



**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

№ 1370-р/пк-ск від 24.06.2016

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю "ЗАХІДНА
ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ"
вул. Воз'єднання, 17/4,
м. Ужгород, Закарпатська
область, 88000

Київське квартирно-
експлуатаційне управління
Міністерства оборони України
вул. Курська, 13-а, м. Київ,
03186

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 "ЗАХІДНА ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ" (надалі – Скаржник, ТОВ "ЗАХІДНА ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ") від 25.05.2016 № 25/05/16-01 (zareestrovanoю в Комітеті 25.05.2016 за № 8-20/1745-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо порушення Київським квартирно-експлуатаційним управлінням Міністерства оборони України (надалі – Замовник) порядку проведення процедури закупівлі – "код 05.10.1. Вугілля марки ГПК 50-200" [оголошення № 107536, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 25.04.2016 № 79 (25.04.2016)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, прийняти Скаргу до розгляду, призупинити Процедуру закупівлі та зобов'язати Замовника внести відповідні зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 26.05.2016 № 1076-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

Листом від 26.05.2016 № 20-29/07-2164-дз Колегією до Замовника було надіслано запит про надання пояснень по суті Скарги, інформації та документів щодо проведення ним Процедури закупівлі.

Листом від 01.06.2016 № 303/25-2356 Замовник надав Колегії матеріали та пояснення по суті Скарги.

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

Скаржник вважає, що до документації конкурсних торгів включено вимоги, які є дискримінаційними, та порушують його права та інших учасників, а також порушують вимоги законодавства.

1. ТОВ "ЗАХІДНА ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ" повідомляє, що згідно з підпунктом 10 пункту 6 розділу 3 документації конкурсних торгів (надалі – Документації) Замовник вимагає подання у складі пропозиції конкурсних торгів копії витягу з реєстру платників податку на додану вартість (у разі сплати учасником ПДВ) або копії свідоцтва про право сплати єдиного податку (у разі сплати учасником єдиного податку) .

Скаржник зазначає, що є платником податку на додану вартість та отримав свідоцтво платника податку на додану вартість.

Скаржник інформує, що Положенням "Про реєстрацію платників податку на додану вартість", що затверджене Наказом Міністерства фінансів України від 14.11.2014 № 1130, передбачена можливість використання свідоцтва платників податку на додану вартість, тому вимога щодо надання витягу з реєстру платників податку на додану вартість дискримінує Скаржника як учасника торгів.

Замовник повідомив, що відповідно до наказу Міністерства фінансів України від 14.11.2014 № 1130, з 1 січня 2014 року платники податку на додану вартість мають право за запитом до органу Державної фіскальної служби України отримувати замість свідоцтва про реєстрацію платника ПДВ витяг з реєстру платників ПДВ (безоплатно, протягом 2 робочих днів), що не повинно викликати в учасника ніяких труднощів та фінансових витрат для отримання даної довідки.

Замовник зазначає, що учасник може надати свідоцтво платника податку на додану вартість разом із довідкою у довільній формі із викладенням обставин, що пояснюють відсутність у нього такого документа, що передбачено абзацом 4 пунктом 6 розділу III документації конкурсних торгів: "якщо один із вищезазначених документів чи форм звітностей не передбачений (необов'язковий) чи (або) не подається, учасник повинен надати довідку у довільній формі з викладенням обставин, що пояснюють відсутність у нього такого документа з обґрунтуванням та посиланням на конкретні статті законодавства України. У випадку відсутності вищезазначених документів, та якщо учасник не надасть довідку у довільній формі з викладенням обставин, що пояснюють відсутність у нього документа з обґрунтуванням та посиланням на конкретні статті законодавства України, та (або) посилання на конкретні статті законодавства України будуть помилковими – Замовник в праві рахувати документ не наданим".

Замовник вважає, що дана вимога не є дискримінаційною для учасника, адже учасник може подавати у складі своєї пропозиції конкурсних торгів інші документи відмінні від документів, що вимагає Замовник Процедури закупівлі, якщо це передбачено законодавством України.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 2 розділу III документації конкурсних торгів (надалі – Документації) пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі,

повинна містити, зокрема, інформацію про відповідність кваліфікаційним критеріям, визначеним статтями 16, 17 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Пунктом 6 розділу III Документації визначений перелік документів, які вимагаються для підтвердження відповідності учасників встановленим кваліфікаційним критеріям та вимогам згідно із законодавством, та подаються у складі пропозиції конкурсних торгів, зокрема, підпунктом 10 зазначеного переліку передбачена копія витягу з реєстру платників податку на додану вартість (у разі сплати учасником ПДВ) або копія свідоцтва про право сплати єдиного податку (у разі сплати учасником єдиного податку). Якщо учасник не є платником податку на додану вартість, тоді у цьому випадку він повинен надати довідку у довільній формі з посиланням на конкретні статті законодавства України про те, що відповідний документ не передбачено. Якщо один із вищезазначених документів чи форм звітностей не передбачений (необов'язковий) чи (або) не подається, учасник повинен надати довідку у довільній формі з викладенням обставин, що пояснюють відсутність у нього такого документа з обґрунтуванням та посиланням на конкретні статті законодавства України. У випадку відсутності вищезазначених документів, та якщо учасник не надасть довідку у довільній формі з викладенням обставин, що пояснюють відсутність у нього документа з обґрунтуванням та посиланням на конкретні статті законодавства України, ти (або) посилання на конкретні статті законодавства України будуть помилковими – Замовник в праві рахувати документ не наданим.

Відповідно до пункту 7.4 Положення про реєстрацію платників податку на додану вартість", затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 14.11.2014 № 1130 (zareєстрованого в Міністерстві юстиції України 17.11.2014 № 1456/26233), за запитом платника ПДВ контролюючий орган надає безоплатно та безумовно протягом двох робочих днів, що настають за днем отримання такого запиту, витяг з Реєстру. Витяг діє до внесення змін до Реєстру.

Скаржником не доведено та документально не підтверджено, яким чином зазначена вище вимога Документації порушує його права чи законні інтереси та перешкоджає йому взяти участь у Процедурі закупівлі, у зв'язку з чим у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. Скаржник повідомляє, що згідно з пунктом 4 розділу 6 Документації Замовником вимагається сплата учасником-переможцем забезпечення договору про закупівлю, та встановлено, зокрема, що у разі, якщо "учасник-переможець не виконав умов договору у повному обсязі стосовно асортименту, якості, кількості та строків, і виключно за цінами згідно положень договору, то забезпечення договору не повертається".

ТОВ "ЗАХІДНА ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ" зазначає, що згідно зі статтею 26 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон), Замовник має право вимагати від учасника-переможця внесення ним не пізніше дати укладання договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачено документацією конкурсних торгів. Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору.

Скаржник зазначає, що Законом не встановлена можливість неповернення забезпечення виконання договору, у разі, невиконання договору в неповному обсязі стосовно асортименту, якості, кількості та строків.

Скаржник інформує про те, що частиною шостою статті 40 Закону передбачена можливість зміни ціни, тому умова щодо неповернення є несправедливою щодо учасників Процедури закупівлі та суперечить вимогам Закону, зокрема, принципу державних закупівель – відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

Замовник повідомив, що згідно з частиною першою статті 26 Закону "замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або

договору про закупівлю недійсними та у випадках, передбачених частинами першою і другою статті 30, частиною третьою статті 31 цього Закону, а також згідно з умовами, зазначеними в договорі". Згідно з частиною п'ятою статті 40 Закону "умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції (у тому числі, ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі".

Замовник повідомив, що у статті 180 Господарського кодексу України визначені істотні умови договору та зазначено, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Умови про предмет у господарському договорі повинні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їх якості.

Замовник зазначає, що згідно з частиною першою статті 1 Закону забезпечення виконання договору про закупівлю – це надання учасником Замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю у вигляді такого забезпечення, як гарантія, застава, завдаток, депозит. Відповідно до вищевикладеного, Замовник має право не повертати забезпечення договору у разі невиконання учасником своїх зобов'язань, що є істотними умовами договору, такими як: асортимент, якість, кількість, строк та ціна договору.

Замовник повідомляє, що частиною п'ятою статті 40 Закону передбачені випадки, коли ціна договору може змінюватись, дані вимоги дотримано у договорі про закупівлю, що надається учаснику у додатку 7 Документації, а саме – в пункті 3.3: "ціна на товар за цим Договором може бути змінена за взаємною згодою сторін *на підставі* статті 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Замовник повідомляє, що умови щодо неповернення забезпечення договору не суперечать законодавству України, та встановлюються тільки для мотивації постачальника у виконанні ним зобов'язань.

Замовник також зазначає, що не зацікавлений у неповерненні забезпечення учасникам, адже, відповідно до частини третьої статті 26 Закону, кошти не перераховуються на рахунок Замовника.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 7 частини першої статті 1 Закону забезпечення виконання договору про закупівлю – надання учасником замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю у вигляді такого забезпечення, як гарантія, застава, завдаток, депозит.

Відповідно до частини першої статті 26 Закону Замовник має право вимагати від учасника-переможця внесення ним не пізніше дати укладення договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачено документацією конкурсних торгів. Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також, у разі, визнання судом результатів процедури закупівлі, або договору про закупівлю недійсними та, у випадках, передбачених частинами першою і другою статті 30, частиною третьою статті 31 цього Закону, а також згідно з умовами, зазначеними в договорі, але не пізніше ніж протягом трьох банківських днів з дня настання зазначених обставин.

Згідно з частиною третьою статті 26 Закону кошти, що надійшли як забезпечення виконання договору (у разі, якщо вони не повертаються), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а у разі, здійснення закупівлі юридичними особами (їх об'єднаннями) не за бюджетні кошти – перераховуються на рахунок таких юридичних осіб (їх об'єднань).

Відповідно до частини другої статті 180 Господарського кодексу України господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода.

Відповідно до частини третьої статті 180 Господарського кодексу України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.

Згідно з частиною четвертою статті 180 Господарського кодексу України умови про предмет у господарському договорі повинні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їх якості. Вимоги щодо якості предмета договору визначаються відповідно до обов'язкових для сторін нормативних документів, зазначених у статті 15 цього Кодексу, а у разі їх відсутності – в договірному порядку, з додержанням умов, що забезпечують захист інтересів кінцевих споживачів товарів і послуг.

Відповідно до пункту 4 розділу VI Документації Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також, у разі, визнання судом результатів процедури закупівлі, або договору про закупівлю недійсними у випадках, передбачених частиною першою та другою статті 30 Закону, частиною 3 статті 31 Закону, а також згідно з умовами, зазначеними у договорі, але не пізніше ніж протягом трьох банківських днів з дня настання зазначених обставин. Підставою для повернення забезпечення виконання договору є виконання учасником-переможцем всіх умов договору у повному обсязі стосовно асортименту, якості, кількості та строків, місця поставки, і виключно за цінами згідно положень цього договору. Забезпечення виконання договору не повертається у разі, якщо учасник-переможець не виконав умов договору у повному обсязі стосовно асортименту, якості, кількості та строків, і виключно за цінами згідно положень договору.

Скаржником не доведено та документально не підтверджено, яким чином зазначена вище вимога Документації порушує його права чи законні інтереси та перешкоджає йому взяти участь у Процедурі закупівлі, у зв'язку з чим у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

3. Скаржник повідомив, що у довідці "Дані про обладнання та матеріально-технічну базу" (додаток № 4) від учасників вимагається подання відомостей щодо наявного обладнання та матеріально-технічної бази на умовах використання – "власне чи орендоване".

Скаржник інформує, що транспорт на підставі договору про надання послуг з перевезення вантажів не є договором оренди, тому унеможливорює зазначення таких транспортних засобів у довідці, та може стати підставою для відхилення пропозиції конкурсних торгів ТОВ "ЗАХІДНА ТЕПЛОВА ГЕНЕРАЦІЯ" (у зв'язку з відсутністю матеріально-технічної бази). Скаржник використовує матеріально-технічну базу та обладнання, зокрема, транспорт на підставі договору про надання послуг з перевезення вантажів, що не є договором оренди, тому це унеможливорює зазначення даних транспортних засобів у довідці.

На думку Скаржника, вищезазначена вимога є дискримінаційною.

Замовник повідомив, що відповідно до частини другої статті 16 Закону, Замовник має право встановити кваліфікаційні критерії, зокрема, наявність обладнання та матеріально-технічної бази (для підтвердження наявності засобів для виконання договору учасником).

Замовник зазначає, що дані засоби можуть бути власними, орендованими, або у учасника укладений договір про надання послуг, тому цей фактор не є визначальним, оскільки Законом не визначено певного виду права володіння матеріально-технічною базою для учасників.

Замовник повідомляє, що учасник має право вказати дану інформацію у довідці довільної форми, тому порушене питання Скаржником щодо дискримінації та можливого відхилення пропозиції конкурсних торгів є передчасним та необґрунтованим.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 2 розділу III Документації пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна містити, зокрема, інформацію про відповідність кваліфікаційним критеріям, визначеним статтями 16, 17 Закону.

Відповідно до пункту 6 розділу III Документації визначений перелік документів, які вимагаються для підтвердження відповідності учасників встановленим кваліфікаційним критеріям та вимогам згідно із законодавством, що подаються у складі пропозиції конкурсних торгів, зокрема, довідка, яка містить інформацію про наявність в учасника обладнання та матеріально-технічної бази (додаток № 4).

Додатком 4 до Документації визначена форма подання довідки про обладнання та матеріально-технічну базу, а саме:

Додаток № 4

ДАНІ ПРО ОБЛАДНАННЯ ТА МАТЕРІАЛЬНО ТЕХНІЧНУ БАЗУ ⁷

№п/п	Найменування обладнання	Кількість	Рік випуску	Власне чи орендоване

⁷ Таблиця заповнюється на бланку підприємства, за підписом керівника та завіряється мокрою печаткою підприємства (у разі наявності)

Разом з тим, Документацією не передбачено надання довідки, яка містить інформацію про наявність в учасника обладнання та матеріально-технічної бази в довільній формі, а визначена форма її подання додатком 4 до Документації (якою передбачено "власне чи орендоване"), тому дії Замовника в частині встановлення у Документації вимоги наведеної вище, порушують такі принципи здійснення закупівель, як відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель, недискримінація учасників (у тому числі, Скаржника), визначені частиною першою статті 3 Закону.

Враховуючи наведене, Замовник повинен внести відповідні зміни до Документації в цій частині.

Враховуючи інформацію, наведену у мотивувальній частині цього рішення, Колегія встановила, що Замовник вчинив порушення, які можуть бути усунені шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до Документації.

Відповідно до абзаців першого та другого частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право, зокрема, прийняти рішення про встановлення або відсутність порушення процедури закупівлі (в тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про державні закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника, генерального замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені у технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів, кваліфікаційної документації), привести документацію конкурсних торгів (кваліфікаційну документацію, запит цінкових пропозицій) у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення 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 Київське квартирно-експлуатаційне управління Міністерства оборони України внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "код 05.10.1. Вугілля марки ГПК 50-200" [оголошення № 107536, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 25.04.2016 № 79 (25.04.2016)], з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

А. BOBK