



**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

№ 1783-р/пк-ск від 06.10.2015

вих. лист від

№

Приватне підприємство "Міжрайпаливо"
вул. Комсомольська, 10, м. Чернігів, 14000

Відділ освіти Борзнянської
райдержадміністрації Чернігівської області
вул. П. Куліша, 104, м. Борзна,
Чернігівська обл., 16400

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 приватного підприємства "Міжрайпаливо" (надалі – Скаржник, ПП "Міжрайпаливо") від 09.09.2015 № 25 (zareєстровану в Комітеті 09.09.2015 за № 8-20/2717-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення відділом освіти Борзнянської райдержадміністрації Чернігівської області (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 169654, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 27.07.2015 № 301 (27.07.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, зобов'язати Замовника усунути дискримінаційні умови в документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 10.09.2015 № 1576-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 11.09.2015 № 20-29.2/07-3584-дз Замовник листом від 18.09.2015 № 04-568 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.

1. У Скарзі ПП "Міжрайпаливо" повідомило, що вважає дискримінаційною вимогу документації конкурсних торгів стосовно надання учасником Процедури закупівлі у складі своєї пропозиції конкурсних торгів платіжного доручення (квитанції тощо), яке має бути оформлене згідно з вимогами чинного законодавства і підтверджувати перерахування коштів в якості грошового забезпечення (покриття) банківської гарантії.

За інформацією Скаржника, у відповідності до частини першої статті 24 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (у редакції зі змінами від 14.07.2015 № 595-VII) у разі якщо надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів вимагається замовником, в документації конкурсних торгів повинні бути зазначені умови його надання, зокрема, вид, розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення конкурсних торгів не повертається учасником.

Як зазначив Скаржник, вимог щодо надання у складі пропозиції конкурсних торгів платіжного доручення або квитанції, які підтверджують перерахування коштів в якості грошового забезпечення (покриття) банківської гарантії, вищевказаний Закон не передбачає.

Крім цього, ПП "Міжрайпаливо" повідомило, що у відповідності до законодавства України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку; гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником; гарантією визнається письмове зобов'язання банку, іншої фінансової установи, страхової організації (гаранта), яке видається за клопотанням іншої особи (принципала), за якими гарант зобов'язується сплатити кредиторів принципала (бенефіціарові) відповідно до умов гарантійного зобов'язання грошову суму після подання бенефіціаром письмової вимоги про її сплату.

На думку Скаржника, надання учасником у складі пропозиції конкурсних торгів оригіналу банківської гарантії та її копії, завіреної банком, без платіжних доручень, квитанцій, договорів з банком, виписок з депозитного рахунку, документів про оцінку рухомого/нерухомого майна, є цілком достатнім для забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що зазначеною вимогою документації конкурсних торгів він страхує себе від недобросовісних учасників торгів, які надають банківські гарантії, що насправді не забезпечені грошовими коштами учасників торгів.

Замовник зауважив, що він не втручається у відносини учасника торгів та банку-гаранта, про що свідчить умова документації конкурсних торгів стосовно того, що якщо учасник торгів для отримання банківської гарантії не перераховує грошові кошти на рахунок покриття банківської гарантії, а використовує для цього кошти на депозитному рахунку підприємства або заставу рухомого та/або нерухомого майна, та/або цінних паперів, то такий учасник замість платіжного доручення (квитанції) повинен надати в складі своєї конкурсної пропозиції копію відповідного договору з банком-гарантом, завірену "мокрими" печатками обох сторін, а також виписку з депозитного рахунку (у разі використання в якості покриття по гарантії депозиту підприємства або копію документа оцінки рухомого та/або нерухомого майна (у разі використання в як покриття по гарантії застави рухомого та/або нерухомого майна) або копії інших документів, що підтверджують наявність достатньої фінансової спроможності учасника для забезпечення (покриття) банківської гарантії, всі ці документи мають бути завірені "мокрою" печаткою банку-гаранта.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до абзаців першого та другого частини першої статті 24 Закону України "Про здійснення державних закупівель" у редакції зі змінами від 15.09.2015 № 679-VIII (надалі – Закон) Замовник має право зазначити в оголошенні про проведення процедури

закупівлі та в документації конкурсних торгів вимоги щодо надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

У разі якщо надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів вимагається замовником, в документації конкурсних торгів повинні бути зазначені умови його надання, зокрема вид, розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення пропозиції конкурсних торгів не повертається учаснику. У такому разі учасник під час подання пропозиції конкурсних торгів одночасно надає забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

Частиною третьою статті 5 Закону передбачено, що замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Відповідно до частини четвертої статті 22 Закону документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Відповідно до оголошення про заплановану закупівлю № 169654, оприлюдненого на веб-порталі Уповноваженого органу [бюлетень від 27.07.2015 № 301 (27.07.2015)], а також згідно з пунктом 3 розділу 3 документації конкурсних торгів зі змінами, затвердженими протокольним рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 17.08.2015 № 14 (надалі – Документація), Замовником вимагається від учасників Процедури закупівлі надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів у вигляді банківської гарантії.

Крім цього, пунктом 3 розділу 3 Документації встановлено наступне: "оригінал банківської гарантії не прошивається разом з пропозицією конкурсних торгів, а вкладається з нею в спільний конверт, а завірена банківською установою копія банківської гарантії прошивається разом з іншими документами в складі пропозиції конкурсних торгів. Також учасник торгів повинен надати в складі пропозиції конкурсних торгів платіжне доручення (квитанцію тощо), яке має бути оформлено згідно вимог чинного законодавства і підтверджує перерахування коштів в якості грошового забезпечення (покриття) банківської гарантії.

Якщо учасник торгів для отримання банківської гарантії не перераховує грошові кошти на рахунок покриття банківської гарантії, а використовує для цього кошти на депозитному рахунку підприємства, заставу рухомого та/або нерухомого майна або інший вид забезпечення (покриття) банківської гарантії, то такий учасник замість платіжного доручення (квитанції) повинен надати в складі своєї конкурсної пропозиції копію відповідного договору з банком-гарантом, завірену "мокрими" печатками обох сторін, а також виписку з депозитного рахунку (у разі використання в якості покриття по гарантії депозиту підприємства), копію документа оцінки рухомого та/або нерухомого майна (у разі використання в якості покриття по гарантії застави рухомого та/або нерухомого майна) або копії інших документів, що підтверджують забезпечення (покриття) банківської гарантії. Всі ці документи мають бути завірені "мокрою" печаткою банку-гаранта".

Разом з цим, Законом не передбачено необхідності встановлення у документації конкурсних торгів вимог, які зобов'язують учасників Процедури закупівлі надавати у складі їх пропозицій конкурсних торгів окрім забезпечення пропозиції конкурсних торгів, зокрема, у вигляді банківської гарантії, ще й документів, які підтверджують забезпечення банківської гарантії.

Зазначені вище вимоги Документації можуть перешкодити взяти участь у Процедурі закупівлі тим суб'єктам господарювання, які можуть надати забезпечення пропозиції конкурсних торгів у вигляді банківської гарантії, але з незалежних від них обставин не можуть отримати документи, які підтверджують забезпечення банківської гарантії, зокрема, платіжне доручення, квитанцію, виписку з депозитного рахунку тощо.

Крім цього, Замовником не доведена необхідність встановлення у Документації вищевказаних вимог.

Дії Замовника в частині встановлення зазначених вище умов Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону, а саме: недискримінація учасників, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

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

2. За інформацією ПП "Міжрайпаливо", згідно з умовами Документації Замовник вимагає від учасника надання копій аналогічних договорів, які уклалися ним протягом останніх трьох років та копій листів-відгуків від попередніх замовників за цими договорами.

Скаржник повідомив, що у відповідності до статті 16 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (у редакції зі змінами від 14.07.2015 № 595-VII) замовник може встановлювати кваліфікаційні критерії, серед яких, зокрема, "наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів".

На думку Скаржника, законодавство не обмежує протягом якого періоду часу (за останні три, п'ять чи десять років) уклалися такі аналогічні договори та якої давності вони повинні бути.

Крім цього, як зазначило ПП "Міжрайпаливо", чинним цивільним та господарським законодавством не передбачений обов'язок сторони договору надавати іншій стороні відгук про виконання угоди; у зв'язку з цим, документальним підтвердженням досвіду виконання аналогічних договорів можуть бути лише копії самих договорів, видаткових та податкових накладних по ним або виписок по банківським рахункам, у відповідності до яких продавець поставив товар, а замовник прийняв та оплатив його.

Замовник з цього питання повідомив, що відповідно до наказу Міністерства юстиції України "Про затвердження Переліку типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів", а також пункту 44.3 статті 44 Податкового кодексу України строк зберігання господарських документів на підприємстві становить саме 1095 днів (три роки).

На думку Замовника, встановивши у Документації зазначені вимоги щодо необхідності надання учасниками Процедури закупівлі копій листів-відгуків та копій аналогічних договорів, він не порушив вимоги законодавства в цій частині.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з частиною першою статті 16 Закону замовник вимагає від учасників або учасників попередньої кваліфікації подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям.

Абзацами першим та четвертим статті 16 Закону встановлено, що замовник встановлює один або кілька з таких кваліфікаційних критеріїв, як, зокрема, наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів.

Відповідно до абзацу першого частини третьої статті 16 Закону визначені замовником згідно з цією статтею кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників або учасників попередньої кваліфікації про відповідність їх таким критеріям, зазначаються в документації конкурсних торгів.

Пунктом 6 розділу 3 Документації встановлено, зокрема, що перелік документів, що подаються учасником на підтвердження відповідності статтям 16, 17 Закону вказані у додатках 3, 4 до цієї документації.

Згідно з підпунктами 3.1 та 3.1 пункту 3 додатку 3 Документації досвід виконання аналогічних договорів підтверджується шляхом надання учасником Процедури закупівлі у складі своєї пропозиції конкурсних торгів наступних документів:

"3.1. Досвід виконання аналогічних договорів щодо предмету закупівлі, документально підтверджений копіями договорів, що уклалися учасником протягом останніх трьох років (не менше одного).

3.2. Копії листів-відгуків за виконання аналогічних договорів щодо предмету закупівлі протягом останніх трьох років (не менше одного)".

ПП "Міжрайпаливо" не довело, що воно не має змоги надати вищевказані документи, а також документально не підтвердило, яким чином наведені вище вимоги

Документації порушують його права та законні інтереси та перешкоджають йому взяти участь у Процедурі закупівлі.

Слід зазначити, що до Скарги ПП "Міжрайпаливо" додало копію витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, згідно з яким державна реєстрація ПП "Міжрайпаливо" була проведена 16.06.2006.

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

3. Скаржник повідомив, що відповідно до умов Документації вугілля кам'яне має бути поставлене до загальноосвітніх шкіл Борзнянського району Чернігівської області; при цьому, у відповідності до пункту 3 розділу 5 Документації учасник визначає ціни на товари, які він пропонує поставити за договором, з урахуванням податків і зборів, що сплачуються або мають бути сплачені, витрат на транспортування, страхування, навантаження, розвантаження, зберігання товару, сплату митних тарифів, усіх інших витрат та доставки до споживача.

ПП "Міжрайпаливо" зауважує, що у Документації Замовник не зазначив точного місця розташування шкіл, до яких необхідно доставити вугілля (у документації відсутня назва населеного пункту, вулиці та номер будівлі), що, на думку Скаржника, є порушенням статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (у редакції зі змінами від 14.07.2015

№ 595-VII) Закону і не дає можливості учасникам точно визначити ціну своєї пропозиції.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги зазначив, що школи Борзнянського району є кінцевими споживачами вугілля. Заздалегідь визначити кількість вугілля для кожної конкретної школи неможливо, оскільки це залежить від періоду опалювального сезону, температурних умов, технічної підготовки кожної школи до опалювального сезону, стану відповідного обладнання, а також від раду інших факторів, які не залежать від відділу освіти.

Крім цього, Замовник повідомив, що пунктом 6 додатку 2 Документації передбачено, що товар має бути поставлений після замовлення Замовником протягом 15 календарних днів з моменту отримання рознарядки, в якій зазначається найменування товару за марками вугілля та кількість товару. Днем отримання товару від постачальника є день оформлення та підписання сторонами відповідних накладних; таким чином, переможець торгів може поставити вугілля згідно з рознарядкою Замовника, тобто в одну або декілька загальноосвітніх шкіл Борзнянського району з необхідною кількістю вугілля, яка буде вказана в рознарядці.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 4 частини другої статті 22 Закону документація конкурсних торгів повинна містити, зокрема, кількість товару та місце його поставки.

Згідно з пунктом 3 розділу 1 Документації місцем поставки предмета закупівлі є загальноосвітні школи Борзнянського району Чернігівської області.

Підпунктом 2 пункту 3 розділу 5 Документації встановлено що учасник визначає ціни на товари, які він пропонує поставити за договором, з урахуванням податків і зборів, що сплачуються або мають бути сплачені, витрат на транспортування, страхування, навантаження, розвантаження, зберігання товару, сплату митних тарифів, усіх інших витрат та доставки до споживача. В пропозиції конкурсних торгів ціни вказуються за кожну одиницю виміру товару, який пропонується для постачання, а саме за тону, вартість кожного найменування із урахуванням кількості, зазначеної в технічних вимогах та остаточно виводиться підсумкова ціна пропозиції конкурсних торгів. Вартість пропозиції конкурсних торгів та всі інші ціни повинні бути чітко визначені.

Згідно з пунктом 2 розділу 6 Документації істотні умови договору про закупівлю, які обов'язково включаються до договору, зазначені у додатку 2 Документації. Пунктом 6

додатку 2 Документації визначено, зокрема, наступне: "товар має бути поставлений після замовлення Замовником протягом 15 календарних днів з моменту отримання рознарядки, в якій зазначається найменування товару за марками вугілля та кількість товару".

При цьому, Замовник у Документації не визначив місцезнаходження загальноосвітніх шкіл Борзнянського району Чернігівської області, до яких має бути здійснено поставку вугілля, що може позбавити учасників Процедури закупівлі, у тому числі, Скаржника, розрахувати ціну пропозиції, з урахуванням, серед іншого, витрат на транспортування до місць поставки, передбачених згідно з умовами Документації.

Дії Замовника в частині встановлення зазначених вище умов Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону, а саме: недискримінація учасників, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

Виходячи з наведеного вище, Замовник повинен внести відповідні зміни у Документацію 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 відсутності 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 відділ освіти Борзнянської райдержадміністрації Чернігівської області внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 169654, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 27.07.2015 № 301 (27.07.2015)] з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.