

Вимога щодо надання дозволу на концентрацію та узгоджені дії для об'єднання учасників: правильно чи ні?

На порталі RADNUK.COM.UA неодноразово розглядалися питання участі в публічних закупівлях об'єднань учасників. Так, у статтях [«Те, що ви не знали про об'єднання учасників у публічних закупівлях»](#), [«Правовий статус об'єднання учасників у закупівельному законодавстві України»](#) висвітлювались особливості правового статусу об'єднань учасників та необхідність отримання дозвільних документів від Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ) під час участі в публічних закупівлях.

У статті [«Об'єднання учасників: що зазначити у ТД, аби не допустити відміни»](#) розглядалися практичні аспекти встановлення вимог у тендерній документації щодо об'єднань учасників.

У цій же статті поговоримо про правомірність встановлення в тендерній документації такої вимоги, як дозвіл на концентрацію та узгоджені дії або попередній висновок АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії такого об'єднання.

Чи є така вимога дискримінаційною щодо учасників, які не отримували зазначеного дозволу? Щоб відповісти на це питання, звернемось до законодавчих норм та практики Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія).

Відповідно до статті 24 [Закону України «Про захист економічної конкуренції»](#) концентрація може бути здійснена лише за умови попереднього одержання дозволу АМКУ чи адміністративної колегії АМКУ у випадках, передбачених частиною другою статті 22 цього Закону та іншими нормативно-правовими актами, якщо:

сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 30 мільйонам євро, визначену за офіційним валютним курсом, установленим Національним банком України, що діяв в останній день фінансового року, при цьому вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів в Україні не менш як у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує суму, еквівалентну 4 мільйонам євро, визначену за офіційним валютним курсом, установленим Національним банком України, що діяв в останній день фінансового року, у кожного; або

сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів в Україні суб'єкта господарювання, щодо якого набувається контроль, або суб'єкта, активи, частки

(акції, паї) якого набуваються у власність чи одержуються в управління і користування, або хоча б одного із засновників створюваного суб'єкта господарювання, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік перевищує суму, еквівалентну 8 мільйонам євро, визначену за офіційним валютним курсом, установленим Національним банком України, що діяв в останній день фінансового року, і при цьому обсяг реалізації товарів хоча б одного іншого учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 150 мільйонам євро, визначену за офіційним валютним курсом, установленим Національним банком України, що діяв в останній день фінансового року.

Згідно з розпорядженням АМКУ від 12.02.2002 №26-р «Про затвердження Положення про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання» юридичні особи можуть звернутися до АМКУ задля надання попереднього висновку щодо наявності або відсутності необхідності проходити в АМКУ процедуру погодження для концентрації. Відповідно, таке звернення є не обов'язком, а можливістю для учасника.

Питання правомірності встановлення вищенаведеної вимоги розглядалось в рішенні Колегії № 24476-р/пк-пз від 28.10.2021, оголошення [№ UA-2021-09-17-005306-с](#).

Вимога тендерної документації: у разі якщо пропозиція подається об'єднанням учасників, до неї обов'язково включається: д) дозвіл на концентрацію та узгоджені дії або попередній висновок АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії такого об'єднання.

Позиція скаржника: після аналізу наведених вище положень законодавства стає очевидним, що оскільки на момент створення скаржника жоден з учасників об'єднання (скаржника) не вів діяльність на території України і не займав будь-якої долі ринку в Україні, то, відповідно, не було необхідності отримувати від АМКУ дозволу на концентрацію та узгоджені дії. Щодо попереднього висновку АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії зазначимо, що:

Законом України «Про захист економічної конкуренції» не встановлено саме обов'язку отримання такого висновку (це лише право заявника);

відсутність необхідності отримання дозволу АМКУ на концентрацію та узгоджені дії у випадку скаржника є очевидною.

Позиція замовника: скаржник не надав доказів, що він не вів діяльність на території України і не займав будь-якої долі ринку в Україні. Також учасник не зазначив, які обставини заважають йому отримати попередній висновок АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії такого об'єднання. Таким чином, щоб не

допустити спотворення результатів аукціону в майбутньому, замовник правомірно встановив у документації цю вимогу.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідності встановлення у документації наведеної вище умови. Враховуючи викладене, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті суб'єкти господарювання, які зможуть надати дозвіл на концентрацію та узгоджені дії або попередній висновок АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії такого об'єднання, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, зокрема скаржника.

Коментар: Колегія вважає вимогу щодо дозволу на концентрацію та узгоджені дії або попередній висновок АМКУ щодо відсутності необхідності одержання дозволу на узгоджені дії такого об'єднання дискримінаційною щодо тих учасників, у яких немає вищезазначеного дозволу.

Відповідно, замовник, установивши у документації наведені вище вимоги, порушив вимоги статті 5 та частини 4 статті 22 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#), якими передбачається недискримінація учасників. Колегія зобов'язав усунути зазначені вище невідповідності в тендерній документації.

Більше статей за темою на порталі RADNUK.COM.UA:

[«Те, що ви не знали про об'єднання учасників у публічних закупівлях»](#),

[«Правовий статус об'єднання учасників у закупівельному законодавстві України»](#),

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