

Редакція:

21.05.2020



МІНІСТЕРСТВО РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ, ТОРГІВЛІ ТА СІЛЬСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА УКРАЇНИ

ЛИСТ

від 21.05.2020 р. N 3304-04/32275-06

Органам державної влади, органам місцевого самоврядування, установам, організаціям, підприємствам та іншим суб'єктам сфери публічних закупівель

Щодо визначення замовників

Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України у зв'язку з введенням у дію Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про публічні закупівлі" та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель" від 19.09.2019 N 114-IX повідомляє.

Закон України "Про публічні закупівлі" (далі - Закон) визначає правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад.

Щодо поняття "замовники" та їх категорій

Поняття "замовники" наведено у пункті 11 частини першої статті 1 Закону.

У практиці застосування закупівельного законодавства, гармонізованого із законодавством Європейського Союзу згідно з Угодою про асоціацію між Україною та ЄС, замовники умовно поділяються на "звичайних" та таких замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

Так, частиною четвертою статті 2 Закону встановлені категорії замовників, що використовуються у цьому Законі:

1) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті;

- 2) органи соціального страхування, зазначені у пункті 2 частини першої цієї статті;
- 3) підприємства, установи, організації, зазначені у пункті 3 частини першої цієї статті;
- 4) юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, зазначені у пункті 4 частини першої цієї статті.

Суб'єкти, визначені пунктами 1, 2 і 3 частини першої статті 2 Закону, становлять замовників, яких віднесено до першої, другої і третьої категорій. Четвертою категорією є замовники, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

Отже, категоризація замовників, виокремлення органів соціального страхування в окрему категорію замовників, віднесення правоохоронних органів до категорії з органами державної влади та органами місцевого самоврядування є нововведенням Закону, які запроваджено для чіткого та однозначного віднесення цих суб'єктів під дію Закону, а також для зручності користувачів електронної системи закупівель.

До замовників, які здійснюють закупівлі відповідно до цього Закону, належать:

1. 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;
2. 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 (далі - органи соціального страхування).

Прикладом таких замовників є Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, міністерства, агентства, інспекції, служби, обласні, міські, районні, сільські, селищні ради, вищевказані фонди, фінансування видатків на забезпечення діяльності яких здійснюється за рахунок бюджетних коштів та коштів фондів.

3. Юридичні особи, які є підприємствами, установами, організаціями (крім зазначених вище) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак:

юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів;

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

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

Отже, замовниками у розумінні Закону є суб'єкти, які створені державою або територіальною громадою для забезпечення потреб суспільства, у тому числі платників податків, які має забезпечити держава та які витрачають для здійснення придбання публічні фінанси.

Щодо забезпечення потреби держави або територіальної громади

У переліку визначення основних термінів Закон та нормативно-правові акти, розроблені на його виконання, не містять поняття "потреби держави або територіальної громади", оскільки поняття за своєю суттю є динамічним.

Для забезпечення потреб держави або територіальної громади органи влади, наділені відповідними повноваженнями, приймають законодавчі, нормативно-правові акти тощо та

встановлюють державне регулювання тієї чи іншої сфери, зокрема соціальної, серед яких житлово-комунальне господарство, побутове обслуговування населення, торгівля і громадське харчування, транспорт і зв'язок, освіта, охорона здоров'я, спорт і туризм, культура, соціальне забезпечення.

Водночас згідно з частиною другою статті 81 Цивільного кодексу України юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом, зокрема Президента України, органу державної влади або органу місцевого самоврядування.

Отже, 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.

Щодо діяльності на промисловій чи комерційній основі

Існують два способи забезпечення потреби держави або територіальної громади:

1. На умовах, встановлених рішенням державних органів, які зобов'язують юридичних осіб забезпечувати ці потреби у певний спосіб;
2. На промисловій чи комерційній основі.

Діяльність юридичних осіб не є промисловою чи комерційною у разі, якщо при забезпеченні певної державної або громадської потреби діяльність підприємств, установ та організацій не орієнтована виключно на одержання прибутку, а забезпечує певну суспільну потребу (функцію держави) та не залежить від економічних ризиків і витрат на неї. Це пов'язано з тим, що держава нормативно, тобто, через нормативно-правові акти, розпорядчі рішення, статути юридичних осіб тощо, 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.

Так, наприклад, відповідно до статуту Державного підприємства "Прозорро" (далі - Підприємство), затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 08.10.2018 N 1458, Підприємство засноване на державній власності, належить до сфери управління Міністерства та є державним комерційним підприємством. І хоча Підприємство є комерційним та створене з метою, у тому числі, отримання прибутку за рахунок підприємницької діяльності, але на нього державою в особі Міністерства, для забезпечення суспільної потреби, наказом покладено певну функцію - забезпечення функціонування електронної системи закупівель і наповнення веб-порталу Уповноваженого органу з питань закупівель та встановлено тарифи. Підприємство виконує роботи та надає послуги за встановленими тарифами згідно з постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків" від 24.02.2016 N 166 (зі змінами).

Отже, хоча Підприємство і створене, у тому числі, з метою отримання прибутку, такий суб'єкт є замовником і має дотримуватися вимог Закону під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, керуючись вартісними межами, визначеними Законом, оскільки забезпечує потреби держави не на комерційній основі, а на підставі відповідного рішення, яким на нього покладено таку функцію.

Натомість діяльність юридичних осіб здійснюється на промисловій чи комерційній основі у разі, якщо потреби держави або територіальної громади забезпечуються на конкурентному ринку, невід'ємною властивістю якого є, зокрема, попит, пропозиція, ціна та у конкурентний спосіб.

Так, наприклад, за умови якщо Державне підприємство "Прозорро" не забезпечуватиме функцію держави щодо адміністрування веб-порталу Уповноваженого органу з питань закупівель, покладену на нього наказом органу виконавчої влади, який є для Підприємства органом управління, а здійснюватиме виключно комерційну діяльність, то таке Підприємство не виступатиме замовником у розумінні Закону, і відповідно на нього не поширюватиметься дія Закону.

Щодо ознаки, за якої юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів

Ознаку слід розглядати в контексті бюджетного законодавства. Визначення понять "розпорядник бюджетних коштів" та "одержувач бюджетних коштів" наведені у пунктах 47 та 38 частини першої статті 2 Бюджетного кодексу України.

Так, розпорядник бюджетних коштів - це бюджетна установа в особі її керівника, уповноважена на отримання бюджетних асигнувань, взяття бюджетних зобов'язань, довгострокових зобов'язань за енергосервісом та здійснення витрат бюджету. При цьому одержувач бюджетних коштів - це суб'єкт господарювання, громадська чи інша організація, яка не має статусу бюджетної установи, уповноважена розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримує на їх виконання кошти бюджету.

З огляду на зазначене, у разі якщо юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, є розпорядниками або одержувачами бюджетних коштів, то такі юридичні особи є замовниками у розумінні Закону, незалежно від розміру такого фінансування, і мають дотримуватися вимог Закону, керуючись вартісними межами, визначеними Законом, протягом бюджетного періоду, що становить один календарний рік, який починається з 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року, з дня отримання бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою.

Щодо ознаки, за якої органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи

Ознака має розглядатися в контексті Цивільного кодексу України, статтею 92 якого визначена цивільна дієздатність юридичної особи. Згідно з частиною першою статті 92 Цивільного кодексу України юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Порядок створення органів юридичної особи встановлюється установчими документами та законом.

Так, органи або особи, які відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону володіють більшістю голосів у вищому органі управління, виступають від її імені при прийнятті рішень щодо всієї діяльності юридичної особи, голос яких є визначальним, діють в інтересах юридичної особи.

Отже, юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі та органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи на підставі установчих документів та/або закону, то зазначені суб'єкти

вважаються замовниками у розумінні Закону та мають дотримуватися вимог Закону під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, керуючись вартісними межами, визначеними Законом.

Щодо ознаки, за якої у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків

Цю ознаку необхідно розглядати в контексті положень Господарського кодексу України.

Згідно зі статтею 55 Господарського кодексу України суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. До них належать, зокрема господарські організації - державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку.

Виходячи із зазначеного, господарські організації (державні, комунальні підприємства тощо) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі та у статутному капіталі такої юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, то такі юридичні особи є замовниками у розумінні Закону та мають здійснювати закупівлі товарів, робіт і послуг, керуючись вартісними межами, визначеними Законом.

Отже, замовниками за категоріями у розумінні Закону є суб'єкти, які підпадають під визначення та ознаки, що зазначені пунктами 1, 2, 3 і 4 частини першої статті 2 Закону.

При цьому звертаємо увагу, що визначення приналежності до замовників у розумінні Закону, у тому числі віднесення до певної категорії, здійснюється суб'єктами самостійно та на підставі документів, нормативно-правових актів тощо, інформацією про які володіють самі суб'єкти та/або їх органи управління.

Інформуємо також, що підходи до визначення замовників запозичені з європейського законодавства, тому детальніше щодо поняття замовника можна ознайомитися в коментарі проекту ЄС "Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС" від 06.01.2017 N 07/1160-17 та листі Мінекономіки від 29.04.2016 N 3302-06/12875-06 "Щодо здійснення закупівель замовниками", що містить тест щодо наявності або відсутності ознак для замовника, які розміщені на офіційному веб-сайті Міністерства www.me.gov.ua у підрозділі "Узагальнені відповіді" розділу "Консультації з питань закупівель" підрубрики "Публічні закупівлі" рубрики "Діяльність" за посиланнями: <https://cutt.ly/NyTld6R> та <https://cutt.ly/svTlzIX>

Одночасно зазначаємо, що листи Міністерств не встановлюють норм права, носять виключно рекомендаційний та інформативний характер.

Директор департаменту сфери
публічних закупівель Міністерства
розвитку економіки, торгівлі та
сільського господарства України

Л. Лахтіонова