



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

11 листопада 2021 р.

Київ

№ 24-рк

За списком

Про надання рекомендацій щодо здійснення заходів, спрямованих на запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) вжито заходів контролю за дотриманням Державним агентством автомобільних доріг України (далі – Укравтодор) та його регіональними підрозділами законодавства про захист економічної конкуренції під час закупівлі послуг із ремонту доріг.
- (2) Підставою для вжиття заходів контролю стали звернення Асоціації Українських банків та Ради Бізнес-омбудсмена щодо дій регіональних підрозділів Укравтодору у вигляді встановлення дискримінаційних вимог до учасників відкритих торгів на закупівлю послуг із ремонту доріг.
- (3) З матеріалів звернень вбачається, що Службами автомобільних доріг (далі – Служба) в деяких областях у тендерній документації на закупівлю послуг із ремонту доріг передбачалося, що тендерна пропозиція учасника обов'язково має включати документ, що підтверджує надання учасником забезпечення тендерної пропозиції, яке має бути надане у формі електронної банківської гарантії з накладеним електронно-цифровим підписом / кваліфікованим електронним підписом гаранта відповідно до вимог чинного законодавства. Така банківська гарантія повинна бути надана одним із системно важливих банків, перелік яких формує Національний банк України (далі – НБУ).

2. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

2.1. Сфера дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами загального користування державного значення

- (4) Відповідно до статті 10 Закону України «Про автомобільні дороги» органами, що здійснюють управління автомобільними дорогами загального користування, зокрема, є:
 - центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства (абзац другий);
 - центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами загального користування державного значення (абзац третій).

- (5) Абзацом першим пункту 1 Положення про Міністерство інфраструктури України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 30.06.2015 № 460, передбачено, що Міністерство інфраструктури України (Мінінфраструктури) є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики, зокрема, у сфері дорожнього господарства.
- (6) Відповідно до пункту 1 Положення про Державне агентство автомобільних доріг України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 № 439, Укравтодор є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра інфраструктури і який реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами загального користування державного значення.
- (7) Згідно з пунктом 1 постанови Кабінету Міністрів України від 06.08.2003 № 1221 «Деякі питання управління дорожнім комплексом» на служби автомобільних доріг в Автономній Республіці Крим, областях і м. Севастополі покладено функції замовника виконання робіт з будівництва, реконструкції, ремонту та утримання автомобільних доріг загального користування.
- (8) Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.11.2011 № 1221-р «Питання управління Державною службою автомобільних доріг об'єктами державної власності» затверджено перелік державних підприємств, установ та організацій, що належать до сфери управління Укравтодору. До цього переліку включені, зокрема, служби автомобільних доріг в Автономній Республіці Крим, областях і в місті Севастополь.
- (9) Відповідно до Указу Президента України від 13.04.2011 № 456/2011 «Про Положення про Державне агентство автомобільних доріг України» Державне агентство автомобільних доріг України є правонаступником Державної служби автомобільних доріг України. Враховуючи викладене вище, Укравтодор спрямовує свою діяльність із реалізації державної політики у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами загального користування державного значення через Служби, які, зокрема здійснюють функцію замовника робіт із будівництва, реконструкції, ремонту та утримання автомобільних доріг загального користування державного значення.
- (10) Служби здійснюють свою діяльність на підставі Положень про службу автомобільних доріг в області (далі – Положення про Службу), затверджених відповідними наказами Укравтодору.
- (11) Відповідно до Положення про Службу:
 - *Служба заснована на державній власності і належить до сфери управління Державного агентства автомобільних доріг України (далі – Уповноважений орган управління);*
 - *у своїй діяльності Служба керується Конституцією, законами України, актами Президента України, Кабінету Міністрів України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, іншими нормативно-правовими актами, наказами та дорученнями Уповноваженого органу управління, цим Положенням, а також будівельними нормами, правилами, стандартами, іншими нормативними документами у сфері дорожнього будівництва;*
 - *основним предметом діяльності Служби є виконання функцій замовника робіт та послуг з будівництва, реконструкції, ремонтів та утримання автомобільних доріг та іншого державного майна, та одержувача бюджетних коштів;*
 - *основними напрямками діяльності Служби є, зокрема організація і проведення публічних закупівель робіт/послуг на виконання робіт з будівництва, реконструкції,*

ремонту і утримання автомобільних доріг, та їх складових відповідно до законодавства України;

– Служба є державною неприбутковою організацією – юридичною особою публічного права, утвореною в установленому законодавством порядку.

- (12) Організаційно-правова форма Служби – державна організація (установа, заклад).
- (13) Отже, Служби через Укравтодор реалізують державну політику у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами загального користування державного значення, є замовниками робіт із будівництва, реконструкції, ремонтів та утримання автомобільних доріг та можуть здійснювати організацію та проведення публічних закупівель робіт /послуг на виконання вказаних робіт.

2.2. Надання гарантій як способу забезпечення тендерної пропозиції

- (14) Відповідно до статті 560 Цивільного кодексу України:
 - за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку (абзац перший частини першої);
 - гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником (абзац другий частини першої).
- (15) Частиною першою статті 200 Господарського кодексу України передбачено, що гарантія є специфічним засобом забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом письмового підтвердження (гарантійного листа) банком, іншою кредитною установою, страховою організацією (банківська гарантія) про задоволення вимог управленої сторони у розмірі повної грошової суми, зазначеної у письмовому підтвердженні, якщо третя особа (зобов'язана сторона) не виконає вказане у ньому певне зобов'язання, або настануть інші умови, передбачені у відповідному підтвердженні.
- (16) Загальний порядок, умови надання й отримання банками гарантій /контргарантій та їх виконання регулюються Положенням про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, яке затверджено постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639 (далі – Положення про гарантії).
- (17) Положенням про гарантії передбачено, зокрема:
 - банк-гарант – банк, який надає гарантію на користь бенефіціара (підпункт 4 пункту 3 розділу I);
 - гарантія – спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого банк-гарант бере на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром сплатити кошти в разі настання гарантійного випадку. Зобов'язання банку-гаранта перед бенефіціаром не залежить від базових відносин, які забезпечуються такою гарантією (їх припинення або недійсності), зокрема й тоді, коли посилання на такі базові відносини безпосередньо міститься в тексті гарантії (підпункт 9 пункту 3 розділу I);
 - реквізити гарантії банку, наданої як забезпечення тендерної пропозиції відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», повинні відповідати вимогам до забезпечення тендерної пропозиції, установленим нормативно-правовим актом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері публічних закупівель (абзац дев'ятнадцятий пункту 26 розділу III).
- (18) Пунктом 1 наказу Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 14.12.2020 № 2628 «Про затвердження форми і Вимог до забезпечення тендерної пропозиції/пропозиції», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 03 березня 2021 р. за № 275/35897, передбачено, що ці вимоги

визначають обов'язкові вимоги до гарантії, яка надається як забезпечення тендерної пропозиції/пропозиції, передбаченої пунктом 10 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі», банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями.

- (19) Тобто, нормами чинного законодавства не обмежено перелік суб'єктів господарювання, які можуть надати гарантію, лише банками. Гарантія, яка надається як забезпечення тендерної пропозиції, може бути також надана іншими фінансовими установами та страховими компаніями.

2.3. Закупівлі товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад і забезпечення тендерної пропозиції під час їх здійснення

- (20) Пунктом 10 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) передбачено, що забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції – надання забезпечення виконання зобов'язань учасником перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції/пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як гарантія.
- (21) Статтею 5 Закону встановлено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом:
– відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель (пункт 3 частини першої);
– недискримінації учасників та рівного ставлення до них (пункт 4 частини першої).
- (22) За приписами статті 22 Закону передбачено, що:
– тендерна документація може містити іншу інформацію, вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством та яку замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації (частина третя);
– тендерна документація не повинна містити вимог, які обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників (частина четверта).
- (23) Тобто, Закон визначає забезпечення тендерної пропозиції у вигляді такого забезпечення як гарантія, при цьому не обмежує надання гарантії іншою установою, ніж банк.

3. ОПИС ОБСТАВИН ПОРУШЕНОГО ПИТАННЯ

- (24) За інформацією, наявною в Комітеті, Службами було оприлюднено оголошення про проведення відкритих торгів, а саме:
- 1) Службою автомобільних доріг у Миколаївській області торги № UA-2021-01-19-002498-b для здійснення поточного середнього ремонту автомобільної дороги загального користування державного значення Н-24 Благовіщенське – Миколаїв (через м. Вознесенськ) на ділянці км 184+720 – км 193+040;
 - 2) Службою автомобільних доріг у Чернігівській області торги № UA-2021-01-20-003001-с для здійснення поточного середнього ремонту автомобільної дороги загального користування державного значення Т-25-19 Холми – Авдіївка – Оболоння (окремими ділянками) та № UA-2021-01-20-002775-с на виконання поточного середнього ремонту автомобільної дороги загального користування державного значення Т-25-03 Вільне-Кролевець (окремими ділянками).
- (25) Пунктом 2 розділу III та пунктом 6 розділу VI Тендерної документації, в обох оголошеннях, передбачалося, що тендерна пропозиція учасника обов'язково має включати документ, що підтверджує надання учасником забезпечення тендерної пропозиції, яке має бути надано у формі електронної банківської гарантії (далі – банківська гарантія) з накладеним електронно-цифровим підписом / кваліфікованим

електронним підписом гаранту відповідно до вимог чинного законодавства. За умовами тендерної документації така банківська гарантія повинна бути надана одним із системно важливих банків, перелік яких формує НБУ та який доступний на офіційному сайті НБУ.

- (26) Крім цього, на адресу Постійно діючої адміністративної колегії (колегій) Комітету з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель надходять скарги, у яких суб'єкти оскарження оскаржують вимоги документації конкурсних торгів у частині «надання фінансового забезпечення саме банками із системно важливого списку, затвердженого рішенням Правління Національного банку України від 03.03.2020 № 155-рш «Про визначення системно важливих банків», які встановлюються, зокрема, регіональними підрозділами Укравтодору, а також Управлінням інфраструктури, капітального будівництва та експлуатації доріг обласних державних адміністрацій.
- (27) За результатами розгляду зазначених скарг Постійно діючою адміністративною колегією Комітету з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель прийнято рішення, відповідно до яких замовників зобов'язано внести зміни до тендерної документації у зв'язку з тим, що вимога про надання фінансового забезпечення саме банками із системно важливого списку, затвердженого рішенням Правління Національного банку України від 03.03.2020 № 155-рш «Про визначення системно важливих банків», є дискримінаційною та порушує вимоги Закону, оскільки, відповідно до частини першої статті 5 Закону, замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.
- (28) Як свідчить інформація, наявна в Комітеті, аналогічні вимоги щодо гарантій Служби здебільшого розміщують у пункті 2. *Забезпечення тендерної пропозиції* розділу III. *Інструкція з підготовки тендерної пропозиції* тендерної документації конкурсних торгів на закупівлю послуг із ремонту автомобільних доріг загального користування державного значення, містять такий текст:
- 1. Тендерна пропозиція обов'язково повинна супроводжуватись документом, що підтверджує надання Учасником забезпечення тендерної пропозиції, яке має бути надане у формі електронної банківської гарантії (далі – банківська гарантія) з накладеним кваліфікованим електронним підписом гаранту (далі – банк-гарант) відповідно до вимог діючого законодавства.*
- 2. З метою мінімізації ризиків неповернення коштів тендерного забезпечення банками-гарантами важливо, що банківська гарантія з повним грошовим покриттям повинна бути надана одним із системно важливих банків, перелік яких формує НБУ.*
- 3. Тендерна пропозиція, у складі якої буде банківська гарантія, що не відповідає умовам тендерної документації, буде відхилена Замовником.*
- (29) Випадки встановлення вказаних вимог у тендерній документації конкурсних торгів, які проводять Служби, траплялись у 2020 та 2021 роках, зокрема у Львівській, Черкаській та Одеській областях.

4. ВИСНОВКИ

- (30) Положенням про Служби передбачено, що Служба виконує функцію замовника робіт з будівництва, реконструкції, ремонту та утримання автомобільних доріг загального користування державного значення.
- (31) У деяких областях Служби встановлювали в тендерній документації на закупівлю послуг із ремонту доріг вимогу до фінансового забезпечення тендерної пропозиції, яке повинно бути надано у формі електронної банківської гарантії, наданої одним із системно важливих банків, перелік яких формує НБУ.

- (32) Законодавством передбачено, що гарантія як забезпечення тендерної пропозиції може бути надана банками, іншими фінансовими установами та страховими компаніями.
- (33) Встановлення Службами вимоги до фінансового забезпечення тендерної пропозиції на закупівлю послуг із ремонту доріг, яке має бути надане у формі електронної банківської гарантії, наданої одним із системно важливих банків, може:
- обмежити можливість суб'єктів господарювання, які є учасниками закупівель у виборі установи, що може надати гарантію;
 - надати переваги банківським установам, які входять до переліку системно важливих банків, порівняно з іншими фінансовими установами або страховими компаніями, які можуть надавати гарантії, а також щодо банків, які не входять до переліку системно важливих банків.

Враховуючи викладене, з метою здійснення заходів, спрямованих на запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, на підставі пункту 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», Антимонопольний комітет України надає Службі автомобільних доріг у Вінницькій області, Службі автомобільних доріг у Волинській області, Службі автомобільних доріг у Дніпропетровській області, Службі автомобільних доріг у Донецькій області, Службі автомобільних доріг у Житомирській області, Службі автомобільних доріг у Закарпатській області, Службі автомобільних доріг у Запорізькій області, Службі автомобільних доріг у Івано-Франківській області, Службі автомобільних доріг у Київській області, Службі автомобільних доріг у Кіровоградській області, Службі автомобільних доріг у Луганській області, Службі автомобільних доріг у Львівській області, Службі автомобільних доріг у Миколаївській області, Службі автомобільних доріг в Одеській області, Службі автомобільних доріг у Полтавській області, Службі автомобільних доріг у Рівненській області, Службі автомобільних доріг у Сумській області, Службі автомобільних доріг у Тернопільській області, Службі автомобільних доріг у Харківській області, Службі автомобільних доріг у Херсонській області, Службі автомобільних доріг у Хмельницькій області, Службі автомобільних доріг у Черкаській області, Службі автомобільних доріг у Чернівецькій області, Службі автомобільних доріг у Чернігівській області такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

Не допускати встановлення в тендерній документації на закупівлю товарів / робіт / послуг вимог до забезпечення тендерної пропозиції, яке надається у формі гарантії, що обмежують учасникам процедури закупівлі вибір суб'єкта господарювання, який може надати гарантію.

Рекомендації є обов'язковими для розгляду органами та особами, яким вони надані.

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 20-денний строк із дня їх отримання.

Голова Комітету

О. ПІЩАНСЬКА

Перелік

регіональних підрозділів Державного агентства автомобільних доріг України,
яким надаються рекомендації Антимонопольного комітету України
від 11 листопада 2021 року № 24-рк

Службі автомобільних доріг у Вінницькій області
Службі автомобільних доріг у Волинській області
Службі автомобільних доріг у Дніпропетровській області
Службі автомобільних доріг у Донецькій області
Службі автомобільних доріг у Житомирській області
Службі автомобільних доріг у Закарпатській області
Службі автомобільних доріг у Запорізькій області
Службі автомобільних доріг у Івано-Франківській області
Службі автомобільних доріг у Київській області
Службі автомобільних доріг у Кіровоградській області
Службі автомобільних доріг у Луганській області
Службі автомобільних доріг у Львівській області
Службі автомобільних доріг у Миколаївській області
Службі автомобільних доріг в Одеській області
Службі автомобільних доріг у Полтавській області
Службі автомобільних доріг у Рівненській області
Службі автомобільних доріг у Сумській області
Службі автомобільних доріг у Тернопільській області
Службі автомобільних доріг у Харківській області
Службі автомобільних доріг у Херсонській області
Службі автомобільних доріг у Хмельницькій області
Службі автомобільних доріг у Черкаській області
Службі автомобільних доріг у Чернівецькій області
Службі автомобільних доріг у Чернігівській області