

Довідка від переможця про відсутність заборгованості: вимагати чи ні та що змінить новий Закон

У межах даної публікації на підставі аналізу чинного Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон), інших актів законодавства спробуємо з'ясувати, чи дійсно з 29.10.2019 замовник може не вимагати від переможця процедури закупівлі, а переможець не надавати довідку про відсутність заборгованості з платежів, контроль за справлянням яких покладено на контрольні органи.

На [вебпорталі Уповноваженого органу за посиланням](#) 29 жовтня 2019 року з'явилася інформація про завершення процесу інтеграції системи ProZorro з інформаційними системами Державної податкової служби України (далі — ДПС), яка є правонаступником Державної фіскальної служби України (далі — ДФС), у результаті чого дані щодо відсутності / наявності податкової заборгованості в переможця тендеру потраплятимуть в електронну систему закупівель за автоматичним запитом. На підставі цього деякі фахівці у сфері закупівель передчасно зробили висновки, що замовники можуть не вимагати від учасників-переможців тендеру надання довідок про відсутність заборгованості зі сплати податків та зборів, а послуговуватися даними, сформованими в системі ProZorro. Учасникам процедур закупівель навіть було рекомендовано в разі відсутності в тендерній документації положень щодо перевірки податкової заборгованості на основі даних у системі ProZorro звертатися до замовника з вимогами щодо внесення змін до тендерної документації в цій частині. Подібні заяви викликали жваві дискусії як серед закупівельників-практиків, так і в експертному середовищі.

Взаємодія електронної системи закупівель з інформаційними системами ДПС

Правовою базою взаємодії електронної системи закупівель з інформаційними системами ДПС є спільний наказ Мінекономрозвитку України та Міністерства фінансів України від 17.01.2018 № 37/11, яким затверджено Порядок взаємодії електронної системи закупівель з інформаційними системами Державної фіскальної служби України щодо обміну інформацією про відсутність заборгованості (наявність податкового боргу) в учасника процедур закупівлі (далі — Порядок № 37/11). Цей Порядок був розроблений для спрощення доступу суб'єктів господарської діяльності до торгів за допомогою проведення автоматичної перевірки відсутності підстав для відхилення пропозиції учасника процедури закупівлі відповідно до частини другої статті 17 розділу III Закону (пункт 1 Порядку № 37/11).

Згідно з Порядком № 37/11, інформаційну взаємодію забезпечують інформаційно-

телекомунікаційні системи ДФС (далі — ІТС) та електронна система закупівель. Взаємодія між електронною системою закупівель та ІТС відбувається так: електронна система закупівель автоматично формує та передає до ІТС запит щодо надання інформації про відсутність або наявність заборгованості (податкового боргу) зі сплати податків, зборів, платежів. На запит накладають технологічний сертифікат ДП «ПРОЗОРРО». Запит подають у разі виникнення потреби, він може містити інформацію виключно щодо одного учасника процедури закупівлі.

Відповідь на запит програмні засоби формують автоматично та передають до електронної системи закупівель не пізніше 18:00 наступного робочого дня з дня отримання запиту. У відповіді разом з ідентифікаційними даними учасника процедури закупівлі, щодо якого надійшов запит, зазначено дату й час формування відповіді та позначку **про відсутність / наявність заборгованості, яка є актуальною на момент формування відповіді на запит**. На відповідь накладають електронні підписи посадових (уповноважених) осіб відповідного територіального органу державної податкової служби.

Результатом взаємодії електронної системи закупівель з ІТС є формування в системі ProZorro двох електронних документів. Це є:

«Квитанція № 1 з ДФС про відсутність заборгованості» — електронний XML-документ (у файлі з розширенням *.KVT), який містить підтвердження отримання та реєстрації запиту щодо надання інформації про відсутність або наявність заборгованості (податкового боргу) зі сплати податків, зборів, платежів в учасника процедури закупівлі, а також ідентифікаційні дані запитувача (скорочене найменування та ідентифікаційний код ДП «ПРОЗОРРО»). Документ містить спеціальну електронну печатку ДПС «ОТРИМАНО ЕК»;

«Квитанція № 2 з ДФС про відсутність заборгованості» — електронний XML-документ (у файлі з розширенням *.XML), який містить інформацію про відсутність або наявність заборгованості (податкового боргу) зі сплати податків, зборів, платежів в учасника процедури закупівлі, його ідентифікаційні дані [скорочене найменування / прізвище, ім'я, по батькові (за наявності) та код ЄДРПОУ / РНОКПП], а також ідентифікаційні дані запитувача (скорочене найменування та ідентифікаційний код ДП «ПРОЗОРРО»). Документ підписують кваліфікованим електронним підписом посадової особи територіального органу ДПС за місцем реєстрації учасника.

Зауважимо, що обидва документи підписують відповідно до Закону України «Про електронні довірчі послуги» у спосіб, що передбачає об'єднання даних XML-документа (файл з розширенням *.XML або *.KVT) та електронного підпису (печатки) в одному файлі з розширенням *.p7s (формат CAdES). Доступ до XML-даних електронного документа (файла *.KVT або *.XML) можна отримати після перевірки файла *.p7s засобами кваліфікованого електронного підпису (наприклад, за допомогою програмного комплексу «ІТ Користувач ЦСК-1.3», онлайн-сервісу czo.gov.ua/verify тощо), під час якої надають можливість

видобути та зберегти XML-дані електронного документа у вигляді файлів з розширенням *.XML або *.KVT.

Таким чином, інформація про відсутність / наявність заборгованості зі сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), яка формується та передається до електронної системи закупівель, є відповіддю ДПС на запит адміністратора системи ProZorro — ДП «ПРОЗОРРО» — у вигляді електронного XML-документа, підписаного відповідною посадовою особою ДПС відповідно до Закону України «Про електронні довірчі послуги».

Зважаючи на викладене, постає закономірне питання: чи може замовник не вимагати від переможця подання документального підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)? Адже в системі ProZorro вже є електронний документ ДПС, який достовірно підтверджує ці обставини. Відповідь на поставлене питання можна отримати, проаналізувавши відповідні норми чинного Закону.

Обов'язок замовника вимагати документальне підтвердження

Так, згідно з частиною другою статті 17 Закону, 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).**

При цьому частиною третьою статті 17 Закону встановлено, що **спосіб документального підтвердження згідно із законодавством** відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої та **частиною другою цієї статті**, замовник визначає **для надання таких документів** лише переможцем процедури закупівлі. Замовник не вимагає документального підтвердження інформації, що міститься у **відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.**

Пунктом 2 частини другої статті 22 Закону передбачено, що тендерна документація повинна містити один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16, **вимоги, встановлені статтею 17 цього Закону**, та **інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям і вимогам згідно із законодавством.** Замовник не вимагає документального підтвердження інформації про відповідність вимогам статті 17 у разі, якщо **така інформація міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.**

З аналізу норм частини третьої статті 17 та пункту 2 частини другої статті 22 Закону випливає, що чинним Законом передбачено імперативний обов'язок замовника встановлювати в тендерній документації вимоги щодо надання переможцем

документального підтвердження інформації про відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої та частиною другою статті 17 Закону, за винятком випадків, **коли така інформація міститься у відкритих державних реєстрах, доступ до яких є вільним.**

Абзацом четвертим частини третьої статті 17 Закону визначено, що Уповноважений орган щороку до 20 січня та додатково в разі потреби оприлюднює інформацію про перелік відкритих єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним, на вебпорталі Уповноваженого органу.

Відповідно до оприлюдненої Уповноваженим органом інформації (листи Мінекономрозвитку України від 17.01.2019 № 3304-04/1983-06 та від 12.02.2019 № 3304-04/6186-06) до таких реєстрів належать:

– **Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення** (доступний за адресою в мережі Інтернет corruptinfo.nazk.gov.ua), у якому міститься інформація про наявність / відсутність обставин, що передбачені пунктами 2 і 3 частини першої статті 17 Закону;

Єдиний реєстр підприємств, щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство (доступний за адресою в мережі Інтернет rba.minjust.gov.ua/an-extract), який містить інформацію про наявність / відсутність обставин, вказаних у пункті 8 частини першої статті 17 Закону;

Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (доступний за адресою в мережі Інтернет <https://usr.minjust.gov.ua/ua/freesearch>), який містить інформацію про наявність / відсутність інформації, вказаної в пункті 9 частини першої статті 17 Закону.

Стосовно інформації про наявність або відсутність в учасника заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (частина друга статті 17 Закону): листом від 03.12.2018 № 22575/5/99-99-09-07-01-16 ДФС повідомляла, що відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 21.10.2015 № 835 «Про затвердження Положення про набори даних, які підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних» на офіційному вебпорталі ДФС — sfs.gov.ua (на даний час [офіційний вебпортал ДПС](#)) та на **Єдиному державному вебпорталі відкритих даних** щомісяця оприлюднюють інформацію про суб'єктів господарювання, які мають податковий борг. При цьому в листі від 19.11.2015 № 26615/5/99-99-23-01-16 ДФС прямо вказала на відсутність державного реєстру, в якому б розміщувалися дані щодо заборгованості з податків, зборів, платежів, а також на те, що створення подібного єдиного державного реєстру не передбачено чинним законодавством.

Виходячи з викладеного вище, інформація про наявність або відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) є публічною та оприлюдненою у формі

відкритих даних згідно зі статтею 10¹ Закону України «Про доступ до публічної інформації», однак **не належить до інформації, яка міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.**

Таким чином, через імперативні норми частини третьої статті 17 та пункту 2 частини другої статті 22 чинного Закону замовник зобов'язаний визначати в тендерній документації **спосіб документального підтвердження згідно із законодавством** відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) **для надання таких документів** переможцем процедури закупівлі.

Кажучи іншими словами, попри інтеграцію електронної системи закупівель та ІТС ДПС замовник все ж **зобов'язаний зазначити в тендерній документації вимогу** щодо надання переможцем процедури закупівлі документального підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) та **визначити спосіб такого документального підтвердження** згідно із законодавством, тобто у вигляді документа, який оформлений відповідно до [Порядку надання довідки про відсутність заборгованості з платежів, контроль за справлянням яких покладено на контрольні органи, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 03.09.2018 № 733](#) (далі — Порядок № 733).

Обов'язок переможця процедури закупівлі надати документальне підтвердження

З обов'язком замовника встановлювати в тендерній документації вимоги щодо надання документального підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) переможцем процедури закупівлі нерозривно пов'язаний обов'язок останнього надати таке документальне підтвердження у спосіб, визначений замовником.

При цьому сам факт автоматичного розміщення в системі ProZorro згідно з Порядком № 37/11 електронного документа ДПС з інформацією про відсутність (або наявність) заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) в учасника, який став переможцем процедури закупівлі, **жодним чином не скасовує обов'язок переможця надати документ про відсутність підстав**, передбачених частиною другою статті 17 Закону, у спосіб, який згідно із законодавством визначений замовником у тендерній документації.

Річ у тім, що норма абзацу першого частини третьої статті 17 Закону сформульована таким чином, що замовник зобов'язаний визначати спосіб документального підтвердження відсутності підстав, передбачених частиною другою статті 17 Закону, **для надання відповідного документа саме переможцем процедури закупівлі**, а не

третьою особою чи автоматично електронною системою закупівель.

Крім того, вказану норму потрібно розглядати й застосовувати у взаємозв'язку з положеннями абзацу третього пункту 2 частини першої статті 30 Закону, відповідно до якого замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі, якщо **переможець не надав документи**, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону.

Отже, у разі ненадання документа, який відповідно до законодавства підтверджує відсутність підстав, передбачених частиною другою статті 17 Закону [відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)], **саме переможцем процедури закупівлі** у спосіб, визначений замовником у тендерній документації, **останній зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію переможця згідно з абзацом третім пункту 2 частини першої статті 30 Закону.**

Слід зауважити, що підставу для відхилення тендерної пропозиції у цьому випадкові Закон пов'язує **саме з фактом ненадання переможцем** документа про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), а **не з фактом відсутності відповідного документального підтвердження в електронній системі закупівель.**

Таким чином, згідно з частиною третьою статті 17 та абзацом третім пункту 2 частини першої статті 30 чинного Закону саме переможець процедури закупівлі зобов'язаний надати документ, що підтверджує відповідно до законодавства відсутність підстав, передбачених частиною другою статті 17 Закону, у спосіб, визначений замовником у тендерній документації. В іншому випадкові тендерна пропозиція переможця повинна бути відхилена замовником згідно з абзацом третім пункту 2 частини першої статті 30 Закону.

При цьому в абзаці третьому пункту 2 частини першої статті 30 Закону підстава для відхилення тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі сформульована таким чином, що **автоматичне формування та розміщення в системі ProZorro відповіді ДПС на запит третьої особи (ДП «ПРОЗОРРО») щодо відсутності / наявності заборгованості не впливає на застосування вказаної норми замовником у разі ненадання відповідного підтвердного документа саме переможцем тендеру.**

З огляду на це, у зв'язку з положеннями чинного Закону переможець процедури закупівлі й надалі повинен оформляти та надавати замовникові документ, який підтверджує відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) відповідно до законодавства, тобто довідку про відсутність заборгованості з платежів, контроль за справлянням яких покладено на контрольні органи, оформлену відповідно до Порядку № 733.

Документальне підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) у новій редакції Закону

Як бачимо, з реалізацією в електронній системі закупівель технічної можливості автоматичного обміну інформацією з ІТС ДПС згідно з Порядком № 37/11, незмінними залишилися умови правового регулювання питань надання переможцем процедури закупівлі документів, які підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону, у тому числі документа про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів). За відсутності відкритого єдиного державного реєстру з інформацією про фізичних і юридичних осіб, які мають податковий борг, через приписи чинного Закону замовники повинні й надалі встановлювати вимоги щодо надання переможцями тендерів довідок про відсутність заборгованості з платежів, контроль за справлянням яких покладено на контрольні органи, а переможці — надавати такі документи згідно з вимогами, установленними в тендерній документації.

Відмова від такої практики можлива лише в разі зміни підходів до правового регулювання питань документального підтвердження відсутності підстав, передбачених статтею 17 Закону. У цьому контексті великі сподівання на спрощення відповідних законодавчих вимог покладають на нову редакцію Закону, що, згідно із Законом України від 19.09.2019 № 144-IX, вводиться в дію з 19.04.2020.

Так, згідно з частиною п'ятою статті 17 Закону (у редакції Закону № 144-IX) замовник не вимагає документального підтвердження **публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»** та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або **публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель**. Пунктом 2 частини другої статті 22 нової редакції Закону визначено, що замовник не вимагає документального підтвердження інформації про відповідність підставам, установленим статтею 17 цього Закону, у разі якщо така інформація є **публічною, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»**, та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

Отже, у новій редакції Закону законодавець значно розширив перелік інформації про відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону, щодо якої замовник не вимагатиме документального підтвердження. Крім інформації, яка міститься в єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним (як у чинному Законі), замовники також не вимагатимуть надання переможцями документів для підтвердження **публічної інформації, яка оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»** або **є доступною в електронній системі закупівель**.

Нагадаємо, що відповідно до статті 10¹ Закону України «Про доступ до публічної інформації» та Постанови Кабінету Міністрів України від 21.10.2015 № 835 «Про затвердження Положення про набори даних, які підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних» інформація про наявність податкового боргу є публічною інформацією та її оприлюднює [ДПС у формі відкритих даних на власному вебсайті](#) та на **Єдиному державному вебпорталі відкритих даних**.

Крім того, завдяки технічній реалізації в електронній системі закупівель Порядку № 37/11 публічна інформація про наявність або відсутність в учасника-переможця процедури закупівлі заборгованості зі сплати податків і зборів, інших платежів, контроль за справлянням яких покладено на контрольні органи, буде доступною в системі ProZorro (у формі електронного документа ДПС) після оприлюднення замовником повідомлення про намір укласти договір.

Таким чином, інформація про наявність або відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (пункт 13 частини першої статті 17 нового Закону) підпадатиме одночасно під дві ознаки тієї інформації, щодо якої замовник не буде вимагати документального підтвердження згідно з частиною п'ятою статті 17 нової редакції Закону:

публічна інформація, оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»;

публічна інформація, яка є доступною в електронній системі закупівель.

З огляду на це, вважаємо, що після введення в дію нової редакції Закону замовники матимуть можливість і будуть зобов'язані не вимагати від переможців надання документів, що підтверджують відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), а в переможців відповідно відпаде потреба оформляти та надавати довідки про відсутність такої заборгованості згідно з Порядком № 733. Це, своєю чергою, значно спростить для бізнесу умови участі в процедурах закупівель та зменшить кількість випадків відхилення тендерних пропозицій у зв'язку з ненаданням або несвоєчасним наданням документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону.

Водночас слід зважати на існування окремих проблемних моментів, які можуть ускладнити практичну реалізацію зазначених вище норм нової редакції Закону замовниками в частині повної відмови від надання документів про відсутність податкового боргу. Передусім відкритим залишається питання надання документального підтвердження відсутності заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) переможцями-нерезидентами. Також проблемною з погляду практичного застосування є актуальність публічної інформації про наявність податкового боргу, яку оприлюднює ДПС у формі відкритих даних з періодичністю в один місяць, тоді як фактичні

дані про наявність в учасника податкового боргу можуть змінюватися щоденно. Крім того, певні труднощі можуть виникнути у зв'язку з відмінністю змісту норм частини п'ятої статті 17 та пункту 2 частини другої статті 22 нової редакції Закону (у частині переліку публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель). Очевидно, що дані питання потребують додаткових роз'яснень Уповноваженого органу у формі узагальнених відповідей рекомендаційного характеру щодо застосування відповідного законодавства у сфері закупівель.