



**МІНІСТЕРСТВО ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ
(Мінекономіки)**

**ОГЛЯД ЗАКУПІВЕЛЬНОЇ ПРАКТИКИ
НА ОСНОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ КОНКУРЕНТНИХ ПРОЦЕДУР
ЗАКУПІВЕЛЬ ЗА УЧАСТЮ НЕРЕЗИДЕНТІВ**

Підготовлено департаментом сфери публічних закупівель та
конкурентної політики

Вересень 2024 року

ЗМІСТ

Вступ.....	3
Розділ І. Встановлення замовниками вимог у тендерній документації з метою забезпечення можливості участі нерезидентів на рівних умовах.....	5
- <i>щодо встановлення замовником в тендерній документації вимоги про мову (мови), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції.....</i>	<i>5</i>
- <i>щодо встановлення замовником в тендерній документації вимоги про валюту, у якій повинна бути зазначена ціна тендерної пропозиції.....</i>	<i>9</i>
- <i>щодо встановлення замовником у тендерній документації способу подання тендерних пропозицій учасниками - нерезидентами: накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису.....</i>	<i>12</i>
- <i>щодо встановлення замовником у тендерній документації інформації про кваліфікаційні критерії відповідно до статті 16 Закону.....</i>	<i>17</i>
- <i>щодо встановлення замовником в тендерній документації інформації про відсутність підстав, визначених пунктом 47 Особливостей.....</i>	<i>18</i>
- <i>щодо умов надання нерезидентом забезпечення тендерних пропозицій, якщо замовник вимагає його надати.....</i>	<i>20</i>
- <i>щодо надання переможцем - нерезидентом забезпечення виконання договору про закупівлю.....</i>	<i>23</i>
- <i>щодо надання переможцем - нерезидентом відповідної інформації про право підписання договору про закупівлю.....</i>	<i>26</i>
Розділ ІІ. Практика застосування законодавства про публічні закупівлі органами контролю та судом	29
Висновки.....	42

Вступ

Міністерство економіки України як Уповноважений орган, який здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель, керуючись пунктом 4 частини 1 статті 9 Закону України “Про публічні закупівлі”, підготувало огляд закупівельної практики на основі дослідження конкурентних процедур закупівель за участю нерезидентів (далі - Огляд).

У цьому Огляді наведено рекомендації щодо встановлення замовниками вимог у тендерній документації для забезпечення рівних умов участі резидентів та нерезидентів, інформацію щодо практики застосування законодавства про публічні закупівлі Антимонопольним комітетом України, як органом оскарження, та Державною аудиторською службою, як органом уповноваженим здійснювати контроль, а також аналіз спеціального суміжного законодавства.

Метою цього Огляду є узагальнення практики здійснення закупівель за участю нерезидентів, а також надання рекомендацій з урахуванням виявлених проблемних питань.

Так, Закон України “Про публічні закупівлі” (далі - Закон) визначає правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об’єднаних територіальних громад.

На період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування під час здійснення публічних закупівель замовники керуються особливостями здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України “Про публічні закупівлі”, на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 (далі - Особливості).

Відповідно до Закону учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівлях на рівних умовах.

Згідно з пунктом 37 частини 1 статті 1 Закону учасниками процедури закупівлі є фізична особа, фізична особа - підприємець чи юридична особа - резидент або нерезидент, у тому числі об’єднання учасників, яка подала тендерну пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Законодавство про публічні закупівлі не містить визначення понять “резидент” та “нерезидент”. Натомість таке визначення міститься у Податковому кодексі України.

Відповідно до пункту 14.1.122. статті 14 Податкового кодексу України **нерезиденти** - це:

а) іноземні компанії, організації, партнерства та інші об’єднання осіб, утворені відповідно до законодавства інших держав, їх зареєстровані

(акредитовані або легалізовані) відповідно до законодавства України філії, представництва та інші відокремлені підрозділи з місцезнаходженням на території України, а також правові утворення без статусу юридичної особи, створені відповідно до законодавства іноземних держав або територій, які не є резидентами України, відповідно до положень цього Кодексу;

б) дипломатичні представництва, консульські установи та інші офіційні представництва інших держав і міжнародних організацій в Україні;

в) фізичні особи, які не є резидентами України.

Відповідно до пункту 14.1.213. статті 14 Податкового кодексу України **резиденти** - це:

а) юридичні особи та їх відокремлені особи, які утворені та провадять свою діяльність відповідно до законодавства України з місцезнаходженням як на її території, так і за її межами;

б) дипломатичні представництва, консульські установи та інші офіційні представництва України за кордоном, які мають дипломатичні привілеї та імунітет;

в) фізична особа - резидент - фізична особа, яка має місце проживання в Україні.

Згідно з статтею 129 Господарського кодексу України іноземці та особи без громадянства при здійсненні господарської діяльності в Україні користуються такими самими правами і мають такі самі обов'язки, як і громадяни України, якщо інше не передбачено цим Кодексом, іншими законами. Іноземні юридичні особи при здійсненні господарської діяльності в Україні мають такий самий статус, як і юридичні особи України, з особливостями, передбаченими цим Кодексом, іншими законами, а також міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Враховуючи викладене, іноземні суб'єкти, які не є резидентами України, мають право брати участь у процедурі закупівлі на рівних умовах з учасниками, які є резидентами України.

Використання рекомендацій, сформованих за результатами здійсненого Огляду, допоможе замовникам виважено та з дотриманням законодавства формувати вимоги до потенційних учасників, уникати встановлення надмірних вимог, що ускладнюють участь у закупівлях та можуть штучно обмежувати коло потенційних учасників під час проведення процедур закупівель.

Розділ І.

Встановлення замовниками вимог у тендерній документації з метою потенційної участі нерезидентів

1. Щодо встановлення замовником в тендерній документації вимоги про мову (мови), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції

Відповідно до частини 9 статті 12 Закону під час проведення процедур закупівель усі документи, що готуються замовником, викладаються українською мовою, а також за рішенням замовника одночасно всі документи можуть мати автентичний переклад на іншу мову.

Визначальним є текст, викладений українською мовою.

Також згідно з пунктом 13 частини 2 статті 22 Закону замовник в тендерній документації зазначає якою (якими) мовою (мовами), повинні бути складені тендерні пропозиції.

Тому встановлення мови (мов), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції, здійснюється замовником самостійно з дотриманням мети та принципів, передбачених Законом.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо мови (мов), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції, зокрема щодо:

- перекладу офіційних / неофіційних документів, які подаються в складі тендерної пропозиції, мовою іншою ніж українська;
- засвідчення перекладу або справжності підпису перекладача;
- відповідальності за достовірність перекладу;
- легалізації або апостилювання вказаних документів.

До прикладу замовниками встановлюються такі вимоги щодо мови (мов), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції:

1) у закупівлі за номером UA-2023-12-11-021299-а замовником ДП “Медичні закупівлі України” встановлено: ***“Якщо в складі тендерної пропозиції надається документ, що складений на іншій мові, ніж українська, учасник повинен надати автентичний переклад такого документа українською мовою. Визначальним є текст, викладений українською мовою. Відповідальність за достовірність перекладу несе учасник. Переклад має бути підписаний або завірений особою, уповноваженою на підписання тендерної пропозиції, та може бути засвідчений печаткою учасника, в разі її використання”***;

2) у закупівлі за номером UA-2023-11-17-011240-а замовником Державне авіаційне підприємство “Україна” встановлено: ***“Тендерна пропозиція та усі документи, що мають відношення до неї і готуються безпосередньо***

Учасником, складаються українською мовою. Стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення у вигляді скорочень та термінологія, пов'язана з товарами, роботами чи послугами, що закупаються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами, викладаються мовою їх загально прийнятого застосування. Уся інформація розміщується в електронній системі закупівель українською мовою, крім тих випадків коли використання букв та символів української мови призводить до їх спотворення (зокрема, але не виключно адреси мережі “інтернет”, адреси електронної пошти, торговельної марки (знаку для товарів та послуг), загальноприйняті міжнародні терміни). Документи або копії документів (які передбачені вимогами ТД та додатками до неї), які надаються Учасником у складі тендерної пропозиції, викладені іншими мовами, повинні надаватися разом з їх автентичним перекладом на українську мову. **Переклад повинен бути посвідчений Учасником, або посвідчений нотаріально (на розсуд Учасника)”;**

3) у закупівлі за номером UA-2023-11-27-014653-а замовником Казенним підприємством “Морська пошуково-рятувальна служба” встановлено: “Для підтвердження дійсності оригіналів офіційних документів з метою використання їх на території України, документи повинні бути легалізовані у встановленому порядку або засвідчені спеціальним штампом “Apostille” (апостиль), якщо країна, в якій цей учасник зареєстрований, підписала відповідну конвенцію, крім випадку, якщо існують угоди між двома або декількома державами, які відмінюють або спрощують зазначену процедуру або звільняють сам документ від легалізації. Документи легалізуються учасниками торгів – іноземними суб’єктами господарювання наступним чином: за спрощеною процедурою проставлення Апостіля (Apostille) відповідно до статей 3 та 4 Гаазької Конвенції від 05.10.1961 або за процедурою консульської легалізації відповідно до Віденської Конвенції “Про консульські зносини” 1963 року або засвідчений нотаріально”.

У свою чергу, Мінекономіки листом від 16.05.2024 № 3322-07/36229-03 звернулося до Міністерства закордонних справ України (далі - МЗС) щодо надання інформації про порядок підтвердження дійсності оригіналів документів та їх перекладу для використання на території України, можливих способів легалізації таких документів та підстав засвідчення спеціальним штампом “Apostille” (апостиль), наявних інститутів засвідчення вірності перекладу таких документів.

Відповідно до листа МЗС від 28.05.2024 № 71/14-574/1-72760 статтею 13 Закону України “Про міжнародне приватне право” визначено, що документ, виданий уповноваженим органом іноземної держави в установленій формі, визнається дійсним в Україні у разі його легалізації, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України, а іноземні документи користуються доказовою силою офіційних документів на території України:

1) за умови наявності консульської легалізації, якщо вони видані на території держав, з якими Україна не має вищезазначених договорів;

2) за умови їх засвідчення штампом апостиль, якщо вони видані на території держави-учасниці Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, 1961 року (далі - Конвенція). Актуальний перелік країн, до офіційних документів яких застосовується процедура засвідчення апостилем, знаходиться на офіційному сайті Гаазької Конференції з міжнародного приватного права за посиланням: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/print/?cid=4>.

Згідно із встановленим порядком, апостиль проставляється на офіційних документах компетентним органом держави, в якій документ був складений. Відповідно до частини другої статті 3 Конвенції дотримання процедури проставлення апостиля не може вимагатися державами-учасницями Конвенції, якщо існують угоди між двома або декількома державами, які скасовують або спрощують дану процедуру або звільняють сам документ від легалізації.

В Україні імплементація Конвенції забезпечена Правилами проставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших держав, що затверджені наказом МЗС, МВС, МОН, Мінінфінансів, Мін'юстом від 17.03.2023 № 125/209/293/139/999/5, зареєстровані в Мін'юсті 21.03.2023 № 478/39534 та Постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 № 61 "Про надання повноважень на проставлення апостиля, передбаченого Конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів".

Порядок легалізації документів встановлений Інструкцією про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, що затверджена наказом МЗС від 04.06.2002 № 113, зареєстрованим в Мін'юсті 26.06.2002 № 535/6823 (далі - Інструкція).

Документи, які мають пряме відношення до комерційних або митних операцій не підлягають процедурі легалізації (пункт 4.3 Інструкції) та не засвідчуються апостилем (стаття 1 Конвенції).

Отже, відповідно до статті 1 Конвенції вона поширюється на офіційні документи, які були складені на території однієї з Договірних держав і мають бути представлені на території іншої Договірної держави. Для цілей цієї Конвенції офіційними документами вважаються:

а) документи, які виходять від органу або посадової особи, що діють у сфері судової юрисдикції держави, включаючи документи, які виходять від органів прокуратури, секретаря суду або судового виконавця;

б) адміністративні документи;

с) нотаріальні акти;

д) офіційні свідоцтва, виконані на документах, підписаних особами у їх приватній якості, такі як офіційні свідоцтва про реєстрацію документа або факту, який існував на певну дату, та офіційні і нотаріальні засвідчення підписів.

Однак ця Конвенція не поширюється:

а) на документи, складені дипломатичними або консульськими агентами;

б) на адміністративні документи, що мають пряме відношення до комерційних або митних операцій.

Відповідно до статті 3 Конвенції єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичності відбитку печатки або штампу, якими скріплений документ, є проставлення передбаченого статтею 4 апостиля компетентним органом держави, в якій документ був складений. Проте дотримання згаданої в попередній частині формальної процедури не може вимагатися, якщо закони, правила або практика, що діють в державі, в якій документ представлений, або угода між двома чи декількома договірними державами відмінюють чи спрощують цю формальну процедуру або звільняють сам документ від легалізації.

Враховуючи викладене, з метою належної підготовки документів тендерної пропозиції учасником-нерезидентом, замовник може передбачати наступні вимоги щодо таких документів:

1) легалізація у встановленому законом порядку (консульська легалізація / засвідчення штампом апостиль (офіційні документи, видані судовими, правоохоронними органами держави реєстрації учасника - нерезидента тощо)) або звільнення від легалізації у разі укладення угод між двома або декількома державами, які скасовують або спрощують дану процедуру або звільняють сам документ від легалізації, або у разі подання учасником офіційних документів, що мають пряме відношення до комерційних або митних операцій;

2) не передбачати окремих вимог щодо необхідності легалізації документів, обмежившись лише їх перекладом.

У свою чергу, згідно з листом МЗС документи, складені іноземною мовою, подаються заявником до українських органів та установ разом з офіційними перекладами на українську мову, засвідченими в установленому порядку. В Україні офіційний переклад засвідчується у нотаріальному порядку.

Однак, слід враховувати, що відповідно до пунктів 11, 12 статті 34 Закону України “Про нотаріат в Україні” нотаріуси вчиняють такі нотаріальні дії:

- засвідчують справжність підпису на документах;
- засвідчують вірність перекладу документів з однієї мови на іншу.

Отже, у випадку, коли замовником зазначається можливість подання документів у складі тендерних пропозицій, викладених іншими мовами, крім української мови, доцільно конкретизувати вимоги щодо необхідності надання перекладу.

Тому, замовник в тендерній документації може передбачити вимоги щодо належності перекладу документів учасника-нерезидента з мови-оригіналу на українську мову, а саме:

1) переклад посвідчується у нотаріальному порядку. При цьому варто врахувати, що відповідно до статті 79 Закону України “Про нотаріат в Україні” нотаріус засвідчує вірність перекладу документа з однієї мови на іншу, якщо він

знає відповідні мови. Якщо нотаріус не знає відповідних мов, переклад документа може бути зроблено перекладачем, справжність підпису якого засвідчує нотаріус;

2) переклад може бути підписаний або завірений особою, уповноваженою на підписання тендерної пропозиції, та може бути засвідчений печаткою учасника, в разі її використання. В такому випадку, відповідальність за достовірність перекладу несе учасник.

Замовникам варто також конкретизувати, що визначальним вважатиметься текст, викладений саме українською мовою.

2. Щодо встановлення замовником в тендерній документації вимоги про валюту, у якій повинна бути зазначена ціна тендерної пропозиції

Відповідно до пункту 12 частини 2 статті 22 Закону замовник в тендерній документації зазначає валюту, у якій повинна бути зазначена ціна тендерної пропозиції.

Згідно з пунктом 28 Особливостей тендерна документація може містити правила зазначення в договорі про закупівлю грошового еквівалента в національній чи іноземній валюті за офіційним курсом, установленим Національним банком станом на дату розкриття тендерних пропозицій.

Згідно зі статтею 638 Цивільного кодексу України договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Статтею 180 Господарського кодексу України передбачено, що договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода. При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.

Відповідно до статті 189 Господарського кодексу України ціна є істотною умовою господарського договору. Ціна зазначається в договорі у гривнях. Ціни у зовнішньоекономічних договорах (контрактах) можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін.

Згідно частини 2 статті 198 Господарського кодексу України грошові зобов'язання учасників господарських відносин повинні бути виражені і підлягають оплаті у гривнях. Грошові зобов'язання можуть бути виражені в іноземній валюті лише у випадках, якщо суб'єкти господарювання мають право проводити розрахунки між собою в іноземній валюті відповідно до законодавства. Виконання зобов'язань, виражених в іноземній валюті, здійснюється відповідно до закону.

Тому, під час підготовки Огляду було проаналізовано тендерні документації замовників в електронній системі закупівель, що містять вимоги щодо валюти, у якій повинна бути зазначена ціна тендерної пропозиції учасника, учасника - нерезидента щодо:

- найменування валюти тендерної пропозиції;
- порядку розрахунку ціни тендерної пропозиції, що подається учасником-нерезидентом;
- застосування правил Міжнародної торговельної палати ІНКОТЕРМС.

Найчастіше питання валюти ціни тендерної пропозиції виникає саме у разі закупівлі товарів.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо валюти, у якій повинна бути зазначена ціна тендерної пропозиції учасника, учасника - нерезидента, як наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-06-16-007758-а замовником Приватне акціонерне товариство “Укргідроенерго” встановлено: ***“Валютою тендерної пропозиції є національна валюта України – гривня. У разі якщо учасником процедури закупівлі є нерезидент, такий учасник має право зазначити ціну тендерної пропозиції у Євро або доларах США. При цьому при розкритті тендерних пропозицій ціна такої тендерної пропозиції перераховується у гривні за офіційним курсом гривні до вказаної учасником-нерезидентом іноземної валюти, встановленим Національним банком України на дату розкриття тендерних пропозицій”***;

2) у закупівлі за номером UA-2023-11-27-014653-а Казенне підприємство “Морська пошуково-рятувальна служба” замовником встановлено: ***“Валютою тендерної пропозиції є національна валюта України - гривня. У разі якщо учасником процедури закупівлі є нерезидент, такий учасник може визначити ціну тендерної пропозиції у Євро або доларах США. Під час подання пропозиції / під час електронного аукціону ціна такої тендерної пропозиції перераховується учасником-нерезидентом у гривні за офіційним курсом до Євро або доларах США (відповідно до вказаної учасником-нерезидентом іноземної валюти), установленим Національним банком України (НБУ) станом на дату подання пропозиції / проведення електронного аукціону. Учасник-нерезидент в електронній системі закупівель під час подання пропозиції / під час електронного аукціону в електронній системі закупівель вказує ціну своєї тендерної пропозиції у гривнях, виходячи з наступного розрахунку: ціна товару за предметом закупівлі у Євро або доларах США, помножена на офіційний курс НБУ щодо Євро або долару США на дату подання пропозиції / проведення електронного аукціону. Дані щодо офіційного курсу НБУ щодо Євро або долару США станом на дату подання пропозиції / проведення електронного аукціону можливо знайти за посиланням: <https://bank.gov.ua/control/uk/curmetal/detail/currency?period=daily>”***;

3) у закупівлі за номером UA-2023-03-20-011413-а замовником Філія “Центр забезпечення виробництва” АТ “Укрзалізниця” встановлено: *“Учасники закупівлі - нерезиденти України визначають ціну тендерної пропозиції на умовах поставки DAP (правила Інкотермс-2020) та можуть визначити ціну тендерної пропозиції еквівалентною у доларах США (код валюти 840). У такому випадку в електронній системі закупівель учасник-нерезидент України визначає ціну тендерної пропозиції у гривні відповідно до наступного розрахунку:*

$$P=I *C*(D/100+I)*1.2, \text{ де:}$$

P – перерахована ціна тендерної пропозиції в гривні;

I – вартість продукції на умовах DAP у доларах США (код валюти 840);

C - офіційний курс НБУ до долара США (код валюти 840) на дату подання тендерної пропозиції;

D – відсоткова ставка ввізного мита в числовому вигляді;

1.2 – математичне вираження ставки податку на додану вартість (ПДВ - 20 %).

Учасник-нерезидент, який визначений переможцем процедури закупівлі, зобов’язаний відкоригувати (змінити) свою перераховану ціну тендерної пропозиції з урахуванням курсу НБУ на дату кінцевого строку подання тендерних пропозицій. Відкоригована цінова пропозиція надається переможцем процедури закупівлі разом з іншими документами відповідно до умов тендерної документації. Відсоткова ставка ввізного мита визначається відповідно до Закону України від 19.10.2022 №2697-IX “Про митний тариф України”. Офіційний курс гривні до долара США визначається відповідно до даних офіційного сайту НБУ (bank.gov.ua). Договір з учасником-нерезидентом укладається у національній валюті України – гривні по курсу НБУ на дату кінцевого строку подання пропозицій. Учасник несе відповідальність за достовірність і правильність розрахунку та визначення перерахованої ціни тендерної пропозиції у гривні та перерахованої ціни тендерної пропозиції”.

Варто зазначити, що при проведенні процедури закупівлі в яких потенційними учасниками можуть бути нерезиденти, замовникам рекомендується формувати вимоги в тендерній документації таким чином, щоб умови постачання товару визначалися однаковими для всіх учасників. У зв’язку з цим, можуть бути використані правила Інкотермс, розроблені саме для визначення вартості товарів в залежності від моменту і способу їх передачі від продавця покупцю.

Метою правил Інкотермс є забезпечення розуміння сторонами договору відповідальності, зокрема, щодо суб’єкта, відповідального за укладення договору перевезення, понесення витрат у разі знищення товару під час транспортування, здійснення митних формальностей для експорту та імпорту тощо. Наразі переважно застосовується остання редакція Інкотермс від 2020 року.

Правила Інкотермс поділяються на 2 функціональні групи:

- правила для будь-якого виду транспорту: EXW (Ex Works), FCA (Free Carrier), CPT (Carriage Paid To), CIP (Carriage and Insurance Paid To), DAP (Delivered At Place), DPU (Delivered at Place Unloaded), DDP (Delivered Duty Paid),

- правила для морського та внутрішнього водного транспорту: FAS (Free Alongside Ship), FOB (Free On Board), CFR (Cost and Freight), CIF (Cost Insurance and Freight).

Тому, обираючи, які з правил Інкотермс потрібно застосовувати в конкретному випадку, замовникам варто зважати на розподіл ризиків та обов'язки, що впливатимуть на формування очікуваної вартості закупівлі та на ціну тендерної пропозиції учасника.

Отже, при формуванні умов тендерної документації, для забезпечення рівних можливостей всіх учасників процедури закупівлі, зокрема нерезидентів, замовнику рекомендується передбачати правила здійснення розрахунку вартості тендерної пропозиції.

Разом з тим, оскільки наразі у електронній системі закупівель у разі застосування процедури закупівлі відкриті торги, передбачено подання учасником пропозиції в одній валюті, учасник процедури закупівлі - нерезидент визначає ціну тендерної пропозиції у тій валюті, яка передбачена у тендерній документації замовником.

У разі якщо замовником визначено, що валютою тендерної пропозиції є національна валюта України - гривня, учасник процедури закупівлі-нерезидент, цінова пропозиція якого визначена в іноземній валюті, визначає ціну своєї тендерної пропозиції у національній валюті України згідно вимог, встановлених замовником у тендерній документації.

Крім того, відповідно до абзацу першого пункту 18 Особливостей умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі, у тому числі за результатами електронного аукціону, крім випадків визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті.

Тому, якщо потенційним переможцем процедури закупівлі може бути визначено нерезидента, замовнику рекомендується передбачити у проекті договору про закупівлю вимоги щодо визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті.

3. Щодо встановлення замовником у тендерній документації способу подання тендерних пропозицій учасниками - нерезидентами: накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису

Відповідно до пункту 1 частини 2 статті 22 Закону тендерна документація повинна містити інструкцію з підготовки тендерних пропозицій, зокрема, спосіб подання тендерної пропозиції учасником.

Згідно з частиною третьою статті 12 Закону під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій та їх оцінки документи та дані створюються та подаються з урахуванням вимог законів України “Про електронні документи та електронний документообіг”, “Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги” та іншого чинного законодавства.

Разом з тим, відповідно до частини 5 статті 22 Закону замовникам забороняється вимагати від учасників засвідчувати документи (матеріали та інформацію), що подаються у складі тендерної пропозиції, печаткою та підписом уповноваженої особи, якщо такі документи (матеріали та інформація) надані у формі електронного документа через електронну систему закупівель із накладанням електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису, відповідно до вимог Закону України “Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги”.

Згідно з абзацом першим частини сьомої статті 17 Закону України “Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги” юридична сила та допустимість електронного підпису чи печатки як доказу не можуть бути заперечені виключно на тій підставі, що вони мають електронну форму або не відповідають вимогам до кваліфікованих електронних підписів чи печаток.

Відповідно до пункту 28 частини першої статті 1 Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг” кваліфікований надавач електронних довірчих послуг - юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності, фізична особа - підприємець, яка надає одну або більше кваліфікованих електронних довірчих послуг та відомості про яку внесені до Довірчого списку.

Статусу кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг юридичні особи, фізичні особи - підприємці набувають з дня внесення відомостей про них до Довірчого списку за рішенням центрального засвідчувального органу або засвідчувального центру (у разі надання електронних довірчих послуг банками, іншими особами, що здійснюють діяльність на ринках фінансових послуг, державне регулювання та нагляд за діяльністю яких здійснює Національний банк України, операторами платіжних систем та / або учасниками платіжних систем, технологічними операторами платіжних послуг). Для отримання адміністративних послуг внесення відомостей про юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців, які мають намір надавати кваліфіковані електронні довірчі послуги, до Довірчого списку, внесення змін до Довірчого списку заявник подає документи в паперовій або електронній формі до центрального засвідчувального органу або засвідчувального центру. Порядок подання документів до засвідчувального центру визначається Національним банком України (частина перша статті 30 Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг”).

Електронні довірчі послуги, що надаються відповідно до вимог нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері електронних довірчих послуг в іноземних державах, визнаються в Україні електронними довірчими послугами

того самого виду, за умови що кваліфікований надавач електронних довірчих послуг іноземної держави відповідає вимогам Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг”, що підтверджується центральним засвідчувальним органом (або засвідчувальним центром - у разі надання електронних довірчих послуг у банківській системі України та на ринках небанківських фінансових послуг, державне регулювання та нагляд за діяльністю на яких здійснює Національний банк України, а також при наданні платіжних послуг).

Електронні довірчі послуги не можуть визнаватися недійсними лише через те, що вони надані відповідно до вимог нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері електронних довірчих послуг в іноземних державах. Порядок визнання іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав, встановлюється Кабінетом Міністрів України (стаття 38 Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг”).

Згідно з підпунктом 1 пункту 6-1 розділу VII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг” тимчасово, до взаємного визнання між Україною та Європейським Союзом електронних довірчих послуг, як виняток з положень частини першої статті 38 цього Закону, визнати в Україні результати надання кваліфікованих електронних довірчих послуг, що надаються кваліфікованими надавачами електронних довірчих послуг, відомості про яких та про кваліфіковані електронні довірчі послуги, які вони надають, внесені до Довірчого списку держави - члена Європейського Союзу або держави - члена Європейської асоціації вільної торгівлі.

Набуття статусу кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг юридичними особами та фізичними особами - підприємцями, які є нерезидентами, здійснюється за їх заявою та на підставі документів, поданих у паперовій або електронній формі в порядку та строки, визначені статтею 30 Закону України “Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги”.

Кваліфіковані сертифікати відкритих ключів Європейського Союзу, кваліфіковані електронні підписи Європейського Союзу визнаються в Україні відповідно до пункту 6-1 розділу VII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги”.

Взаємне визнання українських та іноземних сертифікатів відкритих ключів та електронних підписів, що використовуються для надання юридично значущих електронних послуг, забезпечується Міністерством цифрової трансформації (далі - Мінцифри) як центральним засвідчувальним органом шляхом забезпечення укладення відповідних міжнародних договорів України. Технічне забезпечення

реалізації міжнародного договору України від України здійснює адміністратор інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу (пункти 4 – 6 та 10 Порядку визнання іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14.11.2023 № 1198).

Пунктом 3 постанови Кабінету Міністрів України від 14.11.2023 № 1198 “Деякі питання визнання іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав” встановлено, що адміністратором інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу є державне підприємство “ДІА”, що належить до сфери управління Мінцифри.

Технічне забезпечення реалізації міжнародного договору України від України здійснює адміністратор інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу згідно пункту 9 Порядку визнання іноземних сертифікатів відкритих ключів, електронних підписів, а також використання інформаційно-комунікаційної системи центрального засвідчувального органу для забезпечення визнання в Україні електронних довірчих послуг, іноземних сертифікатів відкритих ключів, що використовуються під час надання юридично значущих електронних послуг у процесі взаємодії між суб'єктами різних держав, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14.11.2023 № 1198.

Мінекономіки листом від 16.05.2024 № 3322-07/36230-03 звернулося до Мінцифри, як головного органу в системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики: у сферах цифровізації, цифрового розвитку, цифрової економіки, цифрових інновацій та технологій, про надання інформації.

Відповідно до листа Мінцифри від 27.05.2024 № 1/06-5-8309 юридичні особи та фізичні особи - підприємці, які є нерезидентами, статусу кваліфікованих надавачів електронних довірчих послуг не набували та відповідні заяви, на час написання листа, до центрального засвідчувального органу не подавались. Станом на час написання листа, Україною не укладено двосторонніх або багатосторонніх міжнародних договорів щодо взаємного визнання електронних довірчих послуг.

Результати надання кваліфікованих електронних довірчих послуг, надані кваліфікованими надавачами електронних довірчих послуг, внесеними до Довірчого списку держави - члена Європейського Союзу або держави - члена

Європейської асоціації вільної торгівлі, визнаються в Україні (<https://eidas.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/home>).

Перевірка кваліфікованих електронних підписів та удосконалених електронних підписів, що базуються на кваліфікованих сертифікатах електронних підписів, виданих кваліфікованими надавачами електронних довірчих послуг, внесеними до Довірчого списку держави - члена Європейського Союзу або держави - члена Європейської асоціації вільної торгівлі, можлива за посиланням: <https://czo.gov.ua/verify>.

Однак, наразі, до укладення відповідних міжнародних договорів щодо взаємного визнання українських та іноземних сертифікатів відкритих ключів та електронних підписів, що використовуються для надання юридично значущих електронних послуг, під час використання електронної системи закупівель, в учасників - нерезидентів відсутня можливість підписання тендерної пропозиції електронним підписом, виданим відповідно до нормативно-правових актів держави резидентства такого учасника.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису, учасниками - нерезидентами.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису учасниками - нерезидентами, наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-07-26-001244-а замовником АТ “Укртрансфаста” встановлено: *“Учасник-нерезидент у разі неможливості накласти електронний підпис (або кваліфікований електронний підпис) на свою тендерну пропозицію згідно із законодавством – надає у складі тендерної пропозиції відповідний лист- пояснення”*;

2) у закупівлі за номером UA-2023-10-18-006099-а замовником ДП “Східний гірничо-збагачувальний комбінат” встановлено: *“Учасники-Нерезиденти мають право не підписувати свою пропозицію КЕП/УЕП у разі відсутності в учасників-нерезидентів можливості отримання кваліфікованої електронної довірчої послуги зі створення, перевірки та підтвердження кваліфікованого електронного підпису, в порядку, визначеному чинним законодавством України. При цьому, такий Учасник-Нерезидент надає лист-роз’яснення в довільній формі про відсутність можливості підписання своєї пропозиції КЕП/УЕП”*;

3) у закупівлі за номером UA-2023-06-23-012614-а замовником ФІЛІА “ПАСАЖИРСЬКА КОМПАНІЯ” АТ “УКРАЇНСЬКА ЗАЛІЗНИЦЯ” встановлено: *“Належним поданням пропозиції нерезидентами України буде прийматися пропозиція без накладання КЕП або УЕП”*.

Враховуючи, що учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах, замовнику не рекомендується вимагати накладення учасником - нерезидентом під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису.

Разом з тим, електронна система закупівель забезпечує можливість подання тендерної пропозиції всім особам на рівних умовах.

Тому, учасники - нерезиденти наразі можуть подавати свою тендерну пропозицію в електронній системі закупівель без накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису.

Відповідно до наказу Мінекономрозвитку від 11.06.2020 № 1082 “Про затвердження Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі”, зареєстрованого в Мін’юсті 01.07.2020 № 610/34893 розміщення інформації в електронній системі закупівель здійснюється учасником шляхом заповнення електронних полів, визначених адміністратором і реалізованих в електронній системі закупівель, та завантаження відповідних документів через автоматизоване робоче місце учасника.

Учасник для отримання доступу до автоматизованого робочого місця безоплатно проходить реєстрацію на авторизованому електронному майданчику шляхом здійснення одного із способів ідентифікації відповідно до порядку, встановленого Кабінетом Міністрів України. Якщо під час реєстрації учасник вказав не ЄДРПОУ, а реєстраційний номер відповідно до умов країни його реєстрації, то такий учасник класифікується як учасник-нерезидент та може подати тендерну пропозицію без накладення електронного підпису.

4. Щодо встановлення замовником у тендерній документації інформації про кваліфікаційні критерії відповідно до статті 16 Закону

Згідно з статтею 16 Закону замовник вимагає від учасників процедури закупівлі подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям, а саме наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів), наявність в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій, наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо підтвердження учасником - нерезидентом відповідності встановленим кваліфікаційним критеріям.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо підтвердження учасником - нерезидентом відповідності встановленим кваліфікаційним критеріям, наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-06-23-012614-а замовником ФІЛІЯ “ПАСАЖИРСЬКА КОМПАНІЯ” АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА “УКРАЇНСЬКА ЗАЛІЗНИЦЯ” встановлено: *“Нерезиденти України надають **аналогічне документальне підтвердження** відповідно до законодавства країни такого учасника”*;

2) у закупівлі за номером UA-2023-11-17-011240-а замовником Державне авіаційне підприємство “Україна” встановлено: *“Учасники-нерезиденти для виконання вимог щодо подання документів, передбачених тендерною документацією, подають у складі своєї пропозиції, документи, **передбачені законодавством країн, де вони зареєстровані**”*;

3) у закупівлі за номером UA-2023-12-11-019731-а замовником ДП “Медичні закупівлі України” встановлено: *“Учасники-нерезиденти подають інформацію (документи) відповідно до законодавства держав, де вони зареєстровані. У разі, якщо учасник-нерезидент відповідно до норм законодавства держави реєстрації **не зобов’язаний складати певний документ, передбачений умовами тендерної документації, такий учасник надає офіційний документ** (лист, витяг, тощо) від уповноваженого органу **та лист-роз’яснення в довільній формі** за підписом представника учасника та завірений печаткою (у разі наявності), в якому зазначає **законодавчі підстави та / або причини ненадання документів**”*.

Враховуючи викладене, замовнику рекомендується формувати вимоги тендерної документації щодо надання документально підтвердженої інформації про відповідність кваліфікаційним критеріям з урахуванням того, що потенційним учасником процедури закупівлі може бути нерезидент, зокрема, передбачати в умовах тендерної документації можливість надання учасником - нерезидентом документів країни його реєстрації або документів-аналогів, а у разі відсутності можливості надання таких документів вимагати надання листа роз’яснення з відповідним обґрунтуванням.

5. Щодо встановлення замовником в тендерній документації інформації про відсутність підстав, визначених пунктом 47 Особливостей

Відповідно до пункту 47 Особливостей замовник приймає рішення про відмову учаснику процедури закупівлі в участі у відкритих торгах та зобов’язаний відхилити тендерну пропозицію учасника процедури закупівлі. Враховуючи принцип недискримінації учасників та рівного ставлення до них, підстави для відмови, передбачені пунктом 47 Особливостей застосовуються як для учасників-резидентів так і до нерезидентів.

Учасник підтверджує відсутність підстав, зазначених в пункті 47 Особливостей (крім підпунктів 1 і 7 пункту 47 Особливостей), шляхом самостійного декларування відсутності таких підстав в електронній системі закупівель під час подання тендерної пропозиції.

При цьому замовник самостійно за результатами розгляду тендерної пропозиції учасника підтверджує в електронній системі закупівель відсутність в учасника підстав, визначених підпунктами 1 і 7 цього пункту 47 Особливостей.

Самостійне декларування реалізоване шляхом проставлення учасником відповідної відмітки на майданчику учасника.

Переможець процедури закупівлі повинен надати замовнику шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель у строк, що не перевищує 4 (чотири) дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо підтвердження переможцем-нерезидентом відсутності підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо підтвердження переможцем-нерезидентом відсутності підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей, наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-12-11-021299-а замовником ДП “Медичні закупівлі України” встановлено: *“Переможці процедури закупівлі-нерезиденти надають документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці чотирнадцятому пункту 47 Особливостей, за формами, що передбачені законодавством держав, де вони зареєстровані”*;

2) у закупівлі за номером UA-2023-11-17-011240-а замовником Державне авіаційне підприємство “Україна” на підтвердження відсутності підстав, передбачених підпунктом 3 пункту 47 Особливостей встановлено: *“Для Переможців-нерезидентів, довідка, видана відповідним органом, який має такі повноваження, згідно з якою не буде знайдено інформації про корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення службової (посадової) особи Учасника / фізичної особи, яка є Учасником процедури закупівлі. Документ може бути сформовано з Інтернет-ресурсу (якщо це передбачено законодавством країни Учасника-нерезидента)”*;

3) у закупівлі за номером UA-2023-11-17-011240-а замовником Державне авіаційне підприємство “Україна” на підтвердження відсутності підстав, передбачених підпунктами 5, 6, 12 пункту 47 Особливостей встановлено: *“Для Переможців-нерезидентів, довідка, видана відповідним органом, який має такі повноваження, згідно з якою не буде знайдено інформації про притягнення службової (посадової) особи Учасника/ фізичної особи до кримінальної*

відповідальності та наявності судимості. Документ може бути сформовано з Інтернет-ресурсу (якщо це передбачено законодавством країни Учасника-нерезидента). У разі, якщо уповноважена особа переможця-нерезидента є резидентом України, довідка на таку особу може бути видана відповідним органом (МВС) України”.

Враховуючи викладене, переможці процедури закупівлі-нерезиденти можуть надавати документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей, які передбачені законодавством держав, де вони зареєстровані.

У разі, якщо відповідно до норм законодавства держави реєстрації переможця процедури закупівлі-нерезидента видача вказаних документів не передбачена - то такий переможець процедури закупівлі може надати лист-роз'яснення в довільній формі за підписом уповноваженої особи переможця та завірений печаткою (в разі наявності), в якому мають бути вказані обґрунтовані підстави ненадання таких документів.

Якщо керівник переможця процедури закупівлі є громадянином України, в такому випадку можливо вимагати надання відповідної підтверджуючої інформації, що міститься в національних реєстрах України.

6. Щодо умов надання нерезидентом забезпечення тендерних пропозицій, якщо замовник вимагає його надати

Відповідно до пункту 10 частини 1 статті 1 Закону забезпечення тендерної пропозиції - надання забезпечення виконання зобов'язань учасником перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як гарантія.

Відповідно до пункту 15 частини 2 статті 22 Закону замовник в тендерній документації зазначає, зокрема, розмір та умови надання забезпечення тендерних пропозицій у випадку встановлення замовником такої вимоги.

Згідно зі статтею 25 Закону у разі якщо замовник вимагає надання забезпечення тендерної пропозиції, у тендерній документації повинні бути зазначені умови його надання, зокрема, розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення тендерної пропозиції не повертається учаснику. У такому разі учасник під час подання тендерної пропозиції одночасно надає забезпечення тендерної пропозиції.

Наказом Мінекономрозвитку від 14.12.2020 № 2628 затверджено форму і вимоги до забезпечення тендерної пропозиції, зокрема, обов'язкові вимоги до гарантії, яка надається як забезпечення тендерної пропозиції, передбаченої пунктом 10 частини першої статті 1 Закону, банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями.

Пунктом 16 постанови Національного банку України від 15.12.2004 № 639 “Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за

гарантіями в національній та іноземних валютах” (далі - Постанова № 639) передбачено, що учасники операцій за гарантіями під час забезпечення виконання зобов’язань у національній та іноземних валютах мають право використовувати всі гарантії / контргарантії, що підпорядковуються уніфікованим правилам для гарантій або іншим міжнародним документам, що регулюють питання здійснення операцій за гарантіями / контргарантіями, з урахуванням міжнародної стандартної банківської практики та особливостей, визначених цим положенням, і що не суперечать законодавству України.

Уніфікованих правил для гарантій за вимогою Міжнародної торговельної палати (в редакції 2010 року, публікація № 758) дотримуються іноземні країни, що мають комітети Міжнародної торговельної палати. Уніфіковані правила для гарантій на вимогу застосовуються до будь-якої гарантії на вимогу або контргарантії, у якій прямо вказується, що вона їм підпорядкована. Вони є обов’язковими для всіх сторін по гарантії на вимогу або контргарантії, за винятком тих випадків і тією мірою, у якій вони змінені або виключені гарантією на вимогу або контргарантом.

Національним банком України (далі - НБУ) листом від 18.12.2017 № 57-0007/84845 було повідомлено, що надання гарантій за тендерними пропозиціями учасникам публічних закупівель, які є нерезидентами, у більшості випадків здійснюватимуть саме банки-нерезиденти (лише сплата коштів може бути здійснена банком-резидентом у разі наявності контргарантії). НБУ не встановлює вимог до порядку роботи банків-нерезидентів, у тому числі і за операціями за гарантіями.

Водночас Постанова № 639 встановлює вимоги саме до банків-резидентів щодо здійснення ними операцій за наданими та отриманими гарантіями.

Разом з цим, відповідно до Закону замовник має право зазначити в тендерній документації, вимоги щодо надання забезпечення тендерної пропозиції, тобто до гарантії. Отже, замовник разом з тендерною документацією має право вимагати, які саме умови мають бути зазначені в гарантії, а в разі невиконання таких (-ої) вимог (-и) - відмовитися приймати таку гарантію, зокрема, передбачати в умовах тендерної документації, що учасники - нерезиденти надають гарантію, що видана відповідно до законодавства країни їх реєстрації.

Крім того, замовник може в тендерній документації встановити вимогу про авізування банківської гарантії банком України.

Відповідно до підпункту 1 пункту 3 розділу I Постанови № 639 авізуючий банк - це банк, який авізує гарантію та надає письмове повідомлення щодо наданої гарантії бенефіціару або банку-гаранту, або іншому банку.

Відповідно до підпунктів 54-55 розділу IX Постанови № 639 авізуючий банк (резидент), отримавши від іншого банку гарантію, перевіряє достовірність цієї гарантії (перевіряє ключі, підписи, формат SWIFT). У разі потреби авізуючий банк (резидент), надсилає запит до банку від якого надійшла гарантія, для уточнення достовірності цієї гарантії або уточнення умов та інших інструкцій, що містяться в гарантії.

Також замовник може передбачити надання учасником-нерезидентом контргарантії, виданої українським банком. Банк-контргарант - це банк, який надає контргарантію на користь банку-гаранта або на користь іншого банку-контргаранта. Контргарантія - гарантія, яку надає банк-контргарант на користь банку-гаранта або іншого банку-контргаранта.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо надання учасником-нерезидентом забезпечення тендерної пропозиції, зокрема щодо:

- виду забезпечення тендерної пропозиції;
- авізування банківської гарантії;
- контргарантії.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо надання учасником-нерезидентом забезпечення тендерної пропозиції, наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-12-06-006949-а замовником АТ “УКРГАЗВИДОБУВАННЯ” встановлено: *“Оформлення забезпечення тендерних пропозицій відбувається на підставі вимог Наказу Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 14.12.2020 р. №2628 “Про затвердження форми і Вимог до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції” (для надання гарантій виданих банками-резидентами) з урахуванням Особливостей. Гарантії видані банками-нерезидентами оформлюються у відповідності до Уніфікованих правил для гарантій за вимогою Міжнародної торговельної палати у редакції 2010 року, публікація №758”;*

2) у закупівлі за номером UA-2023-08-09-004745-а замовником Служба відновлення та розвитку інфраструктури у Харківській області встановлено: *“Гарантія надана банком-резидентом України має бути оформлена відповідно до вимог Цивільного кодексу України, Закону України “Про публічні закупівлі”, постанови Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639 “Про затвердження положення про порядок здійснення банками операцій за Гарантіями в національній та іноземних валютах” (із змінами) та Наказу Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства від 14.12.2020 року № 2628 “Про затвердження форми і вимог до забезпечення тендерної пропозиції/ пропозиції”. Гарантія надана банком-нерезидентом та долучена Учасником до своєї тендерної пропозиції, має бути оформлена відповідно до уніфікованих правил, які регулюють використання відповідного інструмента та офіційно видані Міжнародною Торгівельною Палатою (Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication 758 — URDG758 або International Standby Practices, ICC Publication 590 — ISP98). Гарантія, надана банком-нерезидентом, повинна бути авізована через авізуючий банк, що є резидентом України. Учасник у складі тендерної пропозиції подає документ, що підтверджує авізування банківської гарантії, наданої банком-нерезидентом, проведене авізуючим банком-резидентом в електронній формі, з обов’язковим накладанням*

ЕЦП авізуючого банку. Датою початку строку дії Гарантії зазначається дата видачі Гарантії або дата набрання нею чинності”.

Разом з тим, Мінекономіки листом від 17.05.2024 № 3322-07/36636-03 звернулося до НБУ щодо застосування в Україні Уніфікованих правил для гарантій за вимогою Міжнародної торговельної палати у редакції 2010 року, публікація № 758 та Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, розроблених Міжнародною торговельною палатою у редакції 2007 року, публікація № 600, щодо нормативно-правових актів, якими передбачено регулювання надання українським банком контргарантії банку - нерезиденту, а також авізування через авізуючий банк, що є резидентом України гарантії, виданої банком - нерезидентом.

Відповідно до листа НБУ від 13.06.2024 № 57-0008/45418 в Україні застосовуються правила:

- для гарантій - Уніфіковані правила для гарантій на вимогу (Uniform Rules for Demand Guarantees), публікація Міжнародної торгової палати ICC № 458 або ICC № 758 (URDG 458 або URDG 758);
- для документарних акредитивів - Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits), публікація Міжнародної торгової палати за № 600.

При цьому, відповідні Уніфіковані правила застосовуються лише у випадку, якщо посилання на такі документи міститься у тексті гарантії / контргарантії чи документарного акредитиву.

Загальний порядок, умови надання та отримання банками гарантій / контргарантій передбачені постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639 “Про затвердження положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах” (із змінами).

7. Щодо надання переможцем - нерезидентом забезпечення виконання договору про закупівлю

Відповідно до пункту 9 частини 1 статті 1 Закону забезпечення виконання договору про закупівлю - це надання забезпечення виконання зобов'язань учасником перед замовником за договором про закупівлю.

Згідно зі статтею 27 Закону замовник має право вимагати від переможця процедури закупівлі внесення ним не пізніше дати укладення договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачено тендерною документацією. Розмір забезпечення виконання договору про закупівлю не може перевищувати 5 відсотків вартості договору про закупівлю.

На відміну від визначення забезпечення тендерної пропозиції, Закон не містить виключних положень щодо виду забезпечення виконання договору про закупівлю.

У цьому випадку при визначенні у тендерній документації виду забезпечення виконання договору та умов щодо надання такого забезпечення, замовники можуть керуватися Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, а також спеціальним законодавством (у разі встановлення вимоги щодо надання забезпечення виконання договору про закупівлю у вигляді банківської гарантії - Положенням про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженим Постановою Правління НБУ від 15.12.2004 № 639).

Відповідно до частини 1 статті 546 Цивільного кодексу України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком, правом довірчої власності.

Найпоширенішим видом забезпечення виконання договору про закупівлю є банківська гарантія.

Оскільки отримання переможцем - нерезидентом за відсутності представництва на території України, гарантії, виданої банком - резидентом України, може штучно обмежувати коло потенційних учасників, замовникам не рекомендується обмежуватись у своїй тендерній документації умовами щодо можливості надання забезпечення виконання договору про закупівлю у вигляді банківської гарантії, виданої виключно банками - резидентами України.

Крім того, поширеним видом забезпечення виконання договору про закупівлю, що передбачається замовником у тендерній документації та застосовується у разі, якщо переможцем процедури закупівлі буде визначено учасника - нерезидента, є документарний (резервний або стендбай) акредитив.

Під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо надання забезпечення виконання договору переможцем-нерезидентом, зокрема щодо:

- виду забезпечення виконання договору;
- авізування банківської гарантії;
- контргарантії.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги щодо надання переможцем-нерезидентом забезпечення виконання договору, наприклад, у закупівлі за номером UA-2023-08-09-004745-а замовником Служба відновлення та розвитку інфраструктури у Харківській області встановлено: *“Переможець надає забезпечення виконання договору у вигляді оригіналу безумовної та безвідкличної банківської гарантії (далі – банківська гарантія) не пізніше дати укладання договору про закупівлю. Банківська гарантія оформляється:*

- банками-резидентами України - відповідно до вимог Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних

валютах, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639;

- **іноземними банками** – відповідно до Уніфікованих правил для гарантій за вимогою Міжнародної торговельної палати у редакції 2010 року, публікація № 758 (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, Publication No. 758)”.

Крім того, тендерна документація може містити відповідну форму банківської гарантії / документарного (резервного або стендбай) акредитиву, що надаються іноземними банками.

Разом з тим, згідно з листом НБУ від 13.06.2024 № 57-0008/45418 банки України здійснюють операції за акредитивами відповідно до вимог статей 1093-1098 Цивільного кодексу України, Положення про порядок здійснення банками операцій за акредитивами, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 03.12.2003 № 514 (у редакції постанови Правління Національного банку України від 11.04.2018 № 38) (далі – Положення № 514) та Уніфікованих правил та звичаї для документарних акредитивів (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits), публікація Міжнародної торгової палати за № 600 (далі – UCP 600).

Загальні правила щодо відкриття, авізування, супроводження, виконання та закриття резервних акредитивів, що здійснюють банки для будь-яких фізичних чи юридичних осіб, представництв юридичних осіб-нерезидентів під час їх розрахунків у національній та іноземній валюті або для забезпечення виконання їх зобов'язань за договорами, оформленими відповідно до вимог законодавства України або за документами, що мають силу договору та / або для власних потреб, встановлені вимогами розділу IV Положення № 514.

При цьому резервний акредитив за своєю суттю є формою забезпечення виконання зобов'язань.

Для відкриття резервного акредитива наказодавець акредитива подає до банку заяву про відкриття резервного акредитива, в якій обов'язково зазначається, у тому числі, посилання на діючі уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (далі - УПДА) або Міжнародну практику резервних акредитивів (ISP98, публікація ICC № 590), або інші міжнародні документи, розроблені Міжнародною торговою палатою, які є чинними на дату відкриття резервного акредитива та яким підпорядкований резервний акредитив.

Таким чином, якщо резервний акредитив відкривається на умовах:

- підпорядкування УПДА - при здійсненні таких операцій банки України та їх клієнти керуються вимогами Цивільного кодексу України (статті 1093 – 1098); UCP 600 та Положення № 514;

- підпорядкування Міжнародній практиці резервних акредитивів (ISP98) - при здійсненні таких операцій банки України та їх клієнти керуються вимогами Цивільного кодексу України (статті 560 – 569); Міжнародної практики резервних акредитивів; Уніфікованих правил для гарантій на вимогу (Uniform Rules for

Demand Guarantees), публікація Міжнародної торгової палати ICC № 458 або ICC № 758; Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затверджене постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639 (у редакції постанови Правління Національного банку України від 25.01.2018 № 5).

Враховуючи викладене, замовником можуть зазначатися в тендерній документації такі вимоги щодо надання забезпечення виконання договору переможцем-нерезидентом, а саме:

1) переможець - нерезидент надає забезпечення виконання договору у вигляді документарного (резервного або стендбай) акредитиву, що відповідає Уніфікованим правилам та звичаям для документарних акредитивів, розробленим Міжнародною торговельною палатою у редакції 2007 року, публікація № 600;

2) переможець - нерезидент надає забезпечення виконання договору у вигляді банківської гарантії, що відповідає Уніфікованим правилам для гарантії на вимогу (Uniform Rules for Demand Guarantees), публікація Міжнародної торгової палати ICC № 458 або ICC № 758 (URDG 458 або URDG 758);

3) банківська гарантія, видана переможцю - нерезиденту іноземним банком, повинна бути авізована банком - резидентом України із завантаженням відповідного підтвердження такого авізування разом з іншими документами переможця процедури закупівлі в електронну систему закупівель;

4) вимога, щодо необхідності отримання переможцем - нерезидентом контргарантії, наданої банком - резидентом України із завантаженням відповідного підтвердження такого авізування разом з іншими документами переможця процедури закупівлі в електронну систему закупівель.

8. Щодо надання переможцем - нерезидентом відповідної інформації про право підписання договору про закупівлю

Відповідно до пункту 17 Особливостей переможець процедури закупівлі під час укладення договору про закупівлю повинен надати відповідну інформацію про право підписання договору про закупівлю.

Правові основи господарської діяльності суб'єктів господарювання (резидентів) різних форм власності регулюються Господарським кодексом України. Відносини, що виникають у сфері державної реєстрації юридичних осіб, громадських формувань, що не мають статусу юридичної особи, фізичних осіб - підприємців та відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави (резидентів) регулюються Законом України "Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань".

Тому переможець процедури закупівлі, який є резидентом, може підтверджувати право підписання договору про закупівлю такими документами,

як, наприклад, виписка з протоколу зборів засновників або протокол зборів засновників та / або наказ (витяг з наказу) про призначення, установчі, статутні документи, витяг з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань тощо.

Водночас під час підготовки Огляду було проаналізовано в електронній системі закупівель тендерні документації замовників, що містять вимоги щодо надання відповідної інформації про право підписання договору про закупівлю переможцем - нерезидентом.

Так, замовниками встановлюються такі вимоги, наприклад:

1) у закупівлі за номером UA-2023-03-20-011413-а замовником Філія “Центр забезпечення виробництва” АТ “Укрзалізниця” встановлено: *“Документи учасника, що підтверджують правомочність на укладення договору про закупівлю, а саме - копія чинної редакції Статуту (зі всіма зареєстрованими змінами та доповненнями у разі наявності таких), посвідчена підписом, печаткою учасника (або нотаріально посвідчена копія). В разі реєстрації Статуту або внесення змін до Статуту (нова редакція) з 01.01.2016 відповідно до Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань” учасник зобов’язаний надати на підтвердження реєстрації Статуту або реєстрації змін до Статуту (нова редакція) наступні документи:*

- лист учасника довільної форми, де обов’язково зазначається код доступу, за яким можливо здійснити пошук установчих документів юридичної особи (Статуту або останніх змін до Статуту у новій редакції) або надати Замовнику копію документу “Опис документів, що надаються юридичною особою державному реєстратору для проведення реєстраційної дії “Державна реєстрація змін до установчих документів юридичної особи” із зазначенням відповідного коду доступу.

Для учасника-нерезидента:

- копія статутних документів;
- документи, що підтверджують повноваження вчинення правочину;
- оригінал або копія документу про реєстрацію юридичної особи відповідно до вимог законодавства держави, де зареєстрований учасник. Документ має містити відомості про бенефіціарів юридичної особи із зазначенням їхньої частки;

- структура учасника відповідно до статутних документів”;

2) у закупівлі за номером UA-2023-12-06-006949-а замовником АТ “УКРГАЗВИДОБУВАННЯ” встановлено: **“Для учасника, що не є резидентом України - відповідну інформацію про право підписання договору про закупівлю (повноваження щодо наявності права підписання договору про закупівлю підтверджується статутом або іншим установчим актом, випискою з протоколу засновників, наказом про призначення або довіреністю або дорученням**

або іншим документом, що підтверджує повноваження посадової особи учасника на підписання договору про закупівлю), а також довідку в довільній формі про те, що до моменту укладення правочину виконано усі корпоративні процедури передбачені законодавством країни реєстрації Переможця та його внутрішніми нормативними актами, необхідні для надання особі повноважень на підписання правочину, із зазначенням які саме корпоративні процедури були виконані та посиланням на нормативні акти законодавства країни реєстрації Переможця та його внутрішні нормативні акти”.

Отже, замовником можуть зазначатися в тендерній документації такі вимоги щодо права підписання договору про закупівлю переможцем-нерезидентом, а саме:

1) переможець - нерезидент для виконання вимог щодо підтвердження права підписання договору про закупівлю подає у складі своєї пропозиції, документи, передбачені законодавством країни його реєстрації, зокрема, витяги / виписки з торгових / банківських реєстрів, установчі документи, документ, сформований органом влади іноземної держави про реєстрацію юридичної особи, довіреність тощо.

2) у разі відсутності документа, вказаного у тендерній документації, яким переможець - нерезидент повинен підтвердити право підписання договору про закупівлю, ним надається відповідний лист-роз'яснення щодо відсутності вищезазначеного документу.

Враховуючи викладене, замовнику рекомендується формувати вимоги тендерної документації щодо надання підтвердження права підписання договору з урахуванням того, що потенційним переможцем процедури закупівлі може бути визначено учасника - нерезидента та передбачати в умовах тендерної документації можливість надання переможцем процедури закупівлі - нерезидентом установчих, реєстраційних та інших документів, які підтверджують повноваження особи щодо підписання договору про закупівлю за формою та змістом, передбаченими національним законодавством країни реєстрації чи доміцилем такого переможця.

Розділ II.

Практика застосування законодавства про публічні закупівлі органами контролю та судом

Відповідно до частини четвертої статті 7 Закону контроль у сфері публічних закупівель у межах своїх повноважень, визначених Конституцією та законами України, здійснюють, зокрема, Антимонопольний комітет України та центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю.

Згідно з частиною 1 статтею 18 Закону Антимонопольний комітет України як орган оскарження з метою неупередженого та ефективного захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі, утворює Комісію (комісії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та здійснює інші повноваження, визначені цим Законом та Законом України “Про Антимонопольний комітет України”. Рішення Комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель ухвалюються від імені Антимонопольного комітету України.

Повноваження, порядок утворення та функціонування Комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель встановлюються відповідно до Закону та Закону України “Про Антимонопольний комітет України”.

Крім того, відповідно до частини 23, 24 статті 18 Закону рішення органу оскарження може бути оскаржене суб'єктом оскарження, замовником до окружного адміністративного суду, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ, протягом 30 днів з дня його оприлюднення в електронній системі закупівель. Право на оскарження не обмежує права суб'єкта оскарження на звернення до суду без попереднього звернення до органу оскарження.

Порядок здійснення моніторингу процедур публічних закупівель визначено статтею 8 Закону.

Моніторинг процедури закупівлі здійснюють центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю (далі - орган державного фінансового контролю), та його міжрегіональні територіальні органи.

Відповідно до Положення про Державну аудиторську службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 03.02.2016 № 43 (зі змінами) (далі – Положення), Державна аудиторська служба України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів та який реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю.

Пунктом 4 Положення встановлено, що Державна аудиторська служба України відповідно до покладених на неї завдань здійснює контроль за

дотриманням законодавства про закупівлі, реалізує державний фінансовий контроль через здійснення державного фінансового аудиту, перевірки закупівель, інспектування (ревізії), моніторингу закупівель.

За результатами моніторингу процедури закупівлі посадова особа органу державного фінансового контролю складає та підписує висновок про результати моніторингу процедури закупівлі (далі - висновок), що затверджується керівником органу державного фінансового контролю або його заступником. Такий висновок підлягає оприлюдненню в електронній системі закупівель протягом трьох робочих днів з дня його складання.

У разі незгоди замовника з інформацією, викладеною у висновку, він має право оскаржити висновок до суду протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення, про що зазначається в електронній системі закупівель протягом наступного робочого дня з дня оскарження висновку до суду. Замовник зазначає в електронній системі закупівель про відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації про відкриття такого провадження та номер такого провадження.

Крім того, статтею 55 Конституції України визначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Судові справи, що стосуються різних аспектів публічних закупівель, розглядаються в залежності від предмета і сторін позову переважно у господарських або адміністративних судах.

До юрисдикції господарських судів належать справи (позови) щодо оскарження результатів процедур закупівель після укладення договору про закупівлю та щодо власне договору про закупівлю, які ініційовані замовником або учасником / виконавцем у розумінні Закону та / або фізичною особою-підприємцем (учасник / виконавець у розумінні Закону).

В адміністративних судах розглядаються справи щодо оскарження рішень Антимонопольного комітету України як органу оскарження публічних закупівель та щодо висновків і результатів контрольних заходів Державної аудиторської служби України як органу моніторингу і контролю у сфері публічних закупівель.

Тому, для забезпечення принципів здійснення публічних закупівель, з метою уникнення порушень законодавства про публічні закупівлі, а також ефективного проведення закупівлі від етапу планування до етапу звітування про виконаний договір, замовникам рекомендується дотримуватись наявної практики щодо розгляду скарг - Антимонопольним комітетом України (далі - АМКУ / Орган оскарження), наявної практики щодо висновків про результати моніторингу процедур закупівель Державної аудиторської служби України (далі - Держаудитслужба), а також практики розгляду спорів щодо публічних закупівель судом.

З огляду на викладене, наводимо приклади щодо рішень вищевказаних органів.

Щодо вимоги про накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису учасниками - нерезидентами

У закупівлі за номером UA-2024-04-23-005115-а (скарга № UA-2024-04-23-005115-а.а1) скаржником було оскаржено наступну вимогу тендерної документації: *“документи тендерної пропозиції можуть бути завантажені у формі електронних документів з накладенням кваліфікованого електронного підпису (КЕП) або удосконаленого електронного підпису (УЕП) особи уповноваженої на підписання тендерної пропозиції (окрім учасників-нерезидентів)”*. Скаржник у своїй скарзі зазначає, що замовник безпідставно включив до тендерної документації умову, що вимога щодо накладення кваліфікованого електронного підпису або удосконаленого електронного підпису не поширюється на учасників-нерезидентів. Встановлення у тендерній документації зазначеного виключення призводить до дискримінації учасників, які є резидентами України, що є порушенням вимог частини 2 статті 5 Закону.

Однак, Орган оскарження у своєму рішенні від 08.05.2024 № 8209-р/пк-пз зазначив, що відповідно до частини другої статті 5 Закону учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах. Скаржник є резидентом України. Враховуючи викладене, скаржник не довів та документально не підтвердив, яким чином вимога тендерної документації в частині, що документи тендерної пропозиції можуть бути завантажені у формі електронних документів з накладенням кваліфікованого електронного підпису (КЕП) або удосконаленим електронним підписом (УЕП) особи уповноваженої на підписання тендерної пропозиції (окрім учасників-нерезидентів) порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Отже, у вказаній процедурі закупівлі замовник визначив особливі умови в тендерній документації щодо накладення електронного підпису у випадку, якщо учасником процедури закупівлі буде нерезидент. Орган оскарження у цьому випадку не визначив таку умову тендерної документації дискримінаційною.

Аналогічна практика Органу оскарження щодо можливості використання учасником-нерезидентом КЕП / УЕП на території України, накладати КЕП / УЕП на свою тендерну пропозицію або окремі документи тендерної пропозиції міститься у рішенні від 09.01.2023 № 281-р/пк-пз, скарга № UA-2022-12-08-011797-а.б3 у процедурі закупівлі за номером UA-2022-12-08-011797-а та у рішенні від 18.04.2024 № 4988-р/пк-пз, скарга № UA-2023-02-16-001141-а.а1 у процедурі закупівлі за номером UA-2023-02-16-001141-а.

Разом з тим, у процедурі закупівлі за номером UA-2022-08-01-007848-а переможцем закупівлі було визначено учасника-нерезидента. Однак, тендерна документація не містила окремих вимог щодо можливості ненакладення

кваліфікованого електронного підпису (КЕП) або удосконаленого електронного підпису (УЕП) учасником-нерезидентом у разі подання ним своєї пропозиції.

У вказаній процедурі закупівлі на підставі виявлених органом державного фінансового контролю ознак порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель в інформації, оприлюдненій в електронній системі закупівель, було проведено моніторинг за номером UA-M-2022-10-24-000003.

За результатами проведеного моніторингу встановлено, що тендерною документацією передбачено, що учасник повинен підписати свою пропозицію в цілому кваліфікованим електронним підписом (КЕП) або удосконаленим електронним підписом (УЕП) на кваліфікованому сертифікаті. Водночас учасник процедури закупівлі - нерезидент не підписав свою пропозицію в цілому кваліфікованим електронним підписом (КЕП) або удосконаленим електронним підписом (УЕП) на кваліфікованому сертифікаті, чим не дотримав вимоги тендерної документації замовника. Однак, на порушення вимог абзацу третього пункту 1 частини першої статті 31 Закону замовник не відхилив тендерну пропозицію учасника - нерезидента, як таку, що не відповідає встановленим абзацом першим частини третьої статті 22 Закону вимогам до учасників відповідно до законодавства та допустив її до оцінки, тому Держаудитслужбою, як органом державного фінансового контролю було прийнято рішення про наявність порушення законодавства та зобов'язано здійснити заходи щодо усунення виявленого порушення шляхом припинення зобов'язань за договором, в тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору.

Вказаний висновок було оскаржено в судовому порядку.

Відповідно до рішень першої та апеляційної інстанцій у справі № 160/19697/22 судами було констатовано, що замовник самостійно, встановивши вимогу підписання пропозицій в цілому кваліфікованим електронним підписом (КЕП) або удосконаленим електронним підписом (УЕП) на кваліфікованому сертифікаті, допустив порушення принципу недискримінації учасників та рівного ставлення до них, а тому висновок Держаудитслужби України є обґрунтованим. Проте, у вказаному випадку усунення замовником виявленого порушення шляхом припинення зобов'язання за договором, в тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору, призведе до необґрунтованих витрат бюджетних коштів, таке зобов'язання не є співмірним та пропорційним виявленому порушенню.

Ухвалою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 28.08.2023 відкрито касаційне провадження за касаційною скаргою Державної аудиторської служби України на рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 21.02.2023 та постанову Третього апеляційного адміністративного суду від 29.06.2023 у справі № 160/19697/22.

Отже, оскільки у вказаній процедурі закупівлі замовником під час підготовки вимог тендерної документації не була встановлена вимога, яка уможлиблювала

участь нерезидента у процедурі закупівлі без накладення електронного підпису, що базується на кваліфікованому сертифікаті електронного підпису, зазначене призвело до виявлення порушення вимог Закону в частині розгляду тендерних пропозицій.

Щодо вимоги про надання учасником-нерезидентом забезпечення тендерної пропозиції

У закупівлі за номером UA-2022-12-08-011797-а (скарга № UA-2022-12-08-011797-а.b3) скаржником було оскаржено рішення замовника про визначення переможцем процедури закупівлі учасника-нерезидента.

Скаржник зазначає, що банківська гарантія, яка міститься у складі пропозиції учасника-нерезидента та надана ним як забезпечення тендерної пропозиції, не відповідає умовам, що визначені замовником до такого забезпечення у тендерній документації.

Скаржник зауважує, що згідно з вимогами тендерної документації, забезпечення тендерної пропозиції, а саме банківська гарантія / стендбай акредитив, її форма та зміст повинні відповідати вимогам цивільного законодавства України та додатку до тендерної документації.

Скаржник зазначає, що згідно з частиною п'ятою статті 4 Цивільного кодексу України інші органи державної влади України, органи влади Автономної Республіки Крим можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом. Відповідно до вимог абзацу десятого пункту 11 частини першої статті 9 Закону основними функціями Уповноваженого органу є розроблення та затвердження форми і вимог до забезпечення тендерної пропозиції.

Скаржник вказує, що на виконання зазначеної норми Закону Мінекономрозвитку прийнято наказ від 14.12.2020 № 2628 “Про затвердження форми і вимог до забезпечення тендерної пропозиції/пропозиції” (далі - наказ Мінекономрозвитку). Відповідно до зазначеного наказу Мінекономрозвитку банківська гарантія повинна містити повне найменування принципала (яким є учасник процедури закупівлі). Проте, найменування принципала (учасника), що зазначено у його статуті, наданому у складі тендерної пропозиції, не відповідає повному найменуванню такого принципала (учасника), зазначеному в банківській гарантії. Тому, скаржник вважає, що замовник повинен був відхилити тендерну пропозицію такого учасника-нерезидента.

Орган оскарження у своєму рішенні від 09.01.2023 № № 281-р/пк-пз встановив, що відповідно до умов тендерної документації банківська гарантія / стендбай акредитив, її форма та зміст повинні відповідати вимогам цивільного законодавства України та додатку до тендерної документації. Однак, умовами тендерної документації не передбачено окремих вимог щодо необхідності надання

банківської гарантії саме у відповідності до наказу Мінекономрозвитку, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Аналогічна практика Органу оскарження щодо надання забезпечення тендерної пропозиції учасником-нерезидентом міститься у рішенні від 28.12.2023 № № 21131-р/пк-пз, скарга № UA-2023-11-16-010665-a.b5 у процедурі закупівлі за номером UA-2023-11-16-010665-a.

Отже, замовникам потрібно врахувати, що надання гарантії як забезпечення тендерної пропозиції учасникам публічних закупівель, які є нерезидентами, переважно здійснюватимуть саме банки-нерезиденти.

Водночас, якщо замовником встановлено, що учасники-нерезиденти надають банківську гарантію, як вид забезпечення тендерної пропозиції, видану відповідно до законодавства країни їх реєстрації, учасник - нерезидент може надати відповідну банківську гарантію, видану іноземним банком.

Щодо встановлення замовниками вимог про підтвердження учасниками - нерезидентами відповідності встановленим кваліфікаційним критеріям, зокрема, шляхом подання документів - аналогів

У закупівлі за номером UA-2023-05-17-015011-a (скарга № UA-2023-05-17-015011-a.b1) скаржник оскаржує вимоги тендерної документації, які, на його думку, містять вимоги, що суттєво обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Скаржник зазначає, що відповідно до вимог тендерної документації учасник - нерезидент повинен надати документи з урахуванням особливостей законодавства країни його походження, перекладені на українську мову відповідно до вимог законодавства України (далі – аналоги документів). Аналоги документів повинні містити примітку на заміну яких документів вони надані учасником-нерезидентом. У разі відсутності аналогів зазначених документів, учасник-нерезидент повинен надати довідку в довільній формі з поясненням щодо їх відсутності. У разі, якщо учасник або переможець не повинен складати або відповідно до норм чинного законодавства (в тому числі у разі подання тендерної пропозиції учасником - нерезидентом / переможцем-нерезидентом відповідно до норм законодавства країни реєстрації) не зобов'язаний складати якийсь зі вказаних в положеннях документації документ, накладати електронний підпис, то він надає лист-роз'яснення в довільній формі, у якому зазначає законодавчі підстави щодо ненадання відповідних документів або ненакладення електронного підпису, або надає копію(ї) роз'яснення(нь) державних органів щодо цього.

Скаржник зазначає, що відповідно до вимог тендерної документації учасники торгів - нерезиденти для виконання вимог щодо подання документів, передбачених додатками до тендерної документації, подають у складі своєї пропозиції, документи, передбачені законодавством країн, де вони зареєстровані, зокрема, документи, що підтверджують кваліфікаційний критерій “наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю”. Для

підтвердження відповідності даному кваліфікаційному критерію учасник має надати у складі своєї тендерної пропозиції скановану з оригіналу фінансову звітність за 2022 рік, а саме: баланс; звіт про фінансові результати; звіт про рух грошових коштів з підтвердженням (відміткою, квитанцією тощо) про прийняття відповідними органами, до яких він мав бути поданий. Учасник вважатиметься таким, що відповідає встановленому документацією кваліфікаційному критерію “наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю”, якщо, згідно з поданою учасником у складі своєї тендерної пропозиції фінансовою звітністю, як зазначено вище, учасником підтверджено відповідність усім перерахованим нижче вимогам, а саме: обсяг річного доходу (виручки) учасника за 2022 рік є не меншим, ніж 60% від суми очікуваної вартості цієї закупівлі.

Скаржник зауважує, що є нерезидентом, законодавством країни якого не передбачено ведення таких форм документів фінансової звітності та передбачені інші строки для її подання. Наразі останнім завершеним звітним періодом, за який подана фінансова звітність, є не 2022, а 2021 рік. За попередній 2022 рік скаржник буде подавати звітність тільки у липні 2023. Наразі звітність скаржника перебуває у вільному доступі.

Тому, на думку скаржника, він позбавлений можливості участі у закупівлі, оскільки не може надати у складі тендерної пропозиції фінансову звітність (баланс; звіт про фінансові результати; звіт про рух грошових коштів) за 2022 рік, навіть при умові надання аналогів зазначених вище документів, оскільки вони датовані 2021 роком, тому вважає, що його права можуть бути поновлені шляхом внесення змін до тендерної документації, а саме надання можливості подання учасниками-нерезидентами аналогів фінансової звітності за останній звітний період у країні реєстрації такого учасника.

Орган оскарження, у своєму рішенні від 31.05.2023 № 7742-р/пк-пз встановив, що тендерна документація передбачає можливість надання учасниками-нерезидентами документів з урахуванням особливостей законодавства його країни походження, а у випадку відсутності таких документів можливість надання довідки в довільній формі з поясненням щодо їх відсутності. Таким чином, на виконання вищенаведеної вимоги тендерної документації учасник може надати відповідну довідку. Враховуючи наведене, скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність внесення змін до тендерної документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливість виконання вказаної умови тендерної документації та не довів, яким чином наведена вище умова тендерної документації порушує права та законні інтереси скаржника пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Аналогічна практика Органу оскарження щодо надання документів - аналогів учасником-нерезидентом з урахуванням особливостей законодавства країни його походження на підтвердження вимог, встановлених замовником, а у випадку відсутності таких документів, можливість надання довідки в довільній формі з

поясненнями щодо їх відсутності міститься у рішенні від 06.06.2023 № 8186-р/пк-пз, скарга UA-2023-05-18-015128-a.a1 у процедурі закупівлі UA-2023-05-18-015128-a, у рішенні від 06.06.2023 № 8144-р/пк-пз, скарга UA-2023-05-18-014412-a.a1 у процедурі закупівлі UA-2023-05-18-014412-a.

Щодо встановлення замовником в тендерній документації інформації про відсутність підстав, визначених пунктом 47 Особливостей та застосування таких підстав до учасників - нерезидентів

У закупівлі за номером UA-2023-03-23-012216-a (скарга № UA-2023-03-23-012216-a.a1) переможцем процедури закупівлі - нерезидентом було оскаржено рішення замовника про відхилення тендерної пропозиції переможця.

Скаржник зазначив, що відповідно до вимог тендерної документації, переможці процедури закупівлі-нерезиденти надають документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці чотирнадцятому пункту 44 Особливостей, за формами, що передбачені законодавством держав, де вони зареєстровані. У разі, якщо переможець процедури закупівлі-нерезидент відповідно до норм законодавства держави реєстрації не зобов'язаний складати якийсь із вказаних документів, такий переможець процедури закупівлі надає лист-роз'яснення в довільній формі за підписом уповноваженої особи учасника та завірений печаткою (в разі наявності), в якому мають бути зазначені законодавчі підстави ненадання вищезазначених документів.

Скаржник зауважує, що на виконання вказаних вимог надав замовнику лист в довільній формі, яким підтвердив відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці чотирнадцятому пункту 44 Особливостей, у формі та спосіб, передбаченими тендерною документацією замовника, адже:

- в документації не міститься вимоги щодо “роз'яснення законодавчих підстав ненадання довідки, складеної відповідно до норм законодавства держави реєстрації”, а лише міститься вимога про “зазначення законодавчих підстав ненадання вищезазначених документів”;

- в документації не наведено спеціально визначеного способу та форми зазначення таких законодавчих підстав, а лист-пояснення надається в довільній формі, тобто і зазначення законодавчих підстав здійснюється у довільній формі на розсуд переможця;

- в документації визначено, що документи про відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці чотирнадцятому пункту 44 Особливостей, надаються за формами, передбаченими законодавством держав, де нерезидент зареєстрований.

Орган оскарження у своєму рішенні від 10.05.2023 № 6274 -р/пк-пз встановив, що тендерна документація передбачала можливість надання листа-роз'яснення в довільній формі за підписом уповноваженої особи учасника, що завірений печаткою (в разі наявності), в якому мають бути зазначені законодавчі

підстави ненадання документів у разі, якщо переможець процедури закупівлі-нерезидент відповідно до норм законодавства держави реєстрації не зобов'язаний складати якийсь із вказаних документів.

Враховуючи наведене, а також наданий лист-роз'яснення щодо відсутності підстав, пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави.

Щодо дати видачі документів про відсутність підстав, визначених пунктом 47 Особливостей.

У закупівлі за номером UA-2024-05-01-002321-а (скарга № UA-2024-05-01-002321-а.c1) скаржник повідомляє про порушення замовником порядку проведення процедури закупівлі та просить зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення пропозиції скаржника.

Умовами тендерної документації передбачено що *“Переможець процедури закупівлі у строк, що не перевищує чотири дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, повинен надати замовнику шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених підпунктами 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей”*.

Під час перевірки документів учасник-переможець не завантажив до електронної системи закупівель довідку про притягнення до кримінальної відповідальності, відсутність (наявність) судимості або обмежень, передбачених кримінальним процесуальним законодавством України у формі витягу з інформаційно-аналітичної системи “Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості” відносно фізичної особи, яка є учасником процедури закупівлі, керівника учасника процедури закупівлі, таким чином учасник, як переможець, не підтвердив відсутність підстав, визначених підпунктом 6 пункту 47 Особливостей.

Підстава для відхилення тендерної пропозиції переможця пункт 44 Особливостей, а саме: переможець процедури закупівлі не надав у спосіб, зазначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей.

Натомість скаржник зазначив, що він є резидентом Польщі та в складі пропозиції надав документ, передбачений законодавством держави, де зареєстрований Скаржник з відповідними поясненнями та посиланнями на внутрішні нормативно-правові акти держави, резидентом якої він є.

Замовник наголошує, що умовами тендерної документації передбачається вимога про надання інформації щодо кримінальної відповідальності, відсутність судимості або обмежень відносно керівника учасника, передбачених саме законодавством України, та вимагається надати конкретний документ (витяг з інформаційно-аналітичної системи “Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості”), передбачений

законодавством України. Також замовник додає, що умовами тендерної документації процедури закупівлі не передбачено умов, що дозволяли б учаснику-нерезиденту, якого визначено переможцем закупівлі, надавати аналогічні документи, оформлені відповідно до норм діючих у їх країнах.

У ході розгляду питання органом оскарження встановлено, що відповідно до тендерної документації під час проведення відкритих торгів тендерні пропозиції мають право подавати всі заінтересовані особи. Вітчизняні та іноземні учасники всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурі відкритих торгів на рівних умовах.

Документи, що надаються іноземною юридичною особою, мають бути легалізовані відповідно до законодавства України.

У разі якщо іноземна юридична особа є резидентом держави-учасниці Конвенції, що скасовує вимоги легалізації іноземних офіційних документів (Гаазька конвенція), документи можуть бути апостильовані.

У разі якщо іноземна юридична особа є резидентом держави, яка є стороною двосторонніх договорів з державою України стосовно надання правової допомоги та умови яких звільняють від необхідності додаткового посвідчення та / або перекладу документів, які надаються учасником для участі у відкритих торгах, документи такої іноземної юридичної особи можуть бути оформлені з урахуванням вимог таких двосторонніх договорів.

Учасники – нерезиденти (субпідрядники / співвиконавці - нерезиденти у разі їх залучення у випадку закупівлі робіт або послуг) для виконання вимог щодо подання документів, передбачених тендерною документацією подають документи, передбачені законодавством держави, де вони зареєстровані з відповідними поясненнями: у разі подання аналогу документу (аналогічний документ, що за змістом відповідає документу, який вимагається замовником, містить аналогічне наповнення та інформацію, що вимагається замовником) або у разі якщо законодавством, де зареєстрований учасник-нерезидент (субпідрядник / співвиконавець - нерезидент у разі їх залучення у випадку закупівлі робіт або послуг) не передбачено надання відповідних документів, учасник-нерезидент (субпідрядник / співвиконавець - нерезидент у разі їх залучення у випадку закупівлі робіт або послуг) повинен надати пояснювальну записку з роз'ясненнями та з посиланням на нормативно-правові акти держави, резидентом якої він є.

Відповідно до умов тендерної документації переможець процедури закупівлі у строк, що не перевищує чотири дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, повинен надати замовнику шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей.

Тендерна документація містить документи, що вимагаються замовником для завантаження учасником-переможцем відповідно до вимог пункту 47 Особливостей та інші документи, зокрема довідку про притягнення до

кримінальної відповідальності, відсутність (наявність) судимості або обмежень, передбачених кримінальним процесуальним законодавством України у формі витягу з інформаційно-аналітичної системи “Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості” відносно фізичної особи, яка є учасником процедури закупівлі, керівника учасника процедури закупівлі. Такий документ має бути виданий (датований) після дати оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі.

Однак, учасник процедури закупівлі не є резидентом України і немає можливості отримати КЕП для того, щоб ідентифікуватись в інформаційно-аналітичній системі “Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості” та сформулювати витяг, а довідка в паперовій формі, яку можливо отримати нерезиденту - оформлюється відповідно до чинного законодавства, максимальний термін видачі якої — 30 календарних днів з дня надходження запиту.

У тендерній документації вказано, що документ має бути виданий (датований) після дати оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі. Датою оголошення проведення процедури закупівлі є 01.05.2024, а кінцевий строк подання довідки або витягу - не пізніше 27.05.2024, що фактично менше ніж строк у 30 календарних днів для отримання паперової довідки.

У зв'язку з чим, скаржником у строк, що не перевищує чотири дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, не надано довідку про притягнення до кримінальної відповідальності, відсутність (наявність) судимості або обмежень, передбачених кримінальним процесуальним законодавством України у формі витягу з інформаційно-аналітичної системи “Облік відомостей про притягнення особи до кримінальної відповідальності та наявності судимості” відносно фізичної особи, яка є учасником процедури закупівлі, керівника учасника процедури закупівлі.

Враховуючи викладене, орган оскарження у своєму рішенні від 20.06.2024 № 10730-р/пк-пз встановив, що тендерна пропозиція скаржника була правомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Отже, замовникам під час встановлення вимог тендерної документації, зокрема, в частині підтвердження переможцем-нерезидентом процедури закупівлі відсутності підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 пункту 47 Особливостей, рекомендується додатково звертати увагу для потенційних учасників - нерезидентів, що строк для подання документів на підтвердження відсутності вказаних підстав не перевищує 4 (чотири) дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Тому, нерезидентам слід враховувати особливості як українського законодавства, так і законодавства їх країни реєстрації, для забезпечення можливості отримання необхідних документів з урахуванням періоду для їх подання у разі визначення нерезидента переможцем.

Щодо ціни тендерної пропозиції без урахування податку на додану вартість (далі - ПДВ).

У закупівлі за номером UA-2024-04-26-011408-а (скарга № UA-2024-04-26-011408-а.b2) скаржником подано скаргу щодо порушення замовником законодавства в сфері публічних закупівель та встановлення дискримінаційних умов в тендерній документації, зокрема в частині суми договору за результатами закупівлі.

Скаржник зазначив, що сума контракту для учасника платника ПДВ буде більшою, що не відповідає сумі тендерної пропозиції, у зв'язку з чим необхідно застосовувати однаковий підхід до оцінки учасників, які є або не є платниками ПДВ. Відповідно до тендерної документації очікувана вартість предмета закупівлі вказана без ПДВ. Оцінка тендерних пропозицій здійснюється без урахування ПДВ.

Замовник зазначив, що пунктом 2 розділу I “Загальні положення” Примірної методики визначення очікуваної вартості предмета закупівлі, затвердженої наказом Мінекономрозвитку від 18.02.2020 № 275, визначено, що очікувана вартість - розрахункова вартість предмета закупівлі на конкретних умовах поставки із зазначенням інформації про включення / невключення до очікуваної вартості ПДВ та інших податків і зборів.

Тобто, замовник у своїх поясненнях вказав, що мав право встановити очікувану вартість закупівлі, яка включає або не включає ПДВ. За такою ж логікою в системі Prozorro реалізована можливість зазначати очікувану вартість закупівлі з ПДВ та без ПДВ.

Крім того, замовник зазначив, що Верховним Судом розглядалась аналогічна ситуація, коли при оголошенні замовником відкритих торгів без урахування ПДВ найкращою ціною пропозицією визначено учасника - платника ПДВ (постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду № 915/105/18 від 13.03.2019).

Замовник у додаткових доповненнях просив комісію взяти до уваги практики здійснення закупівель іншими замовниками в розумінні Закону із застосуванням аналогічних умов в частині врахування ПДВ у процедурах закупівель за номерами: UA-2024-03-06-008365-а, UA-2024-03-06-004441-а, UA-2023-06-20-015174-а.

Також замовник просив взяти до уваги практику Держаудитслужби щодо застосування зазначених умов в частині ПДВ, зокрема з прикладу моніторингу закупівлі, за результатом якого порушень не встановлено, що підтверджує правомірність дій замовника в частині встановлення викладених умов щодо ПДВ, які є аналогічними до процедури, в рамках якої розглядається скарга.

Враховуючи викладене, орган оскарження у своєму рішенні від 15.05.2024 № 8596 -р/пк-пз встановив, що скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність внесення змін до тендерної документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливість виконання вказаної умови тендерної

документації та не довів, яким чином наведена вище умова тендерної документації порушує права та законні інтереси скажника пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Отже, замовнику під час підготовки до закупівлі та встановлення вимог у тендерній документації, проекті договору, рекомендується враховувати, що потенційним учасником та переможцем процедури закупівлі може бути визначено учасника - нерезидента, який не є платником ПДВ.

Разом з тим, Мінекономіки листом від 16.05.2024 № 3322-07/36228-03 звернулося до Органу оскарження, щодо надання інформації про порушення, вчинені замовниками, під час формування тендерної документації та проведення процедури закупівель щодо нерезидентів, які виявила Комісія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель під час виконання своїх повноважень.

Відповідно до листа АМКУ від 14.06.2024 № № 20-29.1/07-6006є під час виконання функції органу оскарження, АМКУ виявив такі типові порушення, які вчинили замовники при формуванні ними умов тендерних документацій щодо нерезидентів:

1) встановлення у проекті договору різних вимог щодо вирішення спорів для резидентів та нерезидентів;

2) встановлення в тендерній документації різних умов для надання забезпечення виконання договору (для резидентів – унесення коштів на банківський рахунок замовника, для нерезидентів – надання забезпечення у вигляді банківської гарантії).

Під час розгляду таких скарг орган оскарження виявив, що замовники, встановлюючи наведені вище умови, порушували принципи здійснення публічних закупівель та недискримінацію учасників, передбачені частиною першою статті 5 Закону, зокрема, недискримінацію учасників та рівне ставлення до них.

Також встановлення зазначених умов порушує вимоги частини другої статті 5 Закону, відповідно до якої учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель / спрощених закупівлях на рівних умовах.

ВИСНОВКИ

Згідно даних у електронній системі закупівель, відображених у Звіті Мінекономіки, що містить аналіз функціонування системи публічних закупівель та узагальнену інформацію про результати здійснення контролю у сфері закупівель за 2023 рік від 31.03.2024 № 3311-05/23470-33, кількість учасників-нерезидентів у публічних закупівлях України становила 286 учасників з 44 країн світу.

Найбільшу кількість учасників-нерезидентів представляють країни Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії із кількістю 36 учасників і вартістю договорів, які з ними було укладено, у розмірі понад 1,96 млрд грн та Республіка Польща з кількістю 36 учасників і вартістю договорів - майже 2,84 млрд. грн.

Щодо кількості та вартості укладених договорів з переможцями-нерезидентами, то за звітний період найбільше договорів з учасниками-нерезидентами за кодом CPV укладено на закупівлю:

- промислової техніки - 572 закупівлі, із сумою договору майже 18,26 млрд грн,
- нафтопродуктів, палива, електроенергії та інших джерел енергії - 418 закупівель, за якими укладено договори у сумі 5,19 млрд грн,
- конструкцій та конструкційних матеріалів - 2870 закупівель, за якими укладено договори на суму понад 4,9 млрд грн.

Отже, попри умови воєнного стану, учасники-нерезиденти беруть участь в українських публічних закупівлях.

Цей Огляд містить рекомендації для замовників щодо тих вимог та інформації, які доцільно передбачити в тендерній документації для розширення кола потенційних учасників - нерезидентів та забезпечення їх участі на рівних умовах з національними учасниками.

Для цього замовникам пропонується:

- конкретизувати вимоги щодо перекладу офіційних / неофіційних документів та їх засвідчення;
- зазначати умови здійснення розрахунку ціни тендерної пропозиції потенційними учасниками-нерезидентами;
- конкретизувати вимоги щодо підпису тендерної пропозиції учасниками-нерезидентами в частині неможливості накладання електронного підпису;
- вказувати вимоги щодо подання учасниками-нерезидентами документів з країни реєстрації такого учасника або документів-аналогів, або листа-роз'яснення з відповідним обґрунтуванням у разі неможливості подання таких документів (у разі їх відсутності за іноземним законодавством країни реєстрації нерезидента);
- встановлювати можливість учасникам-нерезидентам подавати забезпечення тендерної пропозиції / забезпечення виконання договору, що відповідатиме

уніфікованим правилам для гарантій або іншим міжнародним документам, що регулюють питання здійснення операцій за гарантіями / контргарантіями;

- встановлювати можливість надання переможцем процедури закупівлі - нерезидентом установчих, реєстраційних та інших документів, які підтверджують повноваження особи щодо підписання договору про закупівлю, передбачених законодавством країни реєстрації чи доміцилем такого переможця.

Потенційним учасникам-нерезидентам, які можуть користуватися рекомендаціями, викладеними в Огляді під час підготовки своїх тендерних пропозицій, рекомендується звертати увагу на:

- вимоги до строків, змісту і форми надання документів, що встановлені замовником в тендерній документації, згідно Закону та Особливостей;

- можливість звернення через електронну систему закупівель до замовника для отримання роз'яснення щодо його тендерної документації та / або оголошення про проведення відкритих торгів;

- можливість звернення до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення тендеру;

- можливість оскарження умов тендерної документації та прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника до органу оскарження та / або до суду;

- можливість за зверненням до замовника отримати додаткову інформацію про причини невідповідності його пропозиції умовам тендерної документації, зокрема технічній специфікації, та / або його невідповідності кваліфікаційним критеріям, у разі відхилення тендерної пропозиції, якщо учасник вважає аргументацію недостатньою.

З огляду на викладене, замовникам рекомендується враховувати інформацію, зазначену в цьому Огляді під час проведення процедур закупівель, у яких потенційно та / або прогнозовано можуть брати участь нерезиденти, виважено та з дотриманням законодавства формувати вимоги до предмета закупівлі та потенційних учасників, уникати встановлення надмірних вимог, що ускладнюють участь у закупівлях або штучно обмежують коло потенційних учасників, визначати розумні строки для практичного уможливлення підготовки пакету необхідних документів у складі тендерних пропозицій учасників-нерезидентів, створювати рівні умови та можливості для участі учасників всіх форм власності та організаційно-правових форм.