

ФОП + відсутність права власності = учасник

Відповідно до статті 41 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексів України (далі — ЦК України та ГК України) з урахуванням особливостей, визначених Законом. Враховуючи той факт, що укладення договору про закупівлю регулюється відповідними нормами ГК України, виникають питання щодо можливості взяття участі фізичних осіб, фізичних осіб — підприємців у процедурах закупівель та на що слід звернути увагу замовнику під час підготовки тендерної документації. Відповіді спробуємо знайти в консультації Мінекономіки.

Пунктом 37 статті 1 Закону передбачено, що учасник процедури закупівлі / спрощеної закупівлі (далі — учасник) — **фізична особа, фізична особа — підприємець** чи юридична особа — резидент або нерезидент, у тому числі об'єднання учасників, яка подала тендерну пропозицію / пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Згідно зі статтею 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, що не заборонена законом. Фізичні особи вправі здійснювати підприємницьку діяльність як зі створенням, так і без створення юридичної особи. Фізична особа, яка на законних підставах займається підприємництвом без створення юридичної особи, набуває статусу фізичної особи — підприємця.

Про особливості взяття участі фізичної особи — підприємця у публічних закупівлях розглянемо на прикладі.

Так, на офіційному сайті Мінекономіки з питань закупівель від ФОП «Х» розміщено електронний запит № **2086/2020** наступного змісту: *«Доброго дня! Маю питання стосовно закупівель послуг з проживання та харчування, а саме:*

— чи може ФОП, яка не має права власності на об'єкт, пропонувати / здійснювати надання таких послуг Замовнику; чи можливо надавати послуги проживання / харчування посередником у відкритих торгах / спрощена процедура?»

Відповідь Мінекономіки наступна: *«Відповідно до пункту 37 частини першої статті 1 Закону учасник процедури закупівлі / спрощеної закупівлі (далі — учасник) — фізична особа, фізична особа — підприємець чи юридична особа — резидент або нерезидент, у тому числі об'єднання учасників, яка подала тендерну пропозицію / пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.*

Таким чином, учасником процедури закупівлі може бути будь-яка особа, яка подала тендерну пропозицію / пропозицію під час проведення конкурентних торгів / спрощеної закупівлі або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури

закупівлі.»

Коментар редакції:

Керуючись пунктом 37 статті 1 Закону, учасником процедури закупівлі може бути:

фізична особа (без законодавчо встановлених вимог щодо наявності в неї певного правового статусу);

фізична особа — підприємець.

Підприємництво — це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (стаття 42 ГК України).

Виходячи зі змісту норм ЦК та ГК України, підприємницька діяльність є **правом, а не обов'язком**, тому **фізична особа може бути учасником процедури закупівлі** у розумінні Закону, **реалізуючи власне право на розпорядження належними їй об'єктами цивільних прав** (гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага).

Водночас частиною 4 статті 22 Закону визначено, що тендерна документація **не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників**.

Ба більше, Закон не містить обмежень щодо взяття участі **фізичною особою, фізичною особою — підприємцем** у процедурі закупівлі / спрощеної закупівлі **залежно від підстав виникнення права власності** на нерухоме чи рухоме майно, яке використовується для господарської діяльності, тому встановлення замовником вказаних вимог у тендерній документації може **обмежувати конкуренцію та призвести до дискримінації учасників**, якщо вищезазначені вимоги не передбачені іншим нормативно-правом актом.

Важливо! Закон не встановлює жодних обмежень для участі в процедурах закупівель / спрощених закупівель фізичних осіб, які не є підприємцями (суб'єктами господарювання), проте пунктом 6 статті 1 Закону визначено, що **договір про закупівлю — господарський договір**, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі та передбачає платне надання послуг, виконання робіт або придбання товару.

Отже, усі питання укладення, виконання, зміни та припинення договору про закупівлю підлягають регулюванню насамперед нормами ГК України як спеціального Закону.

Відповідно до частини 2 статті 55 ГК України суб'єктами господарювання визнають

наступних учасників господарських відносин:

господарські організації — юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та **зареєстровані відповідно до закону як підприємці**.

Викладене дає можливість дійти висновку, що **фізична особа, яка не є суб'єктом господарювання** (не зареєстрована як підприємець), **не може бути стороною** господарського договору, а отже, і **договору про закупівлю** в розумінні пункту б частини 1 статті 1 Закону.

Детальніше про положення, які регламентують питання укладення та виконання договорів про закупівлю, читайте у статті [«Новели правового регулювання договору про закупівлю за новим Законом»](#).

Водночас частиною 1 статті 41 Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм **Цивільного** (який опосередковує правовідносини між фізичною особою і замовником) **та Господарського кодексів України** з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

Отже, учасником процедури закупівлі може бути будь-яка особа, яка подала тендерну пропозицію / пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі, у тому числі **фізична особа, яка може укласти правочин щодо об'єктів цивільних прав**, у разі якщо не здійснює самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність.

Детальніше про питання щодо можливості укладення договору про закупівлю з фізичною особою, яка не є підприємцем (суб'єктом господарювання), читайте у роз'ясненні Мінекономіки за посиланням.