

Дискримінація учасників під час здійснення закупівлі лікарських засобів

Сімнадцятого січня 2017 року набрав чинності наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 19.12.2016 № 2092 «Про внесення змін до Порядку визначення предмета закупівлі» (далі — Наказ № 2092). Відповідно до положень зазначеного Наказу № 2092 до **Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 17.03.2016 № 454** (далі — Порядок, Порядок визначення предмета закупівлі) внесено зміни, зокрема щодо порядку визначення предмета закупівлі лікарських засобів, а саме: **під час здійснення закупівлі лікарських засобів предмет закупівлі визначають за показником третьої цифри Єдиного закупівельного словника із зазначенням у дужках міжнародної непатентованої назви лікарського засобу (далі — МНН). У разі якщо предмет закупівлі лікарських засобів містить два та більше лікарських засобів, то замовник у дужках зазначає МНН кожного лікарського засобу. Замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за МНН, за формою випуску, за дозуванням, за обсягом та/або за місцем поставки лікарських засобів.**

Детальніше з наведеною інформацією та прикладами визначення предмета закупівлі, з огляду на зміни від 17.01.2017, ви можете ознайомитись у статті «Визначаємо предмет закупівлі в 2017 році по-новому» — випуск журналу № 2 (65) за лютий 2017 року на стор. 8-11.

Детальніше з роз'ясненням МЕРТУ щодо порушеного питання ви можете ознайомитись у цьому ж випуску журналу на стор. 38-39.

Практика оскарження дискримінаційних вимог тендерної документації замовника

Звертаємо увагу замовників та учасників процедур закупівель, що відповідно до статті 3 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) закупівлі здійснюють за такими принципами:

доброросівсна конкуренція серед учасників;

максимальна економія та ефективність;

відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель;

недискримінація учасників;

об'єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій;

запобігання корупційним діям і зловживанням.

Для забезпечення основних принципів здійснення процедури публічних закупівель, викладених у статті 3 Закону про публічні закупівлі, зокрема «добросовісна конкуренція серед учасників та недискримінація учасників», рекомендуємо замовникам під час здійснення відповідної закупівлі визначати окремі частини предмета закупівлі (лоти) для дотримання принципу максимальної економії та ефективності, оскільки здійснення закупівлі різноманітних лікарських засобів «одним лотом» призводить до звуження потенційного кола учасників процедури закупівлі, що своєю чергою призводить до відсутності фактичної конкуренції серед учасників та до здорожчання предмета закупівлі.

Такого висновку можна дійти, проаналізувавши звернення потенційних учасників процедури закупівлі в електронній системі закупівель до замовників та ознайомившись із рішеннями постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі за текстом — Антимонопольний комітет України, Постійно діюча адміністративна колегія АМКУ, АМКУ, Колегія, орган оскарження) із зазначеного питання.



Правова позиція АМКУ згідно з рішенням Постійно діючої адміністративної колегії АМКУ № 1647-р/пк-пз від 23.11.2016

Прикладом може слугувати скарга, у котрій Скаржник повідомляє, що у Додатку 3 «Медико-технічні вимоги» викладено предмет закупівлі, який зведений в одну закупівлю в цілому, а не визначений окремими частинами — лотами. Скаржник зазначає, що включення багатьох позицій лікарських засобів (11 найменувань), до того ж різних виробників в одну закупівлю є порушенням принципів державних закупівель. У зазначеній скарзі Скаржник доводить, що об'єднання лікарських засобів в один лот дискримінує його як учасника, оскільки, дві позиції лікарських засобів з поміж загальної кількості лікарських засобів, яка складає 11 позицій лікарських засобів, котрі є предметом даної закупівлі, є унікальними та представлені

лише одним виробником, що ставить потенційного учасника процедури закупівлі (Скаржника) в залежність від такого виробника. З цього приводу є відповідне рішення колегії АМКУ № 1647-р/пк-пз від 23.11.2016 щодо встановлення Замовником дискримінаційних вимог у тендерній документації. Розглянувши вимоги Скаржника постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України у зазначеному рішенні дійшла висновку, що об'єднавши позиції в один предмет закупівлі Замовник порушує принципи здійснення закупівель, визначені в статті 3 Закону про публічні закупівлі, а саме — недискримінації учасників та зобов'язала Замовника внести зміни до тендерної документації.

Разом із цим нагадуємо, що відповідно до частини 10 статті 18 Закону орган оскарження (Антимонопольний комітет України) **розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі в межах одержаної за скаргою інформації та інформації, розміщеної в електронній системі закупівель**. Таким чином, слід зазначити, що у випадку подачі учасником процедури закупівлі скарги до Антимонопольного комітету України такому учасникові у відповідній скарзі доцільно обґрунтувати свою позицію та довести, яким чином вимоги тендерної документації порушують/обмежують його права як учасника процедури закупівлі. Замовникові ж доцільно обґрунтувати свою позицію щодо порушених у скарзі питань та довести, що є достатня кількість постачальників, які можуть взяти участь у закупівлі одним лотом, а також те, що існує необхідність проведення закупівлі одним лотом.

Також зазначаємо, що замовник самостійно приймає рішення щодо визначення предмета закупівлі за відповідною цифрою класифікатора та щодо визначення окремих частин предмета закупівлі (лотів) в рамках проведення єдиної процедури закупівель, з урахуванням положень Порядку визначення предмета закупівлі, виходячи зі специфіки предмета закупівлі, керуючись принципами здійснення закупівель, закріпленими у статті 3 Закону, та з дотриманням законодавства в цілому. При цьому варто враховувати положення частини 7 статті 2 Закону про публічні закупівлі, а саме: забороняється придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. Замовник не має права ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів або застосування цього Закону.

Практика звернень до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення процедури закупівлі

Водночас, згідно з частиною 1 статті 23 Закону, фізична/юридична особа має право не

пізніше ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерної пропозиції звернутися через електронну систему закупівель до замовника по роз'яснення щодо тендерної документації та/або звернутися до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення процедури закупівлі. Усі звернення по роз'яснення та звернення щодо усунення порушення автоматично оприлюднюються в електронній системі закупівель без ідентифікації особи, яка звернулася до замовника. Замовник повинен протягом трьох робочих днів з дня їх оприлюднення надати роз'яснення на звернення та оприлюднити його на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону.

З приводу порушеного питання наразі є достатня кількість вимог учасників щодо усунення порушення під час проведення процедури закупівлі лікарських засобів, зокрема потенційні учасники зазначають: *«Здійснення закупівлі лікарських єдиним лотом обмежує потенційну кількість учасників, у зв'язку з тим, що не всі дистриб'ютори або виробники лікарських засобів, які можуть приймати участь в даній процедурі закупівлі можуть запропонувати Замовнику весь перелік предмету закупівлі, деякі препарати можуть бути запропоновані лише окремими дистриб'юторами та/або виробниками, що обмежує потенційну кількість учасників процедури закупівлі. Виходячи з викладеного вище, повідомляємо, що такий підхід здійснення даної закупівлі є дискримінаційним, оскільки обмежує конкурентоспроможність потенційних учасників, а в цілому впливає на можливість учасників прийняти участь у процедурі відкритих торгів. Звертаємось до Вас з вимогою щодо усунення порушень та приведення тендерної документації у відповідність до вимог чинного законодавства України шляхом визначення окремих частин предмета закупівлі (лотів)»*.

Одночасно зазначаємо, що відповідно до частини 2 статті 23 Закону **замовник має право з власної ініціативи, за результатами звернень або на підставі рішення органу оскарження внести зміни до тендерної документації**. Таким чином, внесення змін до тендерної документації за результатами звернень учасника є правом, а не обов'язком замовника.

Практика оскарження вимог тендерної документації замовника щодо надання учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції гарантійного листа виробника

Пропонуємо вашій увазі правову позицію органу оскарження щодо вимог тендерної документації замовника в частині надання учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції гарантійного листа виробника. Одночасно ви маєте змогу переглянути витяг щодо суті скарги потенційного учасника процедури закупівлі (скаржника) та обґрунтування (пояснення) замовника щодо зазначених вимог тендерної документації.



Витяг з рішення АМКУ № 2037-р/пк-пз від

13.12.2016

Оскарження положень тендерної документації замовника

Скаржник зазначає, що дискримінаційною є вимога Документації щодо надання «оригіналу гарантійного листа виробника (офіційного дистриб'ютора, представництва, філії виробника — якщо їх відповідні повноваження поширюються на територію України, але при ньому вони безпосередньо не здійснюють комерційної діяльності), яким підтверджується інформація про виробництво товару на одному підприємстві-виробнику та можливість поставити учаснику необхідну кількість товару, який є предметом закупівлі та пропонується учасником в установлені Документацією строки (документ може бути наданий на мові оригіналу) зі зазначенням строків придатності товару» (пункт 2 Додаток 3 Документації). Ненадання виробником лікарського засобу такого гарантійного листа щодо хоча б одного лікарського засобу з лоту, позбавляє учасника можливості взяти участь в торгах всього лоту. Такий спосіб закупівлі є прямим порушенням принципів добросовісна конкуренція серед учасників та запобігання корупційним діям і зловживанням, оскільки дає можливість виробникам лікарських засобів штучно не допускати учасників до торгів шляхом ненадання гарантійного листа хоча б на один вид лікарського засобу.



Витяг з рішення АМКУ № 2037-р/пк-пз від 13.12.2016

Пояснення замовника по суті скарги

Замовник у своїх поясненнях по суті Скарги зазначає, що виробники лікарських препаратів здійснюють реалізацію своєї продукції, в тому числі тієї, що є предметом закупівлі цих торгів, безпосередньо, а також через систему офіційних дистриб'юторів та партнерів. Отримати статус дистриб'ютора чи партнера може будь-яка юридична особа, чи фізична особа-підприємець, за умови виконання умов дистриб'юторського

договору. Крім того, виробник лікарських препаратів надає зазначеним контрагентам на їх запити гарантійні листи щодо своєчасної поставки лікарських препаратів необхідної якості та кількості, а також усю необхідну документацію на препарат. Тому будь-яка юридична особа, чи фізична особа-підприємець, за умов виконання нею умов дистриб'юторського договору з виробником лікарського препарату може запропонувати у своїй тендерній пропозиції необхідну продукцію. Крім того, за таких умов виробник лікарських препаратів (офіційний представник, чи дистриб'ютор, чи партнер) надає контрагентам на їх запити гарантійні листи щодо своєчасної поставки лікарських препаратів необхідної якості та кількості, а також усю необхідну документацію, зокрема й таку, що вимагається Документацією. Як зазначає Замовник, такі гарантійні листи Замовник вимагає з метою отримання гарантії того, що переможець торгів дійсно матиме змогу постачати якісні лікарські препарати (з відповідним строком придатності) в обумовлені терміни та в необхідній кількості для забезпечення безперешкодної роботи установи Замовника, що насамперед пов'язано із життям та здоров'ям громадян, які потребують відповідного лікування.

Замовник зауважує, що відповідно до Закону Скаржник може набути статусу учасника як виробник товару безпосередньо, так і у якості юридичної чи фізичної особи, яка здійснює продаж лікарських препаратів інших вітчизняних та/або іноземних виробників.

Замовник наголошує на тому, що запропонувати будь-які лікарські препарати, які закуповуються в рамках цих торгів має можливість будь-яка юридична особа, чи фізична особа-підприємець за умови відповідного звернення до виробника вказаних препаратів та виконання умов дистриб'юторського договору, зокрема, й Скаржник.



Витяг з рішення АМКУ № 2037-р/пк-пз від 13.12.2016

Рішення Постійно діючої адміністративної колегії АМКУ

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до додатку 2 Документації для підтвердження відповідності тендерної пропозиції технічним, якісним, кількісним та іншим вимогам до предмету закупівлі учасник повинен завантажити файли із сканованими копіями, зокрема, наступного документа: оригіналу гарантійного листа виробника товару (офіційного дистриб'ютора, представництва, філії виробника — якщо їх відповідні повноваження поширюються на територію України, але при цьому вони безпосередньо не

здійснюють комерційної діяльності), яким підтверджується інформація про виробництво товару на даному підприємстві-виробнику та можливість поставити учаснику необхідну кількість товару, який є предметом закупівлі та пропонується Учасником в установлені цією документацією строки (документ може бути наданий мовою оригіналу) зі зазначенням строків придатності товару. Скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконати зазначену умову Документації. Враховуючи наведене, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги.

Механізм захисту своїх прав учасником процедури закупівлі

У разі якщо фізична або юридична особа, яка має намір подати тендерну пропозицію, не погоджується з вимогами тендерної документації або має пропозиції стосовно внесення змін до тендерної документації, у тому числі до проекту договору про закупівлю, то така особа може, зокрема:

звернутись до замовника щодо внесення змін до тендерної документації не пізніше ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерної пропозиції (відповідно до частини 1 статті 23 Закону);

оскаржити положення тендерної документації до органу оскарження (Антимонопольного комітету України) з моменту оприлюднення оголошення про проведення торгів, але не пізніше ніж за 4 дні до дати, установленої для подання тендерних пропозицій (відповідно до абзацу 1 частини 2 статті 18 Закону);

рішення АМКУ може бути оскаржене суб'єктом оскарження до суду протягом 30 днів з дня його оприлюднення в електронній системі закупівель (відповідно до абзацу 2 частини 12 статті 18 Закону).

Механізм захисту своїх прав замовником процедури закупівлі

Нижче розглянемо механізм захисту своїх прав та інтересів замовником процедури

у випадку надходження звернення від фізичної або юридичної особи, яка має намір подати тендерну пропозицію та не погоджується з вимогами тендерної документації або має пропозиції стосовно внесення змін до тендерної документації, у тому числі до проекту договору про закупівлю, — замовник повинен протягом 3 робочих днів з



дня оприлюднення такого звернення надати роз'яснення на звернення та оприлюднити його на веб-порталі Уповноваженого органу *протягом 1 дня* з дня надання роз'яснення (відповідно до частини 1 статті 23 Закону та частини 1 статті 10 Закону);

у випадку оскарження положень тендерної документації до органу оскарження (Антимонопольного комітету України) на вимогу органу оскарження замовникові доцільно надати пояснення по суті скарги, необхідні документи та інформацію у строки та в порядку, передбаченому Постійно діючою адміністративною колегією Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (відповідно до частини 10 статті 18 Закону).

рішення АМКУ може бути оскаржене до суду протягом 30 днів з дня його оприлюднення в електронній системі закупівель (відповідно до абзацу 2 частини 12 статті 18 Закону).

Нагадуємо! **Рішення органу оскарження набирають чинності з дня їх прийняття та є обов'язковими для виконання замовниками, особами, яких вони стосуються** (відповідно до абзацу 1 частини 12 статті 18 Закону).