

Замовник чи ні в розумінні Закону?

Відповідно до частин 1, 4 статті 2 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) визначено такі категорії замовників, які здійснюють закупівлі відповідно до цього Закону:

органи державної влади (орган законодавчої, органи виконавчої, судової влади) та правоохоронні органи держави, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, об'єднання територіальних громад;

Пенсійний фонд України, цільові страхові фонди зі страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, медичного страхування та страхування на випадок безробіття;

юридичні особи, які є підприємствами, установами, організаціями (крім вищезазначених), та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади;

юридичні особи та / або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання.

Закон розгорнув поняття органів державної влади з урахуванням існування різних гілок влади, окремим рядком у числі замовників визначено правоохоронні органи, а також поряд з органами місцевого самоврядування введено такий вид замовників, як об'єднання територіальних громад, враховуючи проведення адміністративно-територіальної реформи, крім того, серед замовників виокремлено Пенсійний фонд України, а також конкретизовано перелік фондів соціального страхування.

З визначенням власної приналежності у вищеперелічених суб'єктів не повинно виникнути особливих питань, оскільки вони Законом прямо віднесені до замовників.

Проте в частині визначення приналежності до замовників 3 та 4 категорій існує багато різночитань та виникає безліч непорозумінь — як щодо самого віднесення до замовників, так і щодо віднесення до замовників тієї чи іншої категорії, що суттєво впливає на вартісні межі для застосування того чи іншого виду закупівлі.

Третя категорія замовників

Задля віднесення установи або організації, або підприємства до замовників 3-ї категорії вони мають відповідати **одночасно** трьом умовам:

забезпечувати потреби держави або територіальної громади;

здійснювати таке забезпечення не на комерційній або промисловій основі;

відповідати одній із додаткових ознак:

бути розпорядником та / або одержувачем бюджетних коштів;

органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники мають володіти більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;

у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) має перевищувати 50 відсотків.

Станом на червень 2021 року законодавчо не визначено, у чому конкретно полягає забезпечення потреб держави або територіальної громади, тим більше з боку підприємств, установ та організацій, профіль діяльності яких може бути дуже різноманітним, на відміну від жорстко регламентованої діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування.

Мінекономіки в **листі від 21.05.2020 № 3304-04/32275-06** (щодо визначення замовників) зазначило, що згідно з частиною 2 статті 81 Цивільного кодексу України юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом, зокрема Президента України, органу державної влади або органу місцевого самоврядування.

Оскільки юридична особа публічного права створюється за безпосередньої участі держави з метою ефективного та раціонального використання державного і громадського майна, але держава чи територіальна громада не можуть управляти належними їй цінностями, то це майно закріплюється за окремими підприємствами, установами та організаціями.

При цьому держава, територіальні громади як власники майна дозволяють цим підприємствам, установам та організаціям управляти належним їм майном, розпоряджатися грошовими коштами, вступати від свого імені в різні правовідносини **для реалізації певних інтересів та потреб держави або територіальної громади.**

Тобто позиція Мінекономіки в даному питанні полягає в тому, що будь-яка юридична особа, яка забезпечує потреби держави або територіальної громади, має бути юридичною особою публічного права, тобто утвореною розпорядчим актом органу державної влади або місцевого самоврядування, при цьому діяльність (зادля визнання її непромисловою та некомерційною) такої юридичної особи не має бути орієнтованою виключно на отримання прибутку, а має забезпечувати певну суспільну потребу (функцію держави) та не залежати від економічних ризиків і витрат на неї, у зв'язку з тим, що держава нормативно визначила мету діяльності таких юридичних осіб, встановила спосіб, умови, ціни, тарифи тощо та здійснює контроль за діяльністю та виконанням публічних функцій, направлених

на забезпечення потреб держави та / або територіальної громади.

Приклад замовника у формі «установа»

Київський національний торговельно-економічний університет (далі — КНТЕУ, університет) є юридичною особою, яка відповідно до власного статуту належить до **неприбуткових бюджетних установ**. Даним словосполученням дається відповідь майже на всі питання щодо критеріїв віднесення / невіднесення до замовників у розумінні Закону.

Статутом університету (є у відкритому доступі на офіційному сайті університету) основною метою його діяльності визначено: забезпечення умов, необхідних для здобуття вищої освіти, підготовка фахівців для потреб України відповідно до їх покликання, інтересів, здібностей та нормативних вимог у галузі професійної (професійно-технічної), фахової передвищої та вищої освіти, тобто напряду **забезпечення потреб держави щодо реалізації прав громадян на освіту**.

Та чи не здійснюється діяльність даної установи освіти на комерційній основі, якщо взяти до уваги, що значна частина студентів у даній установі навчається не за рахунок бюджетних коштів, а **на платній основі за власні кошти**?

Відповідно до статуту університету його власні доходи (надходження) можуть використовуватися на придбання майна, його використання (утримання), капітальне будівництво, реконструкцію, поточний та капітальний ремонт приміщень, поліпшення матеріально-технічного, навчально-лабораторного, навчально-методичного забезпечення освітнього процесу тощо.

Водночас **забороняється розподіл отриманих доходів** (власних надходжень) університету або їх частин серед засновників, працівників (крім оплати їхньої праці, нарахування єдиного соціального внеску), членів органів управління університету та інших пов'язаних з ними осіб. Отже, отримання інших (небюджетних) коштів установою **не спрямоване на отримання нею прибутку**, а покликане лише забезпечити досягнення мети, задля якої вона створена.

Також відповідно до статуту університету його фінансування, серед іншого, здійснюється за рахунок коштів державного (місцевого) бюджету.

Зважаючи на викладене, КНТЕУ, будучи юридичною особою у формі установи, при цьому своєю діяльністю, яка не спрямована на отримання прибутку (її основа не є комерційною або промисловою), забезпечуючи потреби держави у сфері реалізації прав громадян на освіту, будучи одержувачем бюджетних коштів, є замовником у розумінні Закону.

Приклади замовника у формі «організація»

Громадська організація Фізкультурно-спортивне товариство «Динамо» України в розумінні Закону є юридичною особою, яка є організацією, загальною метою якого, відповідно до

статуту (є у відкритому доступі на офіційному сайті організації), є підвищення рівня фізичної підготовки громадян, розвиток спорту, забезпечення навчально-тренувального процесу, що може вважатися діяльністю, спрямованою на **забезпечення потреб держави та територіальної громади**.

Водночас діяльність даної організації **не здійснюється на промисловій чи комерційній основі**, оскільки її статутом серед цілей не передбачено одержання прибутку, а напрямами використання грошових надходжень (у тому числі й за надання передбачених статутом послуг) визначено виключно забезпечення власної діяльності, заробітна плата, підтримка матеріальної бази тощо.

Крім того, відповідно до статуту одним із джерел формування коштів та майна організації, серед іншого, передбачено фінансування з державного та місцевих бюджетів. До того ж таке фінансування передбачене постановою Кабінету Міністрів України № 2004 від 18.12.1998 «Про деякі заходи підтримки діяльності фізкультурно-спортивного товариства «Динамо» України (зі змінами, чинний на сьогодні), отже, організація є **одержувачем бюджетних коштів**, внаслідок чого, за сукупністю всіх трьох рівнів ознак, її можна віднести до замовників у розумінні Закону.

Також **прикладом організації може бути орган самоорганізації населення (ОСН)**, який є представницьким органом, створеним жителями певного населеного пункту (або його частини) задля вирішення питань місцевого значення, задоволення різних потреб жителів та участі в реалізації розвитку відповідної території, створення та діяльність яких передбачено Законом України «Про органи самоорганізації населення».

Слід зауважити, що ОСН хоча за зовнішніми ознаками та колом завдань і подібний до органу місцевого самоврядування, проте таким не є, оскільки створюється виключно за бажанням та ініціативою жителів певної території та діє на підставі положення про орган самоорганізації населення, тому відносити дану організацію до замовників на підставі пункту 1 частини 1 статті 2 Закону не можна.

Водночас ОСН, зважаючи на кола його завдань, передбачених законом, **забезпечує певні потреби територіальної громади**, при цьому здійснює таку діяльність **без мети отримання прибутку**, тобто не на комерційній чи промисловій основі.

Крім того, відповідно до частини 1 статті 16 Закону України «Про органи самоорганізації населення» фінансовою основою діяльності органу самоорганізації населення є кошти відповідного **місцевого бюджету**, які надаються йому місцевою радою для здійснення наданих повноважень.

З огляду на викладене орган самоорганізації населення як організація, яка забезпечує потреби територіальної громади, здійснюючи таку діяльність не на комерційній чи промисловій основі, будучи одержувачем бюджетних коштів, також є замовником у розумінні Закону.

При цьому окремо слід зауважити, що в обох описаних прикладах замовників у формі

організацій останні не є юридичними особами публічного права, оскільки створені на підставі установчих документів, а не розпорядчим актом органу державної влади або місцевого самоврядування, що підтверджує некоректність ототожнення юридичної особи публічного права з юридичною особою, яка забезпечує потреби держави чи територіальної громади.

Приклади замовника у формі «підприємство»

Найбільше складнощів та різночитань виникає під час вирішення питання про (не)віднесення до замовників такого виду юридичної особи, як **підприємство**. Здебільшого це стосується тих підприємств, що діють на основі державної або комунальної власності, а також у формі господарських товариств з державною (комунальною) часткою.

З огляду на зміст частини 1 статті 2 Закону підприємства можуть виступати замовниками як на підставах забезпечення потреб держави або територіальної громади (3 категорія), так і на підставах здійснення діяльності в окремих сферах господарювання (4 категорія), а можуть взагалі не бути замовниками через відсутність у них ознак приналежності як до однієї, так і до іншої категорії.

Вищевказані групи підстав, відповідно до Закону, не мають імперативного характеру одна над одною та вписані як «рівноправні», внаслідок чого виникає питання про вибір категорії замовника для підприємства, яке за ознаками підпадає як під категорію замовників, що забезпечують потреби держави або територіальної громади, так і під категорію замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, що має значення для встановлення для такого замовника вартісної межі між спрощеними закупівлями та закупівлями, передбаченими статтею 13 Закону.

Мінекономіки в листі № [3304-04/32275-06 від 21.05.2020](#) фактично визнало актуальність рекомендаційного та інформативного характеру власних роз'яснень, які були дані раніше за питаннями, які залишаються актуальними на сьогодні.

Мінекономіки у своїх роз'ясненнях, викладених у листі № [3302-06/13747-07 від 12.05.2016](#), зазначає, що в разі, якщо замовник, який здійснює діяльність в окремих сферах господарювання, одночасно є замовником, що забезпечує потреби держави або територіальної громади, то такий замовник керується вартісними межами, встановленими для замовників, що **здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання**.

Таким чином, позиція Мінекономіки полягає в тому, що підприємство, вирішуючи власний статус відповідно до Закону, має спочатку визначитися з питанням власної приналежності до суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання (з обов'язковим з'ясуванням питання наявності / відсутності додаткових ознак, передбачених Законом).

У разі негативної відповіді на питання щодо приналежності до такої категорії замовників

розглядати себе на предмет приналежності до замовників, які забезпечують потреби держави або територіальної громади.

Приклад: Акціонерне товариство «Національна акціонерна компанія „Нафтогаз України“» (НАК «Нафтогаз України»)

Відповідно до статуту НАК «Нафтогаз України» (є у відкритому доступі на офіційному сайті) предметом його діяльності є **видобування нафти і природного газу, постачання природного газу** тощо, що в розумінні Закону відносить його до підприємств, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

Задля вирішення питання про (не)віднесення у зв'язку з викладеним даного підприємства до замовників необхідно визначитися з наявністю ознак, передбачених пунктом 4 частини 1 статті 2 Закону.

Відповідно до пункту 15 статуту НАК «Нафтогаз України» його *засновником та єдиним акціонером є держава*, функції з управління корпоративними правами держави у статутному капіталі компанії виконує Кабінет Міністрів України, тобто органам державної влади належить частка в статутному капіталі більше ніж 50 відсотків, **що є ознакою для віднесення такого підприємства до замовників** як такого, що здійснює діяльність в окремих сферах господарювання.

Новацією, яка внесена останніми змінами до Закону, є встановлення для віднесення до замовників підприємства, яке здійснює діяльність в окремих сферах господарювання, ознаки належності частки у статутному капіталі в розмірі більше ніж 50 відсотків або володіння більшістю голосів у вищому органі чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради такого підприємства не тільки органам державної влади або місцевого самоврядування, а й **іншим замовникам**.

Приклад: Акціонерне товариство «Укргазвидобування» (АТ «Укргазвидобування»)

Відповідно до статуту АТ «Укргазвидобування» (є у відкритому доступі на офіційному сайті) основними предметами його діяльності є видобування та транспортування природного газу, газового конденсату, нафти та інших корисних копалин, що в розумінні Закону відносить його до підприємств, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

Задля вирішення питання про (не)віднесення у зв'язку з викладеним даного підприємства до замовників необхідно визначитися з наявністю ознак, передбачених пунктом 4 частини

1 статті 2 Закону.

Відповідно до пункту 7.1 статуту АТ «Укргазвидобування» його засновником та єдиним акціонером є НАК «Нафтогаз України», яка вище визначена як замовник, якому належить частка у статутному капіталі більше ніж 50 відсотків, що є ознакою для **віднесення** такого підприємства до **замовників** як такого, що здійснює діяльність в окремих сферах господарювання.

До набрання чинності змін до Закону, яке відбулося у квітні 2020 року, АТ «Укргазвидобування» не проводило публічних закупівель, передбачених для замовників, а з моменту набрання чинності змінами виступає як замовник, у чому можна переконатися, звернувшись до електронної системи закупівель.

Якщо підприємство за ознаками не підпадає під 4 категорію замовників, необхідно визначитися з наявністю / відсутністю підстав для віднесення його до 3 категорії замовників у розумінні Закону, *відповівши на запитання про наявність умов щодо забезпечення потреб держави або територіальної громади не на комерційній або промисловій основі, а також наявності додаткових ознак.*

Приклад: Комунальне підприємство «Керуюча компанія з обслуговування житлового фонду Дарницького району м. Києва»

Відповідно до статуту підприємства (є у вільному доступі на офіційному сайті Департаменту внутрішнього фінансового контролю КМДА) предметом його діяльності є утримання житлового і нежитлового фонду, що належить до комунальної власності міста Києва та закріпленій за підприємством на праві господарського відання.

Отже, здійснення утримання нерухомості, яка закріплена за підприємством на праві господарського відання, унеможлиблює конкуренцію в даній сфері діяльності та робить вказане підприємство безальтернативним надавачем послуг, тобто виключає комерційну основу діяльності підприємства, яка в цілому спрямована на забезпечення потреб територіальної громади (утримання житлового та нежитлового фонду).

Водночас відповідно до статуту підприємства його засновником і власником є територіальна громада міста Києва, від імені якої виступає Київська міська рада, тобто у статутному капіталі підприємства комунальна частка перевищує 50 відсотків.

Зважаючи на викладене, вказане підприємство, яке не належить до таких, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, все ж таки є замовником 3 категорії за ознакою забезпечення потреб територіальної громади.

З вищевикладеного може скластися враження, що всі підприємства державної або комунальної власності можна віднести до замовників з міркувань, що всі вони за метою

створення певною мірою забезпечують потреби держави або територіальної громади, при цьому роблять це на некомерційній та непромисловій основі, проте це уявлення є хибним, що підтверджується таким прикладом.

Відповідно до частини 3 статті 56 Закону України «Про освіту» органи державної влади та органи місцевого самоврядування, у підпорядкуванні яких перебувають державні і комунальні заклади освіти, забезпечують безоплатним гарячим харчуванням певні категорії дітей, визначених даним законом або рішенням органу місцевого самоврядування.

При цьому таке забезпечення відбувається шляхом укладення відповідних договорів про надання послуг із суб'єктами господарювання, які здійснюють діяльність у сфері громадського харчування та мають можливість надати вказану послугу.

Заради здійснення даної діяльності в Україні з перших років незалежності на основі комунальної власності територіальних громад були утворені спеціалізовані комунальні підприємства, головним завданням яких було організувати на належному рівні процес харчування учнів у середніх загальноосвітніх навчальних закладах (школах).

Приклад: Комунальне підприємство «Шкільне» відповідно до статуту (є у вільному доступі на офіційному сайті Департаменту внутрішнього фінансового контролю КМДА) має предметом діяльності організацію громадського харчування в середніх загальноосвітніх навчальних закладах.

У цьому випадку договір про надання послуг такого харчування підприємство має укласти з відповідним управлінням освіти, яке, в свою чергу, є установою (3 категорія замовників), яка є розпорядником бюджетних коштів (у тому числі передбачених на організацію харчування дітей), укласти договір на які можливо виключно за результатами проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, передбачених Законом, більшою мірою шляхом проведення відкритих торгів.

З огляду на викладене комунальне підприємство шкільного харчування задля можливості надавати послуги харчування зобов'язане вибороти таке право шляхом перемоги у відповідній закупівлі, запропонувавши найбільш економічно вигідну тендерну пропозицію / пропозицію, у тому числі беручи участь в аукціоні, тобто діяльність такого підприємства здійснюється на конкурентному ринку, отже, може вважатися такою, що здійснюється на комерційній основі.

Тому таке комунальне підприємство, навіть забезпечуючи потреби територіальної громади, здійснює таке забезпечення **на комерційній основі**, отже, навіть наявність ознаки щодо стовідсоткової комунальної частки в статутному капіталі не змінює статусу такого підприємства, яке **не є замовником** у розумінні Закону.



Додатково на порталі RADNUK.COM.UA читайте в статтях:

[Кабмін затвердив граничні торговельні надбавки на бензин та дизель: що робити замовникам?](#)

[Електронний договір про закупівлю — як підписати замовнику та учаснику \(покрокова інструкція\)](#)

[Чи вважається сплата членських внесків публічною закупівлею?](#)

[Застосування еквівалента при здійсненні закупівель робіт у чинній редакції Закону про закупівлі](#)