



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

05 березня 2020 р.

Київ

№ 5 -рк

Міністерство розвитку економіки,
торгівлі та сільського господарства
України

Про здійснення заходів, спрямованих
на розвиток конкуренції, запобігання
порушенням законодавства про захист
економічної конкуренції

Антимонопольний комітет України, розглянувши подання державного уповноваженого Антимонопольного комітету України О. Нечитайло від 04 березня 2020 року № 13-01/173-117-зв,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Рекомендації надаються Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) у порядку, передбаченому статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», у сфері формування та реалізації конкурентної політики, сприяння розвитку конкуренції щодо здійснення заходів, спрямованих на розвиток конкуренції.
- (2) У зв'язку із соціальною важливістю питань проведення публічних закупівель на ринку послуг з розподілу електричної енергії, пріоритетністю досліджень Комітету щодо ринку електричної енергії, Комітетом у межах повноважень проведена відповідна робота для встановлення дійсних обставин, що створюють умови для можливої неефективної конкуренції на ринках електричної енергії при здійсненні публічних закупівель, та встановлено таке.

2. ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ДІЯЛЬНІСТЬ ЯКИХ КВАЛІФІКУЄТЬСЯ

- (3) Відповідно до Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (далі – Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 459 у редакції постанови Кабінету Міністрів України [від 11 вересня 2019 року № 838](#), Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського

господарства України є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує, зокрема: формування та реалізацію економічного, соціального розвитку і торгівлі, державну промислову політику, державну політику у сфері технічного регулювання, стандартизації, метрології та метрологічної діяльності, управління об'єктами державної власності, розвитку підприємництва, державно-приватного партнерства, інтелектуальної власності, інноваційної діяльності в реальному секторі економіки, державних та публічних закупівель тощо.

- (4) Відповідно до пункту 34 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон про публічні закупівлі), **Уповноважений орган** – центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері публічних закупівель.
- (5) Основними завданнями Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України є, зокрема, забезпечення формування та реалізації державної політики у сфері державних та публічних закупівель.
- (6) Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України відповідно до покладених на нього завдань, зокрема:
 - узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції; розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Кабінету Міністрів України;
 - розробляє проекти законів та інших нормативно-правових актів з питань, що належать до його компетенції;
 - здійснює нормативно-правове регулювання питань, що належать до компетенції Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України;
 - проводить аналіз стану конкурентоспроможності національної економіки, визначає напрями діяльності і розробляє заходи щодо підвищення її рівня;
 - здійснює нормативно-правове забезпечення державного регулювання у сфері державних та публічних закупівель;
 - узагальнює практику здійснення закупівель, у тому числі міжнародну, вивчає, узагальнює та поширює світовий досвід з питань закупівель;
 - надає роз'яснення щодо застосування законодавства у сфері державних закупівель;
 - надає узагальнені відповіді рекомендаційного характеру щодо застосування законодавства у сфері закупівель;
 - здійснює співробітництво з державними органами та громадськими організаціями щодо запобігання проявам корупції у сфері закупівель.
- (7) Відповідно до частин першої та четвертої статті 7 Закону про публічні закупівлі, Уповноважений орган здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель у межах повноважень, визначених цим Законом, а також нормативно-правове забезпечення державного регулювання у сфері закупівель.

3. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ПОСЛУГ З ПОСТАЧАНЯ ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ

- (8) З 13 квітня 2017 року правові засади особливостей здійснення закупівлі постачання електричної енергії визначаються Законом України «Про ринок електричної енергії» № 2019-VIII.
- (9) Закон України «Про ринок електричної енергії» визначає правові, економічні та організаційні засади функціонування ринку електричної енергії, регулює відносини,

пов'язані з виробництвом, передачею, розподілом, купівлею-продажем, постачанням електричної енергії для забезпечення надійного та безпечного постачання електричної енергії споживачам з урахуванням інтересів споживачів, розвитку ринкових відносин, мінімізації витрат на постачання електричної енергії та мінімізації негативного впливу на навколишнє природне середовище.

- (10) Водночас частиною першою статті 3 Закону України «Про ринок електричної енергії», якою встановлені принципи функціонування ринку електричної енергії, передбачено, що ринок електричної енергії функціонує на конкурентних засадах, крім діяльності суб'єктів природних монополій, з обмеженнями, установленними цим Законом.
- (11) З прийняттям Закону України «Про ринок електричної енергії» відбулись істотні зміни у системі взаємовідносин між споживачами та постачальниками електричної енергії.
- (12) Отже, відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії», починаючи з 01.07.2019, купівля-продаж електричної енергії може відбуватися на різних сегментах ринку електричної енергії, зокрема:
- двосторонні договори, що укладаються між учасниками ринку у довільній формі для купівлі-продажу електричної енергії поза організованими сегментами ринку;
 - ринок «на добу наперед», на якому здійснюється купівля-продаж електричної енергії на наступну добу;
 - внутрішньодобовий ринок, на якому купівля-продаж електричної енергії здійснюється безперервно впродовж доби фізичного постачання електричної енергії;
 - балансуєчий ринок, організацію якого здійснює оператор системи передачі електричної енергії з метою балансування в реальному часі обсягів виробництва та імпорту електричної енергії і споживання та експорту електричної енергії;
 - ринок допоміжних послуг, необхідний оператору системи передачі для придбання допоміжних послуг для забезпечення надійної роботи об'єднаної енергетичної системи України та належної якості електроенергії;
 - роздрібний ринок, що функціонує для задоволення потреб споживачів в електричній енергії та пов'язаних з цим послуг.
- (13) Відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії» через 18 (вісімнадцять) місяців з дня набрання ним чинності відбувається відокремлення видів діяльності з розподілу та постачання електричної енергії в існуючих вертикально-інтегрованих енергопостачальних компаніях. Тобто, один і той самий суб'єкт господарювання не має права одночасно здійснювати діяльність з розподілу та постачання електричної енергії. Розподіл електричної енергії здійснюється операторами систем розподілу (суб'єкти природних монополій), а постачання електричної енергії споживачам — окремі від операторів систем розподілу юридичні особи - електропостачальники, що обираються споживачами.
- (14) Право здійснювати діяльність з постачання електричної енергії мають тільки ті компанії, які отримали відповідні ліцензії. Діяльність з розподілу також підлягає ліцензуванню відповідно до законодавства. Оператор системи розподілу надає послуги з розподілу електричної енергії на недискримінаційних засадах. При цьому він керується Законом України «Про ринок електричної енергії», кодексом систем розподілу та іншими нормативно-правовими актами, що регулюють функціонування ринку електричної енергії. Постачання електричної енергії споживачам здійснюється за вільними цінами.
- (15) Відповідно до статті 56 Закону України «Про ринок електричної енергії», умови постачання електричної енергії, права та обов'язки електропостачальника і споживача

визначаються договором постачання електричної енергії споживачу. У договорі постачання електричної енергії споживачу визначаються:

- найменування та місцезнаходження електропостачальника;
 - перелік послуг, що надаються електропостачальником;
 - ціна електричної енергії та послуг, що надаються;
 - показники якості електропостачання, зокрема якості електричної енергії;
 - види послуг з технічного обслуговування, які пропонуються електропостачальником;
 - умови та порядок відшкодування (компенсації), що застосовується у разі недотримання електропостачальником показників якості послуг, визначених договором, зокрема у разі виставлення невірної рахунка та/або несвоєчасного виставлення рахунка;
 - порядок та засоби повідомлення актуальної інформації щодо чинних тарифів, вартості послуг з технічного обслуговування, очікуваних змін цін та умов постачання електричної енергії;
 - порядок організації комерційного обліку електричної енергії та надання даних комерційного обліку електричної енергії;
 - порядок подання звернень, претензій, скарг споживачем та порядок їх розгляду електропостачальником, методи ініціювання процедур вирішення спорів;
 - строк дії договору, умови припинення, пролонгації та розірвання договору, зокрема в односторонньому порядку споживачем у разі зміни електропостачальника, а також умови дострокового розірвання договору із зазначенням наявності чи відсутності санкції (штрафу) за дострокове розірвання договору;
 - зобов'язання електропостачальника щодо надання споживачу інформації про захист прав споживачів, зокрема у розрахункових документах (рахунках);
 - права та обов'язки електропостачальника і споживача у разі неможливості виконання своїх зобов'язань та у разі тимчасового зупинення постачання.
- (16) До укладення договору постачання електричної енергії електропостачальник має надати споживачу інформацію про істотні умови договору та про наявний вибір порядку та форм виставлення рахунка і здійснення розрахунків.
- (17) Загальні положення та умови договору мають бути справедливими і прозорими, викладеними чітко і ясно, не містити процедурних перешкод, що ускладнюють здійснення прав споживача.
- (18) Жодне положення договору постачання електричної енергії споживачу не має створювати обмежень права споживача на зміну електропостачальника. Крім того, договір не може містити положень, що накладають додаткові фінансові зобов'язання на споживача, який здійснює зазначене право. В іншому разі таке положення вважається недійсним з моменту укладення договору.
- (19) У свою чергу, правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади установлені Законом про публічні закупівлі.
- (20) Частиною четвертою статті 36 Закону про публічні закупівлі передбачено випадки зміни істотних умов договору про закупівлю: умови договору про закупівлю не повинні

відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури.

- (21) При цьому частиною сьомою статті 2 Закону про публічні закупівлі забороняється придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладання договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом.
- (22) Відповідно до пункту 29 частини першої статті 1 Закону про публічні закупівлі, тендерна документація – документація щодо умов проведення публічних закупівель, що розробляється та затверджується замовником і оприлюднюється для вільного доступу на веб-порталі Уповноваженого органу та авторизованих електронних майданчиках. Тендерна документація не є об'єктом авторського права та/або суміжних прав.
- (23) Тендерна документація є ключовим документом, який готує замовник під час проведення процедури закупівлі. Основні вимоги щодо змісту та складу тендерної документації визначено частиною другою статті 22 Закону про публічні закупівлі, відповідно до якої тендерна документація повинна містити, зокрема:
- інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби - плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закуповуються, у тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закуповуються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами. Технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника. У разі якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим, а специфікація повинна містити вираз «або еквівалент». Технічні, якісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля;
 - опис окремої частини або частин предмета закупівлі (лота), щодо яких можуть бути подані тендерні пропозиції, у разі якщо учасникам дозволяється подати тендерні пропозиції стосовно частини предмета закупівлі (лота).
- (24) Отже, однією з передумов успішного проведення публічних закупівель та виконання договору є підготовка якісної тендерної документації. Відсутність у ній дискримінаційних умов сприятиме високому рівню конкуренції на ринках електричної енергії, а положення тендерної документації захищатимуть інтереси замовників та постачальників.

4. ІНФОРМАЦІЯ ЩОДО ПРЕДМЕТА, ЯКИЙ ДОСЛІДЖУЄТЬСЯ

- (25) Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 13.04.2016 № 680 «Про затвердження примірної тендерної документації» затверджено [Примірну тендерну документацію](#) для процедури закупівлі – відкриті торги. Примірною тендерною документацією містить, зокрема, обов'язкову інформацію, визначену статтею 22 Закону про публічні закупівлі, яка оформлюється у вигляді таблиці, що складається з трьох граф та подається замовником окремим файлом, та інформацію, яку формує замовник шляхом заповнення окремих полів електронних форм електронної системи закупівель, і

додатки, що завантажуються до електронної системи закупівель окремими файлами. При цьому **зміст кожного розділу** Примірної тендерної документації **визначається замовником**.

- (26) Відповідно до частини другої статті 16 Закону про публічні закупівлі замовник встановлює один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв:
- наявність обладнання та матеріально-технічної бази; наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;
 - наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.
- (27) Згідно з частиною четвертою статті 16 Закону про публічні закупівлі документи, що не передбачені законодавством для учасників – юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб-підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції.
- (28) При цьому відсутність документів, що не передбачені законодавством для учасників - юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб-підприємців, у складі тендерної пропозиції не може бути підставою для її відхилення замовником.
- (29) Отже, **замовник самостійно визначає кваліфікаційні критерії** з тих, що передбачені статтею 16 Закону про публічні закупівлі, та вказує в тендерній документації інформацію про спосіб документального підтвердження відповідності учасників установленим критеріям.
- (30) Разом із тим, згідно з частиною третьою статті 22 Закону про публічні закупівлі, тендерна документація може містити також іншу інформацію відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити. При цьому тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників (частина четверта статті 22 Закону про публічні закупівлі).
- (31) Ураховуючи зазначене, вимоги тендерної документації та перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність таким вимогам, визначаються замовником самостійно виходячи зі специфіки предмета закупівлі, керуючись принципами здійснення закупівель, закріпленими у статті 3 Закону про публічні закупівлі, та з дотриманням законодавства в цілому.
- (32) Проте вільне та досить широке трактування і застосування замовниками встановлених Законом про публічні закупівлі та Примірною тендерною документацією вимог та порядку підготовки тендерної документації щодо визначення кваліфікаційних критеріїв та способів підтвердження відповідності учасників встановленим критеріям, у тому числі виходячи із специфіки закупівлі саме електричної енергії як товару, створює обставини, за яких у замовників є можливість встановлювати дискримінаційні умови в тендерній документації щодо закупівлі електричної енергії.
- (33) Про це свідчить велика кількість скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, поданих до Комітету як до органу оскарження. Так, у 2019 році до Комітету надійшло **214** скарг щодо дій замовників під час проведення процедур публічної закупівлі електричної енергії, а за січень 2020 року – **115** скарг.
- (34) Нижче наводимо інформацію про рішення та дії замовників щодо включення до тендерної документації вимог до учасників відкритих торгів за кодом класифікації ДК 021:2015:0931 0000-5 – Електрична енергія, які оскаржуються найчастіше.
- (35) Встановлення Замовником вимоги щодо **«постачання електричної енергії постачальником універсальних послуг»** є найчастіше оскаржуваним (*зокрема, рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 23.07.2019 № 9871, від 08.08.2019 № 10887, від 05.12.2019 № 18032, від 21.12.2019 № 19084*).

- (36) При цьому, згідно з даними Публічного модуля аналітики <https://bi.prozorro.org>, рекомендованого до використання листом Мінекономрозвитку від 25.04.2019 № 3305-04/17934-03, сукупна кількість закупівель за кодом класифікації ДК 021:2015:0931 0000-5 – Електрична енергія становила понад **34 тисяч одиниць** у 2019 році, при цьому **23 %** проведено за процедурою відкритих торгів. Разом із тим здійснення конкурентного відбору переможця торгів дозволило відповідним замовникам досягти середньої економії в розмірі **23,59 %**.
- (37) Відповідно до статті 1 Закону України «Про ринок електричної енергії» постачальник універсальної послуги - визначений відповідно до цього Закону електропостачальник, який виконує зобов'язання щодо надання універсальної послуги. Універсальна послуга - постачання електричної енергії побутовим та малим непобутовим споживачам, що гарантує їхні права бути забезпеченими електричною енергією визначеної якості на умовах, визначених відповідно до цього Закону, на всій території України.
- (38) Відповідно до частини другої статті 63 Закону України «Про ринок електричної енергії» межі території здійснення діяльності постачальника універсальних послуг визначаються в умовах конкурсу. У межах території здійснення діяльності одного постачальника універсальних послуг не допускається здійснення діяльності іншими постачальниками універсальних послуг.
- (39) Враховуючи викладені положення законодавства, взяти участь у Процедурі закупівлі може лише постачальник універсальних послуг, що здійснює діяльність на території місцезнаходження об'єктів електроспоживання Замовника, що є дискримінаційним по відношенню до інших суб'єктів господарювання.
- (40) Відповідно до статті 1 Закону України «Про ринок електричної енергії» постачальник універсальної послуги - визначений відповідно до цього Закону електропостачальник, який виконує зобов'язання щодо надання універсальної послуги.
- (41) Універсальна послуга - постачання електричної енергії побутовим та малим непобутовим споживачам, що гарантує їхні права бути забезпеченими електричною енергією визначеної якості на умовах, визначених відповідно до цього Закону, на всій території України.
- (42) Відповідно до пункту 13 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії» тимчасово, на період з 1 січня 2019 року по 31 грудня 2020 року, універсальні послуги, крім побутових та малих непобутових споживачів, надаються постачальником таких послуг також бюджетним установам незалежно від розміру договірної потужності та іншим споживачам, електроустановки яких приєднані до електричних мереж з договірною потужністю до 150 кВт. У зазначений період на бюджетні установи незалежно від розміру договірної потужності та на інших споживачів, електроустановки яких приєднані до електричних мереж з договірною потужністю до 150 кВт, поширюються всі права та обов'язки, передбачені Законом України «Про ринок електричної енергії» для малих непобутових споживачів щодо отримання універсальних послуг, передбачених [статтею 63](#) цього Закону.
- (43) Разом із тим купівля електроенергії у постачальника універсальних послуг відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії» є правом споживача, у тому числі замовника, у розумінні Закону України «Про публічні закупівлі», а не його обов'язком.
- (44) Отже, встановлення в тендерній документації в частині дотримання принципів здійснення закупівель, зокрема, таких як недискримінація учасників, добросовісна конкуренція серед учасників, вимога про «постачання електричної енергії постачальником універсальних послуг, не відповідає вимогам Закону України «Про публічні закупівлі».

- (45) Встановлення Змовником вимоги щодо **надання гарантійного листа про те, що скаржник не набував статусу «Дефолтного» або «Переддефолтного».**
- (46) Відповідно до пункту 1.7.2 «Правил ринку», затверджених Постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 14 березня 2018 року № 307 у редакції постанови НКРЕКП від 24 червня 2019 року № 1168 (далі – Правила ринку), у разі набуття учасником ринку статусу «Переддефолтний» Адміністратор розрахунків на період існування такого статусу:
- 1) надсилає учаснику ринку та Регулятору повідомлення про набуття учасником ринку статусу «Переддефолтний»;
 - 2) **публікує на офіційному веб-сайті Адміністратора розрахунків повідомлення про набуття учасником ринку статусу «Переддефолтний»** із зазначенням дати набуття такого статусу;
 - 3) призупиняє реєстрацію ДД щодо продажу електричної енергії учасником ринку;
 - 4) кожного дня (о 18:00) скасовує реєстрацію ДД щодо продажу електричної енергії на післязавтра;
 - 5) використовує фінансові гарантії, що надаються учасником ринку, для покриття його заборгованості перед ОСП;
 - 6) установлює нульовий максимальний обсяг продажу електричної енергії на РДН та ВДР для такого учасника ринку;
 - 7) якщо учасник ринку також виступає в якості електропостачальника, після набуття ним статусу «Переддефолтний» кожного банківського дня (о 12:00) направляє до уповноважених банків довідку, що містить інформацію щодо повного та скороченого найменування учасника ринку або ПІБ (якщо учасником ринку є фізична особа або фізична особа-підприємець), ЄДРПОУ або РНОКПП (якщо учасником ринку є фізична особа або фізична особа - підприємець), розмір простроченої електропостачальником оплати вартості його небалансів електричної енергії.
- (47) Отже, чинним нормативно-правовими актами, що діють у сфері енергетики, а саме «Правилами ринку», передбачено обов'язок Адміністратора розрахунків публікувати на офіційному вебсайті інформацію щодо учасників, які набули статусу «Переддефолтний».
- (48) Отже, замовник може безперешкодно перевірити, чи не набув учасник відкритих торгів такого статусу за допомогою даних з відкритих джерел (офіційний вебпортал Адміністратора розрахунків), а отже, встановлення в тендерній документації вимог, щодо **надання гарантійного листа про те, що скаржник не набував статусу «Дефолтного» або «Переддефолтного»** може бути додатковим бар'єром для учасників відкритих торгів, а також давати необґрунтовані підстави для Замовника щодо недопуску пропозиції певного учасника до оцінки.
- (49) Крім того, **Замовник вимагає від учасників надавати інформацію та документи від ОСР з інформацією про кількість споживачів, яких він обслуговує на території відповідного ОСР протягом зазначеного Замовником обмеженого періоду часу (рішення від 20.02.2020 № 3290).**
- (50) Проте, якщо учасник звернеться до всіх операторів системи розподілу, до мереж яких учасник приєднаний, з інформацією про кількість споживачів, яких він обслуговує на території відповідного ОСР, оператору системи розподілу необхідний час для

опрацювання такого запиту. Тобто, для отримання необхідної інформації учаснику може знадобитися тривалий проміжок часу, враховуючи те, що відповідно до укладеного договору ОСР не зобов'язаний надавати такі довідки взагалі.

- (51) При цьому вказану інформацію потрібно отримати саме від ОСР. При цьому ОСР, незважаючи на відокремлення (unbundling) діяльності з розподілу від діяльності з постачання, як передбачено Законом України «Про ринок електричної енергії», все ще можуть бути пов'язані відносинами контролю із суб'єктами (Постачальниками універсальних послуг), які здійснюють діяльність на ринку електричної енергії та є конкурентами по відношенню до учасників відкритих торгів. У такому випадку ОСР, які пов'язані з конкретними постачальниками, можуть створювати бар'єри під час надання вказаної довідки.
- (52) Отже, як свідчить наведене вище, право **замовників самостійно встановлювати вимоги до учасників** у частині, зокрема, що передбачена статтею 16 Закону про публічні закупівлі, та вказувати в тендерній документації інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям під час закупівлі електричної енергії за класифікацією ДК 021:2015:0931 0000-5 – Електрична енергія, самостійно визначати перелік інформації про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію за вказаним кодом класифікації, призводить до порушення вимог частини третьої статті 5 та частини четвертої статті 22 Закону про публічні закупівлі, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржників, пов'язані з їх участю у процедурі закупівлі, принципи відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачених статтею 3 Закону про публічні закупівлі.
- (53) Головна ознака умов тендерної документації, за якою їх можна віднести до дискримінаційних, – це негативні наслідки, зумовлені такими умовами, якими є обмеження конкуренції та дискримінація учасників. Тобто, замовник встановлює такі вимоги до учасника торгів або до предмета закупівлі, які є надмірними або занадто деталізованими порівняно з вимогами, які звичайно висувуються та вважаються об'єктивно необхідними для успішного виконання договору про закупівлю. Шляхом включення до тендерної документації дискримінаційних умов замовник необґрунтовано звужує коло потенційних учасників закупівель, перешкоджаючи певним постачальникам, які спроможні виконати умови договору, брати участь у конкурсі.
- (54) Отже, на думку Комітету, під час виконання функцій органу оскарження та прийняття рішень за результатами розгляду скарг встановлюються порушення у вигляді встановлення в тендерній документації дискримінаційних та надмірних вимог, які не впливають на якість товару, не підтверджують кваліфікацію учасників, створюють умови для зловживання замовниками під час проведення процедури закупівель.
- (55) Крім цього, серед найбільш оскаржуваних вимог тендерної документації під час закупівлі електричної енергії є також вимоги, які прямо не передбачені законодавством у сфері публічних закупівель та законодавством у сфері електроенергетики, та які разом із тим включені замовником до тендерної документації та можуть призводити до відхилення пропозицій учасників, зокрема:
- вимоги щодо оформлення та підписання тендерної пропозиції (накладення електронного цифрового підпису на кожний завантажений документ, завірення кожного документа підписом та печаткою, завантаження кожного документа окремим файлом, застосування терміна «енергія електрична», замість «електрична енергія» тощо);

- вимоги щодо надання гарантійних листів, довідок та інших документів, які мають містити інформацію та твердження, що не створюють додаткової цінності тендерній пропозиції із зазначенням інформації, яка не є (наприклад, надання листа-згоди з підставами відхилення, вказаними в тендерній документації, зазначення в технічній специфікації твердження, згідно з якими «у випадку, якщо оператор системи розподілу позбавляється ліцензії, припиняється тощо, для забезпечення виконання цього договору сторони зобов'язуються укласти договір з його правонаступником, або іншим суб'єктом, який матиме ліцензію на надання послуг з розподілу електричної енергії на відповідній території» тощо);
 - некоректні приклади характеристик предмета закупівлі та діяльності з її постачання на кшталт «повинен відповідати», у той час коли правильно було б зазначити «відповідає».
- (56) Враховуючи наведене, зазначені вище приклади надмірності вимог, що висувують замовники в тендерній документації, та помилки учасників у пропозиціях, наявність яких ускладнює та порушує основні принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону про публічні закупівлі (добросовісна конкуренція серед учасників, максимальна економія та ефективність, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель, недискримінація учасників, об'єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій).
- (57) Крім того, замовники та учасники не використовують інформацію з відкритих джерел, доступ до яких є вільним, нормативні документи уряду, механізми забезпечення виконання договірних зобов'язань, а також гарантії щодо участі у процедурах закупівель, які дадуть змогу здійснити належний кваліфікаційний відбір учасників (переможця) та забезпечити належне виконання умов договору.

5. КВАЛІФІКАЦІЯ ДІЙ МІНІСТЕРСТВА РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ, ТОРГІВЛІ ТА СІЛЬСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА УКРАЇНИ

- (58) Відповідно до частини п'ятої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зокрема, органи влади зобов'язані сприяти розвитку конкуренції та не вчиняти будь-яких неправомірних дій, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію.
- (59) Відповідно до частини п'ятої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зокрема, органи влади зобов'язані сприяти Антимонопольному комітету України у здійсненні його повноважень у сфері підтримки й захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму та контролю за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції.
- (60) Згідно з пунктом 11 статті 8 Закону Про публічні закупівлі до основних функцій Уповноваженого органу (Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України) належить, зокрема, розроблення та затвердження примірної тендерної документації.
- (61) Отже, розробка та прийняття нормативно-правових актів, які матимуть зобов'язальний характер для всіх замовників закупівель електричної енергії, сприятиме комплексному вирішенню питань, зазначених у розділі 4 цих рекомендацій.

Враховуючи викладене, з метою здійснення заходів, спрямованих на розвиток конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції та умов, що їм сприяють, керуючись частиною першою статті 7 Закону України «Про

Антимонопольний комітет України», Антимонопольний комітет України надає Міністерству розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

З метою формування конкурентного середовища на ринку постачання електричної енергії під час проведення публічних закупівель вжити заходів щодо вдосконалення порядку визначення в тендерній документації вимог до учасників процедур закупівель електричної енергії за кодом класифікації ДК 021:2015:0931 0000-5 – Електрична енергія (зокрема, але не виключно, шляхом розробки методичних рекомендацій / методологічних роз'яснень та/або внесення змін до Примірної тендерної документації).

Рекомендації Антимонопольного комітету України підлягають обов'язковому розгляду органами чи особами, яким вони надані.

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України протягом 30 днів з дня їх отримання.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ