

Дискримінаційні вимоги замовників при закупівлі палива та дизпалива

У цій статті проаналізуємо дискримінаційні вимоги, які замовники неодноразово включають до тендерної документації під час закупівлі палива та дизпалива.

Перш ніж розпочати розгляд цього питання, згадаймо, що саме мається на увазі під поняттям дискримінаційні вимоги в рамках проведення публічних закупівель. Дискримінаційні вимоги — це вимоги, які встановлюються в тендерній документації та яким можуть відповідати лише обмежене коло учасників.

Згідно з частиною 4 статті 5 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників. Але попри це, замовники досить часто включають до тендерної документації вимоги, які є необ'єктивними та виключними. У результаті цього коло потенційних учасників значно скорочується, іноді навіть до одного учасника.

Далі пропоную розглянути на прикладах рішень Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) щодо дискримінаційних вимог при закупівлі палива та дизпалива.

Приклад 1



Рішення № 9250-р/пк-пз від 27.04.2021, оголошення № [UA-2021-03-25-004527-с](#)

Вимога тендерної документації: учасник у складі своєї тендерної пропозиції надає гарантійний лист про те, що він є власником або орендарем не менше двох АЗС у межах міста Рівне і що замовник зможе використати придбані в учасника талони (пластикові картки, паливні картки тощо) протягом календарного 2021 року і до закінчення їхнього терміну дії у 2022 році. Учасник має надати документи, що підтверджують право власності на АЗС (якщо пропонується власна АЗС), або договір оренди АЗС (якщо пропонується орендована АЗС).

У разі, якщо учасник є орендарем по договору оренди АЗС, а термін дії договору оренди

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело: <https://radnuk.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/dyskryminatsijni-vymohy-zamovnykiv-pry-zakupivli-palyva-ta-dyzpalyv-a/>

закінчується у 2021 році, учасник повинен надати два гарантійні листи від власника АЗС і від себе (орендаря) про можливість заправки автомобілів замовника у 2021 і 2022 роках. Даний пункт включений у зв'язку з тим, що замовник не може знати, чи буде продовжений договір між власником АЗС і учасником на 2022 рік.

Позиція скаржника: скаржник наголошує, що, вимагаючи від учасників наявність власних або орендованих АЗС, замовник дискримінує учасників, які здійснюють свою діяльність на умовах партнерських договорів.

У своїх Рекомендаціях, спрямованих на розвиток конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, **Антимонопольний комітет України зазначив**, що 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 з продавцем забезпечують фактичну передачу (видачу) товару покупцю при пред'явленні останнім картки на пальне.

Позиція замовника: згідно з частиною 3 статті 22 Закону тендерна документація може містити також іншу інформацію відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити. Враховуючи 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 та з дотриманням бюджетного та законодавства України в цілому.

Позиція Органу оскарження: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у документації наведеної вище умови. Виходячи з наведеного, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які є саме власниками АЗС або орендарями АЗС у межах міста Рівне, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника, які мають партнерські договори.

Замовник має внести зміни до тендерної документації.

Коментар: стосовно дискримінаційності вимог замовника в частині підтвердження учасником наявності власного / орендованого АЗС вказано також у рішенні № 8217-р/пк-пз від 16.04.2021, оголошення [UA-2021-03-12-003419-b](https://radnik.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/dyskryminatsijni-vymohy-zamovnykiv-pry-zakupivli-palyva-ta-dyzpalyv-a/).

Приклад 2



Рішення № 9250-р/пк-пз від 27.04.2021, оголошення №
[UA-2021-03-25-004527-с](#)

Вимога тендерної документації: учасник у складі своєї пропозиції надає копію ліцензії на роздрібну торгівлю пальним на АЗС в м. Рівне.

Позиція скаржника: вимога щодо наявності в учасника ліцензії на роздрібну торгівлю пальним має дискримінаційний характер, оскільки обмежує в праві на участь тих учасників, які не здійснюють роздрібну торгівлю пальним з АЗС, а здійснюють продаж талонів для заправки автомобілів через партнерські АЗС. Також скаржник зауважив, що Антимонопольний комітет України у рекомендаціях зазначив, що замовники часто під час закупівлі пального використовують у тендерній документації надмірні вимоги до учасників. Найпоширенішими з них є наявність в учасників торгів ліцензій саме з роздрібною торгівлю пальним, у той час як при продажу нафтопродуктів з використанням талонів та паливних карток у суб'єктів наявні ліцензії на оптову торгівлю пальним.

Позиція замовника: визначення такої вимоги не має на меті обмежити конкуренцію чи надати перевагу певному колу учасників, а лише спрямоване на гарантування замовнику відпуску пального на АЗС за талонами впродовж усього терміну їх дії. Наявність у переможця процедури закупівлі власних чи орендованих АЗС є гарантією безперервного відпуску пального за його ж талонами на цих АЗС, оскільки АЗС-партнери, на жаль, не гарантують забезпечення своєчасного відпуску пального, тому що партнер у будь-який час може розірвати партнерську угоду (з учасником) та не несе жодних зобов'язань і не виступає гарантом перед замовником щодо належного виконання зобов'язань по договору про закупівлю.

Позиція Органу оскарження: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній документації наведеної вище умови. Виходячи з наведеного, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які зможуть надати копію ліцензії на роздрібну торгівлю пальним на АЗС саме в м. Рівне, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Замовник має внести зміни до тендерної документації.

Приклад 3



Рішення № 9250-р/пк-пз від 27.04.2021, оголошення №
[UA-2021-03-25-004527-с](#)

Вимога тендерної документації: для підтвердження можливості контролю та реєстрації розрахункових операцій при продажу товарів необхідно надати копії реєстраційних посвідчень на реєстратори розрахункових операцій на запропоновані АЗС м. Рівне, Рівненської обл.

Позиція скаржника: вимога щодо наявності в учасника реєстраційних посвідчень на реєстратори розрахункових операцій обмежує в праві на участь тих учасників, які не проводять розрахункових операцій на АЗС, оскільки здійснюють продаж талонів для заправки автомобілів через партнерські АЗС.

Згідно з податковою консультацією Державної податкової служби України від 18.10.2019 № 864/6/99-00-04-01-02-15/ІПК операції з відпуску пального через паливороздавальні колонки та / або оливоваздавальні колонки по талонах, скретч-картках, смарт-картках є розрахунковими відповідно до абзацу 4 статті 2 Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг». Для здійснення таких операцій суб'єкт господарювання має встановити РРО. Оскільки скаржник не є суб'єктом господарювання, який проводить розрахункові операції на АЗС, а є суб'єктом господарювання, який здійснює поставку товару із наданням підтверджених документів — видаткових накладних, наявність або відсутність у нього РРО жодним чином не може впливати на якість наданих послуг.

Позиція замовника: замовник вважає вимогу щодо надання учасником копій реєстраційних посвідчень на реєстратори розрахункових операцій (РРО) повністю обґрунтованою та такою, що не містить дискримінаційних вимог до учасників закупівлі.

Позиція Органу оскарження: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній документації наведеної вище умови. Виходячи з наведеного, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які зможуть надати саме копії реєстраційних посвідчень на реєстратори розрахункових операцій на запропоновані АЗС м. Рівне, Рівненської обл., що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Замовник має внести зміни до тендерної документації.

Приклад 4



Рішення № 7217-р/пк-пз від 07.04.2021, оголошення №
[UA-2021-03-15-002813-b](#)

Вимога тендерної документації: учасники повинні надати у складі тендерної пропозиції документи (договори чи (або) акти про прийняття-передання), які підтверджують право власності чи користування або відповідального зберігання нафтопродуктів на АЗС, які діють протягом терміну поставки товару.

Позиція скаржника: зазначена вимога є дискримінаційною щодо скаржника, який не має документів [договори чи (або) акти про прийняття-передання], які підтверджують право власності чи користування або відповідального зберігання нафтопродуктів на АЗС, а здійснює реалізацію нафтопродуктів із залученням необхідної кількості третіх осіб — суб'єктів господарювання, які мають відповідні права на експлуатацію АЗС (необхідних площ АЗС) і на виконання укладених партнерських договорів із скаржником забезпечують фактичну передачу (видачу) товару покупцю при пред'явленні останнім бланків-дозволів (талонів), емітованих скаржником.

Позиція замовника: встановлення вимог стосовно власних або орендованих АЗС не обмежує участі учасників у процедурах закупівель, оскільки відповідно до Господарського кодексу України кожен суб'єкт господарювання вільний у виборі способів і методів господарювання, місця ведення господарської діяльності. При цьому для всіх учасників закупівлі замовником викладені єдині умови тендерної документації, і відповідність вказаним умовам є цілком можливою і доступною за способом виконання. Встановлення вимог до учасників не має на меті обмеження конкуренції чи надання переваги певному колу учасників, а лише спрямована на гарантування замовнику відпуску пального на АЗС.

Виконання договірних зобов'язань не повинно залежати від наявності у переможця закупівлі договорів на постачання нафтопродуктів з партнерськими АЗС і зобов'язань третіх осіб. Наявність у переможця закупівлі власних чи орендованих АЗС є гарантією отримання пального в необхідній кількості та в будь-який зручний час для замовника.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції. За таких умов взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, які зможуть надати саме договори чи (або)

акти про прийняття-передання, які підтверджують право власності чи користування або відповідального зберігання нафтопродуктів на АЗС, що є дискримінацією щодо інших суб'єктів господарювання (у тому числі скаржника). Замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Приклад 5



*Рішення № 7217-р/пк-пз від 07.04.2021, оголошення №
[UA-2021-03-15-002813-b](#)*

Вимога тендерної документації: запропонований учасником талон повинен містити назву або бренд АЗС, на яких буде здійснюватися відпуск палива, та повинен співпадати з брендом АЗС, список яких наданий у складі пропозиції.

Позиція скаржника: зазначена умова є дискримінаційною, оскільки позбавляє скаржника, який здійснює реалізацію нафтопродуктів через партнерські АЗС за талоном власної емісії зареєстрованої торгової марки, який не містить назви або бренду конкретної АЗС (мережі АЗС), а приймається різними національними мережами АЗС та окремими АЗС на всій території України, можливості взяти участь у процедурі закупівлі.

Позиція замовника: вимога, згідно з якою запропонований учасником талон повинен містити назву або бренд АЗС, на яких буде здійснюватися відпуск палива, викликана технічними складнощами в адмініструванні та обліку талонів. А також інформація щодо обслуговування замовника на АЗС за талонами єдиного зразка (Єдиного бренда) учасника є запорукою вибору надійного постачальника і відсіювання компаній без репутації, без відповідальності та гарантій виконання зобов'язань.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції. За таких умов взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, які зможуть надати талон, який міститиме саме назву або бренд АЗС, на яких буде здійснюватися відпуск палива, та повинен співпадати саме з брендом АЗС, що є дискримінацією щодо інших суб'єктів господарювання (у тому числі скаржника). Замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Приклад 6



*Рішення № 12034-р/пк-пз від 31.05.2021, оголошення №
[UA-2021-04-19-005674-с](#)*

Вимога тендерної документації: документальне підтвердження наявності права в учасника на використання об'єктів права інтелектуальної власності (знаків для товарів і послуг) (ліцензійний договір), які мають місце на документах, що є засобом отримання нафтопродуктів (талони). Талони, які учасник надає у складі тендерної пропозиції, повинні бути єдиного зразка, та забезпечити право на відпуск палива на всіх АЗС, запропонованих учасником.

Позиція скаржника: скаржник зазначає, що, вимагаючи наявності права в учасника на використання об'єктів права інтелектуальної власності (знаків для товарів і послуг) (ліцензійний договір), замовник порушує принципи проведення закупівель, які закріплено в статті 5 Закону, зокрема «недискримінація учасників».

Скаржник повідомляє, що як постачальник палива не має ліцензійного договору на використання об'єктів інтелектуальної власності, проте має партнерські договори, які дозволяють йому здійснювати продаж палива (талонів) для потреб замовників через мережі АЗС партнерів. Крім того, у стислі строки, які надані для підготовки участі в торгах, нафтотрейдери не мають змоги змінити спосіб господарювання, аби виконати ці дискримінаційні вимоги щодо наявності в учасника ліцензійного договору на використання об'єктів права інтелектуальної власності (знаків для товарів і послуг).

Позиція замовника: замовник зазначає, що вимоги, викладені в тендерній документації, є необхідними для успішного проведення закупівлі та гарантованого отримання якісного товару, за найнижчою ціною, у визначені терміни. Ці вимоги ідентичні для всіх учасників, і їх виконання цілком можливе для добросовісних. Наявність єдиного зразка талонів створює гарантії забезпечення здійснення відпуску пального на АЗС різних торгових марок, які потенційний учасник залучатиме до виконання умов договору про закупівлю.

Враховуючи неодноразові відрядження автомобіля та автобусів замовника, дана умова лише регулює особливості належного відпуску пального на АЗС, які будуть передбачені в умовах тендерної пропозиції учасника. Наявність талонів різних торгових марок перешкоджає належній діяльності замовника торгів, оскільки створює перепони у відпуску пального за різними зразками талонів на АЗС різних торгових марок.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній

документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції. Виходячи з наведеного, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які можуть надати документальне підтвердження наявності права в учасника на використання об'єктів права інтелектуальної власності (знаків для товарів і послуг) (ліцензійний договір), які мають місце на документах, що є засобом отримання нафтопродуктів (талони), що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Дії замовника в частині встановлення у тендерній документації наведених вище вимог порушують вимоги частини 4 статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені частиною 1 статті 5 Закону. Замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Висновки

Підсумовуючи викладене вище, розуміємо, що не завжди вимоги замовників, які викладені в тендерній документації, є об'єктивними та відповідають принципу недискримінації учасників, зокрема під час закупівель палива в частині встановлення вимог, які, зокрема, стосуються документального підтвердження:

наявності власних АЗС або орендованих АЗС;

надання копії ліцензії на роздрібну торгівлю пальним;

права власності чи користування або відповідального зберігання нафтопродуктів на АЗС, які діють протягом терміну поставки товару;

наявності права в учасника на використання об'єктів права інтелектуальної власності (знаків для товарів і послуг) (ліцензійний договір), які мають місце на документах, що є засобом отримання нафтопродуктів (талони);

Судячи з проаналізованих рішень, вимоги щодо надання копій реєстраційних посвідчень на реєстратори розрахункових операцій на запропоновані АЗС та вимога, що запропонований учасником талон повинен містити назву або бренд АЗС, на яких буде здійснюватися відпуск палива, який повинен співпадати з брендом АЗС, також можуть вважатись дискримінаційними.

Тому важливим для учасників публічних закупівель є детальний та своєчасний аналіз тендерної документації, який дає можливість завчасно виявити порушення норм Закону та звернутися до замовника (у порядку статті 24 Закону) або подати скаргу до Органу

оскарження (у порядку статті 18 Закону) щодо порушення принципу здійснення публічних закупівель шляхом встановлення дискримінаційних вимог до учасників. Успіхів вам та перемог!

Також обов'язково прочитайте на порталі RADNUK.COM.UA такі корисні статті:

«[Самопостачання газу як виключення з Закону про закупівлі](#)»;

«[Зміна умов закупівель природного газу з 01.07.2021](#)»;

«[Доля договорів про закупівлю газу після 26.06.2021: дізнаваємось разом](#)».