

# ДП «Адміністрація морських портів України» ділиться успішним досвідом проведення торгів за участі нерезидентів

**Южненська філія державного підприємства «Адміністрація морських портів України»** (далі — ДП «АМПУ») **18 травня 2017 року уклала договір з компанію China Harbour Engineering company Ltd (Китайська Народна Республіка)**. Така подія в історії ДП «АМПУ» — підписання договору з компанією-нерезидентом на виконання робіт з днопоглиблення — сталася вперше.

Урочисте підписання договору відбулося за присутності Прем'єр-міністра України Володимира Гройсмана, міністра інфраструктури України Володимира Омеляна та керівника ДП «АМПУ» Райвіса Вецкаганса. Підписав договір з боку «Адміністрації морських портів України» начальник Южненської філії ДП «АМПУ» Максим Широков.

Саме досвід проведення закупівлі в електронній [системі закупівель ProZorro](#) Южненською філією ДП «АМПУ», як замовника робіт, що здійснює діяльність в окремих сферах господарювання, є цікавим та корисним з огляду на досвід роботи з іноземними компаніями в Україні при проведенні закупівель державними підприємствами та питання, що виникали під час проведення процедури згідно із Законом України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі).

## Початок процедури і перші проблеми

Основна мета, яку ДП «АМПУ» бажало досягти при організації відкритої процедури в [системі ProZorro](#), полягає в залученні компаній, в яких поєднання досвіду кваліфікованих фахівців, рівня їх підготовки та організації роботи разом з можливостями використання технологічного спеціального обладнання дасть змогу отримати найбільш привабливу та економічно вигідну ціну на проведення робіт з днопоглиблення.

Крім того, попередній досвід проведення закупівель специфічних днопоглиблювальних робіт виявив вузьке коло учасників, це й підштовхнуло ДП «АМПУ» до максимального розширення кола учасників через залучення компаній, у тому числі іноземних, які під час виконання робіт використовують сучасні передові світові стандарти, технології та високопродуктивне обладнання.

Отже, 21.11.2016 в [системі ProZorro](#) (номер процедури закупівлі: [UA-2016-11-21-000531-a](#)) було оголошено про проведення відкритих торгів на закупівлю робіт з будівництва об'єкта «**Реконструкція водних підходів, маневрових зон та операційних акваторій біля причалів з урахуванням перспективного вантажообігу морського порту «Южний» в м. Южний Одеської області (Перша черга будівництва. Перший пусковий комплекс) (будівельно-монтажні роботи)**» з очікуваною вартістю понад 1,19 млрд грн

без ПДВ.

Тендерну документацію разом з технічними вимогами та проектами договорів, що передбачають участь у торгах резидентів та нерезидентів України, було складено відповідно до чинного законодавства України з питань закупівель та згідно зі стандартами державних будівельних норм.

Але на етапі подання пропозицій потенційні учасники тендеру поставили 88 запитань, що містили додаткові запитання, та, у тому числі, пропозиції до замовника щодо технології виконання робіт, умов майбутніх договорів відповідно до міжнародних практик та норм, порядку документального підтвердження кваліфікаційних і технічних вимог учасниками тощо.

Після ретельного розгляду всіх запитань було прийнято рішення щодо внесення змін до тендерної документації для максимального опрацювання отриманих пропозицій усіх потенційних учасників та наближення умов проектів договорів до міжнародних норм та передусім дотриманням вимог чинного законодавства України.

Для цього ДП «АМПУ», як замовник, здійснило такі кроки:

зроблено «тайм-аут» для відпрацювання пропозицій та внесення змін до тендерної документації терміном близько двох місяців (продовжено кінцевий строк подання тендерних пропозицій до 27.03.2017);

створено робочу групу для опрацювання тендерних документів;

для отримання консультацій залучено провідних спеціалістів Європейського банку реконструкції та розвитку (ЄБРР) та юридичної компанії Arzinger, яка має досвід роботи з міжнародними проектами в галузі будівництва;

2 лютого 2017 року спільно з AmericanChamberofCommerceinUkraine (Американська торгово-промислова палата в Україні) проведено конференцію UkrainianDredgingDay, на яку було запрошено передові українські та світові компанії, що спеціалізуються на днопоглибленні. Конференція за участю міністра інфраструктури України, провідних фахівців ЄБРР, фахівців ДП «АМПУ», операторів в акваторії порту «Южний», інформаційних та юридичних агентств і ЗМІ пройшла на високому рівні. Повторно 23 лютого 2017 року подібний захід було проведено в головному представництві ДП «АМПУ» в Одесі.

За результатами спільної роботи фахівців, залучених до аналізу вимог тендерної документації, було спрощено такі вимоги:

до документів, що підтверджують кваліфікаційні критерії;

до надання дозвільних документів у зв'язку з тим, що для потенційних учасників-

нерезидентів отримання дозвільних документів в Україні займає більше часу, ніж для компаній, які вже працюють на внутрішньому ринку;

проекти договорів на виконання робіт узгоджено з найкращими міжнародними практиками, в яких застосовано принципи FIDIC (FIDIC — міжнародна федерація інженерів-консультантів), у тому числі узгоджено штрафні санкції та застосовано аналогічні як для замовника, так і для переможця процедури закупівлі.

Зважаючи на бажання ДП «АМПУ» розширити коло учасників процедури та з метою недискримінації учасника-нерезидента (частина перша статті 5 Закону про публічні закупівлі: українські та іноземні учасники всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах), проект договору було складено згідно з вимогами:

Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердженого наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 № 201 «Про затвердження Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 21.09.2001 за № 833/6024, яке застосовують при укладенні договорів купівлі/продажу товарів (надання послуг, виконання робіт) та товарообмінних договорів між українськими та іноземними суб'єктами підприємницької діяльності незалежно від форм власності та видів діяльності;

загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» [стаття 323 Господарського кодексу України передбачає, що договори підряду (субпідряду) на капітальне будівництво укладають і виконують на загальних умовах укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Кабінетом Міністрів України].

Тобто принципи FIDIC ДП «АМПУ» застосовувало до проекту договору в частині, що не суперечить чинному законодавству України в галузі капітального будівництва.

Також перекладено тендерну документацію англійською мовою, чого не вимагає чинне законодавство України із закупівель і що обумовлено тільки прагненням замовника створити сприятливі умови для учасників-нерезидентів процедури закупівлі. Таку практику заплановано застосовувати щодо всіх міжнародних тендерів ДП «АМПУ» на виконання робіт.

**Завдяки зазначеним заходам у процедурі відкритих торгів взяли участь п'ять світових компаній, що спеціалізуються на виконанні робіт з днопоглиблення, а**

same: China Harbour Engineering Company LTD, PLLC Boskalis International B.V., Jan De Nul n.v., ДП «Ван Оорд Україна» компанії «Ван Оорд Дреджинг Енд Марін Контракторс Б.В.», Novadeal LTD.

**Пропозиції учасників розглянули, усіх учасників було допущено до аукціону, за результатами якого обрано переможця та укладено в передбачені Законом строки договір.**

## Торги за участі нерезидентів: узагальнюємо досвід

Протягом листопада 2016 року – червня 2017 року Южненська філія ДП «АМПУ» загалом провела чотири міжнародні процедури закупівлі спеціалізованих робіт і послуг з днопоглиблення. За їх результатами необхідно звернути увагу на основні питання, з якими зіткнулась філія під час проведення процедури закупівлі відповідно до вимог Закону про публічні закупівлі:

Недосконалість чинного законодавства України та невідповідність його вимогам міжнародного права [розроблення тендерної документації та проектів договорів, зважаючи на міжнародну практику в галузі будівництва (FIDIC), потребувало узгодження з умовами державних будівельних норм, розроблених і затверджених ще в Радянському Союзі].

Порядок проведення публічної відкритої процедури закупівлі необхідно спростити та наблизити до міжнародних стандартів (наприклад, потенційні учасники процедури закупівлі не розуміли деякі питання: [система ProZorro](#) приймає ціну пропозиції тільки в національній валюті — гривні; очікувана вартість закупівлі не може бути вищою, ніж зазначена замовником при оголошенні закупівлі, якщо чинне законодавство дозволяє це робити; відсутня можливість уточнювати пропозицію учасника та надавати додаткові документи під час розгляду пропозиції; неможливість переглянути проект договору про закупівлю з переможцем на етапі його підписання тощо).

Формальний підхід деяких учасників до підготовки та оформлення документів у складі тендерної пропозиції (неякісне оформлення як самої пропозиції, так і недотримання вимог замовника до документального підтвердження кваліфікаційних критеріїв і технічних вимог), що на практиці призводить до відхилення пропозицій учасників через невідповідність їхніх пропозицій вимогам тендерної документації та відповідно відміни торгів.

Під час проведення конференцій з потенційними учасниками задля уникнення цієї проблеми фахівці ДП «АМПУ» запропонували потенційним учасникам скористатись порадами [веб-сайту ДП «АМПУ» \(www.uspa.gov.ua\)](#) щодо підготовки пропозицій і типових помилок, які роблять учасники при поданні тендерних пропозицій.



Невідповідність алгоритму роботи електронних майданчиків у системі ProZorro вимогам Закону про публічні закупівлі [наприклад, щодо вимог до строків оскарження процедури закупівлі: якщо замовник дискваліфікував усіх учасників на етапі прекваліфікації, то в системі відсутня можливість подання скарги; неможливість зазначення учасником вищої за очікувану початкової вартості; неможливість надати учасникові відповідь на скаргу щодо дій замовника або уточнювальне запитання щодо причин відхилення учасника, якщо система вже перейшла в стадію «аукціон» і якщо строк надання замовником такої відповіді (5 днів згідно з вимогами Закону) ще не сплив, тощо].

Можливість «затягування» недобросовісними учасниками проведення торгів унаслідок подання скарг на рішення замовника, у тому числі ті, які було прийнято після розгляду тендерних пропозицій, на відповідність технічним вимогам і кваліфікаційним критеріям.

Положення Закону прямо встановлюють, що в разі прийняття Антимонопольним комітетом України скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі. Замовникові заборонено вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі. Така «автоматична зупинка», з одного боку, покликана захистити права та інтереси скаржника, а з іншого стає дієвим інструментом для зловживань під час проведення публічних закупівель з боку недобросовісних учасників, які своїм поданням необґрунтованих скарг до АМКУ штучно затягують процедуру закупівлі.

Відсутність кількісних обмежень запитань на етапі обговорення процедури закупівлі та звернення учасників по роз'яснення в електронній системі закупівель ProZorro (наприклад, 16.12.2016 потенційні учасники поставили рекордну кількість запитань щодо процедури відкритих торгів за один робочий день —14 запитань, що своєю чергою містили в кожному з них додаткові питання).

Відсутність «фільтрації» питань, які ставлять учасники торгів, що повторюються (більше 30 % процедурних запитань повторювалися і мали той же зміст, що й раніше поставлені іншими потенційними учасниками, на які замовник уже надав відповіді та роз'яснення).

Встановлення обов'язкового використання тільки однієї мови (наприклад, української) в запитаннях (статтею 15 Закону про публічні закупівлі передбачено застосування замовником тільки української мови при підготовці тендерної

документації, але не передбачено те, якою саме мовою учасники можуть ставити запитання; у зв'язку із цим замовник витрачає додатковий час і, можливо, кошти на переклад як самого запитання, так і перекладу відповіді).

Крім того, замовник не має можливості додатково уточнити в учасника деталі його звернення та обмежений у строках відповіді (3 робочих дні згідно з частиною першою статті 23 Закону). Наприклад, при ненаданні хоча б однієї відповіді на поставлені 14 запитань процедуру закупівлі буде заблоковано, тобто неврегулювання Законом цього питання унеможлиблює своєчасне надання всіх відповідей.

Окремим питанням для створення умов щодо залучення потенційних учасників до таких спеціалізованих робіт ДП «АМПУ», як днопоглиблювальні, було спрощення вимог щодо надання дозвільних документів учасниками.

На виконання вимог частини другої статті 36 Закону про публічні закупівлі та вимог тендерної документації переможець процедури закупівлі (у тому числі нерезидент) під час укладення договору повинен надати дозвіл або ліцензію на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством. Южненська філія передбачила в тендерній документації можливість надання певних дозвільних документів як у складі тендерної пропозиції для учасників, так і під час безпосереднього виконання робіт уже переможцем процедури закупівлі.

Якщо учасником процедури є нерезидент і якщо в нього відсутні дозвільні документи, передбачені законодавством України, то у складі тендерної пропозиції він може надати аналогічні дозвільні документи, видані у країні, де даний учасник зареєстрований, з поясненнями щодо кожного документа, які не було надано. У разі визнання учасника-нерезидента переможцем процедури закупівлі він під час укладення договору згідно з вимогами чинного законодавства України зобов'язаний надати замовникові дозвільні документи на виконання робіт, що є предметом закупівлі [дозвіл Держгірпромнагляду (правонаступника), Свідоцтво про визнання Регістром судноплавства України (або іншим кваліфікаційним товариством) для виконання днопоглиблювальних робіт, промірних робіт та водозлазного обстеження (у разі виконання водозлазного обстеження), а також Ліцензію на будівництво гідротехнічних споруд та комплексів], такі документи повинні бути видані державними дозвільними органами України.

Учасників-нерезидентів під час надання роз'яснень на запитання проінформовано, що господарська діяльність у будівництві, пов'язана зі створенням об'єктів архітектури, підлягає ліцензуванню відповідно до Законів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 02.03.2015 № 222-VIII та «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 № 687-XIV. **Для отримання ліцензії на проведення будівельних робіт нерезидент повинен офіційно зареєструвати своє представництво на території**

**України** та подати заяву на отримання ліцензії та інших необхідних документів (лист Держархбудінспекції від 14.05.2013 № 40-11-2101).

Стаття перша Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-ХІІ дає визначення поняття представництва іноземного суб'єкта господарювання: представництво іноземного суб'єкта господарської діяльності — установа або особа, яка представляє інтереси іноземного суб'єкта господарської діяльності в Україні і має на це належним чином оформлені відповідні повноваження.

У зв'язку з наявністю пільг в оподаткуванні, що передбачені в конвенціях для представництв, які не мають ознак постійного місця діяльності в Україні, **існує поділ представництв на постійні (комерційні) та некомерційні.**

П. 14.1.193 ПКУ надає **визначення постійного представництва**, це — постійне місце діяльності, через яке повністю або частково відбувається господарська діяльність нерезидента в Україні, зокрема: місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; установка або споруда для розвідки природних ресурсів; шахта, нафтова/газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів; склад або приміщення, що використовують для доставки товарів, сервер.

Крім того, постійне представництво включає:

надання послуг нерезидентами, у тому числі консультаційних, через співробітників або інший персонал, найнятий ним для цього, але якщо така діяльність відбувається (у межах одного проекту або проекту, що пов'язаний з ним) в Україні протягом періоду або періодів, загальна тривалість яких становить більш як шість місяців, у будь-якому дванадцятимісячному періоді;

надання послуг резидентів, які мають повноваження: діяти від імені виключно такого нерезидента [проведення переговорів щодо суттєвих умов та/або укладення договорів (контрактів) від імені цього нерезидента], що призводить до виникнення в цього нерезидента цивільних прав та обов'язків та/або утримувати (зберігати) запаси товарів, що належать нерезидентові, із складу яких відбувається постачання товару від імені нерезидента тощо.

**Некомерційні представництва** функціонують з метою здійснення для нерезидента діяльності підготовчого і допоміжного характеру, хоча поняття, що таке «підготовча або допоміжна діяльність», у законодавстві України відсутнє. Некомерційне представництво також може здійснювати використання будівель або споруд виключно з метою зберігання, демонстрації або доставки товарів чи виробів, що належать нерезидентові; зберігання запасів товарів або виробів, що належать нерезидентові, виключно з метою зберігання або демонстрації; зберігання запасів товарів або виробів, що належать нерезидентові, виключно з метою переробки іншим підприємством; утримання постійного місця діяльності виключно з метою закупівлі товарів чи виробів або для збирання інформації для



нерезидента; направлення в розпорядження особи фізичних осіб у межах виконання угод про послуги з надання персоналу.

Представництво нерезидента, яке здійснює виключно допоміжну і підготовчу діяльність, користується податковими пільгами, а саме не є платником податку на прибуток.