

Цікаво знати: шість рішень Колегії щодо субпідрядника / співвиконавця

У статті [«Топ-9 питань щодо субпідрядника / співвиконавця у публічних закупівлях»](#) на порталі [RADNUK.COM.UA](#) ми з'ясували усе, що варто знати про субпідрядника / співвиконавця згідно з положеннями [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) та надали вичерпні відповіді на найцікавіші питання щодо цього.

Сьогодні розглянемо основні нюанси щодо залучення субпідрядника / співвиконавця при закупівлі робіт / послуг на підставі практичних ситуацій та рішень Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія). Розділимо рішення Колегії.

I. Оскарження умов тендерної документації

1. Лист-відгук від генерального підрядника та від генерального замовника робіт

Рішення Колегії № 24643-р/пк-пз від 01.11.2021, оголошення № [UA-2021-10-08-000374-a](#)

<p>Умова тендерної документації: листи-відгуки повинні бути отримані учасником не раніше 30 днів до дня оприлюднення оголошення. У разі якщо учасник надає аналогічні договори, які виконував як субпідрядник, надає позитивний лист-відгук від генерального підрядника та від генерального замовника робіт. Також надає підтвердження від генерального замовника (замовника робіт) про залучення до робіт, щодо яких надається аналогічний договір, учасника як субпідрядника (відповідно до постанови Кабінету Міністрів України № 668 від 01.08.2005)</p>	<p>Позиція скаржника: у скаржника є два виконані договори, укладені з генеральним підрядником, та листи-відгуки, надані генеральним підрядником. Скаржник зазначає, що він як потенційний учасник не мав та не має жодних правовідносин із генеральними замовниками, оскільки виконував роботи за дорученням та для генерального підрядника. Скаржник не має можливості отримати відгуки від генеральних замовників за договорами, які укладені між такими суб'єктами господарювання та генеральними підрядниками, оскільки у скаржника відсутні будь-які правовідносини з генеральними замовниками та він не є стороною таких договірних зобов'язань. Скаржник вимагає усунути дискримінаційну вимогу, яка унеможливує його участь у процедурі закупівлі.</p>
	<p>Позиція замовника: пояснень не надав.</p>
	<p>Позиція Колегії: за таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти лише учасники, які нададуть аналогічні договори, які виконувались як субпідрядником, з позитивним листом-відгуком від генерального підрядника та саме від генерального замовника робіт, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Замовник повинен усунути наведені невідповідності.</p>
<p>Висновок: замовник не повинен ставити потенційного учасника в залежність від третіх осіб. Колегія вважає, що вимога надання учасником аналогічних договорів, які виконувались як субпідрядником, з позитивним листом-відгуком від генерального підрядника та саме від генерального замовника робіт має дискримінаційний характер та має бути виключена з умов тендерної документації.</p>	
<p>2. Чи повинен учасник підтверджувати відповідність субпідрядника за статтю 17 Закону?</p>	

*Рішення Колегії № 22518-р/пк-пз від 04.10.2021, оголошення №
[UA-2021-08-26-006270-с](#)*

Умова тендерної документації: якщо учасник процедури закупівлі має намір залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців в обсязі не менше ніж 20 відсотків від вартості договору про закупівлю, для підтвердження відповідності кожного субпідрядника / співвиконавця вимогам, визначеним у частині 1 статті 17 Закону, учасником на кожного з них надається інформація, що підтверджує відсутність підстав, передбачених пунктами 5, 6, 12 і 13 частини 1 статті 17 Закону у довільній формі. Замовник не вимагає документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини 1 цієї статті.

Позиція скаржника: Закон визначає, що саме замовник перевіряє субпідрядників на відсутність підстав, визначених у частині 1 статті 17 Закону.

Позиція замовника: згідно з частиною 3 статті 22 Закону тендерна документація може містити іншу інформацію, вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством та яку замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації. Керуючись вказаною нормою Закону, замовник включив вимогу про надання учасником інформації про відсутність підстав, передбачених пунктами 5, 6, 12 і 13 частини 1 статті 17 Закону, у довільній формі стосовно субпідрядників / співвиконавців (в обсязі не менше ніж 20 відсотків від вартості договору про закупівлю), спроможності (потужності) яких учасник має намір залучити для підтвердження відповідності кваліфікаційним критеріям.

Позиція Колегії: замовник не довів необхідності встановлення наведеної вище умови, вимога не узгоджується з вимогами частини 7 статті 17 Закону та повинна бути вилучена шляхом внесення змін до тендерної документації.

Висновок: замовник не повинен включати до тендерної документації умови, які не узгоджуються з прямими нормами Закону. Проте нерідко замовники встановлюють вимогу підтвердження відповідності субпідрядника за статтею 17 Закону, учасник може оскаржити таку вимогу, та, як бачимо з наведеного рішення, Колегія стане на його бік. Водночас учаснику буває легше підтвердити відповідність субпідрядника довідкою у довільній формі у складі тендерної пропозиції, ніж витратити час на оскарження.

3. Бездоганна репутація задіяного підрядником субпідрядника

*Рішення Колегії № 22637-р/пк-пз від 05.10.2021, оголошення №
[UA-2021-09-10-011183-с](#)*

<p>Умова тендерної документації: пункт 16.3 додатка 2 до тендерної документації (договір підряду № ____ «Капітальний ремонт скверу») визначає, що договір може бути розірваний замовником в односторонньому порядку, в тому числі: у разі виникнення обґрунтованих сумнівів (у тому числі ненадання такої інформації або надання недостовірної інформації) щодо бездоганності репутації підрядника та / або задіяного підрядником субпідрядника, якщо такі стосунки можуть спричинити виникнення юридичних, фінансових та репутаційних ризиків для замовника.</p>	<p>Позиція скаржника: поняття «обґрунтовані сумніви щодо бездоганності репутації підрядника та / або задіяного підрядником субпідрядника» є оціночним поняттям, яке дозволить замовнику трактувати ту чи іншу інформацію чи відомості стосовно учасника (та його бездоганної чи небездоганної репутації) як це вигідно замовнику, що також суперечитиме засадам прозорості, недискримінації, правової визначеності.</p>
	<p>Позиція замовника: законодавством чітко встановлено, що питання дискримінаційних вимог розглядаються виключно щодо учасників, умови розірвання договорів підряду застосовуються лише щодо замовника та підрядника, а отже, не щодо учасника.</p>
	<p>Позиція Колегії: за таких умов з незалежних від учасника обставин замовник може в односторонньому порядку визначити наявність умов для розірвання договору про закупівлю, що з незалежних від учасника обставин може стати підставою для розірвання договору, що є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, зокрема скаржника. Замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до умов тендерної документації.</p>
<p>Висновок: замовник не повинен встановлювати вимогу, за якої замовник може в односторонньому порядку визначити наявність умов для розірвання договору про закупівлю за незалежних від учасника обставин. За наявності подібних вимог у тендерній документації потенційному учаснику потрібно захищати свої інтереси, звернувшись до Колегії.</p>	

II. Оскарження результатів процедури закупівлі

4. Ненадання довідки про (не)залучення субпідрядника / співвиконавця



Рішення Колегії № 1268-р/пк-пз від 21.01.2022, оголошення № UA-2021-12-06-007417-а

Обставини справи.
Замовник провів відкриті торги, у яких взяли участь два учасники: ТОВ «Р» та ТОВ «О». Обидва учасники були відхилені. ТОВ «Р» / скажник не погодився з таким рішенням замовника та звернувся зі скаргою до Колегії.

Позиція замовника: скажник не надав інформації про залучення / незалучення субпідрядника / співвиконавця до надання послуг, що є предметом закупівлі, що не відповідає вимогам тендерної документації замовника, та підлягає відхиленню відповідно до статті 31 Закону.

Позиція скажника: жоден кваліфікаційний критерій не встановлює обов'язку учасника процедури закупівлі надавати у довільній формі лист про залучення субпідрядника / співвиконавця (суб'єкта господарювання). Відповідно, відсутність такого листа не впливає на ціну учасника, не призводить до її спотворення та / або не стосується характеристики предмета закупівлі, кваліфікаційних критеріїв до учасника та не впливає на зміст тендерної пропозиції в цілому, а тому не може бути підставою для її відхилення замовником.

Позиція Колегії: пунктом розділу III тендерної документації передбачено надання учасниками інформації щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до надання послуг як субпідрядника / співвиконавця. У разі незалучення учасником субпідрядника / співвиконавця такий учасник у складі тендерної пропозиції надає лист у довільній формі з відповідною інформацією.
У складі тендерної пропозиції скажника відсутня інформація щодо залучення / незалучення субпідрядника / співвиконавця. Тендерна пропозиція скажника була правомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави.



Висновок: учасник повинен уважно вивчати умови тендерної документації та виконувати всі вимоги замовника, надаючи відповідні документи / інформацію / тощо в складі тендерної пропозиції. Якщо умовами тендерної документації замовник передбачив надання довідки про (не)залучення субпідрядника / співвиконавця, то учасник обов'язково повинен надати відповідну інформацію, в іншому випадку тендерна пропозиція такого учасника буде правомірно відхилена замовником. До того ж аргумент скаржника, що відсутність документа, який вимагався замовником, не впливає на зміст тендерної пропозиції, можна назвати невдалим та недоречним.

5. Підтвердження виникнення відповідних зобов'язань за підписом субпідрядника

Рішення Колегії № 27346-р/пк-пз від 09.12.2021, оголошення № [UA-2021-10-21-009862-b](#)

<p>Обставини справи: замовник провів відкриті торги, у яких взяли участь три учасники: ВККП «В», ТОВ «С» та ТОВ «З». Тендерні пропозиції ВККП «В» та ТОВ «С» були відхилені, замовник оприлюднив повідомлення про намір укласти договір з ТОВ «З».</p> <p>ТОВ «С» / скаржник не погодився з таким рішенням замовника, зокрема з визначенням переможцем ТОВ «З», та звернувся зі скаргою до Колегії.</p>	<p>Позиція скаржника: умовами тендерної документації передбачено: «...5.2. У разі залучення учасником спроможностей інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців учасником у складі тендерної пропозиції надається, за підписом субпідрядника / співвиконавця, документальне підтвердження виникнення відповідних зобов'язань у подальшому перед учасником щодо виконання робіт по цьому об'єкту у разі укладення договору за результатами цієї процедури закупівлі...».</p> <p>Тендерна пропозиція ТОВ «З» повинна бути відхилена, оскільки у її складі відсутнє документальне підтвердження, за підписом субпідрядника / співвиконавця, виникнення відповідних зобов'язань у подальшому перед учасником щодо виконання робіт по цьому об'єкту у разі укладення договору про закупівлю за результатами цієї процедури закупівлі.</p>
	<p>Позиція Колегії: у складі тендерної пропозиції ТОВ «З» відсутнє документальне підтвердження за підписом субпідрядника / співвиконавця виникнення відповідних зобов'язань перед учасником щодо виконання робіт за цим об'єктом у разі укладення договору про закупівлю за результатами цієї процедури закупівлі.</p> <p>ТОВ «З» не відповідає вимогам, встановленим абзацом 1 частини 3 статті 22 Закону. У замовника наявні підстави для відхилення ТОВ «З», визначені пунктом 1 частини 1 статті 31 Закону.</p>
<p>Висновок. Якщо умовами тендерної документації передбачено, що учасники мають надати у складі тендерної пропозиції інформацію за підписом субпідрядника / співвиконавця, то ненадання такого підтвердження буде підставою для відхилення згідно з пунктом 1 частини 1 статті 31 Закону. Якщо б учасники вчасно скористалися своїм правом та оскаржили таку умову тендерної документації, то, найімовірніше, Колегія постановила б, що така вимога має дискримінаційний характер та має бути виключена з умов тендерної документації. Як показує практика, Колегія зазвичай вважає, що замовник не повинен ставити потенційного учасника в залежність від третіх осіб.</p>	
<p>6. Залучення субпідрядників / співвиконавців для підтвердження наявності ліцензії</p>	



Рішення Колегії № 26527-р/пк-пз від 26.11.2021, оголошення № UA-2021-08-11-002848-с

Обставини справи.
Замовник проводить відкриті торги з публікацією англійською мовою. Для участі у процедурі закупівлі сім учасників подали тендерні пропозиції. Тендерні пропозиції п'яти учасників не були допущені до аукціону. Один з таких учасників, Корпорація «У», не погодився з підставою для відхилення його тендерної пропозиції та звернувся зі скаргою до Колегії.

Позиція скаржника: однією з підстав відхилення тендерної пропозиції скаржника було те, що в нього відсутня ліцензія на виконання певних видів робіт, при цьому відповідна ліцензія є у субпідрядника скаржника.
Тендерна документація не містить вимог щодо того, що виключно учасник процедури закупівлі має особисто виконувати будівельні та монтажні роботи, для виконання яких потрібна відповідна ліцензія. Ні тендерна документація, ні законодавство України не вимагає отримання ліцензії учасником процедури закупівлі, який не планує здійснювати ліцензований вид діяльності.

Позиція замовника: залучення субпідрядників / співвиконавців для підтвердження наявності ліцензії та додатка до неї не передбачено ані законом, ані умовами тендерної документації.
Тендерна пропозиція скаржника була правомірно відхилена згідно з абзацом 2 пункту 2 частини 1 статті 31 Закону як така, що не відповідає умовам технічної специфікації.

Позиція Колегії: скаржник у складі тендерної пропозиції надав інформацію про субпідрядника / співвиконавця від 14.09.2021 № 768/09, в якій зазначається, що скаржник планує залучити одну субпідрядну організацію до виконання цих робіт в обсязі менше 20 % від вартості договору за відповідними видами робіт, та ліцензія субпідрядника від 26.07.2017 № 31-Л з додатком, в якому вказано перелік видів робіт із провадження відповідної господарської діяльності з будівництва об'єктів.
Тендерна документація не містила вимог щодо необхідності надання ліцензії з відповідним переліком робіт лише щодо учасника. Тендерна пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної підстави.

Висновок. Якщо тендерна документація не містить окремих вимог щодо того, що учасник повинен надати ліцензію з відповідним переліком робіт, видану виключно учаснику, учасник має можливість залучити субпідрядника робіт в обсязі менше 20 % від вартості договору про закупівлю за відповідними видами робіт та надати ліцензію, видану такому субпідряднику. У такому випадку, з огляду на рішення Колегії, замовник не має підстав для відхилення.

Більше з цієї теми читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статтях:

«[Топ -9 питань щодо субпідрядника /співвиконавця у публічних закупівлях](#)»;

«[Субпідрядники/співвиконавці у новому законі](#)»;

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

«[Чи може замовник не передбачати залучення субпідрядника?](#)»;

«[Щодо документів субпідрядника, які можна надавати у складі тендерної пропозиції](#)»;

«[Інформація про субпідрядників / співвиконавців не відноситься до норми "24 години": правильно чи ні](#)»;

«[Нові набори відкритих даних, які має врахувати кожен замовник](#)»;

«[Нова інформація про учасників у відкритому доступі](#)»;

«[Один субпідрядник у двох учасників: правильно чи ні?](#)».