

Застосування оперативно-господарських санкцій при здійсненні публічних закупівель

Перехід від всеохопного адміністративного планування до децентралізованої системи майнових відносин, заснованих на рівності, майновій самостійності та автономії волі їх учасників, зробив особливо актуальною проблему захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарських відносин.

Слід відзначити, що результат економічної діяльності більшості учасників майнового обороту в багатьох випадках залежить не тільки від їхніх підприємницьких здібностей, а й від того, наскільки швидко та якісно вони можуть відстоювати свої інтереси. При цьому ефективний захист не завжди передбачає необхідність звернення до суду. У багатьох випадках саме позасудові способи захисту дають змогу учасникам майнових правовідносин з найменшими втратами здійснити оперативний захист своїх прав та інтересів.

До різновидів способів захисту прав, реалізованих у позасудовому порядку, входять, зокрема, так звані заходи оперативного впливу — передбачені законом або угодою сторін дії кредитора шляхом односторонньої зміни умов договору або відмови від його виконання у зв'язку з порушенням контрагентом своїх обов'язків. Чинне законодавство санкціонує такий захист. Зокрема, стаття 16 Цивільного кодексу України містить пряму вказівку на те, що захист прав може бути здійснений у тому числі й за допомогою зміни або припинення правовідносин. І якщо Цивільним кодексом України не здійснено систематизації оперативних санкцій, то в Господарському кодексі наявні статті 235–237, якими встановлено види оперативно-господарських санкцій, підстави та порядок їх застосування.

У сфері публічних закупівель нерідко трапляються ситуації, коли замовник, перебуваючи в лещатах законодавства, повністю залежить від належного виконання контрагентом взятих на себе зобов'язань. Непоодинокі випадки порушення зобов'язань створюють загрозу діяльності й існуванню учасників договірних правовідносин, що потребує оперативного реагування для запобігання негативним наслідкам.

Варто зауважити, що господарсько-правова відповідальність ширша, різноманітніша за майнову (матеріальну) відповідальність, що вона не обмежується лише сплатою таких традиційних санкцій, як відшкодування збитків, неустойка (штраф, пеня).

Для оперативного реагування учасника договірних правовідносин на правопорушення господарюючого суб'єкта-боржника або іншого учасника господарських відносин можуть бути застосовані оперативно-господарські санкції — заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторного порушення

зобов'язань, які використовують самі сторони зобов'язань в односторонньому порядку.

На відміну від цивільно-правових санкцій, що в цивільному праві мають еквівалентно-відшкодувальний характер (а у встановлених випадках також і штрафний), оперативно-господарські санкції як правоохоронні заходи оперативного характеру мають значною мірою превентивне, попереджувальне значення, головною їх функцією є забезпечення належного виконання зобов'язання. У той же час оперативно-господарські санкції є і формами покарання суб'єкта-правопорушника, оскільки застосування їх призводить до зазнавання останнім певних негативних наслідків економічного характеру і супроводжується громадським і державним осудом його протиправної поведінки.

Особливістю застосування даних оперативно-господарських санкцій є те, що їх:

застосовують на розсуд кредитора в позасудовому порядку та без попереднього пред'явлення претензії порушникові зобов'язання;

застосовують лише за умови їх фіксації в господарському договорі;

застосовують незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання.

Види оперативно-господарських санкцій

Види оперативно-господарських санкцій, що їх сторони можуть застосовувати з відповідною фіксацією в договорі, передбачені частиною першою статті 236 Господарського кодексу України (далі — ГКУ):

одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною зі звільненням її від відповідальності за це відбувається в разі порушення зобов'язання другою стороною, а саме:

відмови від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони;

відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт унаслідок прострочення виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок тощо;

відмова управненої сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в

безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію тощо);

встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання:

зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг);

переведення платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг);

переведення платника на оплату після перевірки їх якості тощо;

відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання.

Перелік оперативно-господарських санкцій, установлений в даній статті, не є вичерпним. Учасникам договірних відносин надано право на власний розсуд визначати й інші оперативно-господарські санкції.

Звертаємо увагу, що законодавство не покладає зобов'язання на суб'єкта-ініціатора повідомляти боржникові про застосування даних санкцій у письмовому вигляді. Разом з тим направлення відповідного повідомлення сприятиме зменшенню спірних ситуацій при їх реалізації. До того ж при застосуванні такої санкції як відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання, направлення даного повідомлення повинно бути здійснено в обов'язковому порядку.

У разі незгоди із застосуванням названих санкцій зацікавлена сторона може звернутися до суду із заявою про скасування відповідної санкції та відшкодування збитків, завданих її застосуванням.

Розгляд питання щодо оперативно-господарських санкцій неможливо провести без визначення кола суб'єктів, які мають право на їх застосування та щодо кого вони можуть бути застосовані.

Статтю 1 ГКУ визначено, що даний кодекс регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Перелік учасників сфери господарювання визначено ст. 3 ГКУ:

суб'єкти господарювання;

споживачі;

органи державної влади, наділені господарською компетенцією;

органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією;

громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

Наведений перелік учасників сфери господарювання може викликати хвилювання та запитання в деяких учасників сфери публічних закупівель. Зокрема, органи соціального страхування, юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо таку діяльність вони не здійснюють на промисловій чи комерційній основі, і які є замовниками в розумінні Закону України «Про публічні закупівлі», можуть заявити, що вони не є учасниками сфери господарювання і через це права на застосування оперативно-господарських санкцій не мають. Проте в даному випадку слід звернути увагу на наступного учасника сфери господарювання — споживача.

Відповідно до статті 20 ГКУ порядок захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів визначає цей кодекс, інші закони. Як у Господарському кодексі, так і в інших нормативно-правових актах немає визначення категорії «споживач» у сфері господарювання. Закон України «Про захист прав споживачів» під споживачем розуміє лише одного суб'єкта — фізичну особу. Разом з тим проведення аналізу ряду статей Господарського кодексу надає нам можливість встановити факт, що споживачем, на якого поширюються норми даного кодексу, є будь-який суб'єкт, який бере участь у господарських правовідносинах. Зокрема, згідно зі статтею 76 ГКУ, споживачем продукції казенних підприємств є держава. У розумінні статті 179 ГКУ споживачами електроенергії, зв'язку, послуг залізничного та інших видів транспорту є як суб'єкти господарювання, так і негосподарючі суб'єкти-юрособи.

Отже, наведений нами аналіз правових норм Господарського кодексу України дає змогу дійти висновку, що всі учасники сфери публічних закупівель (як бюджетної, так і небюджетної сфер) у випадку здійснення ними діяльності, направленої на постачання та отримання товарів, робіт і послуг, мають право на застосування оперативно-господарських санкцій у договірних відносинах між ними.

Думка уповноваженого органу з приводу

господарських санкцій

Проаналізувавши можливості застосування оперативно-господарських санкцій у публічних закупівлях, звернемося до позиції Уповноваженого органу із цього питання. Журнал «Радник в сфері державних закупівель» звернувся до Уповноваженого органу з питанням щодо можливості застосування статті 236 ГКУ у сфері державних закупівель. З витягом із даної відповіді ви можете ознайомитись нижче.



*Витяг з роз'яснення Мінекомрозвитку № 3302-05/42114-07 від
15.12.2015*

Відповідно до частини першої статті 3 Закону закупівлі здійснюються за такими принципами: добросовісна конкуренція серед учасників, максимальна економія та ефективність; відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель; недискримінація учасників; об'єктивна та неупереджена оцінка пропозицій конкурсних торгів; запобігання корупційним діям і зловживанням; вільного переміщення товарів; свободи надання послуг.

Визначення поняття «документація конкурсних торгів» наведено в пункті 5 частини першої статті 1 Закону.

Перелік складових, який повинна містити документація конкурсних торгів, визначено частиною другою статті 22 Закону.

Документація конкурсних торгів повинна містити, зокрема проект договору або основні умови, які обов'язково будуть включені до договору про закупівлю (пункт 7 частини другої статті 22 Закону).

Згідно з частиною четвертою статті 18 Закону, зокрема скарги, що стосуються документації конкурсних торгів (кваліфікаційної документації, запиту цінових пропозицій), можуть подаватися у будь-який строк після оприлюднення оголошення про їх проведення, але не пізніше ніж за три дні до дати, встановленої для подання пропозицій конкурсних торгів (кваліфікаційних пропозицій), та не пізніше ніж за три дні до дати, встановленої для подання цінових пропозицій.

Договір про закупівлю укладається в письмовій формі відповідно до положень Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом (частина перша статті 40 Закону).

Відповідно до частин першої та другої статті 217 Господарського кодексу України господарськими санкціями визнаються заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, в результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні та/або правові наслідки. У сфері господарювання застосовуються такі види господарських санкцій: відшкодування збитків; штрафні санкції; оперативно-господарські санкції.

Разом з тим згідно з частиною четвертою статті 217 Господарського кодексу України, зокрема господарські санкції застосовуються у встановленому законом порядку за ініціативою учасників господарських відносин.

Відповідно до частини другої статті 237 Господарського кодексу України, зокрема порядок застосування сторонами конкретних оперативно-господарських санкцій визначається договором.

У свою чергу, відповідно до частин першої та другої статті 180 Господарського кодексу України зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань, як погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства. Господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода.

З даного роз'яснення можна встановити, що Мінекономрозвитку вважає правомірним застосування оперативно-господарських санкцій у системі державних закупівель. І хоча дане роз'яснення Мінекономрозвитку стосувалося сфери державних закупівель, імовірність застосування даного роз'яснення до сфери публічних закупівель доволі значна.

Практичне застосування санкцій, передбачених статтею 236 ГКУ, не викликає проблем. Разом з тим відхилення тендерної пропозиції учасника, до якого було застосовано при виконанні попереднього договору таку санкцію як відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин, має певні особливості. Це викликано тим, що статтею 30 «Про публічні закупівлі» ГКУ встановлено виключний перелік підстав для відхилення тендерної пропозиції:

учасник:

не відповідає кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим [статтею 16](#) цього Закону;

не надав забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагав замовник;

переможець:

відмовився від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або укладення договору про закупівлю;

не надав документи, що підтверджують відсутність підстав, передбачених [статтею 17](#) цього Закону;

наявні підстави, зазначені в [статті 17](#) і [частині сьомій статті 28](#) цього Закону;

тендерна пропозиція не відповідає умовам тендерної документації.

Законодавцем серед зазначених підстав прямо не встановлено можливість відхилення тендерної пропозиції учасника у випадку застосування до нього такої оперативно-господарської санкції як відмова від встановлення господарських відносин зі стороною, яка порушила зобов'язання при виконанні попереднього договору.

Тому замовникові при проведенні публічної закупівлі слід включити до тендерної документації вимогу щодо відсутності застосування даної санкції між замовником і учасником щодо договірних правовідносин у минулому.

Для підтвердження такої відсутності до складу тендерної документації слід включити зразок листа, яким учасник зобов'язаний підтвердити відсутність зазначеної санкції. Приклад листа наводимо нижче.



Додаток № _____
до тендерної документації на
закупівлю (зазначаємо предмет закупівлі)

**Зразок листа учасника
(на фірмовому бланку)**

від _____ № _____
(дата, номер)

Тендерний комітет

(повна назва Замовника)

Даним листом підтверджуємо, що в попередніх взаємовідносинах між Учасником (повна назва Учасника) та Замовником (повна назва Замовника) таку господарсько-адміністративну санкцію як відмова від встановлення господарських відносин на майбутнє не було застосовано.

(назва посади уповноваженої особи)

(підпис, скріплений печаткою)

(прізвище та ініціали)

Разом з тим ще раз звертаємо увагу, що застосування будь-яких оперативно-господарських санкцій повинно бути умовою проекту договору, який замовник включає до складу тендерної документації відповідно до пункту сьомого частини другої статті 22 Закону України «Про публічні закупівлі». Примірний зразок включення оперативно-господарських санкцій до договору наводимо нижче.

Доповнення до договору зі сторони Замовника

Розділ. Відповідальність сторін

0.1. Сторона 1 за невиконання або неналежне виконання умов договору має право застосувати до Сторони 2 такі оперативно-господарські санкції:

- відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано Стороною 2 без згоди Сторони 1;
- відмова Сторони 1 від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного Стороною 2, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію тощо);
- зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг);
- переведення платника на оплату після перевірки їх якості тощо;
- відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання.

0.2. Про застосування та вид оперативно-господарських санкцій Сторона 1 повідомляє Стороні 2 шляхом направлення рекомендованого листа з відповідним дублюванням на електронну адресу _____.

Зважаючи на можливість негайного впливу на контрагента, який не виконує або неналежним чином виконує взяті на себе зобов'язання, та довготривалість процедур публічних закупівель, відсутність коштів у бюджетних організацій на судову тяганину з недбалими контрагентами та інші фактори, застосування оперативно-господарських санкцій є доволі актуальним і нагальним.