

Участь нерезидентів у публічних закупівлях

Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон про публічні закупівлі) встановлює рівні умови для участі в публічних закупівлях резидентів та нерезидентів. На перший погляд, умови прості й зрозумілі: однакові правила для всіх, жодних обмежень та жодних переваг для іноземного учасника, з якої б країни він не походив. Однак на практиці участь нерезидента в процедурі публічних закупівель має певні особливості, на які слід зважати замовникам, що очікують пропозиції від іноземних учасників.

На сторінках журналу «[Радник в сфері державних закупівель](#)» ми вже досліджували питання проведення державних закупівель за участю нерезидентів [детальніше див. на стор. 28–33 у випуску журналу № 1 (52) за січень 2016 року]. Однак час іде та законодавство змінюється. Тож пропонуємо ознайомитися з окремими особливостями участі нерезидентів у публічних закупівлях.

Умови постачання

Якщо очікується участь у закупівлі нерезидентів, то особливо важливого значення набуває чітке визначення однакових для всіх умов постачання. Для цього можуть бути використані Правила Міжнародної торговельної палати ІНКОТЕРМС, умови яких зручні та зрозумілі учасникам міжнародних відносин. При цьому є кілька нюансів.

По-перше, якщо предметом закупівлі є товар іноземного виробництва, представлений на ринку України хоча б одним постачальником (імпортером, дилером, дистриб'ютором тощо), то для забезпечення можливостей порівняння пропозицій учасників замовник має встановити умови постачання щонайменше до кордону (порту) з включенням витрат на доставку і страхування вантажу в дорозі, а в ідеалі — і зі сплатою всіх податкових і митних платежів. У протилежному випадку пропозиція резидента, що постачає вже розмитнений товар, завжди буде умовно вищою, аніж пропозиція будь-якого нерезидента про постачання, скажімо, на умовах CIF (вартість, страхування, фрахт) або EXW (франко завод), однак лише тому, що замовникові доведеться додатково самостійно оплатити розмитнення, а то й доставку та страхування. Таким чином, найбільш бажаною умовою постачання для замовника є DDP (доставка зі сплатою мит), якщо відповідний товар звільнено від сплати імпортного мита та ПДВ при ввезенні на митну територію України. Прийнятними також будуть такі умови, як DAT (постачання на терміналі) або DAP (постачання в пункті).

По-друге, необхідність об'єктивного порівняння цін і витрат — це не єдиний аргумент на користь постачання на умовах DDP (доставка зі сплатою мит). Насамперед слід згадати про ввізні мита, адже Україна стимулює лише експорт товарів, а от за імпорт будь-якого блага здебільшого треба заплатити. Ставки мит встановлено Митним тарифом України, що є додатком до Закону України «Про Митний тариф України» від 19.09.2013 № 584-VII.

Окрім того, операції із ввезення товарів/робіт/послуг на територію України є самостійним об'єктом обкладання податком на додану вартість (пункт 185.1 статті 185 Податкового кодексу України). Якщо операції з постачання конкретного товару/роботи/послуги на території України не є об'єктом оподаткування ПДВ, то це зовсім не означає, що такий самий порядок обкладання ПДВ застосовуватиметься при імпорті цих благ. Відповідно до пунктів 206.1 та 206.2 статті 206 Податкового кодексу України під час ввезення товарів на митну територію України суми податку підлягають сплаті до державного бюджету платниками податку до/або на день подання митної декларації безпосередньо на єдиний казначейський рахунок, крім операцій, за якими надається звільнення (умовне звільнення) від оподаткування. Операції із ввезення на митну територію України товарів у митному режимі імпорту оподатковуються податком за ставкою, визначеною підпунктом 194.1.1 пункту 194.1 статті 194 цього Кодексу (20%, 7 %), крім операцій:

із ввезення товарів, звільнених від оподаткування відповідно до статті 197 та підрозділу 2 розділу XX цього Кодексу, а також відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України;

із ввезення зі звільненням від оподаткування товарів, що були поміщені в митний режим переробки за межами митної території України з дотримання певних умов;

із ввезення з частковим звільненням від оподаткування товарів, що були поміщені в митний режим переробки з дотриманням певних умов.

Таким чином, імпорт благ переважно супроводжується сплатою ПДВ. Слід відзначити, що сплачений у такому випадку ПДВ замовникові не завжди вдасться «перекласти» на чужі плечі. Так, якщо замовник є платником ПДВ і, сплативши за імпортовані блага, отримав податковий кредит, а в подальшому використав ці блага в операціях, що не є об'єктом оподаткування відповідно до статті 196 цього Кодексу (крім випадків проведення операцій, передбачених підпунктом 196.1.7 пункту 196.1 статті 196 цього Кодексу) або місце постачання яких розташоване за межами митної території України, або ж в операціях, звільнених від оподаткування відповідно до статті 197, підрозділу 2 розділу XX цього Кодексу, міжнародних договорів (угод) (крім випадків проведення операцій, передбачених підпунктом 197.1.28 пункту 197.1 статті 197 цього Кодексу та операцій, передбачених пунктом 197.11 статті 197 цього Кодексу), або ж в операціях, що здійснюються платником податку в межах балансу платника податку чи не є господарською діяльністю платника податку (крім випадків, передбачених пунктом 189.9 статті 189 цього Кодексу), — то замовникові доведеться самостійно нарахувати собі податкові зобов'язання за загальною ставкою і ще раз сплатити ПДВ до бюджету (т. зв. «компенсуючі податкові зобов'язання» — пункт 198.5 статті 198 Податкового кодексу України).

Ціна закупівлі

Відповідно до п. 9 ч. 2 ст. 22 Закону про публічні закупівлі тендерна документація повинна містити перелік критеріїв та методичку оцінки тендерних пропозицій із зазначенням питомої ваги критеріїв. Опис методички оцінки за критерієм «ціна» повинен містити інформацію про врахування податку на додану вартість (ПДВ).

При цьому в разі здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, які виробляють, виконують чи надають не за окремо розробленою специфікацією (технічним проектом), для яких існує постійно діючий ринок, то критерієм оцінки є лише ціна. Станом на даний час для таких тендерів замовник може встановити лише один з двох способів зазначення ціни: з ПДВ або без нього незалежно від податкового статусу учасника, тобто функціонал веб-порталу PROZORRO наразі не дозволяє на той самий предмет закупівлі учасникові-платнику ПДВ зазначити, що його пропозиція з ПДВ, а учасникові-єдинщику — зазначити, що його пропозиція без ПДВ. Рішення про (не)врахування ПДВ приймає виключно замовник. Слід підкреслити, що єдиною правомірною підставою для встановлення замовником порядку зазначення ціни без ПДВ є ненарахування цього податку відповідно до вимог законодавства, тобто операція з поставки або обкладається податком за нульовою ставкою, або звільнена від оподаткування, або не є об'єктом оподаткування цим податком. Якщо тендерною документацією передбачено умови поставки DDP (доставка зі сплатою мит), то ціну слід вказувати з ПДВ, крім випадку, коли на момент оголошення закупівлі і імпорту, і постачання відповідного предмета закупівлі на території України звільнені від оподаткування податком на додану вартість.

Валюту, в якій розраховується ціна, замовник визначає на власний розсуд, однак вона повинна бути однаковою для всіх учасників, незалежно від країни їх резиденції. Очевидно, що через приписи ст. 192 Цивільного кодексу України, як правило, повинна застосовуватися гривня.

Документи нерезидента

Документи про відповідність кваліфікаційним критеріям.

Формулюючи кваліфікаційні критерії, замовникові слід пам'ятати, що обладнання, матеріально-технічна база і працівники відповідної кваліфікації нерезидента, насамперед того, який не має постійного представництва в Україні, знаходяться, найімовірніше, у країні резиденції. І договори аналогічного характеру, цілком імовірно, він виконував також за межами України. Тож якщо замовник не зробить уточнення «в Україні», то й відхилити пропозицію такого учасника за невідповідність кваліфікаційним критеріям у подальшому не зможе. От тільки чи завжди уточнення «в Україні» буде виправданим?

За загальним правилом, усе необхідне для виконання конкретного договору може бути тимчасово ввезене в Україну. Тож встановлення обов'язку наявності відповідних ресурсів

саме на території України може розглядатися як дискримінаційна умова. Однак окремі предмети закупівлі можуть вимагати обов'язкової наявності в переможця тих чи інших ресурсів саме в Україні. Це може впливати як зі специфіки роботи/послуги, яку закуповують, так і з умов, зокрема строків, виконання договору. Наприклад, якщо роботи виконують з використанням високотехнологічного обладнання, на монтаж та запуск якого потрібен певний час, а тому учасник, чиє обладнання — за кордоном, просто не зможе вчасно приступити до виконання договору.

Стосовно договорів аналогічного характеру: замовникові не слід безпідставно звужувати територію їх виконання до меж України, якщо тільки це не викликано специфікою предмета закупівлі.

Окрім того, формулюючи перелік документів, які має подати учасник, замовникові слід виходити зі змісту відповідного документа, а не його форми чи назви, що можуть відрізнятися в різних країнах. Відповідно слід включати до тендерної документації приблизно таке застереження: «Інший документ, виданий відповідно до законодавства країни, резидентом якої є учасник, що підтверджує...».

Дозвільні документи.

Оскільки нерезиденти беруть участь у закупівлях на рівних засадах з резидентами, то жодних винятків щодо них у питанні наявності дозвільних документів, як щодо права на провадження певного виду господарської діяльності, так і тих, що стосуються безпечності продукції, не передбачено.

Дані відкритих реєстрів.

Відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону про публічні закупівлі замовник не вимагає документального підтвердження інформації, що міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним. На 2017 рік перелік єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним, відображений у листі Мінекономрозвитку від 15.01.2016 № 3302-06/906-06*, а саме: Єдиний державний реєстр юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, Єдиний реєстр підприємств, щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство, Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення. Інформації про нерезидентів-юросіб у цих реєстрах бути не може, тож відомості, які можна було б з них узяти, зокрема про сам факт офіційної реєстрації учасника, строк його існування, його учасників/засновників і т. д., замовник має вимагати від учасників-нерезидентів. У Єдиному державному реєстрі осіб, які вчинили корупційні правопорушення, можна віднайти лише інформацію про фізичних осіб (нерезидентів чи їхніх представників).

Заборонений імпорт

Нагадаємо, що відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 30.12.2015 № 1147 «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації» до кінця 2017 р. заборонено ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації, за переліком згідно з додатком до цієї постанови, до якого включено, здебільшого, продукцію рослинного та/або тваринного походження, а також ряд товарів промислового значення.

Правила визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав регулюються однойменною Угодою від 20.11.2009 (чинна для України з 14.09.2011), ратифікованою із застереженням Законом України від 06.07.2011 № 3592-VI «Про ратифікацію Угоди про Правила визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав». Відповідно до зазначених Правил країною походження товару вважається держава-учасниця Угоди, на території якої товар було цілком вироблено чи піддано достатній обробці (переробці) відповідно до цих Правил.

Окрім того, в Україні досі діють, хоча й із суттєвими доповненнями, запроваджені 2015 року санкції щодо окремих суб'єктів господарювання у формі заборони здійснення державних закупівель. На 2017 рік ці санкції запроваджено Рішенням РНБО від 16.09.2016 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», введеним у дію Указом Президента України від 17.10.2016 № 467/2016. Додатки до зазначеного рішення РНБО, хоча й відсутні на офіційному веб-сайті Верховної Ради України, розміщено у вільному доступі на порталі РНБО за адресою: <http://www.rnbo.gov.ua/documents/433.html?PrintVersion>. На необхідність зважати на вказане рішення РНБО при здійсненні публічних закупівель звернуло увагу Мінекономрозвитку в роз'ясненні від 24.11.2016 № 3302-06/38090-06 «Щодо застосування санкцій». А от можливість замовника не допустити до участі в торгах нерезидента з офшорів, що існувала під час дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 № 1197-VII (далі — Закон про здійснення державних закупівель) відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 17 цього Закону, на даний час скасовано.

Нерезиденти і стаття 17 Закону про публічні закупівлі

Частиною 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі встановлено перелік обставин, за яких замовник зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника. Як і в Законі про здійснення державних закупівель, у Законі про публічні закупівлі визначено ряд обставин, які стосовно нерезидентів можуть існувати у двох різних країнах, а Закон не уточнює, про яку саме країну йдеться: Україну, країну резиденції чи обидві одночасно. Єдиної позиції із цього питання Мінекономрозвитку так і не має, тож вважаємо, що, як і раніше, замовникові доцільно виходити з мети, задля досягнення якої і встановлено більшість вимог частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі, а саме: недопущення визнання

переможцем процедури закупівлі особи, яка є злочинцем чи корупціонером (чи має таких осіб своїми представниками), або є банкрутом, або ж якій загрожує банкрутство через борги перед державою.

Отже, з'ясуємо те, чи всі з названих у частині 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі підстав можуть бути застосовані до нерезидента, та особливості такого застосування. Для зручності відображаємо інформацію у формі таблиці.

Норма статті 17 Закону про публічні закупівлі	Зміст підстави для відхилення тендерної пропозиції	Особливості застосування підстави до нерезидента
П. 1 ч. 1	Замовник має незаперечні докази того, що учасник пропонує, дає або погоджується дати прямо чи опосередковано будь-якій посадовій особі замовника, іншого державного органу винагороду в будь-якій формі (пропозиція щодо наймання на роботу, цінна річ, послуга тощо) з метою вплинути на прийняття рішення щодо визначення переможця процедури закупівлі або застосування замовником певної процедури закупівлі	Підставу застосовують у загальному порядку

<p>П. 2 ч. 1</p>	<p>Відомості про юридичну особу, яка є учасником, внесено до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення</p>	<p>Підстава непридатна до застосування ані відносно резидентів, ані відносно нерезидентів. Запровадження вказаного реєстру, хоча і передбачено Законом України «Про запобігання корупції», насправді ще не відбулося. На даний час в Україні ще не створено реєстру з такою назвою, а натомість функціонує Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення, ведення якого забезпечує Мін'юст. Відповідно до п. 2.6 розділу II Положення про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення, затвердженого наказом Мін'юсту від 11.01.2012 № 39/5 та зареєстрованого в Мін'юсті 11.01.2012 за № 20341, до нього вносять відомості лише про <i>фізичних осіб</i>. Детальніше: http://www.derzhreestr.gov.ua/50657</p>
<p>П. 3 ч. 1</p>	<p>Службову (посадову) особу учасника, яку учасник уповноважив представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичну особу, яка є учасником, було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері закупівель корупційного правопорушення</p>	<p>Підставу застосовують незалежно від того, у якій країні (Україні чи країні резиденції) відповідну фізичну особу було притягнуто до відповідальності за вказане правопорушення</p>
<p>П. 4 ч. 1</p>	<p>Суб'єкта господарювання (учасника) протягом останніх трьох років було притягнуто до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів)</p>	<p>Це форма адміністративно-господарської санкції, яку застосовує Антимонопольний комітет України. Хоча формально Закон України «Про захист економічної конкуренції» не містить обмежень щодо непоширення його дії на нерезидентів, принаймні за останніх 2 роки жодного з них до такої відповідальності не було притягнуто. Перелік підприємств-порушників (з 15.02.2015) можна знайти тут: http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/104485</p>

П. 5 ч. 1	Фізична особа, яка є учасником, була засуджена за злочин, учинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку	Підставу застосовують незалежно від того, у якій країні (Україні чи країні резиденції) відповідну фізичну особу було притягнуто до відповідальності за вказане правопорушення
П. 6 ч. 1	Службова (посадова) особа учасника, яка підписала тендерну пропозицію, була засуджена за злочин, учинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку	Підставу застосовують незалежно від того, у якій країні (Україні чи країні резиденції) відповідну фізичну особу було притягнуто до відповідальності за вказане правопорушення
П. 7 ч. 1	Тендерну пропозицію подав учасник процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника	Підставу застосовують у загальному порядку
П. 8 ч. 1	Учасника визнано у встановленому законом порядку банкрутом, стосовно нього відкрито ліквідаційну процедуру	Оскільки учасник-нерезидент може бути визнаний банкрутом лише у країні резиденції, для виключення цієї підстави замовник не застосовує дані Єдиного реєстру підприємств, щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство, а натомість вимагає в учасника надання довідки від компетентного органу країни резиденції

П. 9 ч. 1	У Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань відсутня інформація, передбачена пунктом 9 частини другої статті 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань»	Підставу не застосовують відносно нерезидентів, оскільки жодні відомості щодо них не вносять до зазначеного реєстру
П. 10 ч. 1	Юридична особа, яка є учасником, не має антикорупційної програми чи уповноваженого з реалізації антикорупційної програми, якщо вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) або робіт дорівнює чи перевищує 20 мільйонів гривень	Підставу не застосовують до нерезидентів**
Ч. 2	Замовник може прийняти рішення про відмову учасникові в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник має заборгованість зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)	Якщо учасник не має постійного представництва в Україні, яке сплачує податки нарівні з резидентами, то й не матиме боргів перед бюджетом України. При цьому нерезидент може мати борги перед бюджетом країни резиденції, що так само ставить під сумнів його спроможність виконати майбутні договірні зобов'язання. Тож для можливості застосувати цю норму замовник має вимагати від учасника довідку про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) перед бюджетом країни резиденції

*Наразі є інформативний лист МЕРТУ № 3302-06/1654-06 від 19.01.2017, з яким ви можете ознайомитися у випуску журналу № 2 (65) за лютий 2017 року на стор. 30–31. У згаданому листі Уповноважений орган не оприлюднив оновлену інформацію про перелік відкритих єдиних державних реєстрів, а зазначив, що Мінекономрозвитку України розмістило на

інформаційному ресурсі Уповноваженого органу з питань закупівель за адресою: www.me.gov.ua у рубриці «Публічні закупівлі» лист інформативного характеру від 15.01.2016 № 3302-06/906-06 «Щодо інформації про перелік відкритих єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним», що містить інформацію про функціонування відповідних реєстрів та електронних сервісів. Разом із цим МЕРТУ зазначило, що в разі отримання оновленої інформації щодо змін у переліку наявних відкритих єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним, Уповноважений орган оприлюднить її додатково. В інформаційному листі № 3302-06/5397-06 від 17.02.2017 МЕРТУ додатково оприлюднило листи Державної фіскальної служби України та Міністерства юстиції України щодо зазначеного питання.

** Так, хоча Закон про публічні закупівлі і не передбачає різниці між резидентами та нерезидентами в питанні необхідності наявності антикорупційної програми та уповноваженого з реалізації антикорупційної програми, якщо ціна закупівлі — понад 20 мільйонів гривень, та фактично п. 10 ч. 1 ст. 17 цього Закону не узгоджується з п. 2 ч. 2 ст. 62 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII (далі — Закон про запобігання корупції), оскільки останній містить посилання на вже нечинний Закон про здійснення державних закупівель. Своєю чергою всі підзаконні акти в цій сфері, насамперед обов'язкова до застосування Типова антикорупційна програма, затверджена рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 02.03.2017 № 75, зареєстрованим у Мін'юсті 09.03.2017 за № 326/30194, розроблені саме на підставі ст. 62 Закону про запобігання корупції і фактично непридатні для застосування нерезидентами, оскільки неминуче конкурують з положеннями законодавства країни їх резиденції.
