

Санкції та інші обмеження в публічних закупівлях

Уже минає четвертий рік від того часу, як «смути на українських кордонах» внесла свої корективи в життя закупівельників. Запроваджені **спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи**, а також **адекватні заходи у сфері зовнішньоекономічної діяльності** (далі — ЗЕД) лише набирають обертів, додаючи ще один клопіт тендерним комітетам (уповноваженим особам), які щоразу при визначенні контрагента мають з'ясувати, а чи мають вони право укласти із цим контрагентом договір.

У № 8 (59) за серпень 2016 року на стор. 18–21 ми вже зверталися до теми санкцій у статті «Економічні санкції і державні (публічні) закупівлі». Тож які санкції ми маємо сьогодні та на які з них слід зважати в публічних закупівлях? Чим відрізняються персональні санкції від адекватних заходів та спеціальних санкцій у сфері ЗЕД? Кого остерігатися? Як не допустити порушення і чого чекати, якщо таки прогледити? І що робити, якщо не можна, але дуже треба? Відповіді на ці питання пропонуємо на сторінках серпневого випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель».

Законодавство про санкції та інші обмеження



№	Різнovid норма- тивно-правового акта	Назва та реквізити	Вид обмеження
1	Закони	Від 14.08.2014 № 1644- VII «Про санкції»	Санкції
		Від 14.10.2014 № 1702-VII «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»	Санкції
		Від 16.04.1991 № 959-XII «Про зовнішньоекономічну діяльність»	Адекватні заходи та спеціальні санкції
		Від 05.06.1997 № 318/97-ВР «Про видавничу справу»	Інші обмеження
2	Рішення Ради національної безпеки і оборони України	Від 28.04.2017 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 15.05.2017 № 133/2017	Санкції
		Від 02.05.2018 «Про застосування та скасування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 14.05.2018 № 126/2018	Санкції
		Від 01.03.2018 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», затверджене Указом Президента України від 06.03.2018 № 57/2018 (згідно із цим рішенням під санкції потрапили лише кілька банків, тож у рамках статті ми його не розглядатимемо)	Санкції
3	Постанови Кабінету Міністрів України	Від 30.12.2015 № 1147 «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації» (зі змінами)	Адекватні заходи
		Від 30.12.2015 № 1146 «Про ставки ввізного мита стосовно товарів, що походять з Російської Федерації»	Адекватні заходи

Що таке санкції

У найбільш загальному значенні **санкція** — це негативний наслідок для особи, що порушує те чи інше правило, певне покарання, яке проявляється в різних формах обмеження чи позбавлення певних прав або благ.

Українське законодавство знає чимало таких покарань, які так чи інакше стосуються публічних закупівель (п'ять з них названо у статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі» як безумовні підстави для відхилення тендерної пропозиції). Однак у рамках цієї статті ми розглядатимемо лише такі:

спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (далі — санкції), передбачені Законом України «Про санкції»;

адекватні заходи, передбачені Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (далі — Закон про ЗЕД);

спеціальні санкції за порушення законодавства про ЗЕД, передбачені Законом про ЗЕД (далі — спеціальні санкції).

Спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи

Спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи, або просто санкції, увійшли в правову систему України з прийняттям Закону України «Про санкції». Цей Закон називає 24 види санкцій, однак не обмежується ними: уповноважений суб'єкт може вигадати будь-який новий вид, аби тільки він відповідав принципам застосування санкцій, установленим Законом (стаття 4 Закону України «Про санкції»). Наприклад, заборона на встановлення ділових контактів та зупинення фінансових операцій; заборона діяльності на території України та зупинення фінансових операцій; заборона інтернет-провайдерам надання послуг з доступу користувачам мережі Інтернет до ресурсів/сервісів згідно з переліком; заборона укладати та виконувати умови договорів щодо інтеграції та обслуговування програмних продуктів виробництва АТ «Петер-Сервіс» і ТОВ «Петер-Сервіс Україна та ін.

Усі санкції поділяються на три категорії: персональні, секторальні та проти іноземної держави.

Персональними є санкції, що застосовують до конкретних осіб, а саме: окремих іноземних юридичних осіб, юридичних осіб, які знаходяться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність. Рішення про їх застосування щодо будь-якої особи приймає лише один суб'єкт — Рада національної безпеки та оборони України (далі — РНБО), вводиться в дію Указом Президента України.

Секторальні санкції — це санкції щодо невизначеного кола осіб певного виду діяльності. Рішення про застосування секторальних санкцій, а також санкцій проти іноземної держави приймає РНБО, вводиться в дію Указом Президента України та має бути додатково затверджене Верховною Радою України у формі постанови, після чого й набуває чинності. Припинення дії міжнародних договорів як санкція, згідно із цим Законом, здійснюється лише Парламентом (стаття 5 Закону України «Про санкції»).

Оскільки рішення про різні категорії санкцій приймають різні суб'єкти, то вони ніколи не будуть об'єднані в одному акті (тобто в одному рішенні РНБО не можуть одночасно бути персональні і секторальні санкції).

Станом на сьогодні ми маємо три чинні акти РНБО про застосування санкцій (лише персональних), а саме:

null

Рішення від 28.04.2017 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 15.05.2017 № 133/2017 (далі — Рішення РНБО від 28.04.2017);

Рішення від 02.05.2018 «Про застосування та скасування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом

Президента України від 14.05.2018 № 126/2018 (далі — Рішення РНБО від 02.05.2018);

Рішення від 01.03.2018 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 06.03.2018 № 57/2018 (згідно із цим рішенням під санкції потрапили лише кілька банків, тож у рамках статті ми його не розглядатимемо).

Чинний перелік осіб, до яких застосовано санкції, чималий, він охоплює кілька тисяч осіб.

Оскільки усі санкції, передбачені Рішенням РНБО від 28.04.2017 та Рішенням РНБО від 02.05.2018, є персональними, **це означає, що вони стосуються виключно названих у цих рішеннях осіб і не стосуються їхніх родичів, партнерів, засновників, учасників і т. д.**

Строк дії санкцій визначено переважно роками (для деякого — санкції безстрокові), що обраховуються за правилами, встановленими статтею 254 ЦК України, і починається в день набрання чинності Указом Президента України від 15.05.2017 № 133/2017 та Указом Президента України від 14.05.2018 № 126/2018, тобто з 17.05.2017 та 19.05.2018 відповідно. Таким чином, **строк дії річних санкцій, що були впроваджені Рішенням РНБО від 28.04.2017, спливає 16.05.2018, а трирічний — спливає 16.05.2020. Трирічні санкції, впроваджені Рішенням РНБО від 02.05.2018, закінчаться 18.05.2021.**

Детальніше про обрахунок строків читайте у статті «Фальстарт у публічних закупівлях, або Вчинення дії до початку перебігу строку» — випуск журналу «Радник в сфері державних закупівель» № 5 (80) за травень 2018 року, стор. 26–29.

Строк дії санкцій, введених рішеннями РНБО

№	Рішення РНБО, яким введено санкцію	Строк дії річних санкцій	Строк дії трирічних санкцій
1	Від 28.04.2017 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 15.05.2017 № 133/2017	З 17.05.2017 по 16.05.2018 включно	З 17.05.2017 по 16.05.2020 включно
2	Від 02.05.2018 «Про застосування та скасування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введене в дію Указом Президента України від 14.05.2018 № 126/2018	З 19.05.2018 по 18.05.2019 включно	З 19.05.2018 по 18.05.2021 включно

Мінекономрозвитку тричі висловлювалося з питань санкцій у листах «Щодо застосування санкцій» від 16.10.2015 № 3302-05/34390-06, від 07.06.2017 № 3304-06/18970-06 та від 19.06.2018 № 3304-04/26252-07.

Заборона здійснення державних закупівель як санкція

У сфері публічних закупівель найбільше значення має санкція, передбачена пунктом 10 частини 1 статті 4 Закону України «Про санкції», у вигляді **заборони здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб-резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави, а також державних закупівель у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із цим Законом** (далі — санкція у вигляді заборони державних закупівель).

Ця санкція викликає три ключові питання:

null

якщо в назві санкції сказано «державних закупівель», які в Україні вже два роки не проводять, то чи актуальна ця норма взагалі, тобто чи стосується вона публічних закупівель?

чи поширюється ця санкція лише на прямі договори з підприємством (тобто договори без посередників, незалежно від їх ціни), до якого вона застосована, чи навпаки — охоплює договір з будь-яким суб'єктом господарювання, якщо його предметом є продукція (роботи, послуги — у порядку субпідряду), що виробляє підприємство під санкціями?

яким чином цю норму застосовують до фізичних осіб?

1. Чи стосується публічних закупівель санкція у вигляді заборони державних закупівель?

Відповідь на це питання дало Мінекономрозвитку листом від 07.06.2017 № 3304-06/18970-06 «Щодо застосування санкцій». Уповноважений орган звернув увагу замовників на чималий перелік (майже сотня!) фізичних та юридичних осіб, до яких застосовано санкцію у вигляді заборони здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб-резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави, а також державних закупівель у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із цим Законом, і **наголосив на необхідності зважати на вимоги Закону України «Про санкції» при здійсненні публічних закупівель**. Інакше

кажучи: **незважаючи на застарілу назву, санкція, встановлена пунктом 10 частини 1 статі 4 Закону України «Про санкції», поширюється на публічні закупівлі, що здійснюються відповідно до чинного законодавства. Навіть більше: замовникам публічних закупівель (та й загалом усьому державному секторові економіки) доцільно тлумачити цю норму широко, не заповуючи в суб'єктів під вказаною санкцією жодні товари, роботи чи послуги, незалежно від їх вартості.**



**Витяг з листа Мінекономрозвитку
від 07.06.2017 № 3304-06/18970-06 «Щодо застосування санкцій»**

...Указом Президента від 15.05.2017 N 133/2017 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 28 квітня 2017 року «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» уведено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 28 квітня 2017 року «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» (далі — рішення РНБО)... ..До суб'єктів, визначених пунктами 660, 661, 662, 663 додатка 1 до рішення РНБО... та до суб'єктів, визначених пунктами 98, 99, 136, 138, 139, 140, 141, 232, 233, 239, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468 додатка 2 до рішення РНБО, застосовано, зокрема, заборону здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб — резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких перебуває у власності іноземної держави, а також державних закупівель в інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із цим Законом (тобто Законом України «Про санкції» — прим. А. М.); до суб'єкта, визначеного пунктом 415 додатка 2 до рішення РНБО, застосовано, зокрема заборону здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг.

Разом з тим частиною другою статті 6 Закону України «Про санкції» встановлено, що

закони та інші нормативно-правові акти України діють у частині, що не суперечить цьому Закону. Таким чином, при здійсненні закупівель відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» замовникам необхідно ураховувати вимоги Закону України «Про санкції» та Указу Президента від 15.05.2017 № 133/2017 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 28 квітня 2017 року «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)».

До речі, ця санкція є персональною і поширюється на закупівлю будь-якого товару, роботи чи послуги в особи, до якої вона застосована, незалежно від їх різновиду та країни походження.

Слід водночас звернути увагу, що цьогорічним Рішенням РНБО від 02.05.2018 санкцію у вигляді заборони державних закупівель застосовано до понад півтори сотні юридичних осіб (додаток 2 до вказаного рішення). Новий перелік частково дублює попередній, наведений у Рішенні РНБО від 28.04.2017, адже торік цю санкцію застосовували здебільшого строком на 1 рік, тож станом на день прийняття нового рішення РНБО річні санкції закінчували свою дію.



**Витяг з листа Мінекономрозвитку
від 19.06.2018 № 3304-04/26252-07 «Щодо застосування санкцій»**

...Так, до суб'єктів, визначених пунктами 660, 661, 662, 663, 697, 698 додатка 1 до рішення РНБО, застосовано, зокрема заборону здійснення державних закупівель товарів, робіт та послуг у юридичних осіб — резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави, а також державних закупівель у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно з цим Законом.

До суб'єктів, визначених пунктами 1, 4, 12, 14, 28, 32, 35, 51, 60, 65 додатка 2 до рішення РНБО, застосовано, зокрема заборону здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб — резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб.

До суб'єктів, визначених пунктами 96, 97, 134, 136, 137, 138, 230, 236, 271-279, 280-289, 290-299, 300-309, 310-319, 320-329, 330-340, 341-351, 360, 361, 370-373, 380, 381, 394-399, 400-403, 416-428, 436-449, 711-721, 755 додатка 2 до рішення РНБО, застосовано, зокрема заборону здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб — резидентів

іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких перебуває у власності іноземної держави, а також державних закупівель в інших суб`єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із Законом.

До суб`єктів, визначених пунктами 458, 459, 460–469, 470–480 застосовано, зокрема інші санкції, що відповідають принципам їх застосування, встановленим цим Законом (заборона здійснення державних закупівель товарів, послуг, робіт та виконання державними органами, підприємствами організаціями України програмних продуктів «Система управління підприємством Афіна», «Система зведення та аналізу звітності Афіна», «Система управління бюджетною установою Афіна», «Система управління підприємством Афіна-Сіквел», «Система управління бюджетною установою Афіна-Сіквел», «Система управління Афіна-Сіквел для бюджетних установ», «Система управління Афіна-Сіквел для підприємств», «Система управління підприємством jSolutions», «Система управління бюджетною установою jSolutions», «Система управління jПарус», «Система управління бюджетною установою jПарус-Бюджет», «Комплексна система автоматизації управління бюджетною установою Парус-Бюджет, версія 8», «Комплексна система автоматизації управління підприємством Парус-Підприємство, версія 8»).

Чи поширюється санкція у вигляді заборони державних закупівель лише на прямі договори (договори без посередників, незалежно від їх ціни)? Чи й на договори з посередниками?

Стосовно цього питання логіка нашіптує, що автори Закону України «Про санкції» мали на меті не допустити спрямування державних коштів у кишеню конкретно визначених підприємств, кількість посередників між ними та українським замовником не мала б грати жодної ролі. Однак насправді пункт 10 частини 1 статті 4 цього Закону сформульований інакше. Уважно вчитавшись у названу норму, ми побачимо, що вона складається з двох частин і охоплює дві різні категорії підприємств:

юридичних осіб — резидентів іноземної держави державної форми власності та

юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави;

інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, **до якої застосовано санкції згідно із цим Законом.**

Пригадавши названі вище категорії санкцій (проти держави, секторальні та персональні) та порядок їх накладення, стає зрозумілим, що **заборона державних закупівель в інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із цим Законом, діятиме лише в разі застосування санкцій проти конкретної іноземної держави, рішення РНБО щодо якої не лише вводиться в дію Указом Президента України, але й затверджуються постановою Верховної Ради України.** А оскільки жодної такої постанови, у тому числі щодо Російської Федерації, український парламент ще не приймав, то значить **ніякого генерального табу на публічні закупівлі товарів, робіт і послуг походженням з Російської Федерації (далі — РФ) на даний час немає** (про обмеження на ввезення на митну територію окремих товарів з РФ ітиметься далі).

Також варто згадати, що санкції можуть бути застосовані лише до обмеженого кола осіб: відповідно до частини 2 статті 1 Закону України «Про санкції» санкції можуть бути застосовані Україною щодо іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність. Інакше кажучи, якщо певне підприємство не відповідає ознакам, наведеним у першій частині пункту 10 частини 1 статті 4 Закону України «Про санкції» (тобто не є резидентом іноземної держави державної форми власності, і жодна частка у його статутному капіталі не належить іноземній державі), то санкції до нього можуть бути застосовані лише у двох випадках: або це підприємство знаходиться під контролем іноземної юридичної особи або фізичної особи-нерезидента, іноземця чи апатрида; або залучене до терористичної діяльності. Наостанок нагадаємо, що санкція, про яку йдеться, належить до персональних (частина 3 статті 5 Закону України «Про санкції»), а отже, суб'єкти, що під неї підпадають, мають бути чітко поіменовані в рішенні РНБО. З наведеного робимо висновок, що **на даний час санкція у вигляді заборони державних закупівель, передбачена пунктом 10 частини 1 статті 4 Закону України «Про санкції», поширюється лише на прямі договори (тобто договори без посередників, незалежно від їх ціни) з особами, до яких вона застосована згідно з Рішенням РНБО від 28.04.2017 та Рішенням РНБО від 02.05.2018.** Якщо РНБО має на меті заборонити використання конкретного товару, то про це буде прямо вказано у її рішенні, наприклад: «Інші санкції, що відповідають принципам їх застосування, встановленим цим Законом (заборона здійснення державних закупівель товарів, робіт та використання

державними органами підприємствами, установами і організаціями України програмних продуктів «Система управління підприємством Афіна»...). І це вже буде не санкція у вигляді заборони державних закупівель, передбачена пунктом 10 частини 1 статті 4 Закону України «Про санкції», а інша санкція, право установити (вигадати) яку надано пунктом 25 частини 1 статті 4 цього Закону.

Як застосовують санкцію у вигляді заборони державних закупівель до фізичних осіб?

Відповідь на третє питання актуальна у зв'язку з тим, що в додатку 1 до Рішення РНБО від 28.04.2017 (пункти 660–663) вказано 4 фізичні особи, а в додатку 1 до Рішення РНБО від 02.05.2018 — 6 фізичних осіб, що підпали під дію санкції у вигляді заборони державних закупівель. А саме питання вникає через те, що, згідно з пунктом 10 частини 1 статті 4 Закону України «Про санкції», заборону здійснення державних закупівель застосовують за конкретних умов або щодо юридичних осіб, або щодо інших суб'єктів господарювання. З додатків 1 до Рішення РНБО від 28.04.2017 та Рішення РНБО від 02.05.2018 випливає, що названі в них фізичні особи не є ані першим, ані другим. Тобто вказана санкція хоча й стоїть навпроти їхніх прізвищ, та насправді ніяк до них не застосована.

Разом з тим будь-які сумніви замовника з приводу (не)застосування санкцій до конкретного учасника можна вирішити в результаті звернення до РНБО по роз'ясненні її рішення стосовно конкретного підприємства чи особи.

Інші санкції, що впливають на публічні закупівлі

Хочемо звернути увагу замовників на те, що санкція у вигляді заборони державних закупівель не єдина, на яку слід зважати як при проведенні публічних закупівель, так і при укладенні угод в інший спосіб. Наприклад:

санкція у вигляді заборони здійснення державних закупівель товарів, послуг, робіт та використання державними органами, підприємствами, установами і організаціями України певних програмних продуктів (пункт 25 частини 1 статті 4 Закону) — модифікація розглянутої нами вище санкції у вигляді заборони здійснення державних закупівель, запроваджена в Рішенні РНБО від 02.05.2018. Відрізняється від «базової версії» тим, що заборона поширюється не на будь-які закупівлі, а тільки на закупівлі конкретно визначених у нормі товарів/робіт/послуг, у даному випадкові — програмних продуктів згідно з переліком, незалежно від їх вартості та постачальника (тобто ця санкція стосується і будь-яких посередників між замовником та виробником);

санкція у вигляді блокування активів (пункт 1 частини 1 статті 4 Закону) перешкодить виконати договір, для виконання якого ці заблоковані активи

необхідні;

санкція у вигляді зупинення виконання економічних та фінансових зобов'язань (пункт 5 частини 1 статті 4 Закону), застосована до банку, перетворить видані цим банком гарантії на прості папірці. На зазначену обставину слід зважати замовникам, на тендер до якого зголосилися нерезиденти: як повідомило Мінекономрозвитку в листі від 17.01.2018 № 3304-06/1900-06 «Щодо учасників-нерезидентів» (з посиланням на лист НБУ від 18.12.2017 № 57-0007/84845), надання гарантій за тендерними пропозиціями учасників публічних закупівель, які є нерезидентами, у більшості випадків здійснюватимуть саме банки-нерезиденти (лише сплата коштів може бути здійснена банком-резидентом у разі наявності контргарантії).

санкція у вигляді анулювання або зупинення ліцензій та інших дозволів (пункт 6 частини 1 статті 4 Закону) з очевидних причин унеможливить ліцензовану господарську діяльність учасника на території України;

санкція у вигляді заборони передання технологій, прав на об'єкти права інтелектуальної власності (пункт 19 частини 1 статті 4 Закону) перешкоджає правочинам, в рамках яких українська сторона дає доступ до власних ноу-хау;

санкція у вигляді обмеження торговельних операцій унеможлиблює будь-яку торговельну операцію з відповідною компанією, у той час як обмеження експортних операцій є перешкодою для продажу власних товарів підприємству під санкціями (пункт 25 частини 1 статті 4 Закону);

а якщо підприємство перебуває під санкцією у формі заборони на встановлення ділових контактів (пункт 25 частини 1 статті 4 Закону), то й дивитися у його бік не слід.

Ще раз нагадаємо, що стаття 4 Закону про санкції дозволяє уповноваженому суб'єкту вигадати будь-який новий вид санкцій, аби тільки він відповідав принципам застосування санкцій, установленим Законом. Тож з кожним новим рішенням РНБО можна очікувати нового виду санкцій, які так чи інакше стосуватимуться витрачання коштів замовниками.

У цьому контексті згадаємо і запроваджене торік обмеження на ввезення книг та іншої видавничої продукції з Російської Федерації та АР Крим. Так, статтею 28-1 Закону України «Про видавничу справу» встановлено: видавнича продукція, що має походження або виготовлена та/або ввозиться з території держави-агресора, тимчасово окупованої території України, може бути ввезена на митну територію України та розповсюджена на її території за умови наявності відповідного дозволу, крім видавничої продукції, яку

громадяни ввозять у ручній поклажі або супроводжуваному багажі загальною кількістю не більше 10 примірників. Такий дозвіл видає Держкомтелерадіо, переконавшись, що видавнича продукція не спрямована на повалення конституційного ладу, не вихваляє державу-агресора, не містить шаржів державних символів і не порушує інші установлені обмеження у видавничій справі. Необхідність отримання дозволу не є санкцією у розумінні Закону України «Про санкції», хоча і створює певні незручності для постачальників. На [веб-сторінці](#) Держкомтелерадіо у відкритому доступі можна знайти офіційний Реєстр видавничої продукції держави-агресора, дозволеної до ввезення та розповсюдження на території України, тож замовникові при закупівлі видавничої продукції помилитися складно: достатньо звіритися з названим реєстром. Постачальникові за реалізацію згаданої продукції без дозволу загрожує адміністративно-господарський штраф у розмірі 10 мінімальних заробітних плат за кожен випадок такого розповсюдження, вчиненого вперше, та в розмірі 50 мінімальних заробітних плат за кожен наступний випадок такого розповсюдження, а на додачу — вилучення продукції з обігу.

Адекватні заходи за законодавством про ЗЕД

Цьогоріч Україна відзначає 10-ту річницю вступу до Світової організації торгівлі — міжнародної організації, що дбає про лібералізацію та стабільне функціонування міжнародної торгівлі. Відносини в рамках СОТ здебільшого будують за принципом «я тобі — ти мені»: країни взаємно йдуть на поступки, усуваючи бар'єри для вільної торгівлі. І навпаки: якщо одна країна шкодить інтересам іншої, то гарантовано отримає неприємності у відповідь.

Такі інструменти передбачені й українським законодавством. Так, відповідно до частини 1 статті 29 Закону про ЗЕД у разі якщо держави, митні союзи або економічні угруповання обмежують реалізацію законних прав та інтересів суб'єктів ЗЕД України, то у відповідь на такі дії можуть бути застосовані адекватні заходи. Такими заходами відповідно до частин 3 і 12 статті 29 Закону про ЗЕД є:

- застосування повної заборони (повного ембарго) на торгівлю;
- застосування часткової заборони (часткового ембарго) на торгівлю;
- позбавлення режиму найбільшого сприяння або пільгового спеціального режиму;
- запровадження спеціального мита;
- запровадження режиму ліцензування зовнішньоекономічних операцій;
- встановлення квот;

інші заходи, передбачені законами та міжнародними договорами України;

додаткові заходи у відповідь на дискримінаційні та/або недружні дії держави-агресора чи держави-окупанта: заборона зовнішньоекономічних операцій або встановлення обмеження на їх здійснення; скасування тарифних пільг (тарифних преференцій) щодо ставок Митного тарифу України в результаті зупинення звільнення від оподаткування ввізним митом, застосування пільгових чи повних ставок ввізного мита або скасування тарифних квот.

Саме так сталося у відносинах між Україною і Росією: **у відповідь на введення Урядом РФ в дію рішення щодо заборони ввезення на митну територію РФ товарів сільськогосподарського призначення, продукції та сировини, що походять з України, Уряд України прийняв Постанову від 30.12.2015 № 1147 «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації» (далі — Постанова № 1147). Усе, що не потрапило в перелік до Постанови № 1147, Уряд обклав ввізним митом за пільговими ставками (на відміну від безмитного режиму, що існував до цього) Постановою від 30.12.2015 № 1146 «Про ставки ввізного мита стосовно товарів, що походять з Російської Федерації» (на підставі частини 12 статті 29 Закону про ЗЕД).**

Постанова № 1147 — це прояв часткового ембарго, яке Кабінет Міністрів України може накладати лише відносно держави, визнаною Верховною Радою України державою-агресором та/або державою-окупантом; стосовно будь-яких інших держав ембарго (повне або часткове) запроваджує Верховна Рада України (частина 1 статті 9, частина 11 статті 29 Закону про ЗЕД). Чинне обмеження діє до кінця 2018 року, але буде припинено раніше в разі припинення з боку РФ заборони на ввезення сільськогосподарської продукції з України (частина 10 статті 29 Закону про ЗЕД).

На відміну від персональних санкцій, установлених Рішенням РНБО від 28.04.2017 та Рішенням РНБО від 02.05.2018, введене Постановою № 1147 обмеження не є персональним: воно поширюється не на конкретних осіб, а на товари, незалежно від того, хто і звідки їх ввозить на територію України — резидент України, російське держпідприємство чи західноєвропейська корпорація. Окрім того, установлене Постановою № 1147 часткове ембарго як адекватний захід діятиме доти, доки не мине його першопричина (поки РФ не скасує обмеження на ввезення української сільгосппродукції). Якщо цього не станеться до кінця поточного року, то дію названої постанови буде знову продовжено.

Згідно з Постановою № 1147, заборонено до 31 грудня 2018 року (включно) ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації, за переліком згідно з додатком, що включає близько 70 позицій, зокрема різні види м'яса, риби, молочної продукції, сирів, чаю, кави, зерна, консервів, солодоців, соусів, алкогольних напоїв та пива, кормів для собак і котів, сигарет, продуктів дитячого харчування, мінеральних

добрив, гербіцидів, поліетилену, засобів гігієни, а також обладнання для залізниць та трамвайних колій, дизель-електричні локомотиви. Гарна новина полягає в тому, що всі ці позиції не є чимось ексклюзивним (інакше б заборону ніхто не вводив). Назване можна придбати і в українського виробника (чи імпортувати з іншої країни).

Не кожен замовник знайде в Постанові № 1147 товари, які він планував закупити, проте кожен замовник повинен дослідити цей список. Наприклад, установи Міноборони та заклади пенітенціарної системи закуповують великими партіями харчові продукти, у тому числі консерви, та засоби гігієни; освітні та медичні заклади, які годують своїх підопічних не за договором з підприємствами громадського харчування, так само купують широкий спектр харчових продуктів; будинки маляти закуповують дитяче харчування; місцевим адміністраціям та підприємствам комунального транспорту слід пам'ятати про обмеження щодо обладнання для трамвайних колій, а комунальним зоопаркам та звіринцям — про такі ж обмеження стосовно кормів тощо. **Якщо замовник придбаває не товари, а послуги, в ході надання яких ці товари використовують [наприклад, не харчові продукти, а послуги з організації харчування (кейтерингові послуги)], то установлені Постановою № 1147 обмеження його не стосуються.**

Контроль за реалізацією заборони здійснює прикордонна служба та митні органи. Та якщо замовник має намір закупити товар, названий у додатку Постанови № 1147, і хоче переконатися, що цей товар не буде контрабандою з держави-агресора, то йому доцільно включити до тендерної документації вимогу щодо підтвердження країни походження товару. Документами, що підтверджують країну походження товару, є: сертифікат про походження товару, засвідчена декларація про походження товару, декларація про походження товару, сертифікат про регіональне найменування товару (стаття 43 Митного кодексу України).

Зразок

Для підтвердження країни походження товару, що є предметом закупівлі, учасники подають один з документів (засвідчену копію), перелічених у статті 43 Митного кодексу України, а саме: сертифікат про походження товару, засвідчену декларацію про походження товару, декларацію про походження товару, сертифікат про регіональне найменування товару.

Спеціальні санкції для суб'єктів ЗЕД

У сфері ЗЕД існує поняття спеціальних санкцій, які не мають нічого спільного із Законом України «Про санкції». Відповідно до статті 37 Закону про ЗЕД за порушення цього або пов'язаних з ним законів України до суб'єктів ЗЕД або іноземних суб'єктів господарської

діяльності можуть бути застосовані такі спеціальні санкції: накладення штрафу; застосування індивідуального режиму ліцензування; **тимчасове зупинення ЗЕД.**

Спеціальні санкції мають виключно персональний характер. Застосовує їх Мінекономрозвитку за поданням Державної фіскальної служби, Державної аудиторської служби, правоохоронних органів, Нацкомфінпослуг та ін. **Інформація про накладення спеціальних санкцій, їх зупинення та зняття доступна безкоштовно в мережі Інтернет на сторінці Мінекономрозвитку: <http://www.me.gov.ua/SpecialSanctions/>.**

У сфері публічних закупівель увагу привертає насамперед **тимчасове зупинення ЗЕД**, оскільки ця спеціальна санкція **унеможлиблює укладення та виконання відповідного зовнішньоекономічного контракту**. Тимчасове зупинення ЗЕД діє до моменту усунення порушень законодавства України або застосування практичних заходів, що гарантують виконання цього Закону та/або пов'язаних з ним законів України, але не більше 3 місяців з дати винесення відповідного рішення Мінекономрозвитку. Цей строк може бути продовжено за рішенням суду. Після тимчасового зупинення ЗЕД Мінекономрозвитку переводить порушників на індивідуальний режим ліцензування.

Відображення обмежень у тендерній документації

Замовникам доцільно включити до складу тендерної документації загальний перелік санкційного законодавства, який ми навели вище, запитавши в учасників довідку (інформацію) довільної форми про відсутність обставин, що перешкоджають укладенню та виконанню договору про закупівлю (див. зразок). Така довідка служитиме нагадуванням як самим учасникам, так і членам тендерного комітету (уповноваженій особі) замовника, про обставини, які підлягають перевірці на етапі кваліфікації та повторно безпосередньо перед укладенням договору.

Зразок

У складі тендерної пропозиції учасник подає довідку довільної форми про те, що він не перебуває під дією спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів, передбачених Законом України «Про санкції», чи спеціальних санкцій за порушення законодавства про зовнішньоекономічну діяльність, а також будь-яких інших обставин та заходів нормативного, адміністративного чи іншого характеру, що перешкоджають укладенню та/або виконанню договору про закупівлю.

Перевірку правдивості такої довідки здійснює тендерний комітет (уповноважена особа) таким чином: стосовно персональних санкцій — звірянням даних учасника, що надав найбільш економічну вигідну пропозицію, з переліками в додатках № 1 і № 2 до Рішення РНБО від 28.04.2018 та Рішення РНБО від 02.05.2018; стосовно спеціальних санкцій — за

допомогою веб-сервісу «Спеціальні санкції» на сторінці Мінекономрозвитку <http://www.me.gov.ua/SpecialSanctions/>. Перевірку документів про походження товару здійснюють у першоджерела (виробника продукції або відповідної торгово-промислової плати).

Водночас якщо на момент кваліфікації учасник перебуває під дією будь-якого обмеження, у тому числі персональної чи спеціальної санкції, які перешкоджають укладенню та виконанню договору про закупівлю, пропозиція такого учасника має бути відхилена, незалежно від того, чи вимагав замовник довідку про відсутність таких обмежень. Пам'ятаймо, що закон діє незалежно від того, чи згадав про нього замовник у тендерній документації, чи ні. Підставою для відхилення в такому випадкові може рівною мірою бути або частина 7 статті 28, або пункт 4 частини 1 статті 30 Закону про публічні закупівлі, адже тендерна пропозиція такого учасника в частині можливості поставки товару (виконання робіт, надання послуг) відповідно до умов тендерної документації не відповідає дійсності.

Припустімо, замовник оголосив закупівлю товару, що на момент публікації оголошення не входив до переліку Постанови № 1147, однак у ході процедури закупівлі до Постанови № 1147 було внесено зміни, і предмет закупівлі підпав під заборону ввезення на митну територію України. Що робити? У такій ситуації замовникові важливо переконатися, що переможець тендеру зможе виконати договір, особливо з огляду на те, що не всі учасники-посередники мають товар із запасом. Якщо аукціон ще не відбувся, то доцільно внести зміни до тендерної документації, запитавши в учасників документ про проходження товару і попередивши їх про запроваджену санкцію. Якщо аукціон відбувся і переможець якраз мав намір поставляти імпортований з РФ товар, то це ще не означає, що він не зможе виконати договір. Такий переможець може мати запаси, достатні для поставки, або спішно змінити постачальників. У будь-якому випадкові до укладення договору замовник має отримати підтвердження від такого переможця щодо можливостей виконання майбутнього договору. Відмову надати таке підтвердження (у довільній формі) слід розцінювати як відмову від укладення договору (невідповідність тендерної пропозиції вимогам тендерної документації, якщо триває етап кваліфікації) і відхилити пропозицію на підставі абзацу 2 пункту 2 частини 1 статті 30 та частини 3 статті 32 (пункту 4 частини 1 статті 30) Закону про публічні закупівлі.

Пам'ятка для тендерного комітету щодо санкцій та інших обмежень:

- ✓ включити до тендерної документації перелік санкційного законодавства (щоб не довелося потім окремо роз'яснювати учасникам, якими актами які обмеження запроваджено);
- ✓ включити до тендерної документації вимогу про надання учасником довідки в довільній формі, що він не перебуває під дією обставин та заходів, які перешкоджають чи унеможливають укладення та/або виконання майбутнього договору про закупівлю;
- ✓ на етапі кваліфікації та повторно безпосередньо перед укладенням договору перевірити, чи не з'явилися обставини, що унеможливають укладення та виконання договору.

Договір зі штрафником

Питання стосовно наслідків укладення договору з учасником, який перебуває під дією якихось обмежень, залежить, по-перше, від характеру цих обмежень, а по-друге, від того, чи існували обмеження на момент укладення договору і чи знав (або повинен був знати) про них замовник.

Договір з учасником під персональними санкціями може розцінюватися як такий, що порушує публічний порядок і залежно від конкретних обставин визнаватися нікчемним, або недійсним у судовому порядку (стаття 228 ЦК України).

Якщо постачальник, що не виконав договір, підпав під санкцію у вигляді заборони участі в публічних закупівлях (а також інших санкцій, які унеможливають укладення договору про публічні закупівлі: зупинення торговельних операцій; заборона встановлення ділових контактів і т. д.), то зобов'язання за таким договором припиняється неможливістю його виконання (стаття 607 ЦК України), якщо тільки не відбудеться заміна боржника в результаті правонаступництва.

Якщо учасник мав право на укладення договору, але його предметом є поставка товару, стосовно якого після укладення договору запроваджено обмеження (заборону) на ввезення в Україну, то це класичний форс-мажор (і дії сторін залежать від конкретних умов договору). Так, якщо предмет закупівлі складав родовий об'єкт без ідентифікації країни походження та/або виробника (скажімо, 20 тонн ріпчастої цибулі), то виконавець договору про закупівлю просто змінює свого постачальника (і жодних змін у договір про закупівлю не вносять). Якщо продукція в договорі була ідентифікована таким чином, що неможливість її поставки в Україну очевидна, то сторони можуть внести зміни до договору, послуговуючись пунктом 3 частини 4 статті 36 Закону України «Про публічні закупівлі», змінивши відповідні характеристики продукції (інакше кажучи, замінити на аналогічну продукцію іншого виробника). Якщо така заміна неможлива, або ж вимагає ще й зміни ціни, то зобов'язання припиняється неможливістю виконання (стаття 607 ЦК України).

Наслідки застосування до постачальника спеціальної санкції у вигляді тимчасового зупинення ЗЕД залежать від конкретних умов та стадії виконання договору про закупівлю: якщо очевидно, що виконавець не зможе виконати своїх зобов'язання (наприклад, якщо

договір передбачає певний графік поставок, або ж спеціальна санкція діятиме до кінця строку договору, а запаси у виконавця відсутні), то договір підлягає розірванню; в інших випадках — договір виконують відповідно до його умов.

Контроль і відповідальність

Сумнівна юридична сила договору про закупівлю, укладеного з особою під санкціями, — не єдина й не основна проблема замовника, який нехтує установленими заборонами.

Насамперед нагадаємо, що санкції — це питання національної безпеки, а рішення про їх введення — обов'язкове до виконання (статті 1, 5 Закону України «Про санкції»). А отже, і контроль за їх дотриманням здійснюватиме, серед іншого, саме державний правоохоронний орган спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України — Служба безпеки України. Навряд чи серед замовників знайдеться багато охочих доводити СБУ, що укладений з учасником під санкціями договір — це просто помилка, а не замах на фінансування сепаратизму чи державну зраду (статті 110-2 та 111 КК України відповідно, максимальне покарання — 15 років позбавлення волі з конфіскацією майна).

Однак не лише СБУ слідкує за дотриманням установлених персональних санкцій: пунктом 3 Рішення РНБО від 28.04.2017 забезпечити реалізацію і моніторинг ефективності персональних санкцій доручено ще й Урядові разом з Нацбанком. Оскільки Уряд — найвищий орган у системі органів виконавчої влади, це означає, що питання дотримання персональних санкцій буде перевірено в рамках кожного заходу державного нагляду підпорядкованими йому органами (зокрема, Державною аудиторською та Державною фіскальною службами), а також при здійсненні казначейських операцій — Казначейством. Реалізацію санкцій при здійсненні банківських операцій забезпечить НБУ. А отже, навіть якщо договір із особою під санкціями і буде укладеного, жодну копію з державних рахунків (чи то в Казначействі, чи то в комерційних банках) на його виконання не пропустять.

Стосовно часткового ембарго на товари з РФ: ми вже вказали, що жодна позиція у списку заборонених товарів не є чимось ексклюзивним. І замовникові легко уникнути клопоту з можливою контрабандою, запитавши сертифікати походження на товари. Нічого кримінального в договорі про поставку товару під ембарго немає, однак він є завідомо нездійсненним, адже законно виконати його неможливо, бо митниця не пропустить товари, заборонені до ввезення. А виявити цей факт ще до підписання договору можуть і самі учасники процедури закупівель, і зацікавлена громадськість, і Державна аудиторська служба під час моніторингу публічних закупівель. Тож гра, як то кажуть, не вартує свічок. Аналогічна ситуація і з договором з учасником, до якого застосовано спеціальну санкцію у вигляді тимчасового зупинення ЗЕД: жодного криміналу, але й жодного позитивного результату для замовника.

Додатково з інформацією з питань санкційного законодавства можна ознайомитися у статтях, опублікованих у попередніх випусках журналу:

- «Економічні санкції і державні (публічні) закупівлі» — випуск журналу № 8 (59) за серпень 2016 року, стор. 18-21;
 - «Лист МЕРТУ щодо застосування нових санкцій» — випуск журналу № 7 (70) за липень 2017 року, стор. 46;
 - «Мінекономрозвитку оприлюднило інформативного листа щодо застосування санкцій» — випуск журналу № 7 (82) за липень 2018 року, стор. 41.
-