

Роль філії юридичної особи як учасника та замовника торгів

Згідно з наказом Держспоживстандарту України від 28.05.2004 № 97, філією є відокремлений підрозділ юридичної особи, який розташований поза її місцезнаходженням та який здійснює всі або частину її функцій. Філії не є юридичними особами. Через таке нормативне визначення в замовників та учасників часто виникають запитання про коло прав та обов'язків філій у ролі учасника або замовника процедур закупівель. У даній статті ми будемо намагатися внести ясність та отримати відповіді на найбільш актуальні питання щодо правоздатності філій юридичних осіб упродовж державних закупівель.

Філія в ролі замовника процедури закупівлі

В две колонки

На основі роз'яснень Антимонопольного комітету України щодо поширення положень законодавства у сфері державних закупівель на дочірні підприємства чи філії замовника необхідно зазначити, що, згідно з частиною 6 статті 55 Господарського кодексу України, суб'єкти господарювання мають право відкривати свої філії, представництва, інші відокремлені підрозділи без створення юридичної особи. Тобто філія та представництво не є суб'єктами господарювання, не мають статусу юридичної особи та не можуть самостійно бути учасниками господарських відносин.

Комітет з конкурсних торгів створюється у структурних підрозділах за дорученням головної організації та здійснює свою діяльність від імені головної організації. Виходячи зі сказаного, в організації може бути декілька комітетів з конкурсних торгів — комітет з конкурсних торгів при головній організації та комітети з конкурсних торгів у структурних підрозділах.

Структурний підрозділ може мати право проводити закупівлі товарів, робіт і послуг для власних потреб у тому випадку, якщо це право передбачене в Положенні про цей структурний підрозділ, а його керівник має право на укладення договорів від імені головної організації.

При цьому здійснення закупівель однорідних товарів, робіт або послуг окремими структурними підрозділами не суперечить жодній нормі Закону України «Про здійснення державних закупівель».

Закупівлі в такому випадку будуть проводитися від імені самого замовника, тобто очікувана вартість усіх предметів закупівлі буде рахуватися спільно.

Для забезпечення правомірної діяльності декількох комітетів з конкурсних торгів замовник повинен затвердити відповідну кількість положень про комітети з конкурсних торгів, якими чітко визначити перелік функцій та порядок роботи таких комітетів.

Філія в ролі учасника процедури закупівлі

Філія (представництво) юридичної особи може бути учасником процедури закупівлі лише в разі, коли юридична особа надає їй відповідні повноваження. При цьому така діяльність може здійснюватися лише від імені самої юридичної особи. Такі повноваження повинні бути передбачені положенням чи іншим документом, який визначає перелік функцій, завдань та порядок роботи філії (представництва) юридичної особи.

Слід зауважити, що діяльність філій та представництв регулюється, зокрема, статтями 55 та 64 Господарського кодексу України, статтею 95 Цивільного кодексу України. Відповідно до цих положень філія та представництво не є юридичною особою і діє лише на основі положення, затвердженого особою, яка їх створила.

З огляду на зазначене Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України у своїх висновках до законопроектів, якими передбачалось введення філій як можливих учасників процедур закупівель у сферу регулювання Закону, зазначає, що реалізація законодавчої пропозиції щодо участі філій у процедурах державних закупівель потребує більш детального опрацювання зі врахуванням, зокрема, того, що філія може брати участь у процедурах закупівлі тільки від імені головної організації. Також слід чітко визначити, якими саме повноваженнями юридична особа може наділяти філії або представництва у процедурах закупівлі. Крім того, з огляду на наділені повноваження доцільно також внести відповідні уточнення та доповнення до положень Закону, якими визначаються умови проведення відповідних процедур закупівель.

Окрім цього, з даного питання редакцією журналу «Радник в сфері державних закупівель» було надіслано запит на адресу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, в наданому роз'ясненні Уповноважений орган зазначає, що філії та представництва можуть брати участь у процедурах закупівель на підставі довіреності, виданої юридичною особою та від її імені. З повним текстом такого роз'яснення знайомимо Вас далі.

Міністерство економічного розвитку і торгівлі України
(Мінекономрозвитку України)
№ 3302-05/24951-07 від 22.07.2014

**Журнал “Радник в сфері
державних купівель”**

РОЗ'ЯСНЕННЯ

Міністерство економічного розвитку і торгівлі України розглянуло лист редакції журналу “Радник в сфері державних закупівель” від 23.06.2014 №23/06/1 щодо застосування

законодавства у сфері державних закупівель та повідомляє.

Закон України “Про здійснення державних закупівель” (далі – Закон) встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади.

Ситуація 1:

В результаті розкриття та розгляду документів, поданих у складі пропозицій конкурсних торгів учасників, членами комітету з конкурсних торгів Замовника було виявлено, що одна із пропозицій була подана структурним підрозділом університету без права юридичної особи.

Запитання:

Чи вважається така організація учасником у розумінні п.31 ч.1 ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі - Закон)?

Щодо питання 1

Відповідно до пункту 31 частини першої статті 1 Закону учасник процедури закупівлі (далі – учасник) – це фізична особа, у тому числі фізична особа-підприємець, юридична особа (резидент або нерезидент), яка письмово підтвердила намір взяти участь у процедурі закупівлі та/або подала пропозицію конкурсних торгів, або цінову пропозицію, або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Відповідно до статті 95 Цивільного кодексу України філією є відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює всі або частину її функцій.

Представництвом є відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює представництво і захист інтересів юридичної особи.

Філії та представництва не є юридичними особами. Вони наділяються майном юридичної особи, що їх створила, і діють на підставі затвердженого нею положення.

Керівники філій та представництв призначаються юридичною особою і діють на підставі виданої нею довіреності.

Відомості про філії та представництва юридичної особи включаються до єдиного державного реєстру.

З огляду на викладене, філії та представництва юридичних осіб, які не мають статусу юридичних осіб, не можуть від свого імені брати участь у процедурах закупівель відповідно до норм Закону. Договір про закупівлю від імені юридичної особи-учасника підписують керівники філій та представництв на підставі довіреності, виданої відповідно до чинного законодавства.

Таким чином, філії та представництва можуть брати участь у процедурах закупівель на підставі довіреності, виданої юридичною особою та від її імені.

**Заступник директора департаменту
державних закупівель та державного замовлення**

Лілія ДУДНИК

Щодо заміни сторони в договорі про закупівлю

У замовників часто виникають запитання про те, як вчинити, якщо учасник, який є філією головної організації, на етапі виконання договору хоче змінити сторону на головну організацію. Нерідко сторони укладають додаткову угоду до договору про закупівлю, предметом якої є заміна сторони зобов'язання. Проте необхідно зауважити на спірній правовій природі такого правочину, зважаючи на те, що, згідно з пунктом 4 частини 1 статті 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель», договір про закупівлю — договір, який укладається між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари за державні кошти.

Згідно з частиною 5 статті 40 Закону України «Про здійснення державних закупівель», умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі.

Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім встановлених випадків.

Отже, заміна учасника-переможця після підписання договору Законом не передбачена.

Необхідно зауважити на змісті двох документів, чинність яких на сьогодні не скасована. Першим слід відзначити **лист Державного казначейства України від 10.04.2007 р. № 4.9-06/598-4400 «Щодо взяття на облік зобов'язань за договорами про господарську діяльність, укладеними за результатами здійснення процедур закупівель при заміні замовника і виконавця»**, в якому зазначено:

Відповідно до вимог частини першої статті 512 Цивільного кодексу України підставами заміни кредитора в зобов'язанні може бути:

- передання кредитором своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги);
- правонаступництво;
- виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем);
- виконання обов'язку боржника третьою особою.

Згідно з вимогами частини другої статті 512 Цивільного кодексу України кредитор у зобов'язанні може бути замінений також в інших випадках, установлених законом. У свою чергу, відповідно до вимог частини третьої цієї статті кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це встановлено договором або замовником.

Статтею 520 Цивільного кодексу України встановлено, що боржник (виконавець) у зобов'язанні може бути замінений іншою особою лише за згодою кредитора (замовника).

У Законі України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» відсутні обмеження щодо заміни кредитора (замовника) та боржника (виконавця).

Ураховуючи викладене, кредитор (замовник) та боржник (виконавець), з урахуванням змісту зобов'язань відповідно до статті 509 Цивільного кодексу України, можуть бути замінені на підставах, визначених статтею 512 Цивільного кодексу України, без проведення додаткових процедур закупівель, передбачених Законом України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти».

Здійснення обліку зобов'язання за договором, укладеним за результатами процедури закупівлі, здійсненої первісним замовником або первісним виконавцем, можливе в разі надання звіту про результати здійснення процедури закупівлі та документів, передбачених частиною 2 статті 17 Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти».

Щодо змісту цього листа перш за все варто зауважити, що хоча лист на сьогодні є чинним, проте він фактично аналізує норми Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти», який втратив чинність на підставі Закону № 150-VI від 20.03.2008, а тому доцільність його застосування є спірною на сьогоднішній день.

Згідно ж з **роз'ясненням Міністерства економіки України від 01.04.2009 № 3303-27/156**, з метою врегулювання питання щодо заміни сторони-виконавця у договорі про закупівлю на підставі договору, Мінекономіки зазначає:

Підпунктом 5 пункту 2 Положення визначено, що договір про закупівлю — договір, який укладається між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари за державні кошти.

Згідно з підпунктом 12 пункту 2 Положення переможець процедури закупівлі — це учасник, тендерна пропозиція якого за результатами оцінки визнана найбільш економічно вигідною та акцептована.

Відповідно до пункту 84 Положення договір про закупівлю укладається у письмовій формі відповідно до положень Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України. Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від умов тендерної (цінової) пропозиції учасника-переможця процедури закупівлі. Істотні умови договору про закупівлю не повинні змінюватися після підписання договору, крім випадків, визначених порядком зміни умов договору про закупівлю, що затверджується уповноваженим

органом.

Водночас необхідно зазначити, що укладення договору про закупівлю є кінцевим результатом проведеної процедури закупівлі, і укладається саме з учасником-переможцем процедури закупівлі, що виключає можливість здійснення заміни сторони в договорі.

Наслідком укладання договору про заміну сторони-виконавця робіт, надавача послуг, постачальника товару в договорі про закупівлю фактично стає закупівля замовником товару, роботи чи послуги в особи, яка не брала участь у процедурі закупівлі, та без застосування будь-яких процедур закупівель, передбачених Положенням.

Ураховуючи викладене, заміна сторони-виконавця у договорі на підставі договору не відповідає Положенню та суперечить змісту і принципам державних закупівель в цілому.

Отже, зміст розглянутого роз'яснення Мінекономіки України несе повністю протилежне юридичне тлумачення, аніж лист Державного казначейства України стосовно питання заміни сторони-виконавця в договорі. Проте врахувати слід те, що хоча на сьогодні таке роз'яснення не скасоване, проте воно надане на основі норм Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг державних закупівель, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17.10.2008 № 921, яке втратило чинність на підставі постанови КМУ № 666 від 28.07.2010.

Зважаючи на таку розбіжність у баченні цього питання різними державними органами, слід зауважити, що пріоритетність у даному випадку має бути надана роз'ясненню Мінекономіки України, зважаючи на наступні норми чинного законодавства.

Відповідно до пунктів 10 та 13 частини 1 статті 8 Закону України «Про здійснення державних закупівель» основними функціями Уповноваженого органу є в тому числі й надання безоплатної методологічної допомоги замовникам, зокрема надання відповідей на запити зацікавлених осіб з питань державних закупівель, а також надання роз'яснень щодо застосування законодавства у сфері закупівель.

Згідно з абзацом 3 частини 5 пункту 4 Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затвердженого наказом Президента України від 31 травня 2011 року № 634/2011, зазначено, що Мінекономрозвитку України відповідно до покладених на нього завдань надає роз'яснення щодо застосування законодавства у сфері державних закупівель.

Враховуючи сказане, не рекомендуємо вносити зміни до договору про закупівлю з метою заміни сторони-виконавця задля недопущення порушень норм чинного законодавства у сфері державних закупівель. Що ж стосується заміни сторони замовника в договорі про закупівлю, у тому числі основної організації на філію або навпаки, то на сьогодні роз'яснення Уповноваженого органу із цього приводу відсутні, а тому, зважаючи на положення чинного листа Державного казначейства України від 10.04.2007 р. № 4.9-06/598-4400, така заміна може бути здійснена без проведення додаткових процедур

закупівель на підставах, визначених статтею 512 Цивільного кодексу України, якщо договором про закупівлю не було встановлено інших підстав або заборони на заміну сторін такого договору.

Як здійснити закупівлю для забезпечення потреб філій та основної організації

Іншим не менш важливим запитанням, що виникає в замовників на етапі підготовки та початку проведення процедури закупівлі, є те, як правильно встановити вимоги документації конкурсних торгів у разі, якщо закупівля проводиться замовником — основною організацією — для забезпечення власних потреб у предметі закупівлі та потреб декількох філій замовника. Відповідь на дане питання повністю врегульована нормами Закону та актами інших компетентних органів у сфері державних закупівель.

Тож зважаючи на те, що найчастіше філії основної організації є територіально віддаленими від юридичної особи, яка виступає замовником за певною процедурою торгів, окремі учасники можуть бути позбавлені можливості виконати предмет договору про закупівлю в повній мірі. А тому з метою розширення кола потенційних учасників та недопущення встановлення дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів замовник повинен встановити поділ предмета закупівлі на окремі лоти.

Згідно з пунктом 33 частини 1 статті 1 Закону, частиною предмета закупівлі (лотом) є визначена замовником частина товарів, робіт чи послуг, на яку в межах єдиної процедури закупівлі учасникам дозволяється подавати пропозиції конкурсних торгів або цінові пропозиції, або пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі. Для проведення процедури закупівлі на кожен окрему частину предмета закупівлі (лот) має бути не менше двох пропозицій, крім випадків застосування замовником переговорної процедури закупівлі.

Окрім цього, варто взяти до уваги практику вирішення справ постійно діючою адміністративною колегією Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (далі — АМКУ). Адже позиція, викладена в рішеннях АМКУ, є однозначною і такою, що визначає порушеннями замовників нерозподіл предмета закупівлі на лоти в разі наявності регіональної дискримінації учасників, тобто якщо у вимогах щодо поставки предмета закупівлі вказано різні регіони постачання або кваліфікаційні вимоги, що передбачають наявність певного обладнання чи матеріально-технічної бази в різних районах чи областях України.

Отже, філія юридичної особи може правомірно виступати в ролях як замовника, так і учасника процедури закупівлі, проте лише за умов належного документального закріплення функцій, завдань та повноважень такої особи основною організацією. При цьому філія може здійснювати таку діяльність лише від імені основної юридичної особи.