

Те, що ви не знали про об'єднання учасників у публічних закупівлях

Для того щоб розуміти, участь яких суб'єктів у публічних закупівлях України дозволяє національне законодавство, слід пам'ятати, що після підписання Угоди про асоціацію з ЄС норми закупівельного законодавства України поступово гармонізуються з нормами законодавства про державні закупівлі ЄС.

Чинна редакція Закону містить правове регулювання участі об'єднань юридичних осіб у публічних закупівлях, яке кореспондується з нормами Директив ЄС про державні закупівлі, однак має низку особливостей.

Директива ЄС, яка встановлює закупівельні правила для країн — членів Євросоюзу, містить положення, згідно з якими групи суб'єктів господарювання, у тому числі у вигляді тимчасового об'єднання, можуть брати участь у процедурах присудження контрактів без необхідності приймати певну правову форму.

За необхідності, наприклад, коли потребується спільна та індивідуальна відповідальність, може знадобитися конкретна форма, якщо контракт присуджується таким групам. Слід також уточнити, що замовники повинні мати змогу чітко встановити, яким чином групи суб'єктів господарювання повинні відповідати вимогам щодо їхнього економічного та фінансового положення, викладеним у даній Директиві, або критеріям, пов'язаним із технічною і професійною здатністю, які вимагаються від суб'єктів господарювання, що беруть участь у процедурі закупівель самостійно.

Виконання контрактів групами суб'єктів господарювання може потребувати встановлення умов, які висуваються для окремих учасників. Такі умови повинні виправдовуватись об'єктивними причинами і бути пропорційними та можуть, наприклад, включати вимогу щодо призначення спільного представництва або ведучого партнера для цілей процедури закупівлі, або вимагати інформацію про їхню організаційно-правову форму.

Згідно з загальними правилами, встановленими Директивою ЄС, замовники не вимагатимуть від груп суб'єктів мати певну юридичну форму для відправки пропозицій або заявок на участь. За потреби замовники можуть роз'яснити у тендерній документації, яким чином групи суб'єктів господарювання повинні відповідати вимогам як економічного, так і фінансового стану або технічної та професійної здатності, за умови, що це виправдано об'єктивними причинами і є пропорційним. Держави-члени можуть встановлювати стандартні умови щодо того, як групи суб'єктів господарювання повинні задовольняти ці вимоги.

За національним законодавством згідно з визначенням, наведеним у Законі України «Про публічні закупівлі», учасником процедури закупівлі / спрощеної закупівлі є фізична особа, фізична особа — підприємець чи юридична особа — резидент або нерезидент, **у тому числі об'єднання учасників, яка подала тендерну пропозицію / пропозицію** або

взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі. Для цілей цього Закону до об'єднання учасників належать:

окрема юридична особа, створена шляхом об'єднання юридичних осіб — резидентів;

окрема юридична особа, створена шляхом об'єднання юридичних осіб (резидентів та нерезидентів);

об'єднання юридичних осіб — нерезидентів із створенням або без створення окремої юридичної особи.

Поряд з цим особливістю національного законодавства є те, що поняття об'єднання підприємств регулюється [Господарським кодексом України](#) (далі — ГКУ).

Згідно зі статтею 55 ГКУ господарські організації — юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку.

Статтею 118 ГКУ встановлено, що об'єднанням підприємств є господарська організація, утворена у складі двох або більше підприємств з метою координації їх виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних та соціальних завдань.

Об'єднання підприємств є юридичною особою.

Згідно з ГКУ, залежно від порядку заснування, об'єднання підприємств можуть утворюватися як господарські об'єднання або як державні чи комунальні господарські об'єднання. **Господарське об'єднання — об'єднання підприємств**, утворене за ініціативою підприємств, незалежно від їх виду, **які на добровільних засадах об'єднали свою господарську діяльність.**

Господарські об'єднання **діють на основі установчого договору та / або статуту**, який затверджується їх засновниками.

Тому можна дійти висновку, що **не мати статусу окремої юридичної особи для спільної участі в торгах можуть наразі лише учасники-нерезиденти**. Українські ж компанії, які планують спільно брати участь у торгах, можуть вчиняти такі дії саме в разі створення окремої юридичної особи, оскільки національне законодавство передбачає саме таку форму для діяльності об'єднань підприємств.

Чи необхідно об'єднанням учасників отримувати дозвіл від АМКУ

Правові засади підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності визначає [Закон України «Про захист економічної конкуренції»](#),

який спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин.

Крім того, Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) визначає своєю метою, у тому числі, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель та розвиток добросовісної конкуренції та передбачає проведення тендерів шляхом здійснення конкурентного відбору учасників за процедурами закупівлі відкритих торгів, торгів з обмеженою участю та конкурентного діалогу.

Отже, національне законодавство передбачає захист економічної конкуренції, яка полягає у змаганні між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку.

При цьому антимонопольне законодавство передбачає такі поняття, як концентрація суб'єктів господарювання та узгоджені дії.

Узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

Узгодженими діями є також створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є *координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання*, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання.

При цьому антимонопольне законодавство покликане захищати економічну конкуренцію від антиконкурентних узгоджених дій, якими є узгоджені дії, які **призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції**.

Антиконкурентними узгодженими діями визнаються узгоджені дії, які стосуються:

встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів;

обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними;

розподілу ринків чи джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи придбання, за колом продавців, покупців або споживачів чи за іншими ознаками;

спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів;

усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців;

застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх у не вигідне становище в конкуренції;

укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод;

суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин.

Тому **вчинення антиконкурентних узгоджених дій забороняється і тягне за собою відповідальність згідно з законом.**

Концентрацією ж за законодавством визнається:

злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;

набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання за певних умов;

створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

При цьому **Антимонопольний комітет України чи адміністративна колегія Антимонопольного комітету України надають дозвіл на концентрацію у разі, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині.**

У свою чергу, органи Антимонопольного комітету України надають суб'єктам господарювання на підставі заяви про надання попередніх висновків та доданої до неї інформації **попередні висновки стосовно узгоджених дій**; Антимонопольний комітет України чи адміністративна колегія Антимонопольного комітету України — **щодо концентрації**.

Крім того, з метою однакового застосування норм законодавства про захист економічної конкуренції Антимонопольний комітет України дає рекомендаційні роз'яснення з питань застосування цього законодавства.

Ураховуючи це, зважаючи на вимоги законодавства про захист економічної конкуренції та положення ГКУ, які визначають різні форми можливих об'єднань підприємств (консорціум, концерн тощо), за наданням роз'яснень та попередніх висновків стосовно допустимості узгоджених дій та концентрації суб'єктів господарювання, у тому числі з метою подальшої участі у публічних закупівлях, доречно звертатися до Антимонопольного комітету України в кожному конкретному випадку.

Як підтвердити кваліфікаційні критерії та відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі об'єднанням учасників

За Законом у разі участі об'єднання учасників підтвердження відповідності **кваліфікаційним критеріям здійснюється з урахуванням узагальнених об'єднаних показників** кожного учасника такого об'єднання на підставі наданої об'єднанням інформації.

Для об'єднання учасників замовником зазначаються умови щодо надання інформації та способу підтвердження відповідності таких учасників установленим кваліфікаційним критеріям та підставам, встановленим статтею 17 Закону.

Отже, Закон містить конкретизацію лише стосовно кваліфікаційних вимог, відповідність яким може підтверджуватись ураховуючи показники окремих юридичних осіб у складі об'єднання учасників.

Приклад 1

Для підтвердження наявності в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій може надаватись інформація одночасно від декількох суб'єктів об'єднання (різних підприємств, що входять до його складу).

Для підтвердження наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, можуть надаватись дані стосовно працівників декількох суб'єктів —

учасників об'єднання, а не лише об'єднання як окремої юридичної особи.

Приклад 2

У разі встановлення такого кваліфікаційного критерію, як наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів) у складі пропозиції, поданої учасником-об'єднанням, можуть надаватись аналогічні договори різних підприємств, що входять до складу такого учасника.

Приклад 3

Якщо вимагається наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю учасника (або сукупно підприємств, що входять до складу об'єднання), така спроможність визначатиметься замовником на підставі поданих документів з урахуванням того, що замовник не має права вимагати надання підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у розмірі більшому, ніж очікувана вартість предмета закупівлі (пропорційно очікуваній вартості частини предмета закупівлі (лота) в разі поділу предмета закупівель на частини).

Отже, для прийняття рішення про відповідність кваліфікаційним критеріям такого об'єднання замовник враховуватиме узагальнену інформацію стосовно об'єднання як учасника та не матиме підстави для відхилення пропозиції, якщо у сукупності у підприємств — учасників об'єднання матеріально-технічна база, працівники, досвід та фінансова спроможність є у наявності.

Важливо: якщо тендерна пропозиція / пропозиція подається об'єднанням учасників, до неї обов'язково включається документ про створення такого об'єднання.

При цьому замовник встановлює вимогу в тендерній документації щодо необхідності підтвердження учасниками процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції відсутності підстав, встановлених пунктами 5, 6, 12 і 13 частини 1 та частиною 2 статті 17 Закону. Приклади встановлення вимог до учасників та до переможця в частині підтвердження відсутності підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі наведені у статті [«Нові набори відкритих даних, які має врахувати кожен замовник»](#) на порталі RADNUK.COM.UA.

Саме **для переможця процедури закупівлі** замовник встановлює вимогу в тендерній документації про надання документального підтвердження згідно із законодавством

щодо відсутності підстав, передбачених пунктами 5, 6, 12 і 13 частини 1 та частиною 2 статті 17 Закону, шляхом оприлюднення таких документів в електронній системі закупівель у строк, що не перевищує десяти днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Тобто враховуючи, що об'єднання підприємств за національним законодавством є окремою юридичною особою, **документи подаються переможцем стосовно такої юридичної особи та службової (посадової) особи, яка діє від імені такого учасника — юридичної особи об'єднання підприємств.**

Приклад 4

Національне законодавство встановлює організаційно-правові форми об'єднань підприємств, до яких згідно з ГКУ віднесені, у тому числі, корпорація, консорціум, концерн.

Консорціум — тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення його учасниками певної спільної господарської мети (реалізації цільових програм, науково-технічних, будівельних проєктів тощо). Консорціум використовує кошти, якими його наділяють учасники, централізовані ресурси, виділені на фінансування відповідної програми, а також кошти, що надходять з інших джерел, у порядку, визначеному його статутом. У разі досягнення мети його створення консорціум припиняє свою діяльність.

Отже, у разі якщо переможцем процедури закупівлі є юридична особа — консорціум, документи, передбачені законодавством для переможця, доцільно подавати саме від імені такої юридичної особи і її службових (посадових) осіб, про що замовникові варто конкретизувати для уникнення в подальшому неоднозначного трактування вимог тендерної документації.

Більше щодо цього читайте на порталі RADNUK.COM.UA в статті [«Об'єднання учасників: від чийого імені подавати документи переможця процедури закупівлі?»](#)

Висновки

Запорукою ефективного проведення тендеру, де учасниками можуть у подальшому виступати об'єднанням, **для замовника є проведення попередніх консультацій з ринком.** Це забезпечить можливість включення необхідної деталізації (конкретизації) вимог щодо участі об'єднань підприємств, оскільки усталена практика в цьому контексті в Україні на сьогодні широко не представлена і може потребувати від замовника напрацювання нових підходів до формування та встановлення вимог з урахуванням особливостей участі об'єднань резидентів та нерезидентів.

Натомість потенційним учасникам у формі об'єднань підприємств для уникнення неоднозначних ситуацій та можливого порушення антимонопольного законодавства доцільно звертатися за відповідними роз'ясненнями до органів Антимонопольного комітету України та до замовника за конкретизацією вимог тендерної документації або зі зверненням щодо внесення змін до неї в разі потреби.

Додатково на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) читайте такі статті:

[Об'єднання учасників: що зазначити у ТД, аби не допустити відміни](#)

[Особливості участі об'єднання учасників у закупівлях: що нового з 19 квітня?](#)