

Недопустимість від'ємної маржі — правомірна вимога замовника чи ні? Практика АМКУ

Одним із специфічних предметів закупівлі є електрична енергія. Здійснення таких закупівель передбачає багато нюансів для майбутнього постачання електричної енергії та виконання договору. І, відповідно, замовник повинен встановити коректні та допустимі вимоги, що не суперечать принципам здійснення закупівель, не обмежують конкуренцію та не призводять до дискримінації учасників.

Тим самим замовниками можуть встановлюватися вимоги щодо формування цінової пропозиції чи ціни за одиницю товару, з розбивкою її на складові частини, наприклад:

Ціна закупівлі одиниці товару;

Ціна (тариф) послуг оператора системи передачі;

Ціна (тариф) послуг оператора системи розподілу;

Вартість послуг постачальника (маржа).

Схожі складові визначені [проєктом договору \(додаток 3 до тендерної документації\)](#), що розміщений серед вірців документів порталу RADNUK.COM.UA, яким може скористатись закупівельник.

З метою недопущення протиправного демпінгу цінової пропозиції, що може потягнути за собою проблеми при виконанні договору про закупівлю, інколи замовники встановлюють вимоги щодо надання у складі пропозиції розрахунку ціни за одиницю товару, враховуючи умову, що вартість послуг постачальника (маржа) не повинна бути від'ємною.

У публікації «[Недостовірність інформації встановлюється не лише за відповіддю на звернення замовника](#)» проаналізовано рішення органу оскарження, питанням розгляду якого було виконання вимоги щодо недопустимості від'ємної маржі, яка, в свою чергу, не оскаржувалась.

Проте чи є правомірною така вимога закупівлі?

Звернемось до практики за рішеннями Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія).

Водночас згадаємо, що відповідно до [абзацу 1 частини 3](#) та [частини 4 статті 22 Закону](#)

України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон) тендерна документація може містити іншу інформацію, вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством та яку замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації, а також тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників, а також вимог щодо документального підтвердження інформації про відповідність вимогам тендерної документації, якщо така інформація є публічною, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та / або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.



Рішення Колегії від 25.06.2021 № 14434-р/пк-пз, закупівля [№ UA-2021-05-21-000724-с.](#)

Обставини розгляду скарги

Умовами закупівлі встановлено умови щодо складових ціни пропозиції, у тому числі однією зі складових є маржа, яка в свою чергу не може бути величиною від'ємною.

Позиція скаржника

Вважаючи зазначену умову закупівлі, за якою маржа не може бути величиною від'ємною, неправомірною та дискримінаційною, скаржник просив Колегію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації шляхом вилучення цієї умови.

Скаржник вважає, що наявність встановлених замовником вказаних вимог у тендерній документації не обґрунтована замовником відповідно до [абзацу 1 частини 3 статті 22 Закону](#), суперечить [статті 26 Закону](#), а також порушує принцип «вільної ціни електричної енергії», що передбачений [постановою НКРЕКП від 14.03.2018 № 312](#) «Про затвердження Правил роздрібного ринку електричної енергії», а тому є дискримінаційною по відношенню до потенційних учасників, у тому числі скаржника, а тому такі вимоги мають бути виключені з умов тендерної документації. Скаржник наголошує, що ціна електричної енергії, що придбавається на різних ринках, може бути нижчою за ціну електричної енергії у випадку її купівлі на ринку «на добу наперед» (РДН). Проте, відповідно до умов тендерної документації, замовник буде визначати величину маржі скаржника та інших

учасників, орієнтуючись лише на середньозважену ціну на ринку РДН ОЕС України, а не на ціну електричної енергії на інших ринках електричної енергії, за яку фактично було придбано електричну енергію потенційними учасниками та скаржником, яка може бути меншою, ніж ціна на ринку РДН ОЕС України. А оскільки ціна купівлі електричної енергії може бути меншою, відповідно, і загальна сума пропозиції теж буде меншою, і, як наслідок, замовник визначить, що велична маржі скаржника та потенційних учасників є від'ємною та відхилить тендерну пропозицію скаржника. Проте, якщо орієнтуватись на фактичну ціну електричної енергії, що придбавається на інших ринках електричної енергії, наприклад купівля електричної енергії за двосторонніми договорами, велична маржі скаржника не буде від'ємною. Таким чином, зазначена вимога замовника перешкоджає добросовісній конкуренції між учасниками закупівлі та порушує принцип максимальної економії, адже, маючи можливість обґрунтовано визначити ціну своєї тендерної пропозиції, не демпінгуючи її, учасник має без жодних підстав завищувати вартість постачання електричної енергії, щоб його пропозиція не була відхилена.

Позиція замовника

Посилаючись на норми [частини 3 статті 22](#) та [частини 1 статті 30 Закону](#), а також [Закон України «Про ринок електричної енергії» від 13.04.2017 № 2019-VIII](#) (далі – [Закон № 2019](#)), наголошуючи, що постачальник має право купувати електричну енергію за двосторонніми договорами та що [Закон № 2019](#) не визначає двосторонній договір індикативом ринку, замовник повинен діяти лише в межах чинного законодавства України. Тим самим замовник зазначає, що включення до тендерної документації методики оцінки ціни за формулою обумовлено виключно потребами замовника в необхідній кількості електричної енергії до кінця 2021 року. Замовник заклав справедливий бюджет у закупівлю електричної енергії та намагається захистити себе від демпінгу учасників під час проведення закупівлі. Замовник після укладення договору про закупівлю електричної енергії не буде приймати додаткові угоди на підвищення цін, оскільки замовнику потрібен той обсяг закупівлі, який планується до закупівлі. Зазначена вимога у тендерній документації не є дискримінаційною. Відповідно, замовник вказує, що не зрозуміло, яким саме чином порушуються права учасника. Учасник може надавати свої ціни, які є цілком вільними, але не опускаються до цін, які є нижче ринкових, аби тільки стати переможцем у процедурі закупівлі.

Позиція Колегії

Проаналізувавши оскаржувану вимогу та твердження сторін оскарження, Колегія дійшла висновку, що скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність внесення змін до документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливість виконання оскаржуваної умови документації та не довів, яким чином оскаржувана умова порушує його права та законні інтереси, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині. Таким чином, Колегія

постановила відмовити скаржнику в задоволенні скарги.

Коментар

Враховуючи норми [статті 18 Закону](#), а також [розділу «Порядок оскарження відкритих торгів» Особливостей](#) здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178, скаржник повинен обґрунтувати порушення його прав та законних інтересів і документально підтвердити такий факт. Вимогу, що маржа не може бути величиною від'ємною, не можна визначити такою, що обмежує конкуренцію та призводить до дискримінації учасників, оскільки постачальники все ж таки можуть виконати згадану умову. Повторюю, жодних обмежень у її виконанні немає.

Читайте також публікації:

[«Правомірність вимоги замовника надати зразок товару: практика АМКУ»;](#)

[«Думка суду щодо технічних умов, що відсутні у вільному доступі, разом з виразом „або еквівалент“»;](#)

[«Річний план закупівель: покрокова інструкція для замовника»;](#)

[«Вперед до перемоги: найактуальніше з оскарження при закупівлі електроенергії».](#)