



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

вул. Митрополита В. Липківського, 45, м. Київ-35, 03680,
тел.: (044) 594-64-12, факс: (044) 520-10-42; <http://www.amc.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

№ 1736-р/пк-ск від 29.09.2015

вих. лист

від

№

Фізична особа-підприємець
Терещенко Наталія Володимирівна
вул. Софії Перовської, 9,
м. Кривий Ріг, 50036

Комунальна установа Львівської обласної
ради "Львівський регіональний
фтизіопульмонологічний клінічний
лікувально-діагностичний центр"
вул. Зелена, 477, м. Львів, 79000

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 фізичної особи-підприємця Терещенко Наталії Володимирівни (надалі – Скаржник, ФОП Терещенко Н. В.) від 01.09.2015 № 40 (zareestrovana в Комітеті 02.09.2015 за № 8-20/2610-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення комунальною установою Львівської обласної ради "Львівський регіональний фтизіопульмонологічний клінічний лікувально-діагностичний центр" (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "20.59.1. Плівка радіографічна, флюорографічна, проявник для автоматичної обробки рентгенівської плівки, фіксаж для автоматичної обробки рентгенівської плівки, плівка лазерна медична" [оголошення № 157006, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 02.07.2015 № 284 (02.07.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, встановити факт порушення Замовником Процедури закупівлі та зобов'язати Замовника привести документацію конкурсних торгів (надалі – Документація) у відповідність до вимог законодавства, у тому числі, усунути дискримінаційні умови, а у випадку неможливості виправити допущені порушення – відмінити Процедуру закупівлі.

Рішенням Колегії від 03.09.2015 № 1525-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та призупинена Процедура закупівлі на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 03.09.2015 № 20-29.3/06-3454-дз Замовник листом від 11.09.2015 № 1238 надав копії документів та пояснення щодо проведення ним Процедури закупівлі.

У ході розгляду Скарги та наданих Замовником документів, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегією встановлено наступне.

ФОП Терещенко Н. В. у Скарзі повідомила, що Документація складена з порушенням принципів здійснення державних закупівель, визначених Законом України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон), що призводить до порушення її прав та інтересів.

1. Скаржник зазначив, що Документацією не передбачений поділ предмета закупівлі на окремі частини (лоти); Замовником закупуються товари за одинадцятьма позиціями в одному лоті.

За інформацією ФОП Терещенко Н. В., на ринку України фасування радіографічної медичної універсальної плівки, визначеної у позиціях №№ 4, 5, саме в упаковках по 6 та по 20 аркушів є "суто специфічним"; продукція (рентгенплівка) з таким способом фасування представлена лише окремими виробниками, зокрема, ТОВ "Лізоформ Медікал" (Україна) та Компанією Carestream Health, Inc. (США), які випускають (представляють) відповідну продукцію під торговою маркою "Kodak", та Компанією AGFA HEALTHCARE N.V. (Бельгія), що випускає продукцію під торговою маркою "Agfa".

ФОП Терещенко Н. В. повідомила, що зазначена у Документації рентгенплівка відповідних розмірів випускається значно більшою кількістю виробників, зокрема, вітчизняними – ПП "Онiко", ТОВ "Поиск-Нік" та іноземними – Sony Corporation, Fujifilm Corporation, Valmex Photographische Produkte GmbH тощо, у розфасовках по 100 та/або 50 аркушів, яка є більш загально прийнятою у даній галузі.

Крім цього, Скаржник зазначив, що вищенаведене відноситься також і до позиції № 11 предмету закупівлі. За інформацією Скаржника, в принтерах (камерах) для друку медичних зображень Кодак 8100 (як і в інших подібних принтерах (камерах), зокрема, Kodak Dry View 8150, 8200, 8300, 8900 тощо), використовується унікальна за своїми характеристиками плівка (інфрачервоно-чутлива, спеціально сенсibilізована під інфрачервоний лазерний діод, зі спеціальною системою ідентифікації (чіпом) плівки (упаковки) тощо), яка випускається за запатентованою технологією Dry View саме торгівельної марки "Kodak". Плівка інших виробників, у тому числі, що випускається під загальновідомими торгівельними марками (фірмовими позначеннями) та призначена для термодруку, позбавлена такої унікальної риси (характеристики), як лазерне експонування (використовуються інші термоелементи, аніж лазер), та не може бути використана в зазначених принтерах (камерах), а отже надання еквіваленту вбачається неможливим.

На думку ФОП Терещенко Н. В., Замовник обмежив коло потенційних учасників Процедури закупівлі лише тими, які зможуть запропонувати за позицією № 11 вищезгадану плівку.

Скаржник також зазначив, що для підтвердження еквівалентності товару, запропонованому у документації конкурсних торгів, учасник повинен надати документи, надані установами та підприємствами, які атестовані та мають всі дозвільні документи, на право проведення зазначеної діяльності (оригінал або належним чином завірена копія), що підтверджують еквівалентність товару, що пропонується, до товару предмету закупівлі, зазначеному у документації конкурсних торгів. При цьому, згідно з наданими Замовником роз'ясненнями, які оприлюднені на веб-порталі Уповноваженого органу, такими установами є державне підприємство "Український медичний центр сертифікації" та державне підприємство "Всеукраїнський державний науково-виробничий центр стандартизації, метрології, сертифікації та захисту прав споживачів".

Таким чином, на думку Скаржника, зазначена умова Документації надає перевагу одним учасникам, зокрема, виробнику плівки Kodak Dry View (DVB, DVB+, DVB+ Premium,

DVC) та його прямим представникам порівняно з іншими, які б могли запропонувати еквівалент (що неможливо, як зазначено вище), оскільки останні вимушені отримувати додаткові документи від третіх осіб.

ФОП Терещенко Н. В. зауважує, що вона позбавлена можливості надати пропозицію за позиціями №№ 4, 6 та 11 предмету закупівлі, оскільки не є виробником та авторизованим представником виробника (не має прямих відносин з виробником) плівки з формою фасування по 6 та 20 аркушів та плівки Kodak Dry View (DVB, DVB+, DVB+ Premium, DVC).

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що відповідно до норм законодавства Замовник не зобов'язаний, а має право розділяти предмет закупівлі на лоти; він може визначити окремі частини предмета закупівлі за показниками шостого – десятого знаків Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016:2010, в даному випадку предметом закупівлі є товар, який класифікується за показником п'ятого знаку ДК 016:2010.

Крім цього, Замовник зазначив, що Документацією передбачена можливість надання еквіваленту.

Замовник повідомив, що у Реєстрі оптово-відпускних цін на вироби медичного призначення станом на 26.08.2015 міститься інформація про п'ятьох виробників, що виготовляють продукцію, еквіваленту тій, що зазначена у позиціях №№ 4 та 5 предмету закупівлі (плівка по 6 та 20 аркушів), зокрема, ТОВ "Лізоформ Медікал", Carestream Health, AGFA Healthcare, ТОВ "Посік-Ніка" тощо).

Стосовно позиції № 11 предмету закупівлі Замовник зазначив, що даний товар має еквівалент, що виробляється ТОВ "Лізоформ Медікал".

На підтвердження (на думку Замовника) вищевказаної інформації, Замовник на розгляд Колегії надав копії витягів з Реєстру оптово-відпускних цін на вироби медичного призначення.

Таким чином, Замовник вважає, що вимога Документації стосовно фасування плівки по 6 та 20 аркушів у коробці є оптимальною та зручною і не обмежує конкуренцію серед учасників.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

1.1. Відповідно до пункту 27 частини першої статті 1 Закону товари – продукція, об'єкти будь-якого виду та призначення, у тому числі, сировина, вироби, устаткування, технології, предмети у твердому, рідкому і газоподібному стані, а також послуги, пов'язані з постачанням товарів, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів.

Згідно з пунктом 21 частини першої статті 1 Закону предмет закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі, на які учасникам дозволяється подавати пропозиції конкурсних торгів (кваліфікаційні, цінові пропозиції) або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому Уповноваженим органом. Для проведення процедури закупівлі має бути не менше двох пропозицій, крім випадків застосування замовником переговорної процедури закупівлі.

Порядком визначення предмета закупівлі, затвердженим наказом Міністерства економіки України від 26 липня 2010 року № 921 (зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 6 серпня 2010 року за № 623/17918), зі змінами, внесеними згідно з наказом Міністерства економіки України від 16.09.2014 № 1112 встановлено, що предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником, зокрема, 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 знаку (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 3 розділу 1 Документації предметом закупівлі є "20.59.1 Фотопластинки й фотоплівки, плівка для миттєвого друку; фотохімікати та фотографічні незмішані речовини (плівка радіографічна, флюорографічна, проявник для автоматичної обробки рентгенівської плівки, фіксаж для автоматичної обробки рентгенівської плівки, плівка лазерна медична)".

Згідно з пунктом 9 розділу 3 Документації поділ предмета закупівлі на лоти (частини) не передбачений.

Таким чином Замовник здійснює закупівлю без поділу предмета закупівлі на лоти.

У додатку 2 Документації Замовником визначені медико-технічні вимоги до предмету закупівлі (11 позицій), зокрема, наступні:

№ позиції	Найменування товару
4	Плівка радіографічна медична універсальна 30x40 см по 6 аркушів
5	Плівка радіографічна медична універсальна 30x40 см по 20 аркушів

Крім цього, у додатку 2 Документації визначено наступне: "Всі посилання на торговельну марку, фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника слід читати як "або еквівалент".

На засіданні Колегії, яке відбулось 29.09.2015, представник Скаржника зазначив, що ФОП Терещенко Н. В. має змогу запропонувати до закупівлі продукцію за позиціями предмету закупівлі №№ 4 та 5 (або еквівалент).

Разом з цим, підтвердження того, що визначеним Замовником у Документації медико-технічним вимогам не відповідають медичні вироби інших виробників, зареєстровані в Україні, Скаржник не надав.

ФОП Терещенко Н. В. не надала документального підтвердження та обґрунтування неможливості взяти участь у Процедурі закупівлі через встановлення Замовником наведених вище умов Документації.

Враховуючи наведену вище інформацію, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

1.2. У додатку 2 Документації Замовником визначені медико-технічні вимоги до предмету закупівлі (11 позицій), зокрема, наступні:

№ позиції	Найменування товару
11	Плівка лазерна медична для цифрового принтера Кодак 8100 35x43 см по 125 аркушів

Крім цього, у додатку 2 Документації визначено наступне: "Для підтвердження еквівалентності товару, запропонованому у документації з конкурсних торгів, учасник повинен надати документи, наданим установами та підприємствами, які атестовані та мають всі дозвольні документи, на право проведення зазначеної діяльності (оригінал або належним чином завірена копія), що підтверджують еквівалентність товару, що пропонується до товару предмету закупівлі, зазначеному у документації конкурсних торгів. У разі відсутності таких підтверджуючих документів запропонований як еквівалент товар оцінюватись не буде.

Всі посилання на торговельну марку, фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника слід читати як "або еквівалент".

У поясненнях по суті Скарги Замовник повідомив, що товар, визначений у позиції № 11 предмету закупівлі, має еквівалент, який виробляється ТОВ "Лізоформ Медікал"; при цьому, Замовником не надано документального підтвердження зазначеної інформації (відповідності всім визначеним у Документації медико-технічним характеристикам продукції за позицією № 11 щонайменше двох виробників).

Враховуючи викладене, Замовник не обґрунтував необхідності встановлення у Документації зазначених вище вимог саме у такій редакції.

Частиною третьою статті 22 Закону передбачено, що документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Дії Замовника щодо встановлення наведених медико-технічних вимог у Документації порушують вимоги статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону, зокрема, недискримінація учасників.

Отже, Замовник має усунути наведені вище порушення шляхом внесення відповідних змін до Документації в цій частині.

2. Скаржник повідомив, що Документація містить вимогу, згідно з якою спроможність учасника поставити товар повинна підтверджуватись оригінальним гарантійним листом про передачу повноважень на продаж (реалізацію) товару в Україні у необхідній кількості, якості та у потрібні терміни лише від виробника.

На думку ФОП Терещенко Н. В., у Процедурі закупівлі зможуть взяти участь лише виробники конкретного виду товару з предмету закупівлі або учасники, які вже мають прямі договірні відносини з виробниками. При цьому, відносно товарів іноземного виробництва, такими учасниками ймовірно будуть прямі імпортери такої продукції, які, зазвичай, є підприємствами сегменту великого бізнесу, тому, як вважає Скаржник, зазначена умова усуває представників малого та середнього бізнесу від участі у Процедурі закупівлі, зокрема, ФОП Терещенко Н. В.

Скаржник зазначив, що оскільки позиція № 11 предмету закупівлі має індивідуально визначену ознаку, учасники не мають змоги надати еквівалент; поставити такий індивідуально визначений товар та отримати "гарантійний лист від виробника" може лише обмежене коло суб'єктів господарювання, що пройшли процедуру "авторизації" у такого виробника та/або мають прямі договірні відносини з виробником, тобто коло таких господарюючих суб'єктів, зазвичай, заздалегідь визначене та обмежене.

ФОП Терещенко Н. В. повідомила, що нею був направлений запит до Carestream Health (виробнику плівки для цифрового принтера Кодак 8100) про надання гарантійного листа. У відповідь на це запит Carestream Health повідомило, що відповідно до правил компанії надання такого документу може бути здійснено лише через офіційного представника Carestream Health на території України компанію ТОВ "ЮНІТРАНС-ЮА" (на підтвердження цього Скаржник надав копію зазначеного листа).

Скаржник зауважив, що надання вищевказаного листа від представника виробника не передбачається Документацією.

Терещенко Н. В. вважає, що отримати такий гарантійний лист може лише обмежене коло суб'єктів господарювання, які є офіційними представниками виробника, а Скаржник не в змозі подати пропозицію через наявність такої дискримінаційної умови.

Замовник з цього питання повідомив, що вимога стосовно надання учасником гарантійного листа виробника встановлена з метою запобігання закупівлі фальсифікатів та отримання гарантій на своєчасне постачання товару у кількості, якості та зі строками придатності, яких потребує Замовник, а також з метою недопущення участі у торгах недобросовісних учасників.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Підпунктом 3 пункту 7 розділу 3 Документації встановлено наступне: "спроможність учасника поставити товар повинна підтверджуватись оригінальним гарантійним листом від виробника про передачу повноважень на продаж (реалізацію) товару в Україні у необхідній кількості, якості та у потрібні терміни".

Зазначені вище вимоги Документації обмежують коло учасників Процедури закупівлі лише тими суб'єктами господарювання, які можуть отримати оригінальний гарантійний лист від виробника про передачу повноважень на продаж (реалізацію) товару в Україні у необхідній кількості, якості та у потрібні терміни, та перешкоджають взяти участь у Процедурі закупівлі тим учасникам (зокрема, ФОП Терещенко Н. В.), які з незалежних від них обставин не можуть отримати такі гарантійні листи, та можуть отримати такі листи, зокрема, від представників, дистриб'юторів тощо виробників.

Разом з цим Замовником не доведена необхідність встановлення у Документації вищевказаної вимоги.

Дії Замовника (в частині встановлення зазначених вище умов Документації) порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принцип здійснення закупівель, визначений статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників.

Таким чином, Замовник має внести зміни до Документації в цій частині.

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 неопублікування, 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 та 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 комунальну установу Львівської обласної ради "Львівський регіональний фтизіопульмонологічний клінічний лікувально-діагностичний центр" внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "20.59.1. Плівка радіографічна, флюорографічна, проявник для автоматичної обробки рентгенівської плівки, фіксаж для автоматичної обробки рентгенівської плівки, плівка лазерна медична" [оголошення № 157006, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 02.07.2015 № 284 (02.07.2015)] з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.