

Практика перевірки ознак пов'язаності осіб між учасниками та замовником процедури закупівлі

У своїй роботі замовники нерідко стикаються із ситуацією, коли вони здогадуються про фактичну пов'язаність двох або більше учасників однієї процедури закупівлі, проте не знають, як у такій ситуації необхідно правильно діяти та які докази можуть слугувати підтвердженням цього факту.

Тож у даній статті ми з вами ознайомимось із практикою перевірки ознак пов'язаності серед учасників процедури закупівлі та працівником замовника з відповідним учасником, а також розглянемо рекомендації стосовно правильного встановлення вимог до учасників у цій частині.

Однакові прізвища не є доказом пов'язаності осіб

Найчастіше ми здогадуємось про можливість пов'язаності учасників через те, що серед засновників чи керівників двох учасників або учасника та працівника замовника є особи з однаковим прізвищем. Проте виявлення такої інформації ще не є підставою для відхилення пропозиції такого учасника (учасників).

Насамперед необхідно звернутись до норми частини 7 статті 28 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон) відповідно до якої замовник має право звернутися по підтвердження інформації, наданої учасником, до органів державної влади, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявність підстав, зазначених у частині першій статті 17 цього Закону, або факту зазначення в пропозиції конкурсних торгів будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів такого учасника.

Підстава для відхилення пропозиції такого учасника визначена пунктом 2 частини 1 статті 29 Закону, в якій зазначено: замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів у разі, якщо наявні підстави, зазначені у статті 17 та частині сьомій статті 28 цього Закону.

Згідно з п. 2 Порядку ведення Державного реєстру актів цивільного стану громадян, затвердженого постановою КМУ від 22.08.2007 № 1064 (далі — Порядок), витяг з Реєстру — документ, що видається фізичній чи юридичній особі реєстратором за затвердженими Мін'юстом формами. А реєстратори — відділи державної реєстрації актів цивільного стану структурних підрозділів головних управлінь юстиції Мін'юсту в Автономній Республіці Крим, в областях, м. Києві та Севастополі, а також районних, районних у містах, міських (міст обласного значення), міськрайонних, між районних управлінь юстиції

Укрдержреєстру.

Але, такі відомості надаються лише за запитом суду або за згодою особи, якої вони стосуються.

З огляду на сказане, **для підтвердження чи спростування того факту, що дві особи є членами сім'ї, замовник може звернутися до учасників на підставі частини 1 статті 28 Закону за роз'ясненням змісту документів, наданих ними у складі пропозицій.**

Нормативне врегулювання межі пов'язаності осіб

Визначення поняття «пов'язана особа» надається пунктом 19 частини 1 статті 1 Закону. Пов'язаною особою у сфері здійснення державних закупівель може бути як юридична особа, так і фізична особа.

Детальніше розуміння поняття «пов'язана особа» розкривалось у журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 8 (35) за серпень 2014 року на сторінках 14-17 .

Зі схематичним зображенням поняття «пов'язана особа» знайомимо вас нижче.

Згідно з пунктом 6 частини 1 статті 17 Закону, замовник приймає рішення про відмову учасникові та зобов'язаний відхилити пропозицію в разі, якщо: пропозиція конкурсних торгів (кваліфікаційна, цінова пропозиція) подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника.

Тобто на відміну від попередньої редакції Закону ця вимога стосується не лише відносин між учасниками процедури закупівлі, а оговорює й пов'язаність між учасниками та самим замовником, тобто його службовими (посадовими) особами.

Варто зауважити, що пунктом 22 частини 1 статті 1 Закону визначено, що пропозиція конкурсних торгів — це пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовникові відповідно до вимог документації конкурсних торгів.

Беручи до уваги те, що пропозиція учасника, яка подається щодо частини (лота) предмета закупівлі, розцінюється як окрема пропозиція, пов'язаність осіб може визначатись і серед учасників, які подають пропозиції за одним лотом.

На підставі практики перевірки Антимонопольним комітетом України процедур учасників на предмет наявності антиконкурентних узгоджених дій варто зауважити, що якщо замовник проводить процедуру закупівлі за лотами й **на різні лоти в межах єдиної процедури закупівлі подають пропозиції учасники процедури закупівлі, які є пов'язаними особами, то в такому випадку на підставі пункту 6 частини 1 статті 17 Закону замовник зобов'язаний відхилити пропозиції конкурсних торгів таких учасників.**

Тож учасникам хочемо порадити не брати участі й не подавати документи пов'язаних осіб

у межах єдиної процедури закупівлі ані за однаковими, ані за різними лотами, тим паче щодо процедур у цілому. А замовникам радимо скрупульозно вивчати пропозиції всіх учасників однієї процедури закупівлі, навіть за різними лотами, на предмет наявності ознак пов'язаності таких осіб.

Позиція Антимонопольного комітету України щодо пов'язаності осіб

При здійсненні перевірок на предмет виявлення фактів наявності антиконкурентних узгоджених дій серед учасників процедур закупівель контролюючі органи користуються Методикою визначення відносин контролю, яка затверджена розпорядженням Антимонопольного комітету України від 24 грудня 2002 р. № 397-р (далі — розпорядження № 397). Дана Методика встановлює загальний порядок виявлення ознак контролю, яким пов'язані юридичні та/або фізичні особи, та дає більш детальне уявлення про суть контролю та підконтрольність учасників процедур закупівель, а також можливості встановлення таких фактів замовником.

Відповідно до пункту 2 розпорядження № 397 контроль — це вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб, зокрема завдяки:

праву володіння чи користування всіма активами суб'єкта господарювання чи їх значною частиною;

праву, яке забезпечує вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання;

укладенню договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання;

заміщенню посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особою, яка вже обіймає одну чи кілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання;

обійманню більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання.

Дослідження та визначення контролю здійснюються стосовно відносин між двома

особами. Відносини кожної із цих двох осіб із будь-якою третьою особою послідовно аналізуються як відносини між двома особами.

Підконтрольна особа (ТОВ «Л» на рис. 1) — це юридична особа, що здійснює господарську діяльність, вирішальний вплив на яку чинить або може чинити інша фізична, юридична особа чи група осіб, у тому числі замкнутий ланцюжок контролю.

Контролююча особа (ТОВ «А», ТОВ «В», ТОВ «С») — це юридична чи фізична особа, що чинить або може чинити вирішальний вплив на господарську діяльність іншої особи, у тому числі замкнутий ланцюжок контролю.

Замкнутий ланцюжок контролю — це ситуація, коли один із членів ланцюжка чинить або може чинити вирішальний вплив на господарську діяльність іншої особи, що не є членом цього замкнутого ланцюжка контролю.

Приклад замкнутого ланцюжка контролю надається на схематичному зображенні нижче.



Якщо звернутись до визначення Законом поняття «пов'язані особи» в частині володіння найбільшою часткою (паєм, пакетом акцій) статутного капіталу учасника процедури закупівлі або управління найбільшою кількістю голосів у керівному органі такого учасника процедури закупівлі, то важливо деталізувати, які саме ознаки можуть свідчити про пов'язаність учасників торгів.

Відповідно до розпорядження № 397, особи є пов'язаними, якщо одна особа стосовно іншої особи — суб'єкта господарювання —прямо або опосередковано:

володіє чи управляє (користується) всіма активами чи їх значною частиною, зокрема володіє чи управляє (користується) часткою (паєм, акціями) у статутному фонді в розмірі більше ніж 50 відсотків;

та/або має більше ніж 50 відсотків голосів у вищих органах управління;

та/або має повноваження призначати керівника, заступника керівника або більше ніж 50 відсотків членів спостережної ради чи виконавчого, контрольного органу;

та/або має право одержувати не менше 50 відсотків прибутку, що залишається в розпорядженні суб'єкта господарювання.

Окрім зазначеного, пов'язаними є учасники процедури закупівлі, якщо вони, як юридична особа, прямо або опосередковано підпорядковані іншій особі-учасникові згідно з правами, зафіксованими в установчих документах або угодах (контрактах), зокрема про довірче управління, про спільну діяльність, про оренду, про лізинг, про фінансову підтримку, про створення суб'єкта господарювання, та/або у своєму складі мають одних і тих самих фізичних осіб, що й інша особа — суб'єкт господарювання, які посідають одну з перелічених нижче посад, а саме: керівника, заступника керівника, або не менше половини одних і тих самих фізичних осіб є членами спостережної ради чи виконавчого, контролюючого органів.

Антимонопольний комітет відповідно до затвердженої Методики вважає, що вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних осіб на іншу особу — суб'єкта господарювання — може виникати, зокрема, у випадках, коли особа чи кожна з пов'язаних осіб стосовно іншої особи — суб'єкта господарювання — прямо або опосередковано:

володіє чи управляє (користується) часткою (паєм, акціями) в статутному фонді в розмірі більше ніж 25 відсотків;

та/або має більше ніж 25 відсотків голосів у вищих органах управління;

та/або має повноваження призначати більше ніж 25 відсотків членів спостережної ради чи виконавчого, контрольного органу;

та/або має повноваження призначати одну з таких посадових осіб: керівника, заступника керівника, головного бухгалтера;

та/або має право одержувати не менше 25 відсотків прибутку, що залишається в розпорядженні суб'єкта господарювання.

Документи для підтвердження відсутності пов'язаності з іншими особами

Для можливості здійснення аналізу наявності пов'язаності між учасниками насамперед слід перевірити їхні установчі документи, надання яких необхідно включити у вимоги документації конкурсних торгів. Такими документами можуть бути:

рішення власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу про створення юридичної особи (крім приватного підприємства). Якщо власників або уповноважених ними органів два і більше, то таким рішенням є установчий договір, а також протокол установчих зборів (конференції) у випадках, передбачених Законом;

установчий договір, якщо це необхідно для створюваної організаційної форми підприємництва, і статут;

документ, що засвідчує сплату власником (власниками) внеску до статутного фонду суб'єкта підприємницької діяльності;

наказ про створення і статут (положення) під - підприємства;

документи про розподіл повноважень між наглядовими та виконавчими органами суб'єкта господарювання.

Водночас у разі участі в конкурсних торгах учасників господарських товариств замовник може запросити документи про їхніх засновників, а саме:

рішення установчих та загальних зборів господарських товариств, спостережної ради або інших органів управління;

документи про спостережну раду, правління, інші наглядові та виконавчі органи господарських товариств, про їхній персональний склад. Документи про функції та компетенцію виконавчих органів господарських товариств, які покладено на ці органи загальними зборами господарських товариств;

права, передані загальними зборами господарських товариств до компетенції наглядового або виконавчого органу господарських товариств (спостережна рада,



правління або інший орган, передбачений статутом);

персональний склад наглядового органу господарських товариств (спостережної ради або іншого органу) та порядок його формування;

інші факти відповідно до установчих документів, документів перевірок фінансової діяльності господарського товариства і документів обліку та звітності господарських товариств, які можуть мати вирішальний вплив на їхню господарську діяльність.

Отже, при проведенні конкурентних процедур закупівель на плечі замовника лягає обов'язок перевірки документів учасників на предмет наявності ознак пов'язаності між ними. А для цього замовник повинен правильно встановити перелік вимог до учасників з уточненням, які саме документи та в якій формі вони повинні надавати, а в разі виникнення сумнівів скористатися наданим Законом правом та звернутися по уточненню необхідної інформації до уповноважених органів, установ чи організацій.