



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

09 квітня 2020 р.

Київ

№ 17-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 Департаменту досліджень і розслідувань ринків паливно-енергетичного комплексу та житлово-комунального господарства від 08 квітня 2020 року № 128-01/162-П,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Антимонопольний комітет України (далі – Комітет) надає рекомендації 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, пріоритетністю досліджень Комітету щодо ринків торгівлі високооктановими бензинами, дизельним паливом, мазутом та скрапленим газом Комітетом у межах повноважень проведена відповідна робота для встановлення дійсних обставин, що створюють умови для можливої неефективної конкуренції 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.

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 ВИСОКООКТАНОВИХ БЕНЗИНІВ, ДИЗЕЛЬНОГО ПАЛИВА, МАЗУТУ ТА СКРАПЛЕНОГО ГАЗУ

- (7) Правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади установлені Законом про публічні закупівлі.

- (8) 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.
- (9) 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.
- (10) 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.
- (11) 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).
- (12) 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 торгівлі високооктановими бензинами, дизельним паливом, мазутом та скрапленим газом, а положення тендерної документації захищатимуть інтереси замовників та постачальників.

4. ІНФОРМАЦІЯ ЩОДО ПРЕДМЕТА, ЯКИЙ ДОСЛІДЖУЄТЬСЯ

- (13) 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. Примірна тендерна документація 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.**

- (14) 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.
- (15) Частиною третьою статті 16 Закону про публічні закупівлі замовник не встановлює кваліфікаційних критеріїв та не визначає переліку документів, що підтверджують подану учасниками інформацію про відповідність їх таким критеріям, у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок і маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.
- (16) 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.
- (17) 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.
- (18) 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.
- (19) 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).
- (20) 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.
- (21) 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 зі специфіки закупівлі нафти і нафтопродуктів саме як товару, створює обставини, за яких у замовників є можливість встановлювати дискримінаційні умови в тендерній документації щодо закупівлі нафтопродуктів та пального.

- (22) 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 **265** скарг щодо дій замовників за предметом закупівлі «Нафта і дистилляти», а за 2020 рік (на 11.03.2020) – **95** скарг.
- (23) Як видно зі статистичних даних, лише за **два з половиною місяці 2020 року** кількість скарг щодо дій замовників під час проведення процедур публічної закупівлі нафти та дистилтів становить **35 %** загальної кількості таких скарг **за весь 2019 рік**.
- (24) Нижче наводимо інформацію про рішення та дії замовників щодо включення до тендерної документації вимог до учасників відкритих торгів за кодом класифікації ДК 021:2015 - 09130000-9 – Нафта і дистилляти, які оскаржуються найчастіше.
- (25) Так, замовники вимагають від учасників мати розгалужену мережу саме власних або орендованих АЗС за місцезнаходженням замовника, при цьому встановлюючи також певну мінімальну кількість таких власних або орендованих АЗС, та підтвердити цю інформацію відповідними витягами про право власності або договорами оренди (*рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 13.05.2019 № 5861, від 21.10.2019 № 15085, від 28.01.2020 № 1658*).
- (26) Також замовники вимагають наявності саме власного або орендованого складу пально-мастильних матеріалів в області, в якій розміщуються об'єкти замовника, з підтвердженням цієї інформації відповідним витягом про право власності або договорами оренди.
- (27) Похідною таких вимог є обов'язок забезпечення адрес базувань АЗС певної кількості, наприклад, не менше 60 % (або не менше 13 базувань) заправкою паливом **на власних або орендованих АЗС учасника** (*рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 03.10.2019 № 14175*).
- (28) Разом із тим поставку замовнику нафтопродуктів суб'єкти господарювання можуть здійснювати з використанням карток, талонів тощо на пальне. У таких випадках продавець нафтопродуктів має право залучати необхідну кількість третіх осіб – підприємств, які мають відповідні права на експлуатацію АЗС (необхідних площ АЗС) і на виконання договірних відносин із продавцем забезпечують фактичну передачу (видачу) товару покупцю при пред'явленні останнім картки на пальне. Відтак продаж нафтопродуктів із використанням карток, талонів тощо на пальне не передбачає наявності в продавця розгалуженої мережі **саме власних або орендованих АЗС**, а здійснюється через партнерські АЗС. Тобто, відпуск нафтопродуктів із використанням карток, талонів тощо, емітентом яких є потенційний учасник, не впливає на якість нафтопродуктів, а також на можливість та якість обслуговування на АЗС.
- (29) **Отже, вимога тендерної документації щодо наявності в учасника саме власної або орендованої матеріально-технічної бази (АЗС, пально-мастильних складів тощо) звужує коло потенційних учасників аукціону та призводить до усунення з ринку тих суб'єктів господарювання, які можуть надавати відповідні послуги із залученням партнерської матеріально-технічної бази.**
- (30) Замовники в тендерній документації визначають собі право на відхилення (а також можливість не застосовувати це право) у випадку, якщо **за результатами аукціону** ціна за одиницю товару, що є предметом закупівлі, буде нижче ринкової більш ніж на 10 % (відповідно до даних, наведених у довідці ДП «Держзовнішінформ», які учасники також мають надати у складі пропозиції).
- (31) **Зазначене суперечить вимогам Закону про публічні закупівлі, а саме статті 30 цього Закону; а також надає замовнику дискримінаційне право за одних і тих самих підстав застосовувати або не застосовувати таку підставу для відхилення**

пропозиції учасника (з чим також стикався Орган оскарження під час розгляду скарг вже на результати торгів, в яких своєчасно не була оскаржена така дискримінаційна умова тендерної документації).

- (32) Замовники визначають у тендерній документації вимоги щодо відстані розташування АЗС потенційних учасників, на яких буде здійснюватися заправка автотранспорту замовника, наприклад, не більше 7 км, або не більше 1 км тощо без належного обґрунтування таких умов (*рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 25.01.2019 № 807, від 21.10.2019 № 15085*).
- (33) **Як встановлено під час розгляду скарг, зазвичай у межах визначеної території наявні АЗС, як правило, одного власника та/або афілійованих із ним суб'єктів господарювання. Зазначене призводить до звуження кола потенційних учасників торгів, відтак встановлення замовником наведених вище умов тендерної документації без належного обґрунтування порушує один із принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону про закупівлі, а саме недискримінацію учасників. Отже, визначені в тендерній документації вимоги до розташування АЗС потенційних учасників мають, як і відповідати обґрунтованим потребам Замовника, так і забезпечувати можливість конкуренції між учасниками під час проведення процедури закупівель.**
- (34) Замовники вимагають наявності в учасників торгів ліцензій на право здійснення господарської діяльності саме із роздрібною торгівлю паливом (*рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 18.10.2019 № 15022*).
- (35) Відповідно до Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв, тютюнових виробів та пального» здійснення господарської діяльності з роздрібною торгівлю паливом передбачає продаж або відпуск пального з автозаправної станції / автогазозаправної станції / газонаповнювальної станції / газонаповнювального пункту та інших місць роздрібною торгівлю через паливороздавальні колонки та/або оливатороздавальні колонки.
- (36) Оскільки продаж нафтопродуктів із використанням карток, талонів тощо на паливо не передбачає наявності в продавця розгалуженої мережі **саме власних або орендованих АЗС**, у таких суб'єктів господарювання відсутні ліцензії на здійснення діяльності з роздрібною торгівлю паливом. При цьому відпуск нафтопродуктів здійснюється через партнерські АЗС інших суб'єктів господарювання, які мають відповідні ліцензії на роздрібну торгівлю паливом.
- (37) **Відтак вимога в тендерній документації щодо наявності саме в учасника ліцензій на право здійснення господарської діяльності з роздрібною торгівлю паливом обмежує право взяти участь в торгах інших суб'єктів господарювання, зокрема тим, які мають в наявності ліцензії на оптову торгівлю паливом.**
- (38) Замовники визначають предмет закупівлі відповідно до марки конкретного виробника пального без можливості запропонувати еквівалент продукції.
- (39) **При цьому така вимога прямо суперечить вимогам Закону про публічні закупівлі, а також призводить до звуження кола потенційних учасників, які можуть запропонувати еквівалент на паливо не гіршої якості.**
- (40) Замовники встановлюють дискримінаційні обмеження на порядок повернення забезпечень виконання договору, наприклад, передбачають, що замовник повертає забезпечення виконання договору Постачальнику після повного виконання ним умов договору у строк 5 банківських днів із дати проведення остаточних розрахунків за поставлений товар.

- (41) При цьому замовники не визначають порядку та строків проведення таких розрахунків, що ставить суб'єктів господарювання в пряму залежність від бажання замовника оперативно повертати таким суб'єктам господарювання це забезпечення.
- (42) 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 на ринках торгівлі високооктановими бензинами, дизельним паливом, мазутом та скрапленим газом за класифікацією ДК 021:2015 - 09130000-9 – Нафта і дистилати, 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 норм частини третьої статті 5 та частини четвертої статті 22 Закону про публічні закупівлі, якими передбачено недискримінацію учасників, передбачено, що тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників, а також порушуються принципи відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачених статтею 3 Закону про публічні закупівлі.
- (43) 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 висуваються та вважаються об'єктивно необхідними для успішного виконання договору про закупівлю. Включаючи до тендерної документації дискримінаційні умови, замовник необґрунтовано звужує коло потенційних учасників закупівель, перешкоджаючи певним суб'єктам господарювання, які спроможні виконати умови договору, брати участь у конкурсі.
- (44) Комітет, виконуючи функції органу оскарження та приймаючи рішення за результатами розгляду скарг, встановлює 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.
- (45) Враховуючи наведене, зазначені вище приклади надмірності вимог, що висувають замовники в тендерній документації, порушують 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).
- (46) Крім того, замовники 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 дають змогу здійснити належний кваліфікаційний відбір учасників (переможця) та забезпечити належне виконання умов договору.

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

- (47) 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.
- (48) 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.
- (49) 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.
- (50) Отже, розробка та прийняття нормативно-правових актів, які матимуть зобов'язальний характер для всіх замовників закупівель за кодом класифікації ДК 021:2015 - 09130000-9 – Нафта і дистилати, сприятиме комплексному вирішенню проблемних 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 торгівлі високооктановими бензинами, дизельним паливом, мазутом та скрапленим газом під час проведення публічних закупівель вжити заходів щодо вдосконалення порядку визначення в тендерній документації вимог до учасників процедур закупівель за кодом класифікації ДК 021:2015 - 09130000-9 – Нафта і дистилати (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