

# Підводне каміння участі в публічних закупівлях нерезидента: форма участі та мова подання документів

Участь у публічних закупівлях — складний процес навіть для учасників, що є резидентами України та які ознайомлені з її законодавством, тож для нерезидентів цей процес ще складніший. Адже, приймаючи рішення брати участь у закупівлях в Україні, вони мають ознайомитися не тільки з вимогами тендерної документації та порядком подання тендерних пропозицій в електронній системі закупівель, а й із великою кількістю супутнього законодавства.

Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) передбачає, що учасники (резиденти та нерезиденти) усіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель / спрощених закупівлях на рівних умовах.

Ба більше, Закон також має на меті адаптувати законодавство України до «спільного доробку» Європейського Союзу (*acquis communautaire*) (прим. ред.: *acquis communautaire* у перекладі – «надбання» або «доробок Співтовариств»). Під *acquis communautaire* розуміють сукупність актів законодавства, політичних документів та практики їх застосування, що у кожний даний момент існують у Європейському Союзі) на виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Тому учасники-нерезиденти не просто можуть брати участь у закупівлях в Україні, а й розраховувати на забезпечення українськими замовниками добросовісної конкуренції серед вітчизняних та іноземних учасників.

Саме для реалізації цієї мети Закон передбачає окремі винятки для нерезидентів, що не можуть бути ними виконані, оскільки є вітчизняною специфікою. Так, **статтею 17 Закону для нерезидентів не передбачено вимогу про наявність інформації про бенефіціарних власників у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань та наявність у них антикорупційної програми чи уповноваженого з реалізації антикорупційної програми**. Ці умови стосуються тільки вітчизняних учасників.

Усі інші вимоги Закону мають бути дотримані незалежно від того, є учасник резидентом України чи ні.

Проте для учасників-нерезидентів деякі вимоги Закону можуть бути в новину, оскільки документи, складання (подання) яких передбачено та урегульовано законодавством України, можуть бути не передбачені або передбачені в іншій формі законодавством країни, де зареєстровані іноземні учасники.

## Форма участі нерезидентів

Іноземні юридичні особи при здійсненні господарської діяльності в Україні мають такий самий статус, як і юридичні особи України, з особливостями, передбаченими [Господарським кодексом України](#) (далі — ГКУ), іншими законами, а також міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (частина 2 статті 129 ГКУ).

**Учасники-нерезиденти можуть створити представництво в Україні і подавати тендерні пропозиції через нього.**

*Представництво (відокремлений підрозділ) нерезидента не є юридичною особою і не здійснює самостійно господарської діяльності, у всіх випадках діє від імені і за дорученням іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві про реєстрацію, і виконує свої функції згідно із законодавством України.*

Представництво нерезидента, що здійснює господарську діяльність, повинно стати на облік у податковому органі за своїм місцезнаходженням у порядку, установленому центральним податковим органом України, та набути статусу постійного представництва.

Водночас Законом України від 14.07.2020 № 786 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо функціонування електронного кабінету та спрощення роботи фізичних осіб — підприємців» (далі — Закон № 786) з 01.01.2021 **постійні представництва нерезидентів виключені з кола платників податку на прибуток.**

Починаючи з 2021 року взяттю на облік у контролюючих органах підлягають усі постійні представництва, які акредитовані (зареєстровані, легалізовані) на території України як відокремлені підрозділи, без реєстрації постійних представництв платниками податку на прибуток та за загальними правилами постановки на облік відокремлених підрозділів. **Ті постійні представництва нерезидентів, які не акредитовані (зареєстровані, легалізовані) на території України як відокремлені підрозділи, взяттю на облік не підлягають** (лист Державної податкової служби України від 27.01.2021 № 2367/7/99-00-21-02-01-07).

*Постійне представництво — це постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться 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 використовується для доставки товарів, сервер (підпункт 14.1.193 Податкового кодексу України, далі — ПКУ).*

*Господарська діяльність — діяльність особи, що пов'язана з виробництвом (виготовленням) та / або реалізацією товарів, виконанням робіт, наданням послуг, спрямована на отримання доходу і проводиться такою особою самостійно та / або через свої відокремлені підрозділи, а також через будь-яку іншу особу, що діє на користь першої*

особи, зокрема за договорами комісії, доручення та агентськими договорами (підпункт 14.1.36 ПКУ).

Таким чином:

для того щоб брати участь у закупівлях і виконувати договори про закупівлю, що є господарськими договорами відповідно до визначення у Законі, нерезидент повинен створити постійне представництво;

тендерні пропозиції подаються представництвом від імені учасника-нерезидента.

Водночас **ніщо не забороняє брати участь у закупівлях учаснику-нерезиденту особисто**. Він може готувати тендерну пропозицію з урахуванням вимог законодавства країни його реєстрації. Адже документи, що не передбачені законодавством для учасників — юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб — підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції / пропозиції та не вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Відсутність документів, що не передбачені законодавством для учасників — юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб — підприємців, у складі тендерної пропозиції / пропозиції, не може бути підставою для її відхилення замовником (частина 11 статті 26 Закону).

Замовникам доцільно конкретизувати вимоги щодо подання документів у складі тендерних пропозицій іноземними учасниками або надання відповідної інформації, у разі якщо такі документи не передбачені законодавством країни, де зареєстровані такі учасники.

Разом з тим Мінекономіки в інформаційному листі № [3304-06/1900-06 від 17.01.2018](#) зазначило, що якщо учасниками процедури закупівлі є іноземні особи, такі учасники можуть надавати замовнику документи та інформацію на підтвердження відповідності встановленим у тендерній документації вимогам з урахуванням законодавства країни реєстрації такого учасника.

Учаснику нерезиденту необхідно орієнтуватися у вимогах тендерної документації, адже якщо вони містять умову про надання такими учасниками аналогічних документів, що передбачені законодавством країни їх реєстрації, варто проаналізувати, які саме документи можуть бути надані.

У багатьох іноземних країнах один державний орган може надавати інформацію щодо декількох підстав, передбачених статтею 17 Закону, наприклад про кримінальне правопорушення та корупційні правопорушення.

Також учасники-нерезиденти повинні усвідомлювати, що замовник не зможе перевірити інформацію щодо них у відкритих державних реєстрах. Навіть якщо такі реєстри функціонують у країні учасника-нерезидента, для замовника буде складно отримати

звідти інформацію та зрозуміти її іноземною мовою. Тому, незалежно від вимог замовника, потрібну інформацію учасникам-нерезидентам варто зазначати в тендерній пропозиції. І якщо в тендерній пропозиції, як і для вітчизняних учасників, це допустимо зробити у формі довідок у довільній формі, то для учасника-переможця важливо підтвердити документом.

Звісно, замовник може в тендерній документації встановити окремий спосіб для підтвердження учасником-нерезидентом відповідної інформації, але оскільки замовники не можуть орієнтуватися в усіх вимогах іноземного законодавства, то встановлюють, як правило, вимоги загального характеру.

Якщо ж установлені замовником вимоги учасники-нерезиденти виконати не можуть, вони повинні звернутися до замовника ще на етапі звернення за роз'ясненнями або ж оскаржити вимоги тендерної документації до АМКУ.

Крім того, слід ураховувати, що незнання замовником законодавства країни учасника-нерезидента може призвести до його безпідставного відхилення, тому таким учасникам варто доповнювати свою тендерну пропозицію довідками із поясненням щодо окремих документів або їх відсутності.

## **Мова та легалізація документів тендерної пропозиції учасника-нерезидента**

Важливим аспектом підготовки учасниками-нерезидентами тендерних пропозицій є мова, якою вони готуються, та легалізація виданих документів учаснику, що подаються у тендерній пропозиції.

Найчастіше замовники в тендерній документації встановлюють умову, що тендерні пропозиції готуються українською мовою. Іноді замовники передбачають можливість надання учасниками документів російською мовою. Чому не варто зазначати про подання документів російською мовою, читайте у статті [«Підтверджуємо відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі по-новому»](#). У всіх інших випадках, як правило, передбачено вимоги до перекладу документів учасника. Такими вимогами може бути обов'язок перекласти документи та завірити переклад перекладачем або бюро перекладів. Крім того, для нерезидентів можуть бути окремі вимоги, наприклад: завірити підпис перекладача нотаріально або апостилювати.

Навіть якщо окремих вимог у тендерній документації до надання документів учасниками-нерезидентами немає, вони повинні враховувати таке.

Вимоги до документів учасників-нерезидентів регламентуються Законом України «Про міжнародне приватне право», ратифікованими в Україні міжнародними конвенціями і передбачають легалізацію для використання як офіційних документів на території України.

При цьому відповідно до пункту 6 глави 7 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5 (далі — Порядок № 296/5), нотаріус засвідчує справжність підпису на документах, крім тих, які відповідно до закону або за вимогою сторін підлягають нотаріальному посвідченню. Нотаріус, засвідчуючи справжність підпису, не посвідчує факти, викладені в документі, а лише підтверджує, що підпис зроблено певною особою.

Відповідно до статті 13 Закону України «Про міжнародне приватне право» документи, що видані уповноваженими органами іноземних держав у встановленій формі, визнаються дійсними в Україні в разі їх легалізації, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України.

Крім того, у [роз'ясненні](#) Міністерства юстиції України від 12.01.2011 зазначено, що *документи, складені за участю органів державної влади та місцевого самоврядування, або такі, що від них виходять, можуть бути використані на території іншої держави лише після відповідного їх посвідчення, якщо інше не передбачено міжнародними договорами.*

При цьому Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993 (Мінська конвенція, багатосторонній договір країн — учасниць СНД) передбачено, що документи, що на території однієї з Договірних Сторін виготовлені або засвідчені установою або спеціально на те уповноваженою особою в межах їх компетенції і за встановленою формою і скріплені гербовою печаткою, приймаються на територіях інших Договірних Сторін без жодного спеціального посвідчення. Щодо таких документів може вимагатися лише їх нотаріально посвідчений переклад.

Ця Конвенція, підписана 22.01.1993, набула чинності 19.05.1994, а для України — 14.05.1995. Відповідно до статті 85 зазначеної Конвенції її дія поширюється й на правовідносини, що виникли до набрання нею чинності. Учасниками Конвенції є такі держави: Республіка Вірменія, Республіка Білорусь, Республіка Казахстан, Російська Федерація, Україна, Республіка Узбекистан, Республіка Таджикистан, Туркменістан, Киргизька Республіка, Республіка Молдова, Азербайджанська Республіка, Грузія.

Відповідно до роз'яснення щодо застосування міжнародних договорів України про правову допомогу в частині, що стосується скасування вимоги легалізації офіційних документів, виданих компетентними органами Договірних Сторін, наданого листом Міністерства юстиції України від 11.05.2010 № 26-26/291, офіційні документи звільняються від потреби легалізації в державах — членах СНД, оскільки це передбачено Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 року.

Водночас залишається спірним питання, чи можна застосовувати зазначену Конвенцію у сфері публічних закупівель, оскільки для неї визначено такі сфери застосування, як цивільні, сімейні та кримінальні справи.

З огляду на це, за можливості, рекомендуємо учасникам-нерезидентам все ж таки легалізувати необхідні документи шляхом проставлення апостиля, але з урахуванням

вимог до того, які саме документи підлягають апостилюванню.

У закупівлі [UA-2018-10-10-000137-а](#) склалася ситуація, коли замовник, не проаналізувавши відповідні норми, встановив неправомірні вимоги стосовно оформлення документів, що надаються учасниками-нерезидентами.

За твердженням скаржника, тендерна документація містила протиріччя у встановлених вимогах щодо порядку оформлення документів, які надаються у складі тендерної пропозиції учасниками-нерезидентами, а саме: вимоги про легалізацію як усіх документів, що надаються учасниками-нерезидентами, так і лише офіційних іноземних документів.

Зі змісту такої вимоги, на думку скаржника, впливало, що всі документи, що надаються учасниками-нерезидентами, мають бути легалізовані (наприклад, податкова та фінансова звітність, трудові книжки, аналогічні договори та акти виконаних робіт, складені відповідно до законодавства Республіки Білорусь).

Водночас скаржник зазначив: у тендерній документації також встановлено, що якщо країна, у якій зареєстрований учасник-нерезидент, підписала Конвенцію, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, від 05.10.1961 (далі — Гаазька конвенція), з метою підтвердження дійсності оригіналів офіційних документів, наданих учасниками-нерезидентами у складі тендерної пропозиції, такі документи мають бути легалізовані у встановленому порядку або засвідчені спеціальним штампом Apostille (апостиль). Якщо документ не потребує легалізації згідно з міжнародною угодою (конвенцією тощо) між Україною та країною учасника-нерезидента, потрібно надати нотаріально завірену копію такого документа з одночасним наданням довідки (у довільній формі) за підписом уповноваженої особи учасника-нерезидента з посиланням на відповідну міжнародну угоду (конвенцію) між Україною та країною учасника-нерезидента.

Отже, дана умова тендерної документації передбачала надання легалізованих офіційних іноземних документів.

З таких умов тендерної документації скаржнику був незрозумілий порядок оформлення документів тендерної пропозиції, і надання лише легалізованих іноземних офіційних документів, а не всіх документів, на його думку, могло стати підставою для відхилення тендерної пропозиції.

Чинне законодавство України передбачає вимогу про легалізацію лише офіційних документів, що видані уповноваженими органами іноземних держав у встановленій формі або таких, що від них виходять. У результаті замовник зрозумів свою помилку та погодився внести зміни до тендерної документації.

Проте в цій самій закупівлі вимога замовника, що якщо документ не потребує легалізації згідно з міжнародною угодою (конвенцією тощо) між Україною та країною учасника-нерезидента, то потрібно надати нотаріально завірену копію такого документа з одночасним наданням довідки (в довільній формі) за підписом уповноваженої особи учасника-нерезидента, з посиланням на відповідну міжнародну угоду (конвенцію) між

Україною та країною учасника-нерезидента, була визнана АМКУ дискримінаційною.

Колегія прийняла рішення, що дії замовника в частині встановлення наведених вище вимог порушують принципи здійснення закупівель — недискримінації учасників (у тому числі скаржника) — та вимоги частини 4 статті 22 попередньої редакції Закону, згідно з якою тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Що стосується перекладу, то пріоритетними для форми перекладу документів мають бути вимоги тендерної документації та спосіб подання документів, що нею встановлений для учасників-нерезидентів.

За будь-яких обставин учасники-нерезиденти повинні розуміти, що статтю 31 Закону передбачено: замовник відхиляє тендерну пропозицію у разі, якщо вона викладена іншою мовою (мовами), аніж мова (мови), що вимагається тендерною документацією.

У закупівлі [UA-2020-09-11-002859-а](#) учасник, зареєстрований у Туреччині, не переклав лише прайс-листи, що містили більше цифр, аніж слів. Проте в результаті поданої конкурентом скарги був відхилений через те, що за рішенням АМКУ «у складі тендерної пропозиції міститься, зокрема, документ, виданий іншою, ніж українська, мовою. Враховуючи наведене, тендерна пропозиція викладена іншою мовою, аніж мова, що вимагається тендерною документацією».

Насамкінець можемо зауважити, що учасникам-нерезидентам досить складно брати участь у публічних закупівлях самостійно, проте вивчення вимог тендерної документації та набутий досвід зазначену ситуацію змінюють на краще, і вже багато тендерів у результаті завершувалися укладанням договорів про закупівлю саме з учасниками-нерезидентами.

Додатково на порталі [RADNUK.COM.UA](#) читайте практику Органу оскарження в електронній книзі [«Збірник рішень АМКУ як Органу оскарження»](#) та статті:

[«Про мову, якою викладаються документи тендерної пропозиції»](#);

[«Надання документа про знання української мови як вимога замовника»](#).