

Категорії бенефіціара, принципала та гаранта: роз'яснюємо нові вимоги до оформлення гарантії як забезпечення тендерної пропозиції

Не пройшло й року з дня введення в дію чинної редакції [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон про закупівлі, Закон), як Мінекономіки наказом від [14.12.2020 № 2628](#), зареєстрованим у Мін'юсті 03.03.2021 за № 275/35897 (далі — Наказ № 2628), затвердив довгоочікувані форму та Вимоги до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції. Нагадаємо, що Наказ № 2628 набрав чинності 19.03.2021, а отже, з цієї дати він підлягає обов'язковому застосуванню у сфері закупівель замовниками, учасниками і гарантами. Детальніше читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«Затверджено форму і вимоги до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції»](#).

Тепер залишилося розібратися, як ту форму заповнювати! І от сюрприз: пунктом 4 Вимог до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції передбачено зазначення у реквізитах гарантії категорії гаранта, категорії принципала (якщо це юридична особа — резидент) і категорії бенефіціара (тобто замовника). Що це за категорії? І які наслідки для учасника закупівлі матиме незазначення або неправильне визначення категорії в тексті гарантії?

Категорія бенефіціара (замовника)

Категорії замовників як бенефіціарів гарантії визначені у частині 4 статті 2 Закону, а саме:

органи державної влади та органи місцевого самоврядування, зазначені у пункті 1 частини 1 статті 2 Закону;

органи соціального страхування, зазначені у пункті 2 частини 1 статті 2 Закону;

підприємства, установи, організації, зазначені у пункті 3 частини 1 статті 2 Закону;

юридичні особи та / або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, зазначені у пункті 4 частини 1 статті 2 Закону.

Категорія замовника відображається в інтерфейсі кожної закупівлі в графі «Інформація про замовника», тож учаснику / гаранту не потрібно самостійно класифікувати замовника закупівлі — достатньо зазирнути на сторінку відповідної закупівлі в ProZorro. Свою категорію замовник визначає самостійно і зазначає її в електронній системі закупівель на

вимогу Закону. Зауважимо, що **правильність такої самоідентифікації ніхто не контролює.**

Для прикладу, Пенсійний фонд України, відповідно до пункту 2 частини 1 та частини 4 статті 2 Закону, належить до категорії замовників «органи соціального страхування», однак на сторінках закупівель Пенсійного фонду в рубриці «Інформація про замовника» побачимо таке: «Категорія: Юридична особа, яка забезпечує потреби держави або територіальної громади».

Також слід зауважити, що функціонал ProZorro відображає категорію замовника не дослівно, як зазначено в частині 4 статті 2 Закону, а більш деталізовано.

Наприклад, якщо відкрити в системі ProZorro будь-яку закупівлю Мінекономіки, то в рубриці «Інформація про замовника» ми побачимо вказівку на категорію «Орган державної влади, місцевого самоврядування або правоохоронний орган». Категорія АТ «Укрпошта» — «Юридична особа, яка здійснює діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання». Категорія Національної поліції України — «Замовник, що здійснює закупівлі для потреб оборони», категорія ДП «ПРОЗОРРО» — «Юридична особа, яка забезпечує потреби держави або територіальної громади» і т. д.

З урахуванням викладеного, **якщо тендерна документація ніяк не розшифровує вимогу про визначення у тексті гарантії категорії бенефіціара (замовника), рекомендуємо зазначати саме ту категорію, яку сам замовник визначив про себе на ProZorro.**

Категорія гаранта

Категорії гарантів **однозначно в законодавстві не визначені.** Однак оскільки Наказ № 2628 містить обов'язкову вимогу про зазначення категорії гаранта, пропонуємо **за аналогією** з категорією замовників звернутися до класифікації суб'єктів, які можуть видавати гарантії згідно з законодавством.

Відповідно до частини 1 статті 560 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) за **гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація** (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Таким чином, гарантом може виступати або банк, або інша фінансова установа, або страхова організація.

Коло фінансових установ окреслене в пункті 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». До фінансових установ належать **банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, — інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових**

послуг. Усі фінансові установи підлягають внесенню до відповідного реєстру, що доступний онлайн за [посиланням](#).

Отже, можливі **категорії гаранта:**

банки;

кредитні спілки;

ломбарди;

лізингові компанії;

довірчі товариства;

страхові компанії;

установи накопичувального пенсійного забезпечення;

інвестиційні фонди і компанії;

інша юридична особа, що отримала ліцензію на надання гарантій.

Категорія принципала

Принципалом є учасник процедури закупівлі (спрощеної закупівлі), виконання обов'язків якого забезпечується гарантією. Наказ № 2628 **вимагає зазначати категорію принципала** лише у випадку, якщо такий принципал є одночасно юридичною особою та резидентом України.

Як і у випадку з гарантом, **законодавство не містить чіткого поняття «категорія принципала»**. Припускаємо, що мова йде про організаційно-правову форму (наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю, приватне підприємство, акціонерне товариство тощо).

Організаційно-правова форма юридичної особи, відповідно до статті 90 ЦК України, має відображатися у повному найменуванні юридичної особи.

Наприклад: повне найменування Товариство з обмеженою відповідальністю «Радість», у якому назва — «Радість», організаційно-правова форма (категорія) — товариство з

обмеженою відповідальністю. Однак на практиці не завжди найменування юридичної особи містить точну вказівку на її організаційно-правову форму. Саме тому відомості про організаційно-правову форму конкретної юридичної особи в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань (далі — ЄДРПОУ) завжди відображаються окремим рядком — одразу після назви (наприклад, Рис. 1).

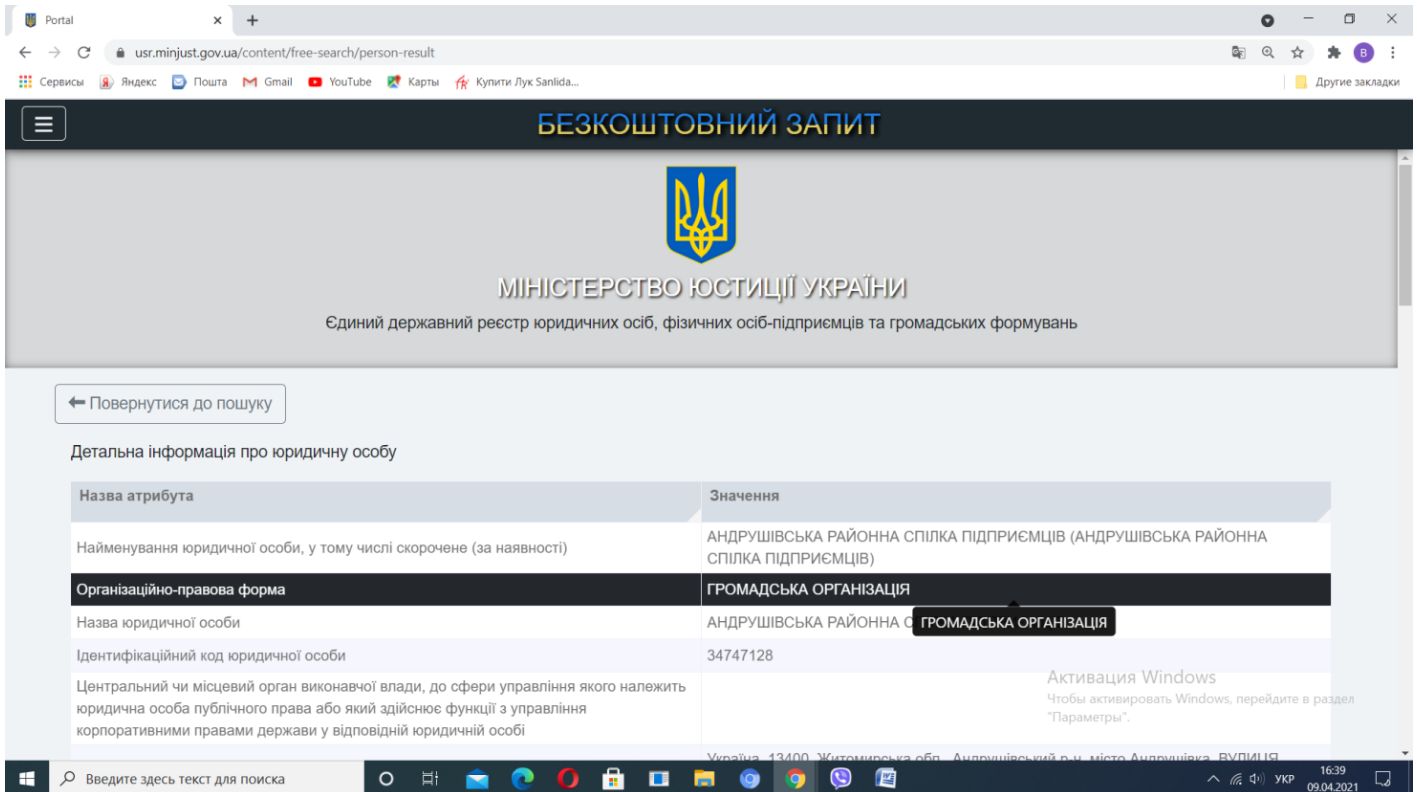


Рис.1

Оскільки в Наказі № 2628 немає чіткої вказівки, що таке «категорія принципала», на практиці цей термін можуть розтлумачити інакше. Наведемо два варіанти способу тлумачення терміна «категорія принципала».

Варіант 1.

Дехто може вважати, що мова йде про класифікацію суб'єктів господарювання відповідно до статті 55 [Господарського кодексу України](#) (далі — ГК України).

Згідно з частиною 3 статті 55 ГК України суб'єкти господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, у тому числі до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва. Кожному потенційному учаснику, що захоче зареєструватися в особистому кабінеті на майданчику для участі в публічних закупівлях, електронна система закупівель запропонує класифікувати себе відповідно до статті 55 ГК України як суб'єкта

мікро-, малого, середнього чи великого підприємництва або ж зазначити, що він взагалі не є суб'єктом господарювання.

На наш погляд, цей спосіб тлумачення терміна «категорія принципала» є неправильним, бо Наказ № 2628 вказує на обов'язок визначити категорію принципала лише для юридичних осіб — резидентів, тобто для фізичних осіб, зокрема фізичних осіб — підприємців, така категорія не передбачена.

Натомість класифікація, передбачена статтею 55 ГК України та закладена у функціонал особистого кабінету постачальника на майданчиках, поширюється і на фізичних осіб — підприємців. Окрім того, пунктом 2 Вимог до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, затверджених Наказом № 2628, визначено перелік нормативно-правових актів, у яких слід шукати значення термінів, вжитих у цих Вимогах, і ГК України до цього переліку не входить.

Варіант 2.

Інший спосіб розтлумачити термін «категорія принципала» — простий поділ усіх учасників закупівель на комерційні / підприємницькі та некомерційні / непідприємницькі, тобто класифікація відповідно до мети їх створення: задля отримання прибутку чи без мети отримання прибутку (частина 2 статті 3, статті 42, 45, 52-53 ГК України).

На наш погляд, такий спосіб є неправильним тому, що інформація про мету діяльності принципала (прибуток чи щось інше) у змісті гарантії просто зайва, адже жодним чином не впливає на права та / або обов'язки ані гаранта, ані бенефіціара, ані принципала, не сприяє ідентифікації сторін цього правочину тощо. Окрім того, як уже зазначалося вище, Наказ № 2628 не відсилає нас до ГК України у пошуках значення вжитих у цьому наказі термінів.

У зв'язку з викладеним радимо замовникам у тендерній документації розтлумачити, що саме замовник очікує побачити в тексті гарантії як відомості про категорію принципала.

Якщо тендерна документація не міститиме окремих роз'яснень того, що замовник розуміє під терміном «категорія принципала», то з урахуванням наявної законодавчої прогалини будь-які відомості, зазначені у гарантії як відомості про категорію принципала, у т.ч. «суб'єкт господарювання» або «суб'єкт малого підприємництва», або «категорія законом не визначена» і т.д., будуть вважатися правильним зазначенням категорії принципала.

Нижче наведемо приклад, як саме замовник може відобразити відповідні роз'яснення щодо понять «категорія принципала», «категорія гаранта» та «категорія бенефіціара» у тексті тендерної документації:

Приклад

У тексті гарантії має бути визначено категорії бенефіціара, принципала та гаранта. Під терміном «категорія бенефіціара» мається на увазі категорія замовника відповідно до частини 4 статті 2 Закону України «Про публічні закупівлі», а саме: _____ (зазначається замовником самостійно). Під терміном «категорія принципала» мається на увазі організаційно-правова форма юридичної особи. Якщо учасник процедури закупівлі не є юридичною особою, то категорія принципала не зазначається. Під терміном «категорія гаранта» мається на увазі різновид фінансової установи, що видала гарантію, а саме: банк, кредитна спілка, ломбард, лізингова компанія, довірче товариство, страхова компанія, установа накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційний фонд / компанія або інша юридична особа, що отримала ліцензію на надання гарантій.

Якщо категорія визначена «якось не так»

Запропоновані вище варіанти тлумачення ґрунтуються на припущенні та аналогії закону, однак не претендують на статус єдино можливого. Очевидно, що згодом закупівельна громадськість таки отримає роз'яснення від Мінекономіки та / або Нацбанк скаже своє слово з цього приводу, а Орган оскарження та судова практика напрацюють свої, не виключено — діаметрально протилежні, критерії. Зауважимо, що всі ці майбутні листи, роз'яснення і критерії **не матимуть зворотної сили**, тобто застосовуватимуться лише на майбутнє.

Станом на сьогодні однозначно стверджувати можна одне: **у законодавстві немає чіткого визначення понять «категорія принципала» та «категорія гаранта», а поняття «категорія бенефіціара» також є недостатньо визначеним, оскільки положення Закону та його реалізація в ProZorro відрізняються**. А тому радимо замовникам пам'ятати про золоте правило закупівель «тендерна пропозиція = тендерна документація» і **включати до тендерної документації чіткі інструкції щодо заповнення форми гарантії, не обмежуючись посиланням на Наказ № 2628 чи переписуванням його змісту**. Адже достатньо роз'яснити в тендерній документації, наприклад, що категорія принципала — це організаційно-правова форма учасника процедури закупівлі, категорія гаранта для банківської гарантії — це банк, а категорія бенефіціара відображається в інтерфейсі самої процедури закупівлі у рубриці «Інформація про замовника» — і підстави для можливих маніпуляцій відпадуть самі собою.

У спрощених закупівлях, на відміну від конкурентних процедур закупівель, окремі недоліки в оформленні гарантії не є підставою для відхилення пропозиції. Відповідно до пункту 2 частини 13 статті 14 Закону замовник відхиляє пропозицію, лише якщо учасник не надав забезпечення пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником. Натомість у конкурентних процедурах закупівель замовник відхиляє тендерну пропозицію не лише у разі ненадання забезпечення тендерної пропозиції, але й у разі, якщо

забезпечення тендерної пропозиції не відповідає умовам, що визначені замовником у тендерній документації до такого забезпечення тендерної пропозиції (абзац 5 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону).

Якщо тендерна документація містить чіткі інструкції щодо зазначення категорії бенефіціара (замовника) та / або принципала, та / або гаранта, однак ці вимоги не були виконані учасником, тендерна пропозиція такого учасника підлягає відхиленню на підставі абзацу 5 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону про закупівлі.

Якщо тендерна документація не містить роз'яснень щодо визначення категорії гаранта та / або принципала і наведена в гарантії інформація про категорію гаранта та / або принципала не влаштовує замовника, однак при цьому гарантія дозволяє ідентифікувати, відповідно, гаранта та / або принципала, тобто містить їх повне найменування та ідентифікаційний код згідно з ЄДРПОУ, підстави для відхилення тендерної пропозиції відсутні.

Окремий випадок — **якщо тендерна документація не містить чітких інструкцій щодо визначення категорії бенефіціара (замовника) і гарант самостійно визначає категорію такого бенефіціара, причому ця категорія буде відмінною від тієї, що визначена в рубриці «Інформація про замовника».**

Нагадуємо: замовники визначають власну категорію самостійно, правильність такої самоідентифікації ніхто не контролює, тож її результати не завжди відповідають Закону, що ми проілюстрували вище на прикладі Пенсійного фонду України. Окрім того, реалізація в ProZorro інформації про категорію замовника не збігається дослівно з текстом частин 1 та 4 статті 2 Закону. Як наслідок, категорія замовника в Законі і категорія замовника в ProZorro — це не завжди одне й те саме.

Якщо в цій ситуації гарант правильно визначив категорію замовника згідно з Законом про закупівлі, то підстави для відхилення тендерної пропозиції з такою гарантією відсутні; якщо гарант помилився — тендерна пропозиція має бути відхилена. Як приклад приведемо вже згадані вище Пенсійний фонд України та Національну поліцію України, категорії яких, відображені на ProZorro в рубриці «Інформація про замовника», не збігаються з положеннями частин 1 та 4 статті 2 Закону про закупівлі.

Приклад 1.

Пенсійний фонд України визначив для себе категорію «Юридична особа, яка забезпечує потреби держави або територіальної громади», хоча згідно з частинами 1 та 4 статті 2 Закону його категорія — «Органи соціального страхування». Отже, маємо два варіанти визначення категорії гаранта: один — як зазначив сам замовник в ProZorro, другий — як написано в Законі.

Якщо замовник у тендерній документації не передбачив окремих вимог щодо визначення

своєї категорії, то обидва згадані варіанти вважатимуться правильними. Тобто належним чином оформленими мають бути визнані гарантії, видані для участі у закупівлях Пенсійного фонду України, категорія замовника в яких буде визначена або як «Юридична особа, яка забезпечує потреби держави або територіальної громади», або як «Органи соціального страхування».

Приклад 2.

Національна поліція України визначила для себе категорію «Замовник, що здійснює закупівлі для потреб оборони». Однак Закон України «Про оборонні закупівлі» не визначає категорії замовників, відповідні норми містяться лише в Законі про закупівлі, згідно з яким категорія Національної поліції України може бути визначена в загальному як «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування» (пункт 1 частини 4 статті 2 Закону) або більш точно «Правоохоронні органи держави» (пункт 1 частини 1 статті 2 Закону).

Отже, знову маємо кілька варіантів категорії замовника (бенефіціара): як зазначено в Законі і як зазначено в ProZorro. Якщо замовник в тендерній документації не передбачив окремих вимог щодо визначення своєї категорії, то всі три згадані варіанти вважатимуться правильними.

Тобто належним чином оформленими мають бути визнані гарантії, видані для участі у закупівлях Національної поліції України, в яких категорія замовника буде визначена або як «Замовник, що здійснює закупівлі для потреб оборони», або як «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування», або як «Правоохоронні органи держави».

Висновки

Категорії бенефіціарів (замовників) названі у частині 4 статті 2 Закону про закупівлі і відображаються (хоча не завжди дослівно!) в електронній системі закупівель в інтерфейсі кожної закупівлі в графі «Інформація про замовника».

Категорії гаранта відповідають переліку фінансових установ, що можуть видавати гарантії, а саме: банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, що отримали ліцензію на надання гарантій.

Категорія принципала (учасника процедури закупівлі / спрощеної закупівлі, який є юридичною особою — резидентом) відповідає його організаційно-правовій формі та вказується в ЄДРПОУ.

Щоб уникнути маніпуляцій у питанні незазначення / неправильного визначення категорії бенефіціара (замовника), гаранта чи принципала (учасника), замовникам доцільно чітко вказувати в тендерній документації, що саме мається на увазі під цими термінами.

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Встановлюємо вимогу щодо забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції правильно!

Більше порад та прикладів щодо тематики заповнення затвердженої форми та вимог до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції читайте на порталі RADNUK.COM.UA в статті **«Затверджено форму і вимоги до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції»** та у щотижневих **«Нотатках закупівельника: умови про надання забезпечення тендерної пропозиції»**.