

Економічні санкції і державні (публічні) закупівлі

Економічні санкції увійшли в життя українців торік з прийняттям Закону України від 14.08.2014 № 1644-VII «Про санкції» та з першою ластівкою на його виконання — рішенням Ради національної безпеки і оборони України від 02.09.2015 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введеним у дію указом Президента України від 16.09.2015 № 549/2015.

За своєю природою санкції — обмежувальні заходи, які теоретично спрямовані на захист національних інтересів України. Як вплинули санкції на процедури закупівель в Україні, розглянемо з вами далі.

Які санкції маємо сьогодні

Нижче наводимо таблицю, що містить інформацію про ті нормативно-правові акти санкційного законодавства, які впливають на сферу закупівель.

№	Вид санкції	Чим встановлена	Початок дії	Закінчення дії
1	Заборона закупівлі в окремих юридичних осіб-нерезидентів	Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 02.09.2015 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію указом Президента України від 16.09.2015 № 549/2015	22 вересня 2015 р.	До 22 вересня 2016 р. (включно)
2	Заборона поставки товарів, що походять з Російської Федерації	Постанова Кабінету Міністрів України від 30.12.2015 № 1147 «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації»	10 січня 2016 р. (зміни — з 2 лютого 2016 р.)	До 5 серпня 2016 р.

3	Заборона поставок з території АР Крим	Постанова Кабінету Міністрів України від 16.12.2015 № 1035 «Про обмеження поставок окремих товарів (робіт, послуг) з тимчасово окупованої території на іншу територію України та/або з іншої території України на тимчасово окуповану територію»	18 січня 2016 р.	До завершення тимчасової окупації
---	---------------------------------------	--	------------------	-----------------------------------

Далі розглянемо вплив кожного з вищезазначених нормативно-правових актів на проведення процедур закупівель.

Заборона закупівлі в окремих юридичних осіб-нерезидентів

Зазначена заборона стала, як ми вже зазначили, першою ластівкою. Під її дію підпали 6 підприємств, а саме: ТОВ «Доктор Веб», ЗАТ «Лабораторія Касперського», ДП МОУ «Севастопольське авіаційне підприємство», ДП «Євпаторійський авіаційний ремонтний завод», ТОВ «Лабораторія Касперського Україна», компанія «Лабораторія Касперського».

За кілька місяців дія санкції завершиться: останнім днем її дії з урахуванням статті 254 Цивільного кодексу України є 22 вересня 2016 р. А тому, за відсутності законодавчих змін, усі пропозиції, розкриття та оцінка яких відбуватиметься 23 вересня ц. р. чи пізніше, що надійшли від зазначених вище підприємств, мають розглядати й оцінювати на загальних засадах.

Порядок відображення обмежень у документації конкурсних торгів (запиті цінових пропозицій) редакція журналу «Радник в сфері державних закупівель» висвітлювала у випуску № 10 (49) за жовтень 2015 року на стор. 45.

Заборона поставки товарів, що походять з Російської Федерації

Постановою від 30.12.2015 № 1147 (далі — Постанова № 1147) уряд заборонив ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації, за переліком згідно з додатком, до якого увійшли півсотні позицій, здебільшого з числа харчової продукції.

Країна походження продукції визначається відповідно до глави 6 Митного кодексу України, а також відповідно до Правил визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав, затверджених однойменною Угодою, вчиненою 20

листопада 2009 року в м. Ялті (чинна для України з 14.09.2011) та ратифікованою Україною із застереженням Законом України від 06.07.2011 № 3592-VI «Про ратифікацію Угоди про Правила визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав».

Цікаво, що Постанова № 1147 забороняє не закупівлю товарів, що походять з Росії, а саме їх ввезення на митну територію України, а отже, контроль за її виконанням здійснюють митні органи разом з Державною прикордонною службою.

Заборона діє до 31 грудня 2017 року включно.

Заборона поставок з території АР Крим

Підпунктом 4 пункту 12.4 статті 12 Закону України «Про створення вільної економічної зони “Крим” та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» Парламент дозволив урядові тимчасово обмежити поставки окремих товарів (робіт, послуг) та/або під окремими (всіма) митними режимами з тимчасово окупованої території на іншу територію України та/або з іншої території України на тимчасово окуповану територію за умови одночасного дотримання трьох вимог, а саме:

таке рішення приймається виключно з метою забезпечення безпеки держави, збереження громадського порядку та охорони здоров'я населення України;

таке рішення набирає чинності не раніше ніж через 30 календарних днів після його оприлюднення;

таке рішення не може призводити до порушення норм Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», іншого антимонопольного законодавства України у частині, що поширюється на покупців таких товарів (робіт, послуг) на іншій території України.

Скориставшись наданими повноваженнями, Кабінет Міністрів України Постановою від 16.12.2015 № 1035 «Про обмеження поставок окремих товарів (робіт, послуг) з тимчасово окупованої території на іншу територію України та/або з іншої території України на тимчасово окуповану територію» (далі — Постанова № 1035) заборонив на період тимчасової окупації поставки товарів (робіт, послуг) під всіма митними режимами з тимчасово окупованої території на іншу територію України та/або з іншої території України у Крим. Заборона набула чинності 18.01.2016. Зазначена заборона, як і будь-яке інше правило, має винятки, частина з яких встановлена в інтересах пересічних громадян, а інша частина — актуальна для читачів нашого журналу — в інтересах економіки держави. Так, відповідно до пункту 2 Постанови № 1035 її дія не поширюється, зокрема, на:

поставку електричної енергії з тимчасово окупованої території на іншу територію

України та/або з іншої території України на тимчасово окуповану територію, що здійснюється відповідно до рішення Ради національної безпеки та оборони України;

поставку з тимчасово окупованої території на іншу територію України товарів, що мають стратегічне значення для галузей економіки та безпеки держави, за підтвердженням Міністерства економічного розвитку і торгівлі.

Як бачимо, вибір для замовників України залишився доволі скромний. Як на практиці скористатися законодавчими винятками?

Предмет: поставка електричної енергії з Криму.
Умова: рішення РНБО, введене в дію указом Президента України.
Процедура закупівлі: переговорна.
Спосіб реалізації: звернення замовника до РНБО з обґрунтуванням неможливості закупівлі в інших постачальників.

Зазначений виняток запроваджено насамперед для підтримання зв'язків, які існували до окупації Криму, для замовників, які не змогли переорієнтуватися на інших енергопостачальників. Складність його полягає в тому, що закупівля може відбутися лише з дозволу РНБО, рішення якої відповідно до частини 3 статті 10 Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» вводяться в дію указами Президента України.

Постанова № 1035 не вказує, за якою процедурою має закуповуватися електрична енергія з Криму, однак очевидно, що турбувати Президента України та РНБО за наявності конкуренції та об'єктивної можливості закупити енергію в Україні нерозумно. Тож у разі звернення до РНБО на підставі абзацу 2 пункту 2 Постанови № 1035 замовникові необхідно обґрунтувати або відсутність конкуренції (пункт 2 частини 2 статті 39 Закону про закупівлі), або нагальну потребу (пункти 3 і 31 частини 2 статті 39 Закону про закупівлі).

Відзначимо, що Постанова № 1035 забороняє не проведення закупівлі чи укладення договору, а саме «поставку». А із цього можемо зробити висновок, що замовник має право провести переговорну процедуру, а також укласти договір до набрання чинності відповідним указом Президента України, однак лише за умови включення до змісту договору застереження про те, що він набуває чинності (а отже, і виникають права та обов'язки як замовника, так і постачальника) не з моменту його підписання, а з моменту набрання чинності згаданим указом Президента України про введення в дію рішення РНБО.

Предмет: поставка стратегічно важливих товарів.
Умова: підтвердження (дозвіл) Мінекономрозвитку.
Процедура закупівлі: переговорна, торги.
Спосіб реалізації: звернення замовника та/або потенційного учасника до Мінекономрозвитку з обґрунтуванням стратегічної важливості товару.

Насамперед слід звернути увагу, що ця підстава поширюється виключно на закупівлю товарів, на роботи і послуги постачальників з Криму виняток не поширюється.

Умовою застосування абзацу 3 пункту 2 Постанови № 1035 є наявність підтвердження Мінекономрозвитку стратегічного значення предмета закупівлі для галузей економіки та безпеки держави. Зауважимо, що тут наявне виключно дискреційне повноваження Мінекономрозвитку, тобто випадок, коли суб'єкт владних повноважень приймає рішення, керуючись власним розсудом, адже ані переліку таких товарів, ані критеріїв їх визначення у законодавстві наразі немає. Єдиний близький за змістом документ — Перелік об'єктів державної власності, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 04.03.2015 № 83.

Звернутися по таке підтвердження може як сам замовник, так і учасник процедури закупівлі. У разі проведення відкритих торгів відповідне рішення Мінекономрозвитку має бути прийняте та доведене до відома замовника до прийняття рішення про допуск пропозицій до оцінки. У разі застосування переговорної процедури — одержання такого дозволу має бути умовою набрання чинності договором.

Обхідні стежини

Також слід звернути увагу на деякі нюанси заборони, установлені Постановою № 1035, які дають змогу замовникам та учасникам знайти якщо не обхідний шлях, то стежинку.

По-перше, заборонено не придбавати, а поставляти, тобто ввозити, про що згадувалося вище. Інакше кажучи, Постанова № 1035 не забороняє учасникам з Криму взяти участь у процедурах закупівлі, перемогти в них та навіть укласти договір про закупівлю. Однак немає гарантій, що заборони будуть зняті до настання часу виконання зобов'язання з поставки. А тому замовникам слід пам'ятати, що при укладенні договору з кримчанами не просто недопустиме застосування передоплати, але і набрання чинності договором має здійснюватися з відкладальною умовою: не з моменту його підписання, а з моменту скасування заборон на його виконання.

По-друге, заборонено не закупівлю товарів, що походять з Криму, а фізичне переміщення товарів через адміністративний кордон ВЕЗ «Крим», незалежно від того, хто і де їх виробив. Тож в учасника з АР Крим може бути закуплено будь-який товар, який був ввезений в Україну до набрання чинності Постановою № 1035, а також будь-який товар, який ввозять через пункти пропуску через державний кордон України. При цьому замовник не зобов'язаний з'ясовувати подробиці ввезення товару в Україну — реалізація Постанови № 1035 покладається на відповідні правоохоронні органи, що контролюють перетин адміністративного кордону між Кримом та рештою території України. Чи має право замовник вимагати в учасника документ, що підтверджує законність ввезення товару в Україну? Так, однак лише в учасника-імпортера, оскільки, на відміну від сертифікатів якості чи гарантійних документів, постачальник не зобов'язаний передавати замовникові документи щодо імпорту ним товару, тож посередники, що беруть участь у процедурах закупівель, просто не матимуть можливості надати запитовані документи й будуть поставлені в дискримінаційні умови.

Оскільки Україна вважає Крим хоч і окупованою, однак невід'ємною частиною території України, на яку поширюється дія Конституції та законів України, учасники з Криму беруть участь у закупівлях як резиденти України, а їхні товари (хоча і ввозилися в режимі імпорту) не вважатимуться такими, що походять з Російської Федерації.

По-третє, заборона поставки товарів, які необхідно фізично перемістити через адміністративний кордон, зовсім не те ж саме, що поставка робіт/послуг, при виконанні яких основний капітал – людський. І зацікавлений учасник може задіяти, наприклад, механізм лізингу праці, тимчасово передавши свій персонал «під крило» учасника з материкової України, однак не набувши статусу субпідрядника. Цей механізм допоможе підприємцям, які пропонують послуги у сфері інформатизації, зокрема щодо розробки комп'ютерних програм.

Уникнення співпраці з кримчанами

А чи можна зробити навпаки, тобто чи може замовник усунути постачальників з Криму від конкурентної боротьби? Так, може. Нагадаємо, що відповідно до статті 203 Цивільного кодексу України зміст правочину, тобто права і обов'язки його сторін, не може суперечити цьому кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Дієздатність — це здатність набувати власними діями цивільні права і брати на себе цивільні обов'язки. Щоб усунути кримчан з конкурентної боротьби, замовникові достатньо передбачити подання учасником у складі конкурсної пропозиції заяви (листа) в довільній формі про те, що на нього та його продукцію не поширюються встановлені законодавством обмеження щодо постачання на материкову частину України товарів (робіт, послуг), зокрема встановлені Постановою № 1035. Пропозиція учасника, на якого поширюється Постанова № 1035 та який подасть у складі своєї пропозиції неправдиву

заяву (лист), підлягає відхиленню на підставі частини 7 статті 28 Закону України «Про здійснення державних закупівель» або аналогічної норми Закону України «Про публічні закупівлі».

А якщо порушимо?

Завжди актуальним є питання правових наслідків порушення встановлених законодавством заборон. Як ми розповіли вище, здебільшого виникає ситуація, у якій санкції окремо, а закупівлі — теж окремо: до замовників не може бути застосовано покарання за порушення заборон, які їм не адресовані.

Головне питання, що виникатиме при закупівлі санкційних товарів, це — чинність договору про закупівлю, якщо його укладатимуть на умовах, які завідомо неможливо виконати. Такі договори не є недійсними відповідно до закону, однак можуть бути оспорені з різних підстав (зокрема, як укладені під впливом помилки або ж як такі, що порушують публічний порядок). Для недопущення такої ситуації момент набрання чинності відповідним договором має визначатися не його підписанням, а датою зняття заборон.

Підводні камені АТО

Наостанок слід згадати про заходи, які не є санкціями в розумінні вітчизняного законодавства, однак здатні по-справжньому отруїти життя окремим замовникам та учасникам. Постановою Кабінету Міністрів від 07.11.2014 № 595 «Деякі питання фінансування бюджетних установ, здійснення соціальних виплат населенню та надання фінансової підтримки окремим підприємствам і організаціям Донецької та Луганської областей» уряд встановив обмеження на казначейські операції на непідконтрольних територіях Донбасу.

Так, відповідно до пункту 2 Тимчасового порядку фінансування бюджетних установ, здійснення соціальних виплат населенню та надання фінансової підтримки окремим підприємствам і організаціям Донецької та Луганської областей, затвердженого згаданою постановою уряду, у населених пунктах Донецької та Луганської областей, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження (далі — тимчасово неконтрольована територія), видатки з державного бюджету, бюджету Пенсійного фонду України та бюджетів інших фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування здійснюються лише після повернення згаданої території під контроль органів державної влади. Казначейське обслуговування місцевих бюджетів за видатками та кредитуванням у населених пунктах на тимчасово неконтрольованій території здійснюється після повернення такої території під контроль органів державної влади.

На практиці це означає, що якщо хоча б одна зі сторін договору про закупівлю

розташована на тимчасово неконтрольованій території, то розрахунки між ними не відбудуться. На це слід зважати насамперед учасників, адже законодавство не забороняє такому учасникові виконувати договір про закупівлю, однак свої товари (роботи, послуги) він постачатиме в безстроковий та безпроцентний кредит. А замовникові, аби уникнути ризиків від співпраці з контрагентами із зони АТО, доцільно вимагати подання у складі пропозиції учасника гарантійного листа про те, що він не обмежений законодавством у виконанні запланованого договору про закупівлю (у даному випадку — умов цього договору щодо порядку здійснення розрахунків). У разі якщо така неможливість настане в процесі виконання договору (наприклад, постачальник опиниться на непідконтрольній території внаслідок зміни лінії розмежування), то виникне класичний форс-мажор (дія обставин непереборної сили), що виключає відповідальність замовника за прострочення оплати (стаття 617 Цивільного кодексу України). Такий форс-мажор правомірно «заморозить» договір, оскільки в умовах прострочення оплати замовником постачальник не вважатиметься таким, що прострочив (стаття 612 Цивільного кодексу України), і отримає право на притримання (стаття 594 Цивільного кодексу України), а також може бути підставою для розірвання договору відповідно до статті 607 Цивільного кодексу України.