

Участь консорціумів у публічних торгах в Україні

Вступ

1. Для чого створювати консорціум в Україні?
2. Консорціуми в Україні
3. Консорціуми в публічних закупівлях
4. Особливості участі консорціумів у публічних закупівлях
5. Рекомендації для консорціумів

В

Безпрецедентна підтримка міжнародної спільноти під час війни дає змогу Україні не лише ефективно протистояти росії, але й запускати процеси відбудови. Завдяки переорієнтації витрат українського бюджету та фінансовій допомозі партнерів, публічні закупівлі в Україні стали найбільш фінансово забезпеченим і стабільним ринком для товарів і послуг.

1. Для чого створювати консорціум в Україні

Особливості ліцензування окремих видів діяльності (наприклад, будівельної), масштабність проєктів відбудови та специфіка процедур публічних закупівель в Україні зумовлюють необхідність для компаній об'єднувати свої зусилля, серед іншого, для участі в публічних закупівлях. Найчастіше таке об'єднання реалізується у формі консорціуму.

Створення консорціуму для участі в публічних закупівлях може бути необхідним:

- якщо послуги, які закуповуються, передбачають наявність в учасників сертифікованого виконавця робіт, необхідних для надання таких послуг;
- якщо для участі в закупівлях учаснику необхідно відповідати кваліфікаційним критеріям у частині наявності необхідних ліцензій та дозволів;
- якщо наявність у консорціумі компанії-учасника, яка має досвід надання закуповуваних послуг, історію виконаних договорів із надання аналогічних послуг, наявність сертифікованих працівників тощо, складає конкурентну перевагу для участі в торгах.

2. Консорціуми в Україні

Законодавство України визначає консорціум як тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення певної спільної господарської мети його учасників (реалізації цільових програм, науково-технічних, будівельних проєктів тощо). У разі досягнення мети його створення консорціум припиняє свою діяльність.

Консорціум є юридичною особою, яка повинна бути зареєстрована в порядку,

що його встановлює законодавство України. Вимога щодо реєстрації консорціуму не залежить від його мети (виду, терміну створення, умов створення).

Рішення про утворення консорціуму та його об'єднання погоджуються з Антимонопольним комітетом України в порядку, визначеному в законодавстві України.

Законодавство України не передбачає спеціальних вимог щодо обмеження участі іноземних компаній у консорціумах, створених за участю резидентів України та зареєстрованих на території України. Проте встановлення таких обмежень у майбутньому можливе, зважаючи на динамічну зміну законодавства в умовах воєнного часу. Наприклад, такі вимоги потенційно можуть стосуватися питання ступеня локалізації виробництва. У процедурах публічних закупівель застосовують показник місцевої складової в питомій вазі вартості сировини, матеріалів, вузлів, агрегатів, деталей, складових частин і комплектуючих виробів, робіт, послуг й інших складових вітчизняного виробництва в собівартості товару, що є предметом закупівлі. При закупівлі послуг і робіт такий показник застосовується, якщо виконання робіт чи надання послуг передбачає, що замовник набуває товари у власність.

3. Консорціуми в публічних закупівлях в Україні

Законодавство України допускає участь у публічних закупівлях консорціумів. При цьому:

- якщо до консорціуму входить хоча б одна юридична особа – резидент України, то для участі в публічних закупівлях консорціум повинен мати статус юридичної особи;
- якщо до консорціуму входять лише юридичні особи-нерезиденти, то такий консорціум може брати участь у публічних закупівлях і без створення окремої юридичної особи.

Під час створення та реєстрації консорціуму в Україні з метою участі в публічних закупівлях, необхідно врахувати такі особливості:

- договір про створення та статут консорціуму повинні забезпечувати виникнення в учасників консорціуму конкурентних зобов'язань перед консорціумом у разі укладання договору за результатами процедури закупівлі;
- договір про створення та статут консорціуму повинні забезпечувати дієвий алгоритм використання ліцензій і дозволів, які належать одному з учасників консорціуму;
- договір про створення та статут консорціуму повинні забезпечувати процедури укладення та виконання укладених консорціумом договорів з урахуванням алгоритму використання ліцензій та дозволів, які належать одному з учасників консорціуму;
- документи, на підставі яких створено та зареєстровано консорціум, повинні враховувати особливості конкретного проєкту, для участі в якому він створюється.

4. Особливості участі консорціумів у публічних закупівлях в Україні

Якщо тендерну пропозицію подає консорціум, вона обов'язково має містити документ про його створення. При цьому, рішення про створення та статут консорціуму погоджуються з Антимонопольним комітетом України в порядку, який встановлює законодавство.

Поточна практика здійснення публічних закупівель в Україні свідчить, що часто замовники вимагають від об'єднання учасників надання дозволу на концентрацію (узгоджені дії) або попередній висновок Антимонопольного комітету України щодо відсутності необхідності одержання такого дозволу.

В Україні до узгоджених дій може належати, зокрема, створення консорціуму (або вступ до нього), з метою координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили консорціум. Також це стосується випадків, коли координація конкурентної поведінки є наслідком створення консорціуму або вступу до нього.

Узгоджені дії можуть бути дозволені й не потребувати дозволу органів Антимонопольного комітету України. Антимонопольний комітет України визначає такий тип дій на підставі затверджених вимог. В інших випадках для створення консорціуму Антимонопольний комітет України видає відповідний дозвіл.

Питання правомірності та законності вимоги замовника в публічних закупівлях про надання дозволу на концентрацію (узгоджені дії) або попереднього висновку Антимонопольного комітету України щодо відсутності таких дій слід вивчати в кожному окремому випадку.

При цьому, передусім треба враховувати порядок створення консорціуму, його організаційно-правову форму, склад учасників тощо, після чого формувати відповідну правову позицію та стратегію, зокрема, щодо оскарження такої вимоги.

Як показує практика, для підтвердження утворення та статусу консорціуму замовники в публічних закупівлях можуть вимагати такі документи й інформацію:

- документ, що підтверджує створення консорціуму;
- рішення (наказ, дозвіл тощо) вищого (загального) органу консорціуму щодо його участі у відповідній процедурі закупівлі, зі зазначенням назви процедури закупівлі, унікального номера оголошення про проведення конкурентної процедури закупівлі, уповноваженої особи консорціуму, яка підписуватиме документи тендерної пропозиції та договір про закупівлю тощо;
- документ, що підтверджує створення кожного з учасників консорціуму відповідно до законодавства країни такого учасника (свідоцтво, сертифікат, витяг із торговельного або іншого реєстру тощо);
- лист-підтвердження про те, що в учасника консорціуму виникнуть зобов'язання перед консорціумом щодо виконання договору, укладеного за результатами торгів;
- гарантійний лист від кожного учасника консорціуму про те, що він не подавав заяву про вихід зі складу консорціуму;
- дозвіл на концентрацію та узгоджені дії або попередній висновок Антимонопольного комітету України про те, що отримувати дозвіл на

узгоджені дії консорціуму нема необхідності.

Важливою особливістю участі консорціуму в публічних закупівлях в Україні є можливість спільно підтвердити відповідність критеріям, встановленим тендерною документацією, наприклад:

- щодо наявності обладнання, матеріально-технічної бази та технологій;
- щодо наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;
- щодо наявності документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів);
- щодо наявності фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю.

Учасники консорціуму окремо можуть і не відповідати кваліфікаційним вимогам, встановленим тендерною документацією. Але якщо в сукупності вони їм відповідають (наприклад, один учасник відповідає критеріям наявності обладнання та працівників, а інший – повністю задовольняє критерії наявності досвіду виконання аналогічного договору та фінансової спроможності), вважається, що консорціум такі вимоги виконує.

Крім того, за загальним порядком у випадку необхідності відповідної ліцензії чи дозволу для реалізації (постачання, виконання) предмету закупівлі достатньо наявності такої ліцензії чи дозволу в одного з учасників.

При цьому, необхідно перевіряти договір і тендерну документацію щоб переконатися, що учасник консорціуму, який має ліцензії (дозволи), зможе здійснювати роботи або надавати послуги, які потребують таких ліцензій (дозволів).

Це важливе питання, оскільки його невизначеність може призвести до того, що консорціум не зможе виконати договір, виграний за результатами торгів. Своєю чергою, якщо в історії консорціуму торгів буде факт невиконання раніше укладеного договору, то в наступних торгах замовники матимуть підстави та право відхиляти нові пропозиції консорціуму.

Відповідно до законодавства України про публічні закупівлі замовник зобов'язаний також зазначити умови надання інформації та способу підтвердження відповідності консорціуму встановленим кваліфікаційним критеріям та підставам у тендерній документації.

Іноді це призводить до того, що замовник вимагає від переможця торгів документи, які він об'єктивно не може надати. Прикладом може бути вимога до нерезидента надати витяги з інформаційно-аналітичних систем України (витяг із системи «Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості» або інформаційна довідка з Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення), у яких він об'єктивно та правомірно не зареєстрований.

Такі ж ситуації можуть виникати і щодо консорціумів. Наприклад, чи може замовник вимагати підтвердження щодо консорціуму в цілому, чи щодо окремих учасників консорціуму, або ж і від консорціуму, і від учасників

одночасно? Практика застосування умов такого підтвердження неоднозначна, а офіційна позиція регулятора наразі відсутня.

За таких умов найдоцільніше уважно аналізувати тендерну документацію й оцінювати вимоги замовника в кожному окремому випадку.

5. Рекомендації для консорціумів

При плануванні участі в публічних закупівлях в Україні шляхом створення консорціуму, необхідно враховувати, що:

- у кожному конкретному випадку потрібно вивчити тендерну документацію. Необхідно встановити її відповідність вимогам законодавства, зокрема, щодо участі консорціуму в тендері;
- у кожному конкретному випадку потрібно встановити відповідність умов тендеру інтересам і можливостям консорціуму;
- якщо виявлено питання, які потребують роз'яснення (відсутність певних умов щодо участі об'єднання, неоднозначність тлумачення таких умов тощо), або ж умови тендерної документації, які унеможливають чи ускладнюють участь об'єднання чи є дискримінаційними стосовно об'єднання, потрібно використовувати встановлені механізми узгодження таких питань (наприклад, звернутися до замовника за роз'ясненнями чи з вимогами усунути дискримінаційні умови);
- у випадку неотримання роз'яснень із певного питання чи отримання незадовільного роз'яснення або ж у випадку відмови усунути дискримінаційні вимоги варто подати скаргу на умови тендерної документації. Це можна зробити, якщо умови тендерної документації суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і, як наслідок, порушують права або законні інтереси консорціуму. Скарга подається до Антимонопольного комітету України та розглядається в складі комісій із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель;
- під час створення консорціуму потрібно провести Due Diligence учасників консорціуму щодо відповідності загальним умовам участі в публічних закупівлях в Україні загалом та щодо відповідності умовам тендеру, для участі в якому створюється консорціум;
- до участі в публічних закупівлях потрібно проаналізувати необхідність ліцензій і дозволів, що їх передбачає законодавство України, для виконання договору у випадку виграшу тендеру;
- потрібно розробити детальний алгоритм використання відповідних дозволів і ліцензій у процесі виконання договорів, які укладає консорціум, і відобразити його в документах про створення та функціонування консорціуму.