

Відміна процедури закупівлі після акцепту пропозиції: заборонено чи дозволено?

Часом замовник опиняється в ситуації, коли і процедуру закупівлі вже майже завершив, і переможця обрав, і повідомлення про намір укласти договір оприлюднив, аж раптом виникають обставини, які ставлять під сумнів можливість або доцільність укладення договору: то фінансовий план чи кошторис так і не затвердили; то обіцяних коштів як не було на початку закупівлі, так і далі немає; то раптом виявляється, що переможець надав недостовірну інформацію чи державні аудитори виявили якісь порушення, які замовник ніяк не може углядіти сам, і вимагають відмінити закупівлю... Чи має право замовник відмінити торги після повідомлення про намір (акцепт) пропозиції переможця? А відмінити переговорну процедуру за тих самих умов? Відповіді на ці (і не тільки) питання шукатимемо разом на сторінках журналу «Радник в сфері державних закупівель».

Загальні підстави для відміни торгів

Відповідно до частини 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі замовник відмінює торги в разі:

відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг;

неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель;

порушення порядку оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі, повідомлення про намір укласти договір, передбаченого цим Законом;

подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками — менше трьох пропозицій;

допущення до оцінки менше двох тендерних пропозицій, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками — менше трьох пропозицій;

відхилення всіх тендерних пропозицій згідно із цим Законом.

Очевидно, що три останні підстави виникають задовго до акцепту, тож сама електронна система закупівель завдяки закладеним алгоритмам не дасть можливості замовникові надіслати учасникові (а переможця в цих випадках не буде) повідомлення про намір. Про нюанси технічної реалізації відміни торгів у ProZorro читайте в статті «Практичний аспект:

відміна торгів чи визнання торгів такими, що не відбулися» — випуск журналу № 10 (73) за жовтень 2017 року, стор. 33–37.

Отже, залишаються три підстави для відміни торгів, дві з яких пов'язані з раніше допущеними замовником порушеннями, а третя полягає у відсутності подальшої потреби в закупівлі. Тож чи має право замовник відмінити торги після повідомлення про намір переможця, якщо він (замовник) порушив порядок оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі чи повідомлення про намір укласти договір, передбачений цим Законом, а так само у разі неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель (наприклад, замовник виявив подання переможцем недостовірної інформації про відповідність кваліфікаційним вимогам)?

Принагідно відзначимо, що **яку б підставу для відміни торгів не обрав замовник, вона має бути обґрунтована, бо інакше рішення про відміну торгів скасує суд.** Наприклад, Господарський суд Черкаської області рішенням від 03.10.2017 у справі № [925/945/17](#) скасував рішення замовника про відміну торгів, вказавши, що відповідний протокол засідання тендерного комітету не містить жодного обґрунтування та не містить переліку конкретних обставин, визначених у статті 31 Закону про публічні закупівлі, як підставу для відміни торгів, а тому є необґрунтованим. Окрім того, звертаємо увагу, **що замовник може обирати лише з підстав для відміни торгів, наведених у частині 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі.** У рішенні Господарського суду Хмельницької області від 15.03.2017 у справі № [924/1349/16](#) встановлено, що як на підставу відміни торгів замовник послався, серед іншого, на несприятливі погодні умови (що перешкоджають виконанню ремонтних робіт, які були предметом закупівлі), хоча стаття 31 Закону про публічні закупівлі такої підстави для відміни торгів не містить. Зазначене додатково сприяло скасуванню рішення замовника про відміну торгів.

Поняття та правове значення акцепту пропозиції переможця торгів

Відповідно до частини 1 статті 36 Закону про публічні закупівлі договір про закупівлю укладають відповідно до норм Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та Господарського кодексу України (далі — ГК України), зважаючи на особливості, визначені цим Законом. Щоб зрозуміти правове значення оприлюднення рішення замовника про намір укласти договір, звернемося до положень ЦК України щодо порядку укладення договорів.

Згідно зі статтею 641 Цивільного кодексу, пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна зі сторін майбутнього договору. Пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною в разі її прийняття. При цьому реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано в

рекламі або інших пропозиціях. Пропозиція укласти договір може бути відкликана до моменту або в момент її одержання адресатом. Пропозиція укласти договір, одержана адресатом, не може бути відкликана протягом строку для відповіді, якщо інше не вказане в пропозиції або не впливає з її суті чи обставин, за яких її було зроблено.

Таким чином, **публікація оголошення про проведення закупівлі в розумінні ЦК України є запрошенням робити пропозиції укласти договір, а кожна тендерна пропозиція є офертою, що може бути відкликана до завершення установленого замовником строку подання тендерних пропозицій.**



**Витяг з Постанови Верховного Суду
(у складі колегії суддів Касаційного господарського суду)
від 03.04.2018 у справі № [910/5798/17](#)**

45. З урахуванням приписів частини 3 статті 181 Господарського кодексу України, статті 638, частини 1 статті 640, частин 1, 2 статті 641, частин 1, 2 статті 642 Цивільного кодексу України, пунктів 15, 28, 30, 35 частини 1 статті 1, частин 1, 2 статті 32 Закон України «Про публічні закупівлі», **оприлюднення замовником оголошення про проведення процедури закупівлі слід вважати запрошенням невизначеному колу осіб робити пропозиції укласти договір. Відповідно, направлення учасником процедури закупівлі своєї тендерної пропозиції слід вважати пропозицією укласти договір, на умовах зазначених таким учасником у своїй тендерній пропозиції. Тому, визначення замовником переможця процедури закупівлі та направлення такій особі повідомлення про намір укласти договір, свідчить про прийняття (акцепт) пропозиції переможця процедури закупівлі, викладеної ним в тендерній пропозиції.**

Відповідно до статті 642 ЦК **відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною.** Особа, яка прийняла пропозицію, може відкликати свою відповідь про її прийняття, повідомивши про це особі, яка зробила пропозицію укласти договір, до моменту або в момент одержання нею відповіді про прийняття пропозиції. При цьому ЦК України допускає акцепт пропозиції в результаті вчинення так званих конклюдентних дій: якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала

роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, то ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір або не встановлено законом. У рамках процедур закупівель конклюдентні дії неприпустимі з огляду на приписи частини 7 статті 2 Закону про публічні закупівлі, відповідно до якої заборонено придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. Отже, **замовник має право висловити акцепт лише, так би мовити, у класичній формі — письмово, у порядку, передбаченому частиною 6 статті 28 та статтею 29 Законом про публічні закупівлі, а саме: визначити переможця й того ж дня прийняти рішення про намір укласти договір, не пізніше наступного дня оприлюднити це рішення на веб-порталі Уповноваженого органу.** Нагадаємо, що всі поля форми повідомлення про намір укласти договір (по суті, повідомлення про акцепт у розумінні статті 642 ЦК України) електронна система закупівель заповнює автоматично, як це передбачено наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 № 490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель», зареєстрованим у Мін'юсті 25.03.2016 за № 449/28579.

Частина 3 статті 642 ЦК України дозволяє особі, яка прийняла пропозицію, відкликати свою відповідь про її прийняття, повідомивши про це особі, яка зробила пропозицію укласти договір, до моменту або в момент одержання нею відповіді про прийняття пропозиції. Однак **електронна система закупівель, миттєво передаючи повідомлення, робить неможливим відкликання акцепту в процедурі публічних закупівель.** Відповідно до частини 2 статті 638 ЦК України договір укладають у результаті пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Відповідно до частини 1 статті 640 ЦК України **договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.** А це означає, що з моменту одержання переможцем процедури закупівлі повідомлення про намір укласти договір у замовника виникає обов'язок підписати договір про закупівлю. Саме така логіка привела судидо формулювання такого правила: «Після акцепту пропозиції переможця відмінити тендер неможливо», яке на даний час активно застосовують.

Разом з тим стаття 185 ГК України визначає особливості укладення господарських договорів на біржах, ярмарках та публічних торгах: до укладення господарських договорів на біржах, оптових ярмарках, публічних торгах застосовують загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, **зважаючи на нормативно-правові акти, які регулюють діяльність відповідних бірж, ярмарків та публічних торгів.** Таким чином, правила про ЦК України щодо неможливості відкликання акцепту після його прийняття особою, що подала оферту (переможець торгів), мають бути застосовані, виходячи з положень Закону про публічні закупівлі.

Далі розглянемо окремі випадки відміни торгів з різних причин.

Якщо на момент акцепту не затверджено фінансовий план замовника

Відповідно до частини 2 статті 75 ГК України основним плановим документом державного комерційного підприємства є **фінансовий план, відповідно до якого підприємство отримує доходи і здійснює видатки, визначає обсяг та спрямування коштів для виконання своїх функцій протягом року відповідно до установчих документів.** Фінансовий план підлягає затвердженню до першого вересня року, що передує плановому. А що робити, якщо настав новий фінансовий рік, а плану немає?

Замовники-підприємства державного сектору економіки при здійсненні закупівель до затвердження фінансового плану мають зважати на положення Постанови Кабінету Міністрів України від 03.10.2012 № 899 «Про порядок здійснення витрат суб'єктами господарювання державного сектору економіки у разі незатвердження (непогодження) річних фінансових планів у встановленому порядку» (далі — Порядок № 899). Відповідно до абзаців підпункту 1 пункту 1 Порядку № 899 **суб'єкти господарювання державного сектору економіки (за деякими винятками) в разі незатвердження (непогодження) річних фінансових планів у встановленому порядку можуть здійснювати витрати, які безпосередньо пов'язані з виробництвом та реалізацією продукції (товарів, робіт, послуг). При цьому заборонено здійснювати витрати, зокрема, на: придбання та оренду легкових автомобілів; маркетингові та інформаційно-консультаційні послуги; консалтингові послуги; представницькі заходи; виробництво та розповсюдження реклами.**

Здійснювати витрати на вказане заборонено незалежно від того, чи застосовує замовник процедуру закупівлі для обрання постачальника.

Слід підкреслити, що, згідно з Порядком № 899, заборонено саме «здійснювати витрати», тобто фактично перераховувати кошти за придбання в поточному періоді перерахованих товарів і послуг (ідеться саме про нові зобов'язання підприємства в поточному році: на оплату товарів/послуг, запланованих та одержаних, однак не оплачених у попередньому році, вимоги Порядку № 899 не поширюються). Це означає, що до затвердження річного фінансового плану замовник має право оголосити процедуру закупівлі, провести її, визначити переможця, укласти договір і навіть отримати відповідні товари/послуги, але не має права оплатити одержане.

Замовник, що є суб'єктом господарювання державного сектору економіки, до затвердження в установленому порядку річного фінансового плану, має право вільно проводити процедури публічних закупівель, укладати договори та здійснювати витрати, які безпосередньо пов'язані з виробництвом та реалізацією цим замовником продукції (товарів, робіт, послуг). Однак заборонено здійснювати витрати, зокрема, на: придбання та оренду легкових автомобілів; маркетингові та інформаційно-консультаційні послуги;

консалтингові послуги; представницькі заходи; виробництво та розповсюдження реклами. Тому в договорі про придбання зазначених послуг замовник має або включити умову оплати послуг після затвердження фінансового плану, або пов'язати момент набрання чинності договором із затвердженням фінансового плану.

Викладене підтверджено в судовій практиці. Так, у справі № [909/251/17](#) замовник, акцептувавши пропозицію переможця торгів, договір про закупівлю не уклав, посилаючись на те, що відсутній належним чином затверджений фінансовий план на 2017 рік, а тому відповідно до п. 1 Порядку № 899 він не може здійснювати витрати на капітальні інвестиції. Суди всіх інстанцій стали на бік переможця торгів та визнали договір про закупівлю укладеним. Вищий господарський суд України в Постанові від 23.11.2017 вказав, що Законом про публічні закупівлі не передбачено підстав та права замовника відмовитись від укладення договору після завершення процедури закупівлі.

Якщо на момент акцепту не затверджено кошторис чи план використання бюджетних коштів (бюджетні установи та одержувачі)

Порушене питання розтлумачено в листі Мінекономрозвитку від 14.09.2016 № 3302-06/29640-06. Так, Уповноважений орган зазначив, що Закон не містить обмежень щодо організації процедур закупівель до набрання чинності законом про Державний бюджет України, затвердження кошторису, плану використання бюджетних коштів, фінансового плану, а тому замовник має право розпочати процедуру закупівлі за відповідним предметом, керуючись його очікуваною вартістю, за умови, що в проекті договору про закупівлю та в самому договорі про закупівлю буде передбачений відповідний порядок виникнення договірних зобов'язань залежно від реального фінансування.

Мінекономрозвитку нагадало про приписи частини 1 статті 23 та частини 4 статті 48 Бюджетного кодексу України. Відповідно до вказаних норм будь-які бюджетні зобов'язання та платежі з бюджету здійснюють лише за наявності відповідного бюджетного призначення, якщо інше не передбачено законом про Державний бюджет України. Розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання та здійснюють платежі тільки в межах бюджетних асигнувань, установлених кошторисами, та беруть бюджетні зобов'язання за спеціальним фондом бюджету виключно в межах відповідних фактичних надходжень спеціального фонду бюджету (з дотриманням вимог частини другої статті 57 цього кодексу). Розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, за якими розпорядник бюджетних коштів взяв зобов'язання без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, установлених цим кодексом та законом

про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), є недійсними. За такими операціями не виникають бюджетні зобов'язання та не утворюється бюджетна заборгованість.

Таким чином, якщо на момент повідомлення про намір укласти договір у замовника не затверджено кошторис чи план використання бюджетних коштів, то такий замовник має право укласти договір про закупівлю, пов'язавши момент визнання його укладеним із затвердженням відповідно кошторису чи плану використання коштів та поставивши наявність договірних зобов'язань у залежність від реального фінансування видатків.

Ще один варіант дій — знайти платника за договором, не пов'язаного з бюджетними коштами (наприклад, громадську організацію, благодійний фонд, приватного мецената й т. д.): якщо приватні кошти не опиняться на казначейському рахунку (тобто перейдуть від платника до виконавця за договором в обхід замовника), то вони не набудуть статусу бюджетних, тож і жодні обмеження, установлені Бюджетним кодексом України, на них не поширюватимуться.

Якщо переможець є, а реальних грошей немає

Припустімо, що процедура закупівлі підходить до завершення: аукціон відбувся, замовник має оголосити переможця та оприлюднити рішення про намір укласти договір. Але грошей на виконання майбутнього договору як не було, так і немає. Що робити замовникові: акцептувати пропозицію переможця, сподіваючись, що кошти з'являться до укладення договору, чи коли прийде час платити — негайно відмінити процедуру закупівлі чи визнавати її такою, що не відбулася?

Із цього питання визначився Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду в Постанові від 03.04.2018 у справі № 910/5798/17. Суд вказав, що **якщо на момент визначення переможця закупівлі в замовника відсутні кошти на оплату майбутнього договору, то він не може відмінити торги, а має визнати їх такими, що не відбулися, на підставі абзацу 4 частини 2 статті 31 Закону про публічні закупівлі, а саме у зв'язку зі скороченням видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг.**



[910/5798/17](#)

Витяг з Постанови Верховного Суду від 03.04.2018 у справі №

29. Суд погоджується з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про те, що **з моменту визначення переможця торгів та встановлення відповідності пропозиції позивача вимогам тендерної документації та вимогам Закону України «Про публічні закупівлі» неможливо відмінити процедуру закупівлі, у порядку, передбаченому в пункті 3 частини 2 статті 31 Закону України «Про публічні закупівлі»[1].**

30. Суд зазначає, що **скорочення видатків** на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, відповідно до пункту 3 частини 2 статті 31 Закону України «Про публічні закупівлі» **може бути підставою для визнання торгів такими, що не відбулися.**

[1] У посиланні текст постанови наведено дослівно. Однак структурно частина 2 статті 31 Закону про публічні закупівлі поділена на абзаци, а не на пункти (оскільки пункти завжди нумерують або цифрами, або буквами), причому абзац «Скорочення видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг» (за обставинами справи на цій підставі було відмінено торги) є четвертим. Аналізуючи зміст постанови Верховного Суду та обставини в цілому, доходимо висновку, що це описка: суди всіх інстанцій посилаються на абзац 4 частини 2 статті 31 Закону про публічні закупівлі щодо визнання торгів такими, що не відбулися, у разі скорочення видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг.

До речі, викладена позиція Верховного Суду веде до ще одного важливого висновку, а саме: замовник має право визнати торги такими, що не відбулися, і після акцепту пропозиції переможця, але до укладення договору.

Разом з тим відзначимо, що якщо кошти були заплановані (у кошторисі, фінансовому плані чи плані використання бюджетних коштів), то замовник має право укласти договір про закупівлю, однак початок дії цього договору (виникнення договірних зобов'язань) слід узалежнити від наявності реального фінансування.

Замовник має право визнати торги такими, що не відбулися, і після визначення переможця, але до укладення договору.

Зверніть увагу: при проведенні переговорної процедури закупівлі скорочення видатків на здійснення закупівлі відповідно до абзацу 5 частини 4 статті 35 Закону про публічні закупівлі є підставою саме для її відміни (Закон взагалі не передбачає можливості визнання переговорної процедури такою, що не відбулася). Тож підкреслюємо, що зазначена позиція Верховного Суду сформульована для торгів і абсолютно неприйнятна для переговорної процедури.

Отже, Верховний Суд утвердив у своїй практиці таке правило: **«Після акцепту пропозиції переможця відмінити тендер неможливо»**. Однак правило це сформульоване в конкретній справі, а саме в ситуації скорочення видатків замовника на закупівлю після акцепту пропозиції. У той час як частина 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі називає шість підстав для відміни торгів, три з яких об'єктивно можуть виникнути після акцепту. А тому треба з'ясувати, **чи є назване правило універсальним, тобто чи стосується воно всіх та будь-якої підстави для відміни торгів.**

Якщо після акцепту виявлено порушення законодавства про закупівлі

Згідно з абзацами 3 і 4 частини 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі, замовник відмінює торги в разі:

неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель;

порушення порядку оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі, передбаченого цим Законом;

порушення порядку оприлюднення повідомлення про намір укласти договір, передбаченого цим Законом. Чи можлива відміна торгів на підставі названих пунктів після акцепту пропозиції переможця?

З одного боку, у судовій практиці вже явно сформулювалася доволі популярна думка, що «Закон не передбачає повноважень замовника на відміну **результатів** торгів, які можуть бути оскаржені лише в судовому порядку» (тобто замовник може відмінити самі торги лише допоки немає їх результату — не визначено переможця, а коли є результат торгів, то треба йти лише до суду). При цьому суди акцентують увагу на тому, що акцепту тендерної пропозиції передують оцінка, в рамках якої замовник вирішує питання про наявність підстав для відхилення пропозиції учасника, про її відповідність тендерній документації й т. д., тобто про наявність будь-яких допущених учасником порушень, які б могли спричинити відхилення його тендерної пропозиції. І якщо вже замовник сказав раз, що тендерна пропозиція відповідає вимогам документації, то значить, що подальші перевірки безпідставні: мовляв, раз визнав переможцем — то годі гріхи шукати. Виходячи із цього, не важливо, скільки порушень виявив замовник після повідомлення про намір укласти договір. Договір має бути укладено.

Разом з тим у судовій практиці існує й протилежний підхід. Наприклад, за обставинами справи № 910/13642/17 замовник міжнародних торгів виявив невідповідність пропозиції переможця технічним вимогам тендерної документації вже після прийняття рішення про

намір укласти договір, а тому відмінив процедуру закупівлі у зв'язку з неможливістю усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель. Господарський суд м. Києва в рішенні від [28.09.2017](#), установивши, що пропозиція переможця дійсно не відповідала вимогам тендерної документації, визнав законним рішення замовника про відміну торгів. При цьому суд вказав, що відповідно до пункту 15 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі **переможець процедури закупівлі має відповідати насамперед такій ознаці, як відповідність його тендерної пропозиції усім критеріям та умовам, що визначені в тендерній документації; учасник, чия пропозиція не відповідає вимогам тендерної документації, не має права сподіватися на статус переможця і контракт**. Оскільки позивач, на думку суду, не відповідає визначенню переможця (через невідповідність пропозиції тендерній документації), то замовник справедливо відмінив процедуру закупівлі. Зауважимо, що між цими ж замовником та учасником у наступному тендері знову виник спір: цього разу замовник міжнародних торгів виявив невідповідність пропозиції одного з учасників технічним вимогам тендерної документації після затвердження результатів розгляду нецінових частин пропозицій і допуску цього учасника до аукціону, однак до проведення аукціону. Господарський суд м. Києва в рішенні від 05.10.2017 у справі № [910/13644/17](#) знову став на бік замовника, вказавши, що на даному етапі усунути виявлене порушення неможливо і знову визнав законною відміну процедури закупівлі. І хоча в даній справі відміна закупівлі відбулася до аукціону, ми хочемо звернути увагу читачів саме на позицію суду, послідовно відображену в двох справах, а саме: один раз встановлена замовником відповідність пропозиції учасника умовам закупівлі не гарантує, що думка замовника не може змінитися у зв'язку з новими виявленими обставинами. Інакше кажучи, виявив порушення — маєш зреагувати!

Зверніть увагу: при проведенні переговорної процедури закупівлі допущені замовником порушення, що вплинули на об'єктивність визначення переможця процедури закупівлі, є самостійною підставою для її відміни відповідно до абзацу 2 частини 4 статті 35 Закону про публічні закупівлі разом з неможливістю усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань закупівель відповідно до абзацу 3 частини 4 статті 35 цього Закону. У першому випадкові йдеться саме про порушення замовника, які вплинули на об'єктивність його вибору, а у другому випадкові — про будь-які порушення (як замовника, так і учасника переговорної процедури), які неможливо усунути до підписання договору.

Відповідно до пункту 15 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі переможець процедури закупівлі має відповідати насамперед такій ознаці, як відповідність його тендерної пропозиції усім критеріям та умовам, що визначені в тендерній документації. Учасник, чия пропозиція була акцептована попри невідповідність вимогам тендерної документації, не є переможцем у розумінні Закону про публічні закупівлі, а тому акцепт його пропозиції не перешкоджає відміні процедури закупівлі.

У статті «Недійсність договору про закупівлю» [випуск журналу № 10 (73) за жовтень 2017 року, стор. 11-23] ми наводили приклади судових рішень, у яких суди робили висновок, що **порушення процедури закупівлі, внаслідок яких суб'єкт господарювання безпідставно отримує державне замовлення (тобто отримує контракт, який, якби не порушення правил проведення закупівлі, йому б не дістався), призводить до недійсності укладеного договору про закупівлю через приписи частини 1 статті 215 ЦК України.** Якщо застосувати згадані постулати — «Після акцепту пропозиції переможця відмінити тендер неможливо» та «Закон не передбачає повноважень замовника на відміну результатів торгів, які можуть бути оскаржені лише в судовому порядку» — без огляду на конкретні обставини справи, то виходить абсурд. Відмінити процедуру закупівлі після акцепту не можна, треба укласти договір. Однак якщо насправді були порушення, які неможливо усунути та які вплинули на результат тендеру, то договір про закупівлю буде визнаний судом недійсним? Тобто якщо наявні порушення, які вплинули на результати тендеру та які неможливо усунути, однак які були виявлені після акцепту, то замовник, не відмінивши процедуру, цілком свідомо укладе договір, який у разі спору має всі 100 % шансів бути визнаним недійсним. І це вже не згадуючи про персональні негативні наслідки для керівника замовника, який такий договір укладе (хтозна, чи обмежиться все доганою та позбавленням премії, а можливо, доведеться захищатися від звинувачень у розтраті чи щонайменше службовій недбалості). Як приклад, наведемо рішення Господарського суду м. Києва від 23.01.2018 у справі № [910/18211/17](#).

За обставинами справи замовник відмінив процедуру закупівлі у зв'язку з неможливістю усунення виявлених порушень законодавства про публічні закупівлі, а саме неукладення договору у строк, передбачений частиною 2 статті 32 Закону про публічні закупівлі. Суд відмовив у скасуванні рішення замовника про відміну процедури закупівлі та не визнав договір про закупівлю укладеним, вказавши, що укладення договору — обов'язок двох сторін, а не лише замовника; при цьому договір, укладений за межами строків, визначених частиною 2 статті 32 Закону про публічні закупівлі, є нікчемним відповідно до абзацу 4 частини 1 статті 37 цього Закону. Суд дійшов висновку, що допущене порушення (договір своєчасно не укладено) неможливо було виправити, а тому замовник правомірно відмінив торги. Зазначимо однак, що Господарський суд м. Києва не завжди послідовний у своїх рішеннях. Наприклад, рішенням від 19.09.2017 у справі № [910/13812/17](#) цей суд скасував рішення замовника про відміну торгів, прийняте після спливу установленого законодавством строку на укладення договору, вказавши, що тендерна процедура відбулася, переможця визначено, відповідність його позиції тендерній документації встановлено, тож договір мав бути укладений.

Зверніть увагу: при проведенні переговорної процедури закупівлі непідписання учасником договору про закупівлю в установлений строк є самостійною підставою для відміни процедури закупівлі відповідно до абзацу 6 частини 4 статті 35 Закону про публічні закупівлі.

Якщо порушення законодавства про закупівлі виявив не замовник, а контрольний орган

Окремо розглянемо випадок, коли після повідомлення про намір укласти договір порушення законодавства про закупівлі виявив не сам замовник (або не лише він), а контрольний орган. Так, Львівський апеляційний господарський суд, розглядаючи таку справу (витяг наводимо нижче), послався на сформульований вище постулат: «Після акцепту пропозиції переможця відмінити тендер неможливо». **Однак лише після того, як у судовому засіданні не було підтверджено начебто виявлені Державною аудиторською службою порушення порядку проведення закупівлі.**



Витяг з Постанови Львівського апеляційного господарського суду від 27.11.2017 у справі № [914/1796/17](#)

...За результатами проведеного 20 липня 2017 року аукціону, Тендерним комітетом відповідача... переможцем по Лоту № 1 та Лоту № 2 визнано учасника ТОВ «Західтехнобуд»... На веб-порталі Уповноваженого органу з питань закупівель Prozorro опубліковано повідомлення про намір укласти договори з учасником-переможцем процедури закупівлі ТОВ «Західтехнобуд».

...Надалі Тендерним комітетом відповідача прийнято рішення, які оформлені протоколами розгляду тендерних пропозицій № 59/11 та № 59/12, якими скасовано рішення про визнання переможцем та відхилено пропозиції учасника-переможця ТОВ «Західтехнобуд» по Лоту № 1 та Лоту № 2... оскільки Західним офісом Державної аудиторської служби був проведений моніторинг господарської операції, запланованої до здійснення, про що останнім складено Довідку № 19 від 16.08.2017 року... (в рамках т. зв. операційного аудиту — примітка А. М.).

Аналізуючи норми ст. ст. 1, 31 Закону України «Про здійснення державних закупівель», суд апеляційної інстанції зазначає, що **акцепт пропозиції конкурсних торгів зумовлює виникнення обов'язку у замовника укласти відповідний договір з переможцем, а в останнього — право вимагати укладення відповідного договору, тоді як повноваження замовника відмінити процедуру закупівлі або визнати торги такими, що не відбулися, після акцепту пропозиції, тобто результати торгів, законом прямо не передбачені.**

...Суд приходять до висновку, що на електронному аукціоні із закупівлі **учасника —**

ТОВ «Західтехнобуд» було визначено переможцем торгів та акцептовано його пропозицію, про що також тендерним комітетом відповідача на веб-порталі Уповноваженого органу з питань закупівель Prozorro опубліковано повідомлення про намір укласти договори з учасником-переможцем процедури закупівлі, а тому, відповідно з моменту встановлення відповідності пропозиції позивача вимогам тендерної документації та вимогам Закону України «Про публічні закупівлі» та визначення переможця торгів, неможливо відмінити процедуру закупівлі, в тому числі в порядку, передбаченому п. 4 ч. 1 ст. 30 Закону України «Про публічні закупівлі»[\[2\]](#).

[\[2\]](#) У цьому випадкові суд також помиляється (описка) з визначенням структурної одиниці тексту: частина перша статті 31 Закону про публічні закупівлі поділена на абзаци, а не на пункти.

Якби наявність/відсутність порушень, на які вказала Державна аудиторська служба, не мали значення для вирішення спору по суті, про це було б чорним по білому вказано в судовому рішенні (наприклад, «не стосується суті спору»). Однак у розглядуваній справі суд перевіряв кожне з порушень, на які вказали аудитори. А звідси випливає, що правило «Після акцепту пропозиції переможця відмінити тендер неможливо» не повинно бути застосоване у випадках, що передбачені абзацами 3 і 4 частини 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі (тобто в разі неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель, а також порушення порядку оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі, повідомлення про намір укласти договір, передбачений цим Законом).

Відзначимо також, що у вищезгаданій справі № 914/1796/17 порушення були виявлені в рамках такого заходу державного фінансового контролю, як операційний аудит, що відбувався відповідно до Порядку проведення Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами державного фінансового аудиту окремих господарських операцій, затвердженого Постановою Уряду від 25.06.2014 № 214 (далі — Порядок № 214, втратив чинність цього року на підставі постанови Уряду від 22.08.2018 № 639). Пункт 7 Порядку № 214 передбачав, що коли під час операційного аудиту встановлено, що прийняття управлінських рішень, здійснення господарських операцій може призвести до неефективного чи незаконного використання державних чи комунальних коштів та/або майна, фінансових порушень або порушення вимог законодавства, то державний аудитор письмово інформує про це керівника суб'єкта господарювання, керівника відповідного контрольного органу та орган управління з поданням відповідних пропозицій (зі складанням довідки). Однак рішення щодо запобігання негативним наслідкам, що можуть бути спричинені ризиковими операціями, зокрема за результатами моніторингу платіжних доручень, або їх мінімізації приймає керівник суб'єкта господарювання. Таким чином, **довідка перевірки ризикових**

операцій в рамках операційного аудиту мала саме довідковий характер, виконувала функцію попередження про ризик правопорушення чи збитку, однак не була обов'язкова до виконання об'єктом контролю (замовника публічних закупівель), а тому й не могла бути оскаржена.

Операційний аудит відійшов у минуле, та й об'єктом його були лише пара десятків підприємств. Натомість на даний час Державна аудиторська служба активно здійснює моніторинг публічних закупівель. Відповідно до пункту 5 частини 7 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі висновок про результати моніторингу закупівлі має обов'язково містити **зобов'язання щодо усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель. Таким чином, сьогодні цілком може скластися ситуація, коли після повідомлення про намір укласти договір в електронній системі закупівель буде розміщено висновок про результати моніторингу закупівлі із зобов'язанням замовникові відмінити процедуру закупівлі.** І такий висновок матиме зобов'язуючу силу: замовник має п'ять робочих днів, щоб виконати висновок, надати заперечення на нього чи обґрунтувати неможливість виконання, а потім ще п'ять робочих днів (разом — десять робочих днів з дня оприлюднення висновку), щоб оскаржити висновок до суду (частини 9–10 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі). Видається, що якщо замовник самостійно виявив порушення та/або на додачу отримав висновок контрольного органу із зобов'язанням відмінити процедуру закупівлі, то доцільно відмінити процедуру закупівлі. У протилежному випадкові замовнику слід очікувати, по-перше, повноцінної перевірки публічних закупівель, яка повторить результати моніторингу (акт якої, на відміну від висновку моніторингу, можуть спрямувати правоохоронним органам для реагування), а по-друге, господарського позову від учасників тендеру, які програли, про визнання укладеного договору про закупівлю недійсним. І в підсумку замовник отримає не виконаний контракт, а лише купу проблем.

Якщо після акцепту відпала потреба в закупівлі

Тепер з'ясуємо, чи може замовник відмінити торги після акцепту пропозиції переможця, якщо в замовника зникла потреба в закупівлі відповідних товарів, робіт чи послуг. Українські суди розглядали вже й такі справи. Так, Вищий господарський суд України у Постанові від 01.03.2017 у справі №[910/16460/16](#) вказав, що відповідно до статті 31 Закону акцепт пропозиції конкурсних торгів зумовлює виникнення обов'язку в замовника укласти відповідний договір з переможцем, а в того — право вимагати укладення відповідного договору, тоді як повноваження замовника відмінити процедуру закупівлі після акцепту пропозиції, тобто результати торгів, законом прямо не передбачені. І хоча обставини цієї справи були ще за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель», однак редакція законодавчих норм з того часу не змінилася, тож логіка суду цілком прийнятна і для застосування Закону про публічні закупівлі. Так само Господарський суд Херсонської області в Рішенні від 22.05.2018 у справі № [923/163/18](#), уже посилаючись на Закон про публічні закупівлі, вказав, що замовник має право відмінити торги у випадкові відсутності

подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг, але така відміна повинна передувати рішенню про визначення переможця торгів та про намір укласти договір про закупівлю, який приймає замовник у день визначення переможця. Суд не взяв до уваги заперечення замовника щодо наявного права на відміну торгів, оскільки, на думку суду, таке право існує лише на стадії до завершення процедури торгів, які в даному випадкові були завершені. Зроблений висновок став достатньою підставою для одночасного скасування результатів повторного тендеру.

Замовник має право відмінити торги у випадкові відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг, але така відміна повинна передувати рішенню про визначення переможця торгів та про намір укласти договір про закупівлю.

Підкреслюємо, що відсутність подальшої потреби в закупівлі має бути обґрунтована замовником, бо інакше відміна торгів буде визнана безпідставною, а відповідне рішення замовника скасоване судом. Наприклад, Господарський суд Хмельницької області в Рішенні від 15.03.2017 у справі № [924/1349/16](#) дійшов висновку, що плани відповідача на проведення повторної закупівлі тих самих робіт на відкритих торгах свідчать про те, що потреба в отриманні робіт (виконанні послуг), від яких замовник відмовився оспорюваним протоколом, існувала та існує на час розгляду справи, а тому рішення замовника про відміну торгів підлягає скасуванню. Повторне оголошення процедури закупівлі незабаром після відміни попередньої стало підставою для скасування рішення замовника про відміну торгів і в справі № [910/18244/16](#) (Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13.03.2017). А у справі № [923/163/18](#) за аналогічних обставин Одеський апеляційний господарський суд Постановою від 24.07.2018 підтвердив рішення суду I інстанції про скасування як рішення про відміну перших торгів, так і результати повторних торгів щодо того ж предмета закупівлі; при цьому суд відхилив аргумент замовника, що після акцепту пропозиції переможця йому стало відомо про технічні та якісні недоліки предмета закупівлі, вказавши, що будь-які недоліки предмета закупівлі не можуть бути підставою для відміни проведених торгів через відсутність подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг.

Хто винен і що буде?

Оскільки рішення під час процедур закупівель приймає тендерний комітет (уповноважена особа) замовника, то саме їх і визнаватимуть винними в прийнятті незаконних рішень у разі їх скасування. Притягнення членів тендерного комітету (уповноваженої особи) до дисциплінарної відповідальності за неналежне виконання обов'язків — компетенція керівника замовника відповідно до законодавства про працю (можливі стягнення: догана чи звільнення, а також позбавлення чи зменшення премії як недисциплінарний захід впливу).

Безпідставна відміна торгів спричинює визнання недійсним такого рішення замовника, а також визнання договору про закупівлю укладеним з моменту набрання законної сили рішенням суду на умовах, викладених у тендерній документації та акцептованій тендерній пропозиції. Разом з тим, як свідчить судова практика, друга позовна вимога буде задоволена лише у випадку, якщо в матеріалах справи будуть докази направлення позивачем (переможцем закупівлі) проекту договору (пропозиції укласти договір) на адресу відповідача у строк, передбачений ч. 2 ст. 32 Закону про публічні закупівлі.



Витяг з Постанови Київського апеляційного господарського суду від 01.08.2017 у справі № [910/6412/17](#)

...Відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем торгів протягом строку дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладено раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Проте, на підтвердження направлення позивачем затвердженого тендерною документацією та погодженого сторонами договору закупівлі не надано.

За таких обставин, колегія суддів зазначає, що матеріали справи не містять доказів на підтвердження направлення позивачем проекту договору (пропозиції укласти договір) на адресу відповідача у строк, передбачений ч. 2 ст. 32 закону України «Про публічні закупівлі».

Відтак, висновок суду першої інстанції щодо відмови у задоволенні вимог в частині визнання укладеним з дня набрання законної сили рішенням Договору закупівлі між ПАТ «Укртрансгаз» як замовником та ТОВ «АСТРА» ТОВ як підрядником на умовах, визначених пропозицією конкурсних торгів, є вірним.

...

Якщо рішенням суду буде скасовано протокол тендерного комітету про відміну торгів, однак при цьому не буде визнано укладеним договір про закупівлю, то таке рішення для переможця торгів є як валіза без ручки. Адже строки укладення договору про закупівлю,

установлені частиною 2 статті 32 Закону про публічні закупівлі, сплинуть (вони не зупиняються на час розгляду спору судом), а договір, укладений за межами установлених строків, є нікчемним. Тож замовник отримає переможця тендеру без права укласти з ним договір, муситиме проводити повторну процедуру закупівлі, а на додачу — компенсувати судові витрати позивача. Тому порада замовникам: правильно обирайте підставу для відміни торгів і ретельно обґрунтуйте її застосування, а також не забувайте вимагати в складі тендерної пропозиції підписаний учасником проект договору про закупівлю. Порада учасникам: отримавши повідомлення про намір укласти договір, не полінуйтесь якнайшвидше роздрукувати та підписати примірники договору, вручивши їх замовникові під підпис.