

Свій до свого по-своєму, або Пов'язані особи в публічних закупівлях (частина 1)

Пов'язані особи — свого роду містичне явище в публічних закупівлях: усі про них чули, та мало хто бачив на власні очі (тобто стикався на тендері). На сторінках журналу «Радник у сфері державних закупівель» ми спробуємо цю містику розвіяти і розкажемо, хто такі пов'язані особи і звідки ж вони беруться.

Загальні засади пов'язаності

«Пов'язана особа» — дуже популярний термін українського законодавства, адже має щонайменше три легальних самостійних визначення. Так, пов'язані особи існують у сфері захисту економічної конкуренції [абзац 4 статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III (далі — Закон № 2210)], податкового законодавства (підпункт 14.1.159 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України), протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом [стаття 6 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»] та публічних закупівель (пункт 16 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі», далі — Закон про публічні закупівлі). Українське законодавство знає ще дві суміжні категорії, а саме: кінцевий бенефіціарний власник та особа, зацікавлена у вчиненні господарського зобов'язання. Про те, хто усі вони такі і який стосунок мають до публічних закупівель, і йтиметься далі.

У законодавстві про публічні закупівлі поняття пов'язаності застосовують саме до учасника процедури закупівлі. **Допоки суб'єкт господарювання не подав тендерну пропозицію, він не є учасником процедури закупівлі, незалежно від зв'язків, що існують між ним та замовником чи іншими суб'єктами господарювання. І навпаки: якщо тендер закінчився, а договір укладено — подальший розвиток взаємозв'язків між замовником та виконавцем договору про закупівлю (наприклад, тендерний комітет очолить член сім'ї керівника підприємства-виконавця) вже не має жодного значення.**

Закони формальної логіки стверджують: якщо «А» пов'язане з «Б», то і «Б» пов'язане з «А», тобто якщо учасник «А», чия пропозиція визнана найбільш економічно вигідною, є пов'язаною особою з учасником «Б», що лише чекає своєї черги в надії на розгляд, то і учасник «Б» є пов'язаним з учасником «А».

Для застосування Закону про публічні закупівлі мають значення лише два аспекти: пов'язаність учасників між собою та пов'язаність учасника з членом (членами) тендерного комітету замовника (уповноваженою особою чи особами). Оскільки участь у тендерах закрыта лише для учасників, що пов'язані між собою

чи з членом тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника, а не із самим замовником, то відсутні будь-які законодавчі перешкоди на участь у тендері органу державної влади підприємств, що входять до сфери його управління, або дочірніх підприємств — у закупівлях материнської компанії. Але тут є нюанс: якщо на тендер органу управління (наприклад, міністерства) з'являться два підпорядкованих йому підприємства, то ці підприємства будуть визнані пов'язаними учасниками, як такі, що перебувають під спільним контролем. Пощастить у такій ситуації лише замовникам, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, за умови, що предмет закупівлі необхідний для забезпечення діяльності у вказаних сферах. На такі закупівлі в афілійованих підприємств не поширюються вимоги Закону про публічні закупівлі.

Поняття пов'язаної особи

Відповідно до пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі **пов'язана особа** — особа, яка відповідає будь-якій з таких ознак:

юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі;

фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі;

службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи;

фізичні особи — члени тендерного комітету, керівник замовника та/або члени їхніх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Як бачимо, **взаємозв'язок між особами виражається або через здійснення контролю (у тому числі перебування під спільним контролем), або через відносини представництва.** Цей зв'язок замовник може самостійно виявити, дослідивши пропозиції учасників, насамперед їхні статутні документи.

Під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

Важливо підкреслити, що **визначення «здійснення контролю» є відкритим, тобто перелік засобів здійснення контролю (вирішального впливу) не є вичерпним.**

Альтернативне визначення пов'язаних осіб та контролю міститься в Законі України «Про захист економічної конкуренції» (далі — Закон про конкуренцію). Відповідно до абзацу 4 статті 1 Закону про конкуренцію пов'язаними особами є юридичні та/або фізичні особи, які спільно або узгоджено здійснюють господарську діяльність, у тому числі спільно або узгоджено чинять вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання. Зокрема, пов'язаними фізичними особами вважаються такі, які є подружжям, батьками та дітьми, братами та (або) сестрами. Як бачимо, **відповідно до Закону про конкуренцію взаємозв'язок між особами визначається або через спільну чи узгоджену господарську діяльність (яка може бути, зокрема, наслідком існування відносин контролю), або через родинний зв'язок.** Визначення, надані в Законі про конкуренцію, також є відкритими, тобто не містять виключного переліку ознак, залишаючи, так би мовити, простір для уяви.

Тож ми маємо два закони, які мають на меті захист економічної конкуренції (хоча в Законі про конкуренцію сфера дії ширша — будь-який різновид економічної діяльності, а не лише публічні закупівлі) і які будуть у підсумку застосовані одним і тим самим органом — Антимонопольним комітетом України до одних і тих самих відносин — публічних закупівель, однак дають різні визначення осіб, участь яких у тендері визнається протиправною. **Що ж робити замовникам й учасникам процедур закупівель: слідувати приписам обох законів чи віддати перевагу якомусь одному?**

Зваживши «за» і «проти», робимо такі висновки:

публічні закупівлі здійснюються відповідно до Закону про публічні закупівлі, а тому при відхиленні пропозицій за пунктом 7 частини 1 статті 17 цього Закону замовникові слід керувати визначенням пов'язаних осіб, сформульованим для цілей публічних закупівель, що наведене в пункті 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі;

потенційні учасники публічних закупівель при поданні тендерних пропозицій

мають враховувати положення щодо пов'язаних осіб, викладені в обох законах — і в Законі про публічні закупівлі, і в Законі про конкуренцію, оскільки порушення одного з них призведе до відхилення їхніх пропозиції, а порушення іншого — до притягнення до адміністративно-господарської відповідальності у формі чималого штрафу та автоматичної дискваліфікації з усіх процедур публічних закупівель на наступних три роки.

Далі ми детально зупинимося на окремих ознаках пов'язаності осіб та способах здійснення контролю. При цьому, оскільки визначення в Законі про публічні закупівлі та Законі про конкуренцію подібні, а абсолютна більшість судової практики стосовно пов'язаних осіб — господарські спори щодо скасування рішень Антимонопольного комітету України про накладення штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, для наочної демонстрації розуміння та практики застосування відповідних термінів і Антимонопольним комітетом України, і судами будемо використовувати, у тому числі, позиції судів у спорах з приводу захисту економічної конкуренції.

Пов'язаність через представників

Як зазначено вище, пов'язаними є службові (посадові) особи учасника процедури закупівлі, уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової особи).

Дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків є **правочином** (стаття 202 ЦК України). Правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє, є **представництвом**. Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства (стаття 237 ЦК України).

Службовими (посадовими) особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом (стаття 18 Кримінального кодексу України). Однак **у Законі про публічні закупівлі йдеться не про будь-яких службових (посадових) осіб, а лише про тих, що наділені представницькими функціями**. При цьому йдеться про представництво не

лише в публічних закупівлях, а в будь-якій сфері.

Представницькі функції можуть підтверджуватися такими документами: довіреність — для будь-якої посадової (службової) особи, статут — для будь-якого члена органів управління, наказ чи витяг з нього, посадова інструкція чи положення про структурний підрозділ — для будь-якої посадової (службової) особи.

Учасники процедури закупівлі вважатимуться пов'язаними через своїх представників, якщо:

учасники мають спільних представників або представники є членами сім'ї;

представник одного учасника є одночасно найманим працівником, засновником, учасником, бенефіціаром (контролером) іншого учасника (або ці особи є членами сім'ї).

Спільність іншого персоналу не є ознакою пов'язаності учасників у розумінні Закону про публічні закупівлі: якщо підлогу в обох учасників має одна прибиральниця, а на прохідній через день стоїть той самий сторож — це не привід для відхилення. Та якщо учасники поділяють персонал (насамперед штат спеціалістів, що виконуватимуть майбутній договір), то це є тривожним дзвіночком — вагомим приводом для замовника дослідити склад засновників та керівництва учасника. **Для Антимонопольного комітету України спільний персонал свідчатиме про можливу співпрацю учасників у процедурі закупівлі** (наприклад, див. рішення Господарського суду Хмельницької області від 17.06.2016 у справі № [924/385/16](#) ; рішення Харківського апеляційного господарського суду від 11.01.2017 у справі № [922/2672/16](#)).

Вирішальний вплив

Під здійсненням контролю Закон про публічні закупівлі розуміє можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі. Тут — неспростовна презумпція (тобто припущення, яке неможливо заперечити): якщо наявні обставини (засоби здійснення вирішального впливу), перелічені у законі, то є і можливість здійснення вирішального впливу.

Закон про публічні закупівлі не пояснює, що таке «вирішальний вплив». Нормативне визначення терміна «вирішальний вплив», що застосований у Законі про конкуренцію, міститься в розділі IV Положення про порядок подання та розгляду заяв про попереднє отримання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 № 33-р (у редакції розпорядження від 21.06.2016 № 14-рп), зареєстрованого в Мін'юсті 21.03.2002 за № 284/6572 (далі — Положення про концентрацію). Окрім того,

визначення зазначеного терміна (також для цілей конкурентного законодавства) є в абзаці 5 пункту 2 та пункті 3 Методики визначення відносин контролю, затвердженій розпорядженням Антимонопольного комітету України від 24.12.2002 № 397-р (далі — Методика № 397-р). Однак, на відміну від Положення про концентрацію, Методика № 397-р не є нормативно-правовим актом, оскільки не пройшла державну реєстрацію в Мін'юсті. Антимонопольний комітет України листом від 15.12.2017 № 100-29/02-13709 повідомив, що вважає Методику № 397-р «внутрішнім розпорядженням Комітету», що не підлягає відповідній реєстрації і є чинною на сьогоднішній день.

Звідси маємо: **норми Положення про концентрацію у сфері публічних закупівель можуть бути застосовані за аналогією, а положення Методики № 397-р — ні (вони можуть використовуватися хіба що з довідковою метою).**

Згідно з пунктом 1 розділу IV Положення про концентрацію, **вирішальний вплив однієї особи на господарську діяльність іншої особи — це можливість прийняття нею рішень стосовно визначення господарської діяльності іншої особи, зокрема рішень щодо:**

встановлення загальних умов обороту товарів на ринку (ціни, асортименту товарів, обсягів попиту та пропозиції, обсягів реалізації товарів чи їх придбання, інших умов придбання або реалізації товарів);

визначення обсягів виробництва, ринків товарів, напрямів техніко-технологічного розвитку, інвестицій;

визначення джерел постачання, кола продавців, покупців або споживачів;

укладання угод, умов прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань;

можливості однієї особи не допускати прийняття іншою особою, що здійснює господарську діяльність, рішень, зазначених у підпунктах 1-4 цього пункту.

Засоби набуття вирішального впливу згідно із Законом про публічні закупівлі



№	Різновид засобу набуття вирішального впливу	Примітка
1	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною	Володіння і користування є двома самостійними правами (правомочностями) у складі права власності (стаття 317 ЦК України). Можуть набуватися на підставі правочинів, насамперед — договорів оренди, позички, лізингу, застави, зберігання і т. д.
2	Реалізація прав, повноважень, які забезпечують вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання (текст ...курсивом, — А. М.)	У Законі допущено помилку (описку) при формулюванні норми: слова, що ми виділили курсивом, пропущено. Унаслідок цього, формально не зрозуміло, на формування складу та результати голосування кого має здійснюватися вплив. Ця норма Закону мертва, однак вона компенсується відкритим переліком засобів здійснення вирішального впливу
3	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління юридичної особи	Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори) (стаття 202 ЦК України). Насамперед слід звернути увагу на договори про спільну діяльність, комерційну концесію, комісію, довірче управління, агентський та дилерський договори
4	Реалізація функцій представника юридичної особи (за посадою) — наділення повноваженнями здійснювати від імені особи юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільно-правових відносин	В абзаці 4 пункту 16 частини 1 Закону вказується на «службову (посадову) особу учасника процедури закупівлі». Учасником закупівлі може бути не лише юридична особа, однак поняття «службова (посадова) особа» не застосовується до найманих працівників фізичної особи, тобто «службова (посадова) особа» може бути лише в юридичній особі, працюючи за наймом (трудовим договором)
5	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 % статутного капіталу учасника процедури закупівлі	Ця ознака застосовується лише для тих юридичних осіб, що мають статутний капітал, поділений на частки. Якщо статутний капітал у юридичної особи відсутній, то слід з'ясувати наявність інших засобів набуття вирішального впливу (наприклад, у разі участі в тендері адвокатського об'єднання, один з учасників якого є батьком іншого адвоката — учасника тендеру, що є samozайнятою особою)
6	Інші засоби набуття вирішального впливу	Цей пункт компенсує недоліки визначення в цілому, оскільки дає можливість «підтягнути» під ознаки пов'язаних практично будь-яких учасників, яких замовник підозрює в недобросовісній конкуренції, якщо тільки між ними є певні зв'язки. Сюди можна віднести випадки, коли один учасник має право призначати керівника, заступника керівника або більше ніж 50 відсотків членів спостережної ради чи виконавчого, контрольного органу іншого учасника процедури закупівлі, а також сімейний зв'язок між учасниками, що є фізичними особами

Кінцеві бенефіціарні власники

Поняття «кінцевого бенефіціарного власника (контролера)» міститься в Законі України від 14.10.2014 № 1702-VII «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (далі — Закон № 1702). Відповідно до пункту 20 частини 1 статті 1 Закону № 1702 кінцевий бенефіціарний власник (контролер) — **фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або**

опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі. При цьому кінцевим бенефіціарним власником (контролером) не може бути особа, яка має формальне право на 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого права.

Як бачимо, визначення кінцевого бенефіціарного власника (контролера) у цілому відповідає визначенню пов'язаної особи, наведеному в Законі про публічні закупівлі, у частині фізичної особи або членів її сім'ї, що здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі.

Інформація про кінцевих бенефіціарних власників відображається в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (далі — ЄДР). Відсутність цієї інформації для юридичних осіб, що зобов'язані її подати, є підставою для відхилення пропозиції учасника за пунктом 9 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі. Нагадаємо, що інформацію про кінцевих бенефіціарних власників (контролерів) не подають такі організації: громадські формування (у тому числі споживчі товариства, спілки людей з вадами зору чи слуху і т. д.), адвокатські об'єднання, торгово-промислові палати, об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, релігійні організації, державні органи та органи місцевого самоврядування, їх асоціації, державні та комунальні підприємства, установи, організації. Оскільки зазначені організації не мають кінцевих бенефіціарних власників (якими, нагадаємо, є лише фізичні особи), то і створені ними юридичні особи їх також не матимуть, про що в ЄДР буде внесено запис «кінцевий бенефіціарних власник (контролер) відсутній».

Законом встановлено презумпцію достовірності відомостей, внесених до ЄДР, яка, однак, може бути спростована (стаття 10 Закону України від 15.05.2003 № 755-IV «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань»). Інакше кажучи, дані ЄДР є офіційними та вважаються апріорі правдивими, однак кожен учасник цивільних відносин має діяти добросовісно, а тому особа, що знала про недостовірність відомостей у ЄДР або про існування відомостей, що мали б бути, однак не були, внесені до ЄДР, не зможе виправдати власну протиправну поведінку лише на тій підставі, що ЄДР є офіційним джерелом інформації.

Таким чином, досліджуючи пропозиції учасників, їхні статутні та реєстраційні документи, замовник для з'ясування кола фізичних осіб, що здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі, може сміло відкривати відповідний витяг з ЄДР одразу на графі «кінцевий бенефіціарних власник (контролер)»: **якщо якась фізична особа вказана в ЄДР як контролер, то така фізична особа є пов'язаною із цією юридичною особою у розумінні Закону про публічні закупівлі; окремо доводити цей факт замовнику не потрібно. Якщо учасники процедури закупівлі мають спільних контролерів, або**

їх контролери є членами сім'ї, а так само у разі, якщо контролером учасника є член тендерного комітету замовника чи член його сім'ї, то пропозиції таких учасників на тендері підлягають відхиленню на підставі пункту 7 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі. Якщо ж в учасника згідно з ЄДР немає контролерів, то це ще не означає, що він не пов'язаний відносинами контролю з іншими учасниками тендеру чи членами тендерного комітету замовника: у цьому випадку замовникові слід звернути увагу на інші ознаки пов'язаності, про які ми розповімо у статті.

Найбільш поширені випадки пов'язаності учасників — юридичних осіб

№	Учасники тендеру компанії «А» і «Б» є пов'язаними, якщо:	Засіб набуття вирішального впливу (абзац 6 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі)
Учасник контролює учасника		
1	Компанія «А» (її керівник, засновник, бенефіціар чи представник або хтось із членів їхньої сім'ї) володіє часткою в компанії «Б» і/або навпаки	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
2	Компанія «А» (її керівник, засновник, бенефіціар чи представник або хтось із членів їхньої сім'ї) володіє часткою 40 % у компанії «Б», що є засновником «Б» з часткою не менше 25 %	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
3	Компанії «А» та «Б» (їхні засновники) діють на основі договору про спільну діяльність, комерційну концесію, комісію, довірче управління, агентський та дилерський договори	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою; вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності
4	Усі або більшість основних засобів компанії «А», зокрема необхідні для виконання договору про закупівлю, орендовані в компанії «Б» (її керівника, засновника, бенефіціара чи представника або когось із членів їхніх сімей)	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою
5	Усі або більшість основних засобів компанії «А» перебувають у заставі в компанії «Б» (її керівника, засновника, бенефіціара чи представника або когось із членів їхніх сімей)	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою



Учасники перебувають під спільним контролем		
6	Компанії «А» та «Б» мають спільних засновників — фізичних осіб або бенефіціарних власників, що не є членами сім'ї, кожному з яких належить 25 % чи більше статутного капіталу	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
7	Компанії «А» та «Б» мають спільних засновників — фізичних осіб або бенефіціарних власників, що є членами сім'ї, яким у сукупності належить понад 25 % статутного капіталу в кожній компанії. Наприклад, якщо в компанії «А» громадянин Шахрайко має 10 %, а його дружина — 15 %, а в компанії «Б» двоє з учасників з частками 5 і 20 % є дітьми цього подружжя, то обидва підприємства перебувають під спільним контролем сім'ї Шахрайків (мати, батько, діти)	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
8	Засновником компанії «А» є фермерське господарство, до кола засновників якого входить фізична особа, що водночас володіє часткою в компанії «Б» не менше 25 %	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
9	Директором, бенефіціарним власником або представником компанії «А» є директор, засновник (частка понад 25 %) чи бенефіціарний власник компанії «Б» (у будь-якій комбінації), або вказані особи є членами сім'ї	Вчинення правочинів, що надають можливість надавати обов'язкові до виконання вказівки, виконання функцій органу управління
10	Компанії «А» та «Б» є орендарями або заставодавцями компанії «В»	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою
11	Компанії «А» та «Б» пов'язані з компанією «В» договором про спільну діяльність, комерційну концесію, комісію, довірче управління, агентський та дилерський договори	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи надавати обов'язкові до виконання вказівки

Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою

Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною визнається засобом здійснення контролю (вирішального впливу) однієї особи відносно іншої. Як свідчить судова практика, як правило таке володіння/користування здійснюється на основі договорів оренди, позички, відповідального зберігання з правом використання майна зберігачем або застави. Про пов'язаність учасників свідчатиме як укладення вказаних майнових угод між ними (наприклад, один учасник власник, а інший — орендар активів), так і ними обома з третьою особою (обидва учасники орендують майно в третьої особи, причому не виключено, те саме майно, наприклад, оренда днопоглиблювального флоту на основі тайм-чартерних угод). Для прикладу дивіться постанову Київського апеляційного господарського суду від 07.12.2016 у справі № [927/181/16](#), постанову Харківського апеляційного господарського суду від 11.01.2017 у справі № [922/2672/16](#)).

Як може замовник побачити цю обставину? Відповідь: шляхом установлення кваліфікаційних вимог та перевірки документів, що підтверджують відповідність цим вимогам. Так, відповідно до абзацу 2 частини 2 статті 16 Закону про публічні закупівлі замовник може установити як кваліфікаційний критерій вимогу щодо наявності

обладнання та матеріально-технічної бази, установивши перелік підтвердних документів. Тож замовникові достатньо вказати в тендерній документації згаданий кваліфікаційний критерій, установивши обов'язок учасника вказати правову підставу, на якій він володіє відповідними основними засобами, та їх власника в разі, якщо ним не є сам учасник.

Не менше ніж 25 % статутного капіталу

Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 % відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі, — один із засобів набуття вирішального впливу над учасником процедури закупівлі, передбачених Законом про публічні закупівлі. «Не менше ніж 25 %» означає — 25 % або більше.

Для фізичних осіб загальна сума володіння часткою у статутному капіталі учасника процедури закупівлі визначається залежно від обсягу корпоративних прав, що сукупно належать такій фізичній особі, членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї. Наприклад: у тендері беруть участь ФОП «А» і ТОВ «Мак», одним з засновників якого з часткою 25 % є брат (сестра, дружина, мати, дідусь і т. д.) ФОПа «А»; отже, ФОП «А» опосередковано (через члена сім'ї) здійснює контроль над ТОВ «Мак» у результаті володіння часткою в статутному капіталі у розмірі 25 %.

Передача частки в статутному капіталі (акцій, паїв) у довірче управління не відмінняє прав її власника, а тому не спростовує відносин контролю.

Ця ознака не застосовується до учасників — юридичних осіб, що не мають статутного капіталу, поділеного на частки, а саме: усі форми громадських об'єднань, включаючи профспілки та об'єднання співвласників багатоквартирних будинків; благодійні та релігійні організації; спілки підприємців; установи незалежно від форми власності; адвокатські об'єднання та ін.

Слід підкреслити, що володіння часткою не менше ніж 25 % є самостійною ознакою контролю. Однак **контроль можливий і за меншої частки — через інші ознаки, у тому числі їх сукупність** (наприклад, див. справу № [910/17389/16](#)). Інакше кажучи, відносини контролю — це така собі мозаїка, яка може складатися як з одного шматочка, так і з десятка. Тому **будь-який відсоток взаємної участі учасників у капіталі повинен привернути увагу замовника і спричинити більш глибокий аналіз відповідних тендерних пропозицій.**

Під спільним контролем

Учасники можуть перебувати під спільним контролем як фізичної, так і юридичної особи, незалежно від кількості «проміжних ланок», що поєднують, чи то пак розділяють, цих учасників. Наприклад, на тендер зголосилися два учасники — ТОВ «Ромашка» і ТОВ «Гладіолус», кожне з яких засноване трьома різними особами (тобто загалом шість

засновників на два товариства): ТОВ «Ромашка» — особа «А» — 25 %, особа «Б» — 30 %, особа «В» — 45 %; ТОВ «Гладіолус» — особа «Г» — 25%, особа «Д» — 35%, особа «Е» — 40 %. Оскільки кожен із засновників обох учасників має частку понад 25 %, то якщо будь-хто з учасників ТОВ «Ромашка» є членом сім'ї будь-кого з учасників ТОВ «Гладіолус», то обидва ці товариства визнаються такими, що перебувають під спільним контролем, а їх пропозиції підлягають відхиленню.

Для визнання учасників пов'язаними і такими, що перебувають під спільним контролем, не має значення, чи бере в тендері участь особа, що контролює учасників, чи ні (наприклад, дивіться постанову Кіровоградського окружного адміністративного суду від 28.01.2016 у справі № [811/214/13-а](#)!

Важливо: відповідно до Закону про публічні закупівлі перешкодою для участі в тендері є як взаємний контроль учасника над учасником, або ж їх спільне перебування під контролем у третьої особи, так і спільний контроль учасників над третьою особою, що не бере участі в тендері. Інша річ, що замовникові простежити ймовірні зв'язки між учасниками, так би мовити, униз по вертикалі нелегко, та й не за п'ять хвилин це робиться. Тут стануть у пригоді комерційні сервіси перевірки контрагентів, наприклад [YouControl](#).

Стійкі господарські зв'язки

Стійкі господарські зв'язки між учасниками також можуть бути проблемою, адже відповідно до абзацу 6 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, **шляхом вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки.** У контексті цієї ознаки слід приділити увагу кільком поширеним в Україні формам діяльності: на основі дилерського договору, на основі договору комерційної концесії, на основі договору про спільну діяльність, а також на основі договору комісії та агентського договору.

Дилерська мережа

Статус офіційного дилера прийнято розглядати як конкурентну перевагу. Однак може статися так, що гучна назва зіграє проти її власника. Українське законодавство не містить визначення офіційного дилера. В основі дилерського договору лежить звичайнісінький договір поставки. Однак нерідко дилерський договір настільки врегульовує господарську діяльність дилера, визначаючи, що, де, кому та на яких умовах він може чи не може продавати, що ставить під сумнів можливість участі його сторін у публічних закупівлях. Така ситуація була у справі № [927/181/16](#) (постанова Київського апеляційного

господарського суду від 07.12.2016. Так само факт спільного постачальника зіграв проти учасників процедури закупівлі у справах № [924/1072/16](#) (постанова від 20.04.2017) і № [906/993/15](#) (постанова від 29.03.2017). Ще більше підозр викликає статус офіційного дилера, якщо в тендері бере участь виробник (див. постанову Вищого господарського суду України від 18.07.2017 у справі № [910/18926/16](#)).

Із цього приводу Пленум Вищого господарського суду України в підпункті 8.4 пункту 8 постанови від 26.12.2011 № 15 «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» вказав, що **наявність у суб'єктів господарювання статусу учасників господарських зобов'язань, що виникли з господарського договору або інших угод, передбачає усвідомлення суб'єктами господарювання можливих наслідків виконання ними відповідних договорів (угод) у вигляді антиконкурентних узгоджених дій.**

Звісно, судова практика щодо оцінки взаємовідносин у дилерській мережі неоднорідна (наприклад, див. постанову Господарського суду Харківської області від 12.12.2016 у справі № [922/4030/15](#)). **Статус офіційного дилера (дистриб'ютора) у тендері, де бере участь виробник, імпортер чи інший дилер, не перетворює автоматично їх усіх (і дилерів, і виробника, і імпортера) на аутсайдерів, однак має бути взятий до уваги. Позиція контрольних органів і суду залежатиме від змісту дилерських договорів.**

А тому замовникові, у тендері якого беруть участь кілька суб'єктів господарювання з однієї дилерської мережі, чи дилер разом з виробником чи імпортером, доцільно запитати в кожного з них пояснення щодо регулювання відповідним договором з виробником питань участі в публічних закупівлях разом з витягом з такого договору щодо прав та обов'язків кожної сторони.

Комерційна концесія (франчайзинг)

Комерційна концесія, також відома під назвою «франчайзинг», регулюється главою 36 Господарського кодексу України (далі — ГК України) та главою 76 ЦК України. Відповідно до статті 366 ГК України за договором комерційної концесії **одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду.** Договір комерційної концесії передбачає використання комплексу наданих користувачеві прав, ділової репутації і комерційного досвіду правоволодільца **в певному обсязі, із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери підприємницької діяльності.**

Договір комерційної концесії укладається виключно в письмовій формі у вигляді єдиного

документа (стаття 367 ГК України). Офіційного реєстру існуючих договорів комерційної концесії в Україні не існує.

Договором комерційної концесії **можуть бути передбачені обмеження прав сторін за цим договором, зокрема обов'язок користувача не допускати його конкуренції з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору комерційної концесії стосовно підприємницької діяльності, що здійснюється користувачем з використанням належних правоволодільцеві прав** (стаття 372 ГК України).

Правоволоділець і користувач розділяють не лише технології виробництва, але і відповідальність: правоволоділець несе субсидіарну (додаткову) відповідальність за вимогами, що заявляються до користувача комерційної концесії у разі невідповідності якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) користувачем. За вимогами, що заявляються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволоділця, останній відповідає солідарно з користувачем (стаття 373 ГК України).

Наведені особливості договору комерційної концесії (франчайзингу) демонструють не просто стійкий зв'язок між правоволодільцем та користувачем комерційної концесії, а можливість здійснення вирішального впливу правоволодільцем на користувача через договір комерційної концесії — як правочин, що дозволяє давати обов'язкові до виконання вказівки.

У зв'язку з викладеним замовникові, у тендері якого одночасно беруть участь правоволоділець і користувач комерційної концесії, доцільно дослідити укладений між ними договір комерційної концесії (витяг з нього) в частині взаємних прав та обов'язків сторін на предмет наявності ознак відносин контролю, передбачених абзацом 6 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі.

Спільна діяльність

Проведення спільної діяльності регулюється главою 77 ЦК України. За договором про спільну діяльність сторони (учасники) **зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законам**. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників (стаття 1130 ЦК України).

Договір про спільну діяльність укладається в письмовій формі. Якщо до складу учасників договору про спільну діяльність входить іноземний інвестор, то такий договір підлягає реєстрації в Мінекономрозвитку відповідно до Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора, затвердженого постановою Уряду від 30.01.1997 № 112.

Умови договору про спільну діяльність, **у тому числі координація спільних дій учасників або ведення їхніх спільних справ**, правовий статус виділеного для спільної

діяльності майна, покриття витрат та збитків учасників, їх участь у результатах спільних дій та інші умови визначаються за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено законом про окремі види спільної діяльності (стаття 1131 ЦК України).

У разі, якщо за договором про спільну діяльність здійснюються операції з постачання товарів/послуг, що обкладаються ПДВ, такі договори підлягають окремому податковому обліку. Взяття на облік договору про спільну діяльність здійснюється шляхом додаткового взяття на облік учасника договору про спільну діяльність як платника податків – відповідального за утримання та внесення податків до бюджету під час виконання договору та підтверджується довідкою про взяття на облік платника податків за формою № 4-ОПП (пункт 64.6 статті 64 ПК України).

Укладення договору про спільну діяльність свідчить про можливість здійснення вирішального впливу на діяльність його сторін за ознакою вчинення правочинів, що дають можливість визначати умови господарської діяльності. А тому сторони договору про спільну діяльність є пов'язаними особами в розумінні Закону про публічні закупівлі.

Договір комісії

Питання укладення договору комісії регулюється главою 69 ЦК України. Комісія є різновидом посередництва та ґрунтується на договорі в письмовій формі.

За договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням другої сторони (комітента) **за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента** (стаття 1011 ЦК України). Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера усім необхідним для виконання обов'язку перед третьою особою (у контексті публічних закупівель — цією третьою особою є замовник) (стаття 1016 ЦК України).

У таких випадках покупець, як правило, не знає, хто є справжнім продавцем товару, адже комісіонер діє від свого імені, а не від імені дійсного продавця.

Оскільки комісіонер діє в інтересах та за рахунок комітента, він є пов'язаним з комітентом за ознакою вчинення правочинів, що дають право визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки.

Комерційне посередництво (агентський договір)

Комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва **від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє** (частина 1 статті 295 ГК України). Загальні правила комерційного посередництва регулюються главою 31 ГК України.

Агентські відносини ґрунтуються на договорі в письмовій формі, відповідно до якого одна сторона (комерційний агент) зобов'язується надати послуги другій стороні (суб'єкту, якого представляє агент) в укладенні угод чи сприяти їх укладенню (надання фактичних послуг) **від імені цього суб'єкта і за його рахунок**. Агентський договір також повинен визначати сферу, характер і порядок виконання комерційним агентом посередницьких послуг, у тому числі територію його діяльності, права та обов'язки сторін, умови і розмір винагороди комерційному агенту, строк дії договору, санкції у разі порушення сторонами умов договору, інші необхідні умови, визначені сторонами, а також форму підтвердження повноважень (представництва) комерційного агента (стаття 297 ГК України).

Оскільки саме визначення агентської діяльності вказує на дії в чужих інтересах, від імені та під чужим контролем, комерційний агент та його довіритель є пов'язаними особами у розумінні Закону про публічні закупівлі.

Друзі-субпідрядники

Розглядаючи питання пов'язаності осіб, слід окремо згадати про субпідрядників у публічних закупівлях. Нагадаємо, що відповідно до пункту 17 частини 2 статті 22 Закону про публічні закупівлі тендерна документація на закупівлю робіт повинна містити вимогу про зазначення учасником у тендерній пропозиції інформації (повне найменування та місцезнаходження) щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до виконання робіт як субпідрядника в обсязі не менше ніж 20 % від вартості договору про закупівлю. Така вимога в тендерній документації, як правило, супроводжується обов'язком надати листи-підтвердження від потенційних субпідрядників щодо їх згоди на участь у виконанні майбутнього договору на доказ того, що вони не просто так опинилися у списку субпідрядників замовника, а дійсно обізнані з тендером та бажають взяти участь у виконанні майбутнього договору.

Якщо один з учасників тендеру зазначить іншого учасника як потенційного субпідрядника, то замовникові слід відхилити пропозиції обох таких розумників. Такі підприємства, навіть якщо до цього тендеру між ними не існувало господарських зв'язків і вони не мають родичів у керівництві або засновниках, є пов'язаними між собою особами шляхом вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки. Відсутність договору субпідряду як єдиного документа значення не має: таким правочином у даному випадку є попередній договір про субпідряд, укладений у спрощений спосіб — шляхом обміну листами.

Найбільш поширені випадки пов'язаності учасників, хоча б один з яких є фізичною особою



№	Фізична особа «А» є пов'язаною з учасником «Б», якщо:	Засіб набуття вирішального впливу (абзац 6 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі)
Якщо учасник «Б» є фізичною особою		
1	Якщо учасники «А» та «Б» є членами сім'ї	Фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі*, інші засоби
2	Якщо учасники «А» та «Б» пов'язані відносинами оренди або застави	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою
3	Якщо учасники «А» та «Б» пов'язані договорами про спільну діяльність, комерційну концесію, агентським або дилерським договором чи договором комісії	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи надавати обов'язкові до виконання вказівки
Якщо учасник «Б» є юридичною особою		
4	Учасник «А» є засновником (частка не менше 25%) чи бенефіціарним власником учасника «Б». Або членом сім'ї будь-якої з названих осіб	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
5	Учасник «А» є керівником або представником учасника «Б». Або членом сім'ї будь-якої з названих осіб	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи виконувати функції органу управління. Порушення абзацу 2 частини 2 статті 11 Закону про публічні закупівлі
6	Якщо учасники «А» та «Б» пов'язані відносинами оренди або застави	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою
7	Якщо учасники «А» та «Б» пов'язані договорами про спільну діяльність, комерційну концесію, агентським або дилерським договором, або договором комісії	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи надавати обов'язкові до виконання вказівки

Найбільш поширені випадки пов'язаності учасника з членом тендерного комітету (уповноваженою особою) замовника



№	Учасник «А» є пов'язаною особою з членом тендерного комітету (уповноваженою особою) замовника, якщо:	Засіб набуття вирішального впливу (абзац 6 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі)
1	Член тендерного комітету (уповноважена особа) є засновником (частка не менше 25 %), бенефіціарним власником учасника «А» або членом сім'ї будь-кого з названих осіб	Володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі
2	Член тендерного комітету (уповноважена особа) є керівником чи представником учасника «А» або членом сім'ї будь-кого з названих осіб	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи виконувати функції органу управління. Порушення абзацу 2 частини 2 статті 11 Закону про публічні закупівлі
3	Член тендерного комітету (уповноважена особа) безпосередньо або опосередковано (через інших пов'язаних осіб) є орендодавцем або заставодержателем активів учасника	Реалізація права володіння чи користування всіма активами чи їх значною часткою
4	Член тендерного комітету (уповноважена особа) безпосередньо або опосередковано (через інших пов'язаних осіб, які, однак, не беруть участі в тендері) пов'язаний з учасником «А» договорами про спільну діяльність, комерційну концесію, агентським або дилерським договором, або договором комісії	Вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності чи надавати обов'язкові до виконання вказівки

Кров — не водиця

Українське законодавство не містить універсального переліку членів сім'ї. Як правило, кожен закон, наприклад, з питань соціального забезпечення чи запобігання корупції, містить свій перелік. Ось і **Закон про публічні закупівлі установив, що для цілей його застосування членами сім'ї вважаються подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дідусь, бабуся, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи, за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства.**

Родинний зв'язок завжди підтверджується відповідними документами: свідоцтвом про народження чи рішенням суду про усиовлення, свідоцтвом про шлюб. Усиновлені діти мають той самий статус, що і власні народжені діти (частина 4 статті 3, стаття 207 Сімейного кодексу України). При цьому усиовлення повністю відсікає від дитини усю родинну лінію, представника якої заміняє усиновитель.

Розлучення (розірвання шлюбу) батьків не усуває родинний (сімейний) зв'язок між народженими (чи усиовленими) у шлюбі дітьми та іншими членами родини чи між собою. Натомість позбавлення батьківських прав перетворює матір/батька з члена сім'ї на простого платника аліментів. **Мати/батько, позбавлені батьківських прав, не є членами сім'ї дитини, прав щодо якої вони позбавлені.** І навпаки: дружина (чоловік) батька (матері), що не усиновила дитину, народжену (усиовлену) другим з подружжя у попередньому шлюбі, формально не має до неї жодного відношення.

Для цілей законодавства про публічні закупівлі розлучене подружжя, яке проживає разом,

вважатиметься сім'єю, якщо тільки відповідне нерухоме майно, за адресою якого вони проживають, не поділене між ними (тобто перебуває у спільній частковій, а не спільній сумісній власності, і частки визначені в натурі). Або ж спільне проживання регламентоване рішенням суду чи договором. Такі особи, так би мовити, живуть не разом, а поряд. Для цілей Закону про публічні закупівлі не вважатиметься сім'єю подружжя, між членами якого за рішенням суду встановлено режим окремого проживання (статті 199–120 Сімейного кодексу України), навіть якщо у них спільна адреса.

Іншими особами, що можуть бути визнані членами сім'ї пов'язаної особи за умови їх постійного спільного проживання та ведення спільного господарства, є або родичі більш далекого ступеня спорідненості (наприклад, тітка, племінниця, прабаба, двоюрідна сестра і т. д.), або особа протилежної статі, що проживає з пов'язаною особою однією сім'єю (така пара може навіть мати спільних або усиновлених дітей).

Не вважатимуться членами сім'ї особи, не пов'язані родинними зв'язками, які живуть за однією адресою, однак не разом, а поряд, тобто якщо відповідне нерухоме майно перебуває у спільній частковій власності із визначенням частки в натурі, а також якщо ці особи мешкають на одній площі на підставі договірних відносин (оренда) — це не сім'я, а сусіди.

В Україні відсутнє єдине джерело інформації, яке б містило родинне дерево для кожної окремої фізичної особи. Відтак для з'ясування кола членів сім'ї, які спільно проживають, буде корисною довідка житлово-експлуатаційної організації про реєстрацію особи, правління житлово-будівельного кооперативу чи виконкому сільської (селищної) ради про склад сім'ї або зареєстрованих у житловому приміщенні/будинку осіб (так звана форма № 3).

Деякі замовники намагаються схитрувати і, будучи засновниками юридичної особи, відхреститися від звинувачень у пов'язаності через родинні зв'язки з іншими учасниками закупівлі шляхом передачі своєї частки у статутному капіталі в управління третій особі. Мовляв, частка належить особі лише формально, а насправді усі повноваження — в управителя за договором, тож про контроль чи вплив з боку засновника не йдеться. Таких хитрунів мусимо засмутити: суд на їхню позицію не пристане (див. постанову Харківського апеляційного господарського суду від 11.01.2017 у справі № [922/2672/16](#)).

Спільне проживання і ведення господарства

Для правильного застосування ознак пов'язаності стосовно фізичних осіб необхідно зрозуміти, кого стосується застереження «за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства»: членів сім'ї, інших осіб чи усіх їх. Інакше кажучи, чи має значення прописка?

Відповідь шукаємо в судовій практиці. Так, Київський апеляційний господарський суд у постанові від 20.09.2017 у справі № [925/550/17](#) вказав, що за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» спільне проживання та спільне ведення господарства

було обов'язковою умовою для визнання осіб членами сім'ї, незалежно від наявності між ними родинних зв'язків. Однак Верховний Суд у складі колегії Касаційного господарського суду з такою думкою не погодився і 20.02.2018 виніс постанову у справі № [925/550/17](#), скасувавши рішення апеляційної інстанції та розтлумачивши, що за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» прописка мала значення лише для осіб, що не перебували між собою в родинному зв'язку, тобто для «інших осіб», а перелічені в цьому Законі родичі вважалися членами сім'ї, незалежно від місця проживання. Таке рішення вищого органу в системі загального судочинства наштовхнуло деяких спеціалістів на думку, що ті самі правила стосуються й чинного Закону про публічні закупівлі. Однак визначення членів сім'ї в чинному Законі про публічні закупівлі хоча й містить той самий набір слів, що і в його попереднику — Законі України «Про здійснення державних закупівель», насправді має крихітну, однак принципову відмінність — кому перед словами «за умови». І ця кома, як у старій казці, мала б принципово змінити суть речення: виходячи з логіки Верховного Суду, наведеної в уже згаданій постанові від 20.02.2018, слід стверджувати, що новоявлена кома поширює обставину умови на всіх осіб, названих в абзаці 8 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі (тобто прописка і спільне проживання стосуються і родичів, і неродичів).

Маємо, однак, застерегти читачів: не всі професійні мовознавці погоджуються з вищевказаною думкою Верховного Суду. Дехто скаже, що Верховний Суд помиляється і ситуація прямо протилежна: саме в Законі України «Про здійснення державних закупівель» (де нема спірної коми) обставина умови поширюється на всіх перелічених у нормі осіб, а отже рішення апеляційної інстанції (принаймні в цій частині) скасовано безпідставно. На користь цієї позиції можна навести інші норми законодавства, з подібними мовними конструкціями. Наприклад, частина 2 статті 308 і частина 2 статті 975 ЦК України, частина 3 статті 34 і частина 4 статті 156 ГК України. Однак згадана постанова Верховного Суду є остаточною, не підлягає оскарженню і в силу приписів частини 4 статті 236 Господарського процесуального кодексу України викладені в ній висновки будуть брати до уваги інші суди при здійсненні правосуддя. А тому на даний час, послуговуючись уже згаданою постановою Верховного Суду від 20.02.2018, виходимо з того, що в чинному Законі про публічні закупівлі ознака **«за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства» стосується і членів сім'ї, й інших осіб, що перелічені в абзаці 8 пункту 16 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі. Інакше кажучи: станом на сьогодні умова постійного проживання і ведення спільного господарства є принциповою для визнання членами сім'ї і родичів, й інших осіб.** Тож перш ніж оголошувати пов'язаними учасників-родичів, слід спершу з'ясувати, де вони мешкають. Відповідно до абзацу 9 статті 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» відомості про місце проживання та місце перебування особи вносяться до паспорта громадянина України, тимчасового посвідчення громадянина України, посвідки на постійне проживання, посвідки на тимчасове проживання, посвідчення біженця, посвідчення особи, яка потребує додаткового захисту, посвідчення

особи, якій надано тимчасовий захист (далі — паспортний документ), довідки про звернення по захист в Україні. Проживання особи за зареєстрованою адресою презумується: за адресою зареєстрованого місця проживання з особою ведеться офіційне листування та вручення офіційної кореспонденції. **Вказівку на місце проживання засновників нерідко можна знайти і в статуті юридичної особи** (насамперед, якщо це товариство з обмеженою відповідальністю чи приватне підприємство).

А якщо документ є, а відмітки про місце проживання в ньому немає? Або ж учасники категорично відмовляються, незалежно від причин, надавати копії відповідних паспортних документів? Це також не проблема, адже місце проживання може бути встановлене не лише за даними паспортного документа. **Копію паспорта для цілей підтвердження місця проживання у процедурі закупівель може замінити:**

довідка про реєстрацію місця проживання/місця перебування особи за формою згідно з додатком 11 Порядку реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб в Україні та зразків необхідних для цього документів, затвердженого наказом МВС України від 22.11.2012 № 1077, зареєстрованого в Мін'юсті 18.12.2012 за № 22421 (далі — Порядок № 1077);

довідка житлово-експлуатаційної організації про реєстрацію особи, правління житлово-будівельного кооперативу чи виконкому сільської (селищної) ради про склад сім'ї або зареєстрованих у житловому приміщенні/будинку осіб (так звана форма № 3);

копія будинкової книги із записом про реєстрацію відповідної особи.

Кожен із цих документів є достатнім доказом для нотаріуса щодо місця відкриття спадщини (тобто місця проживання спадкодавця на момент смерті) відповідно до підпункту 1.13 пункту 1 глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Мін'юсту від 22.02.2012 № 296/5 та зареєстрованого в Мін'юсті 22.02.2012 за № 282/20595, а відтак вважаємо, що і для замовника в публічних закупівлях вони стануть належними доказами місця проживання конкретної особи.

Можливий і випадок, коли наведене в статутних документах місце проживання засновників учасника не відповідає відміткам у їхніх паспортах. Дані якого документа в цьому випадку матимуть перевагу: статуту (ЄДР) чи паспорта? Оскільки така ситуація виникне у випадку, коли після внесення даних про засновника до статуту і ЄДР такий засновник змінює місце проживання, то перевагу слід віддати паспорту, дані якого будуть «новішими».

Важливо відмітити один нюанс: Закон про публічні закупівлі акцентує увагу на спільному проживанні членів сім'ї та веденні ними спільного господарства, а от Закон України «Про захист економічної конкуренції» — ні. Відповідно до абзацу 4 статті 1 Закону України «Про

захист економічної конкуренції» пов'язаними фізичними особами вважаються такі, які є подружжям, батьками та дітьми, братами та (або) сестрами. А тому Антимонопольний комітет України при розгляді справи про порушення правил конкуренції для визначення відносин контролю застосує дещо інші правила, аніж замовник для з'ясування пов'язаності учасників тендеру (детальніше — у постанові Господарського суду Закарпатської області від 20.02.2017 у справі № [907/814/16](#), що набрала законної сили 10.04.2017).

Замість висновку

Як бачимо, пов'язані особи — не просто міф, а цілком реальний ризик, чи то пак ворог, у закупівлях будь-якого замовника. Знаючи, у чому проявляється пов'язаність, замовники та учасники зможуть розпізнати її в конкретній закупівлі. А в наступному номері журналу ми розкажемо, як виявити та правильно відхилити пов'язаних осіб, які особливості у тендерах на кілька лотів та закупівлях для потреб оборони, чи допускаються пов'язані особи в переговорній процедурі, а також, що буде з тими, хто чи через незнання, чи з недбалості не керується нормою закону, а покладається на «авось».