

Позиція АМКУ щодо встановлення замовником обмеження залучення учасником субпідрядника/співвиконавця

Відповідно до пункту 18 частини 2 статті 22 України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон) у тендерній документації зазначається вимога про зазначення учасником у тендерній пропозиції інформації (повне найменування та місцезнаходження) щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до виконання робіт чи послуг як субпідрядника/співвиконавця в обсязі не менше 20 відсотків від вартості договору про закупівлю — у разі закупівлі робіт або послуг.

Згідно з абзацом 2 частини 3 статті 16 Закону, якщо для закупівлі робіт або послуг замовник встановлює кваліфікаційний критерій, такий як наявність обладнання, матеріально-технічної бази та технологій та / або наявність працівників, які мають необхідні знання та досвід, учасник може для підтвердження своєї відповідності такому критерію залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників/співвиконавців.

Визначення понять «співвиконавець» чи «субпідрядник» для цілей закупівельного законодавства ми можемо встановити із наведених норм. Як в них і охарактеризовано, це ті суб'єкти господарювання (умовно треті особи), яких учасник має намір залучити до виконання робіт чи надання послуг.

Зі статті 838 Цивільного кодексу України конкретніше визначаємо поняття «субпідрядник». Так, за цією нормою підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. У цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником — як замовник. Тобто правила субпідряду встановлюються щодо договорів про закупівлю робіт.

У площині публічних закупівель можливість залучення субпідрядника не обов'язково визначається умовами договору. І це право повинно надаватись учаснику в будь-якому випадку, навіть якщо такого залучення не бажає замовник. Звичайно, якщо іншого не буде визначено законодавством.

Так, для прикладу в публікації порталу RADNUK.COM.UA «[Вимога щодо надання дозвільного документа: практика АМКУ](#)» ми проаналізували рішення Комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Комісія), предметом оскарження якого було умовне (непряме) обмеження можливості залучення спроможностей субпідрядних організацій, виражене у встановленні вимог щодо надання документів дозвільного характеру саме учасника.

Тепер розглянемо рішення Комісії, предметом оскарження яких є умови, що прямо забороняють залучення субпідрядника/співвиконавця.



Рішення Комісії від 02.04.2024 № 5893-р/пк-пз, закупівля № UA-2024-03-18-005996-а.

Обставини розгляду скарги

Під час здійснення закупівлі послуг замовник у тендерній документації визначив пункт щодо інформації про субпідрядника (у випадку закупівлі робіт), за яким, оскільки предметом закупівлі є послуги, субпідрядники відсутні.

Позиція скаржника

Вважаючи оскаржувану умову тендерної документації необґрунтованою, безпідставною та дискримінаційною, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Посилаючись на приписи [абзацу 2 частини 3 статті 16, частини 7 статті 17 та пункту 18 частини 2 статті 22 Закону](#), а також [абзацу 19 пункту 47 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 (далі — Особливості), скаржник наголосив, що залучення субпідрядника/співвиконавця є законним правом кожного учасника, а замовник позбавляє такого права, не передбачивши в документації відповідну можливість.

Позиція Комісії

Зупиняючись на нормі [пункту 18 частини 2 статті 22 Закону](#), Комісія зауважила, що Законом передбачена можливість залучати субпідрядника/співвиконавця у разі закупівлі робіт або послуг. Тим самим, оскільки видом предмета закупівлі є послуги, Комісія дійшла висновку, що оскаржувані умови документації щодо відсутності субпідрядників при закупівлі послуг не узгоджується з вимогами Закону.



Рішення Комісії від 13.06.2023 № 8571-р/пк-пз, закупівля № UA-2023-05-29-005772-а.

Обставини розгляду скарги

Під час здійснення закупівлі послуг у сфері поводження з радіоактивними, токсичними, медичними та небезпечними відходами замовник у тендерній документації встановив умову, що залучення третіх осіб до виконання послуг з утилізації небезпечних медичних відходів забороняється.

Позиція скаржника

Вважаючи оскаржувану умову тендерної документації дискримінаційною, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник зауважив, що таку вимогу зможуть виконати лише учасники, які нададуть самостійно відповідну частину послуг за предметом закупівлі без залучення субпідрядника/співвиконавця, та наголосив, що [пункт 18 частини 2 статті 22 Закону](#) зобов'язує замовника встановити вимогу в тендерній документації про зазначення учасником у тендерній пропозиції інформації щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучити до виконання робіт чи послуг як субпідрядника/співвиконавця. Також зупинився на нормі [абзацу 2 частини 3 статті 16 Закону](#). У підсумку скаржник зазначив, що, заборонивши залучення субпідрядника, замовник суттєво знижує конкуренцію та дискримінує учасників, які планують залучення таких суб'єктів.

Позиція Комісії

Зупиняючись на приписах [пункту 18 частини 2 статті 22 Закону](#) та умовах документації, Комісія зауважила, що тендерна документація містить окрему вимогу щодо надання учасником інформації про субпідрядника/співвиконавця, якого той планує залучити до надання послуг за предметом закупівлі. Проте за наявності оскаржуваної вимоги взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які мають можливість виконання послуг з утилізації небезпечних медичних відходів без залучення третіх осіб, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

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/voienyj-stan/pozytsiia-amku-shchodo-vstanovlennia-zamovnykom-obmezhenia-zaluchennia-uchasnykom-subpidriadnyka-spivvykonavtsi>
[a/](#)

Тому Комісія постановила зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації.

Коментар

Виходячи з опрацьованих рішень органу оскарження, як ми вже зазначали вище, замовник не може обмежити учасників у можливості залучення інших суб'єктів господарювання до надання послуг чи виконання робіт за договором про закупівлю як субпідрядника/співвиконавця.

Закупівельники можуть скористатись [взірцями тендерної документації та додатків до неї](#), розробленими з врахуванням положень [Особливостей](#) та розміщеними на порталі [RADNUK.COM.UA](#), у яких доступно розписані умови, що відповідають [абзацу 2 частини 3 статті 16 та пункту 18 частини 2 статті 22 Закону](#).

Читайте також публікації:

[«Позиція АМКУ щодо деяких нюансів відмови переможця торгів від укладення договору»;](#)

[«Субпідрядник та співвиконавець: тотожні поняття чи ні?»;](#)

[«Порядок внесення змін до договору про закупівлю».](#)