



**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

№ 1312-р/пк-ск від 05.08.2015

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою відповідальністю

"Елемент Нафта"

вул. Кржижановського, 4, корп. Ж, оф. 505,
м. Київ, 03142

Державне підприємство матеріально-
технічного забезпечення залізничного
транспорту України "Укрзалізничпостач"
Повітрофлотський проспект, 11/15,
м. Київ, 03049

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 "Елемент

Нафта" (надалі – Скаржник, ТОВ "Елемент Нафта") від 31.07.2015 № 440 (zareєстровану в Комітеті 31.07.2015 за № 8-20/2186-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення державним підприємством матеріально-технічного забезпечення залізничного транспорту України "Укрзалізничпостач" (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "19.20.2. Дизельне паливо (4 лоти)" [оголошення № 162465, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 08.07.2015 № 288/1/1 (08.07.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, зобов'язати Замовника усунути порушення Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) та внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 03.08.2015 № 1279-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 03.08.2015 № 20-29.3/06-2887-дз Замовник листами від 04.08.2015 № ЦХП-20/3055, № ЦХП-20/3062 та № ЦХПЮ-108 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.

За інформацією ТОВ "Елемент Нафта", Замовник порушив законодавство в сфері державних закупівель, що полягає у встановленні державним підприємством матеріально-технічного забезпечення залізничного транспорту України "Укрзалізничпостач" дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів Процедури закупівлі.

1. У Скарзі ТОВ "Елемент Нафта" повідомляє, що відповідно до вимог документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі у складі своїх пропозицій конкурсних торгів повинні надати розрахунок своєї цінової пропозиції за наступними формулами:

1) для резидентів України на умовах FCA ціна за 1 тону в гривнях з ПДВ розраховується наступною формулою:

$$Ц = ((Пл + Д) \times Кдолар + А \times Кевро) \times 1,2, \text{ де}$$

Ц – ціна за одну тону в гривні з ПДВ, на умовах FCA;

Пл – середнє значення базисних котирувань, округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях, попереднім 1-му серпня (з 20 липня по 31 липня включно), яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тону, долар США.

Д – поправка запропонована учасником за тону, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина).

Кдолар – курс долара США до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015;

А – акциз, в євро;

Кевро – курс євро до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015.

2) Для нерезидентів України повинні бути аналогічно приведені в євро із застосуванням вищезазначених значень базисних котирувань:

$$Ц = (Пл + Д) \times Кдолар / Кевро$$

Ц – ціна за одну тону в ЄВРО, на умовах DAP;

Пл – середнє значення базисних котирувань, округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях попереднім 1-му серпня (з 20 липня по 31 липня включно), яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тонну, долар США.

Д – поправка запропонована учасником за тонну, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина).

Кдолар – курс долара США до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р;

Кєвро – курс євро до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р.

При розкритті пропозицій конкурсних торгів, ціна пропозиції в євро перераховується у гривні за середнім курсом міжбанку гривні до євро, встановленим АТ "Ощадбанк" станом на 31 липня 2015, про що зазначається у протоколі оцінки пропозицій конкурсних торгів.

Формула перерахунку:

$(\text{ціна} + 3) \times 5 \times \text{ПДВ } 20\% + 1 + 2 + 4$

1) комісія банку при закупівлі валюти, встановлена договором між ДП "Укрзалізничпостач" та АТ "Ощадбанк";

2) комісія банку за переказ валюти, встановлена договором між ДП "Укрзалізничпостач" та АТ "Ощадбанк";

3) акцизний збір, становить 98 євро за тонну;

4) догляд транспортних засобів, проходження контролів (радіологічний контроль, отримання сертифікату відповідності продукції, відбір проб) – 12,00 грн. за тонну;

5) середній курс міжбанку євро до гривні, встановлений згідно довідки АТ "Ощадбанк" станом на 31 липня 2015".

На думку Скаржника, "Д" як стала величина, є дискримінаційною умовою документації конкурсних торгів, оскільки товари будуть постачатися протягом 2015 року, тобто витрати та прибуток постачальника на умовах постачання FCA не можуть бути сталими протягом року.

Скаржник повідомляє, що дискримінаційною умовою у формулі є визначення курсу долара США до гривні за курсом Національного банку України станом на станом на 14:30 31 липня 2015 року, оскільки розкриття пропозицій конкурсних торгів мало відбутись 05.08.2015, а тому не можна використовувати значення показника курсу долара США станом на 31.07.2015.

За інформацією Скаржника, визначення курсу долара за курсом Національного банку України для юридичних осіб є дискримінаційною умовою, оскільки імпортери нафтопродуктів закупають валюту (долари США) на міжбанку, а не за курсом Національного банку України.

Як зазначає Скаржник, документацією конкурсних торгів передбачене безумовне застосування формули, що виключає подання пропозицій конкурсних торгів без прив'язки до валюти (тобто до імпоротної складової), тобто у документації конкурсних торгів не передбачене подання пропозицій учасниками, в яких відсутня імпортна складова; формулою виключена можливість подання резидентами пропозицій без прив'язки до валюти.

За інформацією Скаржника, встановлення обов'язкового ціноутворення за формулою порушує статтю 11 Закону України "Про ціни і ціноутворення", відповідно до якої вільні ціни встановлюються суб'єктами господарювання самостійно за згодою сторін на всі товари, крім тих, щодо яких здійснюється державне регулювання цін.

На думку Скаржника, вимогами документації конкурсних торгів учасникам Процедури закупівлі нав'язується формула як порядок ціноутворення під час формування їх комерційних пропозицій.

У Скарзі ТОВ "Елемент Нафта" зазначає, що в документації конкурсних торгів передбачене автоматичне коригування ціни, що не відповідає нормам законодавства та документації конкурсних торгів в частині строку дії пропозиції. За інформацією Скаржника, може скластися ситуація, коли зміна ціни відбуватиметься в період 120 днів дії пропозиції

конкурсних торгів переможця; у такому випадку створюється колізія, коли відповідно до формули, наведеної у документації конкурсних торгів, зміна ціни обов'язково повинна відбутися, і водночас, відповідно до Закону та документації конкурсних торгів необхідно буде стягувати договірне забезпечення у зв'язку зі зміною цінової пропозиції.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що твердження Скаржника, що зазначення Д (у відповідній формулі) як сталої величини є дискримінаційною умовою, є хибними та суб'єктивним, оскільки зазначена вимога не застосовується до вибіркового учасника, а стосується кожного з учасників без виключення.

Замовник вважає, що твердження Скаржника, що дискримінаційним є визначення курсу долара США до гривні за курсом НБУ, а не за курсом на міжбанку, є помилковим, оскільки Замовник орієнтується на офіційний валютний курс – курс валюти, офіційно встановлений Національним банком України як уповноваженим органом Держави.

Як повідомив Замовник, вимога документації конкурсних торгів стосовно того, що під час розрахунків необхідно визначати курс НБУ станом на 31.07.2015 встановлена Замовником виключно з метою виконання частини четвертої статті 11 Закону, забезпечення рівних умов для всіх учасників та недискримінації учасників. На думку Замовника, зазначений строк було визначено "розумним для забезпечення можливості надати належні пропозиції всім потенційним учасникам в тому числі і не резидентам України".

Щодо випадків відсутності імпортової складової Замовник зазначив, що таке можливо лише у разі надання учасником товару національного виробництва, в такому випадку учасник міг би не застосовувати розрахунок ціни за формулою, при цьому, надавши у складі пропозиції лист-пояснення довільної форми про неможливість такого розрахунку, оскільки він пропонує продукцію національного виробника.

Розглянувши зазначене питання, Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 1.6 розділу 1 документації конкурсних торгів, затвердженої рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 08.07.2015, (надалі – Документація) учасники конкурсних торгів у складі пропозиції конкурсних торгів повинні надати розрахунок своєї конкурсної пропозиції за наступними формулами: "для резидентів України на умовах FCA ціна за 1 тонну у гривнях з ПДВ, розраховується за наступною формулою:

$$Ц = ((Пл + Д) \times Кдолар + А \times Кєвро) \times 1,2$$

Ц – ціна за одну тонну в гривні з ПДВ, на умовах FCA;

Пл – середнє значення базисних котирувань округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях попереднім 1-му серпня (з 20 липня по 31 липня включно), яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тонну, долар США.

Д – поправка, запропонована учасником за тонну, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина).

Кдолар – курс долара США до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р.;

А – акциз, в євро;

Кєвро – курс євро до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р.

Для нерезидентів України повинні бути аналогічно приведені в євро із застосуванням вищезазначених значень базисних котирувань:

$$Ц = (Пл + Д) \times Кдолар / Кєвро$$

Ц – ціна за одну тонну в ЄВРО, на умовах DAP;

Пл – середнє значення базисних котирувань округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях попереднім 1-му серпня (з 20 липня по 31 липня включно), яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тонну, долар США.

Д – поправка, запропонована учасником за тонну, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина).

Кдолар – курс долара США до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р;

Кєвро – курс євро до гривні, НБУ станом на 14:30 год. 31 липня 2015 р.

При розкритті пропозицій конкурсних торгів, ціна пропозиції в євро перераховується у гривні за середнім курсом міжбанку гривні до євро, встановленим АТ "Ощадбанк" станом на 31 липня 2015, про що зазначається у протоколі оцінки пропозицій конкурсних торгів.

Формула перерахунку:

$(\text{ціна} + 3) \times 5 \times \text{ПДВ } 20\% + 1 + 2 + 4$

1) комісія банку при закупівлі валюти, встановлена договором між ДП "Укрзалізничпостач" та АТ "Ощадбанк";

2) комісія банку за переказ валюти, встановлена договором між ДП "Укрзалізничпостач" та АТ "Ощадбанк";

3) акцизний збір, становить 98 євро за тонну;

4) догляд транспортних засобів, проходження контролів (радіологічний контроль, отримання сертифікату відповідності продукції, відбір проб) – 12,00 грн. за тонну;

5) середній курс міжбанку євро до гривні, встановлений згідно довідки АТ "Ощадбанк" станом на 31 липня 2015".

Замовник на розгляд Колегії надав копію листа від 28.07.2015 № ЦХП-20/2965 щодо надання роз'яснень, в якому зазначено, зокрема, наступне: "Антимонопольний комітет України своїм рішенням ... зобов'язав Замовника внести зміни в документацію конкурсних торгів та вилучити оскаржувану формулу.

ДП "Укрзалізничпостач" при формуванні документації конкурсних торгів на закупівлю дизельного палива, були враховані всі побажання та застереження Антимонопольного комітету України щодо формування та формулювання формули".

Замовник у своїх поясненнях по суті Скарги зауважив, що у разі надання учасником товару національного виробництва, такий учасник може не застосовувати розрахунок ціни за формулою, наведеною вище, при цьому, такий учасник повинен надати у складі своєї пропозиції конкурсних торгів лист-пояснення у довільній формі про неможливість такого розрахунку, оскільки він пропонує продукцію національного виробника.

Разом з цим Документацією не передбачена можливість для учасника, який пропонує до закупівлі дизельне паливо без імпортової складової, не здійснювати розрахунок ціни своєї пропозиції за формулою, визначеною у Документації, при цьому надавши у складі своєї пропозиції конкурсних торгів відповідний лист-пояснення.

Враховуючи інформацію наведену вище, Колегією виявлено, що Документація містить дискримінаційні вимоги, які можуть призвести до нерівних умов участі у торгах між учасниками, які пропонують до закупівлі продукцію, яка містить імпортовою складовою, та учасниками, які пропонують до закупівлі продукцію, яка її не містить, шляхом прив'язки ціни пропозиції учасників до курсу долару США.

Крім цього, Замовником не обґрунтована необхідність використання суб'єктами господарювання, які можуть запропонувати продукцію, яка не містить імпортової складової, під час участі у закупівлі наведеного вище дизпалива за процедурою відкритих торгів формули, наведеної в Документації, під час розрахунку ними цін своїх пропозицій.

Також слід наголосити, що позиція Замовника стосовно можливості учасника Процедури закупівлі, який може запропонувати товар вітчизняного виробництва, суперечить вимогам Документації, якими передбачена необхідність формування ціни виключно за формулою, яка враховує імпортовою складовою (походження) товару.

Статтею 3 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель.

Згідно з частиною третьою статті 5 Закону замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

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

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів наведеної вище вимоги порушують вимоги частини першої статті 3, частини третьої статті 5 та частини третьої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також, права та законні інтереси Скаржника, пов'язані з його участю у Процедурі закупівлі, та принципи відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені статтею 3 Закону.

Враховуючи викладене (у тому числі, пояснення Замовника щодо товару національного виробництва), Замовник має внести відповідні зміни до Документації, а саме – виключити з Документації вимоги, якими передбачена необхідність формування цін пропозицій конкурсних торгів учасників Процедури закупівлі виключно за формулою, у випадку пропонування товару вітчизняного виробництва.

2. Скаржник повідомляє, що відповідно до додатку 5 "Основні умови до договору поставки" Документації ціна товару, зазначена у специфікаціях, не є твердою та може бути змінена у відповідності до визначеного у вищевказаному додатку порядку.

За інформацією ТОВ "Елемент Нафта", відповідно до статті 180 Господарського кодексу України ціна є істотною умовою господарського договору.

На думку Скаржника, умови зміни ціни, викладені у додатку 5 Документації, не відповідають жодній підставі для зміни істотних умов договору, визначених статтею 40 Закону.

Замовник з цього питання повідомив, що в Документації (в основних умовах договору) передбачений порядок зміни ціни залежно від зміни курсу іноземної валюти та зміни біржових котирувань з метою можливості коригування ціни на товар на підставі статті 40 Закону; учасники мають надати у складі пропозиції конкурсних торгів розрахунок ціни за одиницю товару за формулою, зазначеною у документації конкурсних торгів.

Замовник також зазначив, що частиною п'ятою статті 40 Закону встановлений вичерпний перелік випадків зміни істотних умов договору після підписання договору, який не передбачає коригування ціни у зв'язку із змінами на витрати постачальника або прибутку учасника.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Частиною п'ятою статті 40 Закону встановлено, що 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, крім випадків:

1) зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;

2) зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

3) покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

4) продовження строку дії договору та виконання зобов'язань щодо передання товару, виконання робіт, надання послуг у разі виникнення документально підтверджених

об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження, у тому числі непереборної сили, затримки фінансування витрат замовника за умови, що такі зміни не призведуть до збільшення суми, визначеної в договорі;

5) узгодженої зміни ціни в бік зменшення [без зміни кількості (обсягу) та якості товарів, робіт і послуг];

6) зміни ціни у зв'язку із зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок;

7) зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу інфляції, зміни курсу іноземної валюти у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни залежно від зміни такого курсу, зміни біржових котирувань, регульованих цін (тарифів) і нормативів, які застосовуються в договорі про закупівлю;

8) зміни умов у зв'язку із застосуванням положень частини шостої цієї статті.

Відповідно до пункту 3.2 розділу 3 Документації пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна складатися, зокрема, з кваліфікаційної частини, що повинна містити, серед іншого, основні умови договору, підписані учасником з відбитком печатки відповідно до додатку 5 Документації.

У додатку 5 Документації визначені основні умови договору поставки.

Підпунктом 2.4 пункту 2 додатку 5 Документації встановлено наступне: "ціна товару, зазначена у специфікаціях, не є твердою та може бути змінена у відповідності до наступного порядку:

1) для резидента України.

Ціна товару, який пропонується до поставки, визначається на день надання рознарядки для резидента України за наступною формулою (порядком):

$$Ц = ((Пл + Д) \times Кдолар + А \times Кєвро) \times 1,2$$

Ц – ціна товару за одну тонну в гривні з ПДВ, на умовах FCA;

Пл – середнє значення базисних котирувань округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях, що передують дню отримання рознарядки, яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тонну, долар США.

Д – поправка запропонована Учасником за тонну, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина);

Кдолар – курс долара США до гривні, який встановлений Національним банком України на 14:30 годин дня, що передує дню надання рознарядки;

А – акциз, в євро;

Кєвро – курс євро до гривні, НБУ, який встановлений Національним банком України на 14-30 годин дня, що передує дню надання рознарядки.

2) Для нерезидента України.

Ціна товару, який пропонується до постачання, визначається на день надання рознарядки, для нерезидента України за наступною формулою (порядком):

$$Ц = (Пл + Д) \times Кдолар / Кєвро$$

Ц – ціна товару за одну тонну в ЄВРО на умовах DAP;

Пл – середнє значення базисних котирувань округлене до сотих часток по десяти відомих котирувальних днях, що передують дню отримання рознарядки, яке зазначається в публікації "Platt's European MarketScan" за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Mediterranean cargoes FOB Med (Italy)" або за позицією "ULSD 10ppm" під заголовком "Cargoes CIF NWE/Basis ARA" за тонну, долар США.

Д – поправка запропонована Учасником за тонну, долар США (може мати як позитивне так і від'ємне значення, стала величина);

Кдолар – курс долара США до гривні, який встановлений Національним банком України на 14:30 годин дня, що передує дню надання рознарядки;

Кєвро – курс євро до гривні, НБУ, який встановлений Національним банком України на 14:30 годин дня, що передує дню надання рознарядки.

У разі, якщо ціна на товар, розрахована за вищенаведеною формулою (порядком), перевищує межі регіональних цін на товар, підтверджених довідкою ДП "Держзовнішінформ", застосовується ціна, яка знаходиться в межах регіональних.

Зміна ціни товару і вартості договору оформлюються сторонами виключно шляхом підписанням додаткової угоди".

Таким чином, підстави, за яких ціна товару може бути змінена, визначені у Документації, не відповідають частині п'ятій статті 40 Закону, якою визначений перелік випадків, коли істотні умови договору про закупівлю (зокрема, ціна) можуть змінюватись після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі.

Отже, Замовник повинен усунути виявлені невідповідності умов Документації в цій частині діючому законодавству України шляхом внесення до неї відповідних змін, а саме – в частині приведення зазначених вище умов Документації у відповідність до норм частини п'ятої статті 40 Закону.

3. ТОВ "Елемент Нафта" зазначило, що відповідно до умов Документації від учасника Процедури закупівлі вимагається надання оригіналу декларації про відповідність вимогам технічному регламенту щодо вимог до автомобільних бензинів, дизельного, суднових та котельних палив, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2013 № 927 (надалі – Технічний регламент) та копії сертифікату відповідності Технічний регламент, на підставі якого виписана декларація про відповідність, зазначена в цьому пункті (якщо таке має місце).

За інформацією Скаржника, ТОВ "Елемент Нафта" співпрацює з багатьма нафтотрейдерами, у тому числі іноземними, такими як ПАТ "Мозырский нефтеперерабатывающий завод", АТ "Рязанская нефтеперерабатывающая компания" тощо.

Скаржник повідомив, що згідно з сертифікатами відповідності, отриманими від ВАТ "Мозырский нефтеперерабатывающий завод", якість дизельного палива відповідає вимогам ДСТУ 4840:2007 (вміст сірки в паливі до 10 мг/кг), тобто відповідає ЄВРО 5.

На підтвердження зазначеної інформації ТОВ "Елемент Нафта" надало копії відповідних сертифікатів.

Як повідомив Скаржник, згідно з Технічним регламентом характеристики якості дизельного палива повинні відповідати ЄВРО 3 (вміст сірки в паливі не більше 350 мг/кг) або ЄВРО 4 (вміст сірки в паливі не більше 50 мг/кг) або ЄВРО 5 (вміст сірки в паливі не більше 10 мг/кг).

На думку ТОВ "Елемент Нафта", якщо якість дизельного палива відповідає вимогам ДСТУ 4840:2007, то воно автоматично відповідає і вимогам Технічного регламенту та у розумінні примітки до пункту 3.8 Документації є еквівалентом.

Скаржник вважає, що існує ймовірність того, що Замовник може відхилити його пропозицію конкурсних торгів з формальних підстав у зв'язку з тим, що у сертифікаті відповідності буде зазначено, що якість запропонованого ТОВ "Елемент Нафта" дизельного палива відповідає ДСТУ 4840:2007, а не вимогам Технічного регламенту, як це вимагається у Документації.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги зазначив, що зазначене вище твердження Скаржника про неможливість подати пропозицію на паливо, яке виготовлене за ДСТУ 4840:2007, є хибними.

Замовник повідомив, що Документацією передбачено, що учасник може подати еквівалент, тобто, якщо запропоноване паливо за своїми показникам буде відповідати характеристикам, зазначеним у додатку 9 Документації, то таке паливо буде прийняте Замовником як еквівалент.

Крім того, Замовник зазначив, що згідно із пунктом 2 розділу VII Закону України "Про підтвердження відповідності" обов'язкова сертифікація продукції, включеної до переліку продукції, що підлягає обов'язковій сертифікації в Україні, затвердженого наказом Держспоживстандарту від 01.02.2015 № 28, здійснюється до введення в дію відповідного технічного регламенту.

Постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2013 № 927 затверджено технічний регламент щодо вимоги до автомобільних бензинів, дизельного, суднових та котельних палив.

Замовник також зазначив наступне: "на підставі наказу Мінекономрозвитку України від 06.05.2015 № 452, виключено палива, на які поширюється Технічний регламент з Переліку".

Замовник повідомив, що згідно з пунктом 25 Технічного регламенту протягом 3 років, з дня набрання його чинності, допускається в обіг паливо, яке відповідає нормативному документу, згідно з яким воно виготовляється, та яке виготовлене і прийняте для обігу до дня вступу в дію цього Технічного регламенту. Для такого палива, відповідно до пункту 26 Технічного регламенту, кінцевий термін введення в обіг палива екологічного класу Євро 3 встановлюється до 31 грудня 2015 року.

Замовник зауважив, що у разі надання учасником у складі пропозиції конкурсних торгів декларації про відповідність вимогам Технічного регламенту та копії сертифікату відповідності нормативному документу (ДСТУ 4840:2007) такий учасник цілком би виконав умови документації конкурсних торгів та не було би підстав для відхилення такої пропозиції конкурсних торгів.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 3.2 розділу 3 Документації пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна складатися, зокрема, з кваліфікаційної частини, що повинна містити, серед іншого, документи, визначені додатком 1, пунктом 3.7 Документації та іншими додатками та вимогами Документації.

Підпунктом 1.1 підпункту 1 пункту 3.7 розділу 3 Документації встановлено, зокрема, наступне: "на підтвердження відповідності продукції на продукцію вітчизняного та імпортного виробництва надати:

- декларацію про відповідність вимогам Технічного регламенту щодо вимог до автомобільних бензинів, дизельного, суднових та котельних палив, затвердженому постановою КМУ від 1.08.2013 № 927;

- копію сертифікату відповідності Технічному регламенту щодо вимог до автомобільних бензинів, дизельного, суднових та котельних палив, затвердженому постановою КМУ від 1.08.2013 № 927, на підставі якого виписана декларація про відповідність, зазначена в цьому пункті (якщо таке має місце)".

Згідно з пунктом 3.8 розділу 3 Документації предметом закупівлі за лотами №№ 1-4 є дизельне паливо, яке відповідає Технічному регламенту (по 10 000 тонн у кожному лоті). Крім цього, вказаний пункт Документації містить примітку, відповідно до якої можна запропонувати до закупівлі еквівалент продукції "технічні параметри еквіваленту повинні відповідати вимогам зазначеного типу продукції та технічним вимогам або мати не гірші показники ніж зазначені в цій документації".

У додатку 9 Документації визначені вимоги щодо характеристик дизельного палива, що відповідає Технічному регламенту.

Відповідно до пункту 1 Технічного регламенту Технічний регламент встановлює вимоги до автомобільних бензинів, дизельного, суднових та котельних палив (надалі – палива), що виробляються, вводяться в обіг та реалізуються на території України, з метою захисту життя та здоров'я людини, тварин, рослин, національної безпеки, охорони навколишнього середовища та природних ресурсів.

У пункті 25 Технічного регламенту зазначено наступне: "протягом трьох років з дня набрання чинності цим Технічним регламентом допускають в обіг паливо, яке відповідає нормативному документу, згідно з яким воно виготовлене, та яке виготовлене і прийняте для обігу до дня вступу в дію цього Технічного регламенту.

Згідно з пунктом 4 постанови Кабінету Міністрів України від 01.08.2013 № 927 (якою затверджений Технічний регламент) ця постанова набирає чинності через шість місяців з дня опублікування.

Відповідно до пункту 26 Технічного регламенту кінцевим строком введення в обіг автомобільних бензинів та дизельного палива встановлено:

- екологічного класу Євро3 – до 31 грудня 2015 р.;
- екологічного класу Євро4 – до 31 грудня 2017 р.;
- екологічного класу Євро5 – не обмежений.

На засіданні Колегії з розгляду Скарги, яке відбулось 05.08.2015, представники Замовника зазначили, що технічні вимоги до дизельного палива, що закуповується, визначені у Технічному регламенті, є аналогічними/еквівалентними тим, що визначені у ДСТУ 4840:2007.

Разом з цим, у Документації не передбачена, зокрема, можливість надання учасником Процедури закупівлі у складі його пропозиції конкурсних копії сертифікату відповідності ДСТУ 4840:2007.

Встановлення Замовником у Документації вимоги щодо необхідності надання учасником Процедури закупівлі копії сертифікату відповідності Технічному регламенту обмежує коло учасників Процедури закупівлі лише тими суб'єктами господарювання, які можуть запропонувати до закупівлі дизельне паливо, на яке виданий сертифікат відповідності Технічному регламенту, та перешкоджає взяти участь у Процедурі закупівлі тим учасникам, які можуть запропонувати предмет закупівлі, на який виданий сертифікат відповідності ДСТУ 4840:2007.

Дії Замовника в частині встановлення зазначених вище вимог у Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та одні з основних принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників та відкритість і прозорість на всіх стадіях закупівель.

На засіданні Колегії, яке відбулось 05.08.2015, представник Замовника погодився внести змін до Документації в частині можливості надання учасником Процедури закупівлі, зокрема, копії сертифікату відповідності ДСТУ 4840:2007.

Враховуючи викладене та готовність Замовника внести відповідні зміни до Документації, Замовник повинен внести відповідні зміни до Документації в цій частині.

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.

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

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.

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 державне підприємство матеріально-технічного забезпечення залізничного транспорту України "Укрзалізничпостач" внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "19.20.2. Дизельне паливо (4 лоти)" [оголошення № 162465, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 08.07.2015 № 288/1/1 (08.07.2015)], з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

В. ПОЛЮХОВИЧ