

Або виконуй, або оскаржуй: алгоритм дій замовника на випадок, коли Держаудитслужба зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявленого порушення

Бездіяльність — найгірший сценарій дій для замовника у разі виявлення моніторингом порушень.

У роботі кожного замовника може настати момент, коли Держаудитслужба, провівши моніторинг, зобов'яже здійснити заходи щодо усунення виявленого порушення.

Тривалий час замовники публічних закупівель оскаржували абстрактні вимоги державних аудиторів «усунути порушення законодавства в сфері публічних закупівель», наголошуючи на тому, що такі неконкретизовані, нечіткі та взагалі невизначені вимоги є невиконуваними, а отже й незаконними.

Зрештою Верховний Суд пристав на аргументи позивачів, постановивши, що можливість усунення виявлених порушень прямо залежить від чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанта поведінки), якого слід вжити уповноваженій особі замовника для усунення порушень. А якщо висновок моніторингу як акт контролюючого органу таких заходів не містить, то його зміст не відповідає критеріям, установленим частиною 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України (для прикладу див. [постанову Верховного Суду від 28.01.2021 у справі № 160/12925/19](#)).

Тож органи Держаудитслужби, вимушені враховувати позицію судової гілки влади, почали формулювати вимоги про усунення виявлених порушень не лише чітко, але й подекуди у вельми радикальний спосіб, наприклад шляхом припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору, або вжиття в межах законодавства заходів щодо розірвання договору про закупівлю.

Чи законні такі вимоги? Як їх виконати? І що робити, якщо виконання вимоги неприйнятне для замовника? Відповіді на ці та інші питання розкриваємо у статті.

Висновок моніторингу — обов'язковий до виконання замовником акт чи проста рекомендація?

Частиною 2 статті 15 Закону України «Про основні засади здійснення державного

фінансового контролю в Україні» визначено, що законні вимоги службових осіб органу державного фінансового контролю є обов'язковими для виконання службовими особами об'єктів, що контролюються. Детальний порядок висування та виконання таких вимог під час моніторингу прописаний у статті 8 Закону про закупівлі.

Витяг з постанови Верховного Суду від 31.03.2021 у справі № 260/1666/19

...наведеними законодавчими приписами регламентовано право на оскарження висновку замовником у разі його незгоди з інформацією, викладеною у висновку, що, в свою чергу, унеможлиблює визнання його таким, що має лише рекомендаційний характер та не породжує для позивача жодних правових наслідків.

Висновок моніторингу оприлюднено в ЕСЗ — що далі?

Стаття 8 Закону про закупівлі встановлює доволі чіткий алгоритм дій замовника після оприлюднення висновку моніторингу з виявленими порушеннями, а саме: **або виконати, або оскаржити**. Тож, ознайомившись з висновком моніторингу, замовник повинен насамперед визначитися з головним питанням: «Чи хочу, можу і буду я його виконувати?». Якщо відповідь — це потрійне «так», то користуємось алгоритмом 1. Якщо у відповідь звучить хоча б одне «ні», то користуємось алгоритмом 2.

Алгоритм 1. «Хочу, можу і буду виконувати»

Замовник має 5 робочих днів, щоб усунути виявлені порушення та відзвітувати про це через ЕСЗ, за що отримає бонус — звільнення посадових осіб замовника, винних у допущених порушеннях, від адміністративної відповідальності за статтю 164-14 КУпАП.

Зверніть увагу:

для отримання згаданого бонусу, тобто звільнення від адміністративної відповідальності за статтю 164-14 КУпАП, недостатньо «вжити заходів до усунення порушення», потрібно повністю усунути порушення;

бонус не поширюється на жодні інші види відповідальності (кримінальної, дисциплінарної, господарської і т. д.).

Якщо порушення усунуте за межами згаданого бонус-періоду у 5 робочих днів, то автоматична індульгенція посадовим особам замовника не світить. Водночас сам факт усунення порушення до моменту розгляду справи судом (нагадуємо, що місцевими судами розглядаються усі справи по статті 164-14 КУпАП, крім тих, штраф за які не перевищує 1 700 грн за перше порушення протягом року — тобто розміщені у частинах 1 і 2 цієї статті)

є обставиною, що пом'якшує адміністративну відповідальність відповідно до пункту 2 частини 1 статті 34 КУпАП. Якщо до того ж вже усунуте порушення було формальним та не призвело до збитків, то правопорушник цілком може розраховувати на визнання порушення малозначним на підставі статті 22 КУпАП.

Окремо зупинимося на вимозі, яка віднедавна часто фігурує у висновках моніторингу Держаудитслужби, а саме: *«усунути порушення шляхом припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору»*. Забігаючи наперед, скажемо: **таке формулювання некоректне і виконати його навряд можливо!** Пояснюємо чому.

Відповідно до частини 2 статті 509 ЦКУ зобов'язання виникають з підстав, встановлених статтею 11 цього Кодексу. У контексті порушеного питання нас цікавить лише одна підстава виникнення зобов'язань, передбачена пунктом 1 частини 2 статті 11 ЦКУ, а саме договори та інші правочини. При цьому відповідно до частини 1 статті 216 ЦКУ **недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю**.

Таким чином, вимога припинити зобов'язання за договором про закупівлю може стосуватися виключно дійсного договору про закупівлю, зобов'язання за яким тривають; якщо договір про закупівлю недійсний (чи то в силу прямої вказівки закону — тобто нікчемний; чи то оспорюваний — недійсність якого ще має бути встановлена / підтверджена судом), то договірні зобов'язання з нього не виникають, а отже і припиняти просто немає чого.

Якщо сумнівів у дійсності договору про закупівлю немає, то для припинення зобов'язання слід звернутися до глави 50 ЦКУ, що визначає підстави припинення зобов'язань.

Зобов'язання припиняються:

належним виконанням (стаття 599 ЦКУ);

переданням відступного (стаття 600 ЦКУ);

зарахуванням зустрічних однорідних вимог (стаття 601 ЦКУ);

новацією (одне зобов'язання замінюється іншим, наприклад, зобов'язання з оплати в розстрочку замінюється на позику — стаття 604 ЦКУ);

прощенням боргу (стаття 605 ЦКУ);

поєднанням боржника і кредитора в одній особі (стаття 606 ЦКУ);

неможливістю виконання (стаття 607 ЦКУ);

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/monitoring-zakupivel/abo-vykonuj-abo-oskarzhuj-alhorytm-dij-zamovnyka-na-vypadok-koly-derzhauddytsluzhba-zobov-ia-zuie-zdijnsnyty-zakhody-shchodo-usunennia-vyjavlenoho-porushennia/



смертю чи ліквідацією сторони зобов'язання, якщо правонаступництво неможливе (статті 608-609 ЦКУ), а також на інших підставах, передбачених законом чи договором, у тому числі за домовленістю сторін чи у разі односторонньої відмови від договору (частини 1-2 статті 598, частина 1 статті 604 ЦКУ).

Якщо договір про закупівлю недійсний, то органам Держаудитслужби слід вимагати **припинення виконання** такого договору про закупівлю та застосування наслідків недійсності правочину.

Відповідно до частин 1-2 статті 216 ЦКУ, якщо інше не встановлено законом, у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину (це ще інакше називається двостороння реституція, або ж повернення сторін правочину до попереднього стану), **а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.** Також мають бути **відшкодовані збитки**, завдані іншій стороні правочину чи третій особі.

Приставаючи до усунення виявленого аудитором порушення, зверніть увагу: **запропонований державними аудиторомі спосіб усунення порушень не обов'язково буде єдиним та / або найкращим.** Завдання замовника — усунути порушення, діючи при цьому добросовісно та розумно, але не обов'язково саме тим способом, який визначив контролюючий орган (зокрема, у випадку, якщо орган Держаудитслужби пропонує нелогічні та / або неможливі шляхи усунення виявлених порушень).

Приклад

Державні аудитори зафіксували безпідставне підвищення ціни за одиницю товару, вважають відповідну додаткову угоду недійсною та вимагають припинити зобов'язання за нею. Об'єктивно «припинити зобов'язання» за додатковою угодою замовник не може, вимога аудиторів некоректна, однак з порушенням замовник згоден, тож має кілька варіантів дій.

Якщо обидві сторони договору про закупівлю згодні усунути порушення, то їм достатньо укласти додаткову угоду, якою буде перераховано обсяг товару за договором про закупівлю та його ціну. При цьому сторони домовляться або про порядок поставки товару, обсяг якого було занижено, або ж, не поновлюючи обсяг товару, зменшать загальну суму договору про закупівлю, вирішивши питання про повернення зайво сплачених коштів (якщо такі були).

Якщо постачальник не згоден з висновком аудиторів і жодні додаткові угоди підписувати не збирається, то замовнику доведеться діяти за класичним сценарієм господарського спору, тобто через пред'явлення позову, якому може передувати претензійна робота.

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/monitoring-zakupivel/abo-vykonuj-abo-oskarzhuj-alhorytm-dij-zamovnyka-na-vypadok-koly-derzhauddytslyzhba-zobov-ia-zuie-zdijsnyty-zakhody-shchodo-usunennia-vyjavlenoho-porushennia/



І тут слід мати на увазі, що сам факт недійсності виконаної повністю чи частково угоди жодним чином не гарантує замовнику, який таку угоду підписав та ще й принаймні розпочав виконувати, перемогу в судовому спорі. Серед іншого, суд може розглядати такий позов як зловживання замовником правом на позов (судіть самі, як виглядає позивач, який сам порушив закон і завдав собі шкоди, а тоді сам же прийшов вимагати в суді захисту власноручно порушених прав!), що виключає можливість задоволення позовної заяви.

Алгоритм 2. «Оскаржую і спростовую»

Якщо замовник не хоче, не може та / або просто не збирається виконувати висновок моніторингу, то слід розпочати процедуру оскарження. Бездіяльність — найгірший сценарій дій для замовника, бо не лише засвідчить згоду з виявленими порушеннями, але й дасть «зелене світло» для подальших дій контролюючого органу.

Якщо йдеться про формальне порушення, яке не призвело до збитків та / або не заподіяло іншої суттєвої шкоди інтересам замовника, держави чи територіальної громади, то максимум для замовника — адміністративна та / або дисциплінарна відповідальність його посадових осіб та керівника.

Однак твердження контролюючого органу про недійсність договору про закупівлю завжди передбачає наявність збитків (чи іншої шкоди), завданих внаслідок укладення такого договору про закупівлю: чи то в результаті завищення вартості предмета закупівлі, чи то в результаті поставки неякісного (а отже і дешевшого, однак за необґрунтовано високою ціною) товару / робіт / послуг або ж в обсязі меншому, ніж передбачено договором про закупівлю.

Логіка очевидна: якщо сторони пішли на укладення недійсного договору про закупівлю, усвідомлюючи його незаконність та розмір потенційних неприємностей, значить мали на це певні причини. І першою в списку можливих причин допущених зловживань буде неправомірна вигода, по-простому — хабар, ресурс для якого утвориться саме в результаті вже згаданого завищення вартості предмета закупівлі чи інших порушень.

Як наслідок, **якщо замовник не усуває виявлене порушення і при цьому не оскаржує висновок моніторингу, то орган Держаудитслужби не просто вправі, а зобов'язаний вживати самостійно заходів для відновлення законності.** Такі заходи, цілком можливо, виллються для замовника в кримінальну справу за фактом розтрати в особливо великому розмірі. Тож наполегливо радимо замовникам не ігнорувати висновки моніторингу про виявлені порушення, невідкладно запускаючи процедуру оскарження.

Зверніть увагу: адміністративне оскарження висновку моніторингу до вищестоящего органу законом не передбачено!

Відповідно до частини 10 статті 8 Закону про закупівлі у разі незгоди замовника з інформацією, викладеною у висновку, він **має право оскаржити висновок до суду протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення**, про що зазначається в електронній системі закупівель протягом наступного робочого дня з дня оскарження висновку до суду. Замовник зазначає в електронній системі закупівель про відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації про відкриття такого провадження та номер такого провадження.

Такий позов розглядається адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача (органу Держаудитслужби).

Замовник, що прагне не просто затягнути справу, а відстояти свою правоту, має в ідеалі спростувати факт порушення законодавства, тобто довести, що державні аудитори помилилися або в оцінці обставин процедури закупівлі, або в тлумаченні Закону про закупівлі, внаслідок чого дійшли хибного висновку про наявність порушення Закону.

Якщо порушення законодавства є безспірним, то замовник має зосередитися на доведенні неможливості або недоцільності усунення порушення у спосіб, визначений у висновку моніторингу. При цьому **неможливість завжди об'єктивна, а недоцільність — суб'єктивна (оціночна)**.

Приклад. Доведення неможливості

Здебільшого неможливо повернути виконане за договором підряду або надання послуг, тож такі договори про закупівлю можуть бути лише припинені на майбутнє. Так само нерідко неможливим є і повернення товарів, наприклад, якщо ці товари були повністю чи частково спожиті (електрична енергія, вода, продукти харчування, пальне, ліки і т. д.), або якщо товар постачався з послугами монтажу і демонтаж неможливий. Про недоцільність припинення порушення може йтися у випадку, коли припинення виконання договору (зокрема, недійсного) чи реституція за ним завдасть замовнику чи третім особам більше шкоди, аніж користі.

Приклад. Доведення суб'єктивності

Якщо будівельний підряд за договором на капітальний ремонт школи є нікчемним у зв'язку з порушенням визначених Законом строків його укладення (за умови, що інших претензій до виконання підряду немає, тобто ціни ринкові, а роботи виконуються якісно та своєчасно), виконано на 80 %, то відмова замовника від подальшої співпраці жодної користі такому замовнику не принесе: ремонт зупиниться, постраждають учні та навчальний процес, неосвоєні до кінця року кошти повернуться в бюджет, ціни за час пошуку нового виконавця гарантовано виростуть, а покинуті на півшляху роботи можуть і не достояти до нового виконавця — і це за умови, що вдасться знайти підрядника, який

згоден завершувати розпочаті інші роботи, гарантію на які йому доведеться дати комплексну.

Зверніть увагу: якщо на думку державних аудиторів договір про закупівлю є недійсним (у т. ч. нікчемним) з мотивів порушення саме Закону про закупівлі, то звернення до суду з позовом про визнання дійсним такого договору про закупівлю є безперспективним.

Вітчизняна судова система призначена не для легалізації сумнівних угод, а для захисту порушених, оспорених чи невизнаних прав та законних інтересів. Водночас суди певною мірою обмежені у виборі способу захисту прав / інтересів позивача: *суд захищає такі права / інтереси у спосіб, визначений законом чи договором (у т. ч. договором про закупівлю), і лише якщо закон або договір про закупівлю не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу позивача, суд може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону* (стаття 5 Господарського процесуального кодексу України).

У свою чергу ЦКУ допускає визнання судом недійсного правочину дійсним, однак лише у виключних, прямо передбачених випадках (наприклад, правочини, вчинені малолітніми за межами їх дієздатності; правочини, вчинені з порушенням форми — письмової чи нотаріальної тощо), і ймовірність того, що такий виняток трапиться у сфері закупівель, прямує до нуля.

Не усяке порушення вартує розірвання договору про закупівлю

Трапляється, що в погоні за законністю аудитори перегинають палицю. Судова практика свідчить, що **не всяке порушення порядку проведення процедури закупівлі може мати наслідком обґрунтовану вимогу щодо розірвання договору про закупівлю.**

Наприклад, у справі [№ 120/1297/20-а](#) предметом оскарження став висновок про результати моніторингу закупівлі № UA-2020-01-03-000635-а. Аудитори встановили, що під час внесення змін до тендерної документації замовником у порушення вимог абзацу 2 частини 2 статті 23 Закону України «Про публічні закупівлі» положення тендерної документації, до яких внесено зміни, не відображені у вигляді закреслених даних та не розміщені в електронній системі закупівель для перегляду після внесення змін до тендерної документації.

За результатами моніторингу замовника зобов'язано в межах законодавства вжити заходів щодо розірвання договору про закупівлю. Суди усіх інстанцій погодилися з виявленим порушенням, однак дійшли висновку, що замовником у цілому дотримано принципів здійснення публічних закупівель, а визначений аудитором спосіб усунення порушень не відповідає принципу пропорційності.

Ще більше питань з даної теми розкрито на порталі RADNUK.COM.UA в статті «[А вас аудитори зобов'язували припинити зобов'язання за договором про закупівлю?](#)».

Отже, вимога про усунення незначних порушень, тобто таких, що не вплинули на результати процедури закупівлі та не призвели до порушення принципів здійснення закупівель, шляхом розірвання договору про закупівлю чи припинення договірних зобов'язань в інший спосіб є непропорційною, а отже незаконною (частина 2 статті 2 КАСУ).

Не розумієте як діяти — звертайтеся за роз'ясненням!

Практично в кожній постанові Верховного Суду у справах за позовом підконтрольних установ до органів Держаудитслужби наголошується: *підконтрольна установа, яка не розуміє, як саме слід виконати вимогу про усунення порушення, не позбавлена права звернутися до контролюючого органу з метою отримання певних роз'яснень.*

Відповідно до абзацу 1 частини 8 статті 8 Закону замовник має право **протягом трьох робочих днів** з дня оприлюднення висновку одноразово звернутися до органу державного фінансового контролю за роз'ясненням змісту висновку та його зобов'язань, визначених у висновку.

Протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення органом державного фінансового контролю висновку замовник оприлюднює через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень. При цьому строк на оскарження висновку до суду становить лише 10 робочих днів з дня його оприлюднення.

Водночас звертаємо увагу, що Закон не визначає строків на розгляд державними аудиторами звернення замовника про роз'яснення висновку моніторингу. Так само Закон не зупиняє на час розгляду такого звернення замовника перебіг 5-денного строку на оприлюднення документів, що підтверджують усунення виявлених порушень, аргументованих заперечень на висновок моніторингу чи інформації про причини неможливості усунення виявлених порушень. І головне: **ненадання органом Держаудитслужби відповіді на запит замовника про роз'яснення висновку моніторингу не зупиняє і так надкоротких (10 робочих днів) строків звернення до суду для його оскарження.**

Висновки

Якщо у висновку моніторингу констатуються порушення, то замовник повинен або усунути ці порушення (причому не обов'язково саме у той спосіб, що зазначений у висновку), або оскаржити висновок до суду (адміністративний порядок оскарження

висновку не передбачений). Бездіяльність — найгірша для замовника стратегія, бо не лише засвідчує згоду з констатованим порушенням, але й провокує державних аудиторів до вжиття заходів для примусового відновлення законності.

Вимога державних аудиторів «усунути порушення шляхом припинення зобов'язань за договором про закупівлю із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору про закупівлю» є некоректною, бо недійсний договір про закупівлю не породжує жодних прав та / або обов'язків, крім тих, що пов'язані з недійсністю.

Не забудьте завантажити [**шпаргалку уповноваженої особи замовника про адміністративну відповідальність.**](#)

Ще більше корисного читайте на порталі RADNUK.COM.UA в статтях:

[**«Практика моніторингу щодо підтвердження наявності працівників відповідної кваліфікації»;**](#)

[**«Чи може укладений договір про закупівлю відрізнитись від його проєкту? Відповідає представник ДАСУ»;**](#)

[**«Невідхилення тендерної пропозиції, яка підлягала відхиленню: практика моніторингу»;**](#)

[**«Не зазначили в ТД електронну адресу посадової особи замовника — порушення? Огляд практики».**](#)