

Огляд закупівельної практики за участю нерезидентів: кроки для вдалого формування ТД

Департамент сфери публічних закупівель та конкурентної політики Мінекономіки оприлюднив [Огляд закупівельної практики](#) на основі дослідження конкурентних процедур закупівель за участю нерезидентів (далі — Огляд).

В 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.

Далі розглянемо деякі рекомендації з цього Огляду.

Хто такі нерезиденти

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.

Хто такі резиденти

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 — це фізична особа, яка має місце проживання в Україні.

Згідно зі 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.

Щодо перекладу документів учасника-нерезидента з мови оригіналу на українську

В Огляді, зокрема, сказано, що 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:

переклад посвідчується у нотаріальному порядку. При цьому варто врахувати, що відповідно до статті 79 Закону України «Про нотаріат» 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;

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. Читайте також [практику АМКУ щодо технічної специфікації, надання перекладу та 24 годин на виправлення](#).

Щодо правил Інкотермс за участю нерезидентів

При проведенні процедур закупівель, в яких потенційними учасниками можуть бути нерезиденти, замовникам рекомендується формувати вимоги в тендерній документації таким чином, щоб умови постачання товару визначалися однаково для всіх учасників.

У зв'язку з цим можуть бути використані правила Інкотермс, розроблені саме для визначення вартості товарів залежно 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 дві функціональні групи:

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),

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.

Щодо здійснення розрахунку вартості тендерної пропозиції нерезидентом

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

Оскільки наразі в 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.**

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 з вимогами, встановленими 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 проєкті договору про закупівлю вимоги щодо визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті.

Щодо накладення КЕП на ТП нерезидентом

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.

В Огляді також зазначено, що 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.

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.

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, такий учасник класифікується як учасник-нерезидент та може подати тендерну пропозицію без накладення електронного підпису.

Щодо встановлення вимоги для нерезидента про кваліфікаційні критерії відповідно до статті 16 Закону

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.

Щодо встановлення вимог, визначених пунктом 47 Особливостей, для нерезидентів

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, 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 разі можливо вимагати надання відповідної підтвердженої інформації, що міститься в національних реєстрах України.

Щодо умов надання нерезидентом забезпечення

тендерних пропозицій

Національний банк України (далі — НБУ) листом від 18.12.2017 № 57-0007/84845 повідомив, 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.

Відповідно до Закону замовник має право зазначити в тендерній документації вимоги щодо надання забезпечення тендерної пропозиції, тобто 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.

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.

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.

Щодо надання переможцем-нерезидентом забезпечення виконання договору про закупівлю

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 (резервний акредитив за своєю суттю є формою забезпечення виконання зобов'язань).

В Огляді, зокрема, зазначено, що **замовником можуть зазначатися в тендерній документації такі вимоги щодо надання забезпечення виконання договору переможцем-нерезидентом, а саме:**

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;

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

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;

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.

[Читайте також «Участь у тендері нерезидента: як бути з КЕП/УЕП та чи можна отримати довідку про несудимість».](#)

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

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.

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

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;

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 документа.

Заключні рекомендації

[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;

вказувати 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.

Якщо ви бажаєте поглибити свої закупівельні знання, запрошуємо до [тестування!](#)

Передплатити



ЗАМОВНИКАМ ^

УЧАСНИКАМ ^

ЗРАЗКИ ДОКУМЕНТІВ ^

ПРАВОВА БАЗА ^

ЖУРНАЛИ

КНИГИ

ТЕСТИ

Головна — Тести

Тести

Радник у сфері публічних закупівель розробив та оновлює тести з публічних закупівель. Перевіряйте свої знання у конкретних сферах та отримуйте персональні рекомендації щодо їх покращення.

<p>Тести</p> <p>Закупівля природного газу: тестування</p> <p>Відповідно до Закону України «Про ринок природного газу» природний газ — це суміш вуглеводнів та неуглеводневих...</p> <p>Пройти тест</p>	<p>Тести</p> <p>Закупівля електроенергії: нюанси в умовах воєнного стану</p> <p>Електрична енергія — один із найрегулярніших предметів закупівель, що закуповується замовниками незалежно від</p> <p>Пройти тест</p>	<p>Тести</p> <p>Уповноважена особа: права та обов'язки</p> <p>Хто така уповноважена особа? Чи впевнені ви, що знаєте все про уповноважену особу як представника замовника в...</p> <p>Пройти тест</p>
<p>Тести</p> <p>Електронний каталог Прозорро Маркет</p> <p>Закуповуєте в електронному</p>	<p>Тести</p> <p>Самоперевірка з питань здійснення оборонних закупівель</p>	<p>Тести</p> <p>Правила реєстрації договору в Казначействі</p> <p>Вважаєте, що знаєте всі нюанси та</p>