торгів предмет закупівлі визначений Замовником як "код ДК України 016-2010: 21.20.1 – ліки (21.20.12-60.00 Ліки, з умістом інсуліну, але не антибіотиків, терапевтичної чи профілактичної призначеності, дозовані чи розфасовані для роздрібною торгівлі)".

Відповідно до пункту 3.8 розділу 3 документації конкурсних торгів окремі частини (лоти) предмета закупівлі не передбачені. Учасник має право подати лише одну пропозицію конкурсних торгів щодо предмета закупівлі в цілому.

Подання альтернативних пропозицій не передбачено.

Відповідно до пункту 3.7 розділу 3 документації конкурсних торгів інформація про необхідні медико-технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі визначені у додатках 3 та 4 документації конкурсних торгів.

В додатку 4 документації конкурсних торгів визначений перелік товарів, які є предметом закупівлі, у кількості – 41 позиція.

ТОВ "ЛІКОВІТ" у Скарзі не зазначено та документально не підтверджено, яким чином зазначені вище вимоги документації конкурсних торгів порушують його права та законні інтереси, пов'язані з участю у Процедурі закупівлі, та перешкоджають подати свою пропозицію конкурсних торгів.

3. ТОВ "ЛІКОВІТ" у Скарзі зазначає, що встановивши в документації конкурсних торгів умову, відповідно до якої що Замовник повертає забезпечення пропозиції конкурсних торгів учаснику на його розрахунковий рахунок протягом 3 банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів, Замовник порушив положення статті 560 Цивільного Кодексу України частини третьої глави 4 Постанови Правління Національного Банку України від 15.12.2004 № 639 "Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах" (надалі – Положення) та частини четвертої статті 24 Закону.

Скаржник зазначає, що формулювання Замовника, викладене у документації про "повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів Учаснику на його розрахунковий рахунок" суперечить чинному законодавству, що регулює порядок надання банківських гарантій, так як за умовами банківської гарантії учасник не перераховує ніяких коштів на рахунок Замовника.

У зв'язку з наведеним Скаржник вважає, що Замовник зобов'язаний виключити з документації конкурсних торгів формулювання про повернення забезпечення на розрахунковий рахунок учасника.

Замовник у своїх поясненнях повідомляє, що він погоджується вилучити з документації конкурсних торгів суперечливу фразу та викласти її наступним чином: "...Замовник повертає забезпечення пропозиції конкурсних торгів Учаснику протягом 3 банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів...".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Пунктом 3.4 розділу 3 документації конкурсних торгів визначено, що "Замовник повертає забезпечення пропозиції конкурсних торгів учаснику на його розрахунковий рахунок протягом 3 банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів".

Відповідно до статті 560 Цивільного кодексу України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Згідно зі статтею 653 Цивільного кодексу України у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією гарант зобов'язаний сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії.

Згідно з частиною четвертою статті 24 Закону замовник повинен повернути забезпечення пропозиції конкурсних торгів учаснику протягом трьох банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

Відповідно до пункту 3 глави 4 Положення сплата за вимогою/повідомленням коштів бенефіціару за гарантією здійснюється банком-гарантом (резидентом) на умовах і в строки, передбачені гарантією для оплати вимоги/повідомлення, та згідно з інструкціями і реквізитами, зазначеними в тексті гарантії та/або у вимозі/повідомленні, отриманими від бенефіціара/банку бенефіціара або іншого банку.

Банк-гарант (резидент) здійснює перерахування коштів з рахунку, на якому обліковувалися кошти принципала для грошового забезпечення (покриття) гарантії, або з інших відповідних рахунків банку-гаранта (резидента). Якщо гарантія надавалася за рахунок іншого забезпечення, прийнятого для банку, то банк-гарант вирішує питання щодо погашення заборгованості принципала шляхом звернення стягнення на предмет застави або договірної списання коштів з поточних/депозитних рахунків принципала, або шляхом проведення інших дій, передбачених законодавством України (за умови, якщо це передбачено договором).

Враховуючи наведене, а також інформацію Замовника про готовність внесення змін до документації конкурсних торгів, Замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення до документації конкурсних торгів відповідних змін.

Враховуючи інформацію, викладену у мотивувальній частині цього рішення, Колегією встановлено, що під час проведення Процедури закупівлі Замовник допустив порушення, які на момент прийняття Колегією цього рішення можна виправити шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Згідно з абзацами першим та другим частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність порушення процедури закупівлі (в тому числі порушення порядку публікації, оприлюднення або неоприлюднення інформації про державні закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені у технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів) або, у разі неможливості виправити допущені порушення, відмінити процедуру закупівлі.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі та в межах одержаної за скаргою інформації, виходячи з положень абзацу третього частини одинадцятої статті 18 Закону.

Наведені вище обставини свідчать про наявність підстав для задоволення Скарги частково.

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8, статтею 18 Закону України "Про здійснення державних закупівель", Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати Департамент охорони здоров'я Донецької обласної державної адміністрації внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "код 21.20.1. Ліки (21.20.12-60.00 Ліки, з умістом інсуліну, але не антибіотиків, терапевтичної призначеності, дозовані чи розфасовані для роздрібною торгівлі)" [оголошення № 141265, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 03.06.2015 № 264 (03.06.2015)] з метою усунення порушень, наведених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

В. ПОЛЮХОВИЧ