

Нотаріально засвідчений договір у публічних закупівлях: загальні умови та огляд практичної ситуації

Нотаріально засвідчений договір у публічних закупівлях. Далі розглянемо загальні умови та практичну ситуацію щодо цього.

Практична ситуація: тендерною документацією від учасника вимагалось надати документи / документ на підтвердження права власності / володіння / користування тощо відповідним нерухомим майном (на підтвердження інформації стосовно наявності матеріально-технічної бази, зазначеної в довідці), однак учасник надав лише довідку про оренду складських приміщень, де зазначено дату і номер договору (дата договору більше ніж три роки), надалі замовник надає 24 години на виправлення, а учасник завантажує договір на один рік і три додаткові угоди на продовження терміну дії договору, загальний строк яких становить більше ніж три роки.

Питання: відхилити чи ні тендерну пропозицію учасника, оскільки договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їхньої окремої частини) строком на три роки й більше має бути засвідчений нотаріально?

Загальні засади цивільного законодавства щодо нотаріального засвідчення договору

Відповідно до частини 2 статті 793 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) **строком на три роки й більше** підлягає нотаріальному посвідченню, крім договору, предметом якого є майно державної або комунальної власності, який підлягає нотаріальному посвідченню у разі, якщо він укладений за результатами електронного аукціону строком більше ніж на п'ять років.

Згідно з частиною 1 статті 794 ЦКУ право користування нерухомим майном, яке виникає на підставі договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки, підлягає державній реєстрації відповідно до закону, крім випадку, передбаченого частиною 2 статті 793 цього Кодексу, якщо договір, укладений за результатами електронного аукціону, предметом якого є майно державної або комунальної власності.

Відповідно до частини 1 статті 220 ЦКУ у разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину такий правочин є

нікчемним.

Для того щоб замовнику визначитись, відхилити чи ні тендерну пропозицію учасника, який на підтвердження інформації щодо наявності матеріально-технічної бази надав договір на один рік і три додаткові угоди на продовження терміну дії договору, загальний строк яких становить більше трьох років, слід проаналізувати практику суду, Державної аудиторської служби та її міжрегіональних територіальних органів (далі — ДАСУ) та Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ) щодо чинності договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди, який внаслідок пролонгації має загальний строк дії більше трьох років.

Читайте також [«Договір оренди транспортного засобу укладений за участю ФОП: чи обов'язково нотаріально посвідчувати?»](#).

Позиція суду

Відповідно до частин 5 і 6 [Закону України «Про судоустрій і статус суддів»](#) висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, **є обов'язковими** для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.

Судами неодноразово розглядалися справи щодо дійсності договору оренди, який було пролонговано та загальний строк дії якого склав більше трьох років.

У [постанові Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 26.06.2019 у справі № 923/759/18](#) викладені такі висновки: *«Якщо із закінченням строку договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) його дію було продовжено і наведене призвело до збільшення загального строку користування орендованим майном, який складає понад три роки, це не може бути підставою для визнання такого договору нікчемним у зв'язку з відсутністю його нотаріального посвідчення та державної реєстрації, якщо на момент укладення такого договору він відповідно до частини 2 статті 215 ЦК України відповідав вимогам частини другої статті 793 та статті 794 ЦК України»*.

Аналогічні висновки викладені у [постанові Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду \(найму\) майна» від 29.05.2013 № 12](#).

Таким чином, судова практика з цього питання є сталою та свідчить про законність пролонгації договору оренди без його нотаріального посвідчення.

Позиція ДАСУ

У ДАСУ відсутня єдина позиція щодо пролонгації договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їхньої окремої частини) додатковими угодами та обов'язковості їх нотаріального посвідчення у разі загального строку дії договору та додаткових угод більше трьох років.

Так, показово є закупівля № [UA-2021-11-05-011152-b](#), у рамках якої було проведено два моніторинги — від 11.02.2022 та від 13.04.2022, та результат дослідження одного й того ж питання був різним.

Приклад 1

Відповідно до першого висновку моніторингу закупівлі за № [UA-2021-11-05-011152-b](#), який оприлюднений в електронній системі 30.03.2022, за результатами моніторингу порушень не встановлено. Хоча під час проведення моніторингу ДАСУ запитувала пояснення замовника з нижченаведеного питання.

Моніторингом встановлено, що учасником ТОВ «Е-К» на підтвердження кваліфікаційного критерію щодо наявності в учасника матеріально-технічної бази надано договір оренди виробничо-складських приміщень від 01.09.2019 зі строком дії з 01.09.2019 по 01.09.2024 та договір суборенди нежитлових приміщень від 12.03.2020 № 20-1 зі строком дії з 12.03.2020 по 11.03.2025, які не посвідчені нотаріально. *Чому не відхилено тендерну пропозицію ТОВ «Е-К» через невідповідність кваліфікаційним критеріям, оскільки відповідно до частини 2 статті 793 ЦКУ договори найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) строком на три роки і більше підлягають нотаріальному посвідченню, без нотаріального посвідчення договір оренди нерухомого майна на строк більше трьох років вважатиметься невчиненим?*

Замовником надано пояснення на запит ДАСУ, у якому зазначено: «Вимогами тендерної документації в частині нотаріального посвідчення договорів оренди нерухомого майна замовником імперативно не встановлено вимоги щодо нотаріального посвідчення відповідних договорів.

Окрім цього, замовник під час здійснення перевірки тендерної пропозиції учасника керується змістом тендерної документації, а також керується вимогами чинного законодавства, а також зміст постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 12 від 29.05.2013 „Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду (найм) майна“, а саме в частині якщо із закінченням строку договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) його дію було продовжено і наведене призвело до збільшення загального строку користування орендованим майном, який складає понад три роки, це не може бути підставою для визнання такого договору нікчемним у зв'язку з відсутністю його нотаріального посвідчення та державної реєстрації, якщо на момент укладення такого договору він відповідно до частини 2 статті



215 ЦК України відповідав вимогам частини 2 статті 793 та статті 794 ЦК України...».

Тобто першим моніторингом пояснення замовника були враховані ДАСУ.

Приклад 2

Відповідно до другого висновку моніторингу закупівлі за № [UA-2021-11-05-011152-b](#), який оприлюднений в електронній системі 03.05.2022, порушення виявлено — невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до закону.

Моніторингом встановлено, що у складі пропозиції ТОВ «Е-К» подана довідка матеріально-технічної бази, у якій зазначені складські приміщення на праві договору оренди складських приміщень від 01.09.2019 № 01-09/2019 зі встановленим строком оренди до 01.09.2024 включно.

Відповідно до частини 2 статті 793 ЦКУ договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) строком на три роки і більше підлягає нотаріальному посвідченню. Згідно зі статтею 220 ЦКУ у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

Отже, учасником ТОВ «Е-К» документально не підтверджено кваліфікаційного критерію в частині матеріально-технічної бази. З урахуванням вищенаведеного, замовником не відхилено тендерну пропозицію учасника ТОВ «Е-К», яка не відповідала кваліфікаційному критерію, встановленому статтею 16 Закону, а визначено вказаного учасника переможцем процедури закупівлі.

Під час проведення другого моніторингу ДАСУ не запитувала в замовника пояснень та встановила порушення.

Коментар щодо позиції ДАСУ в частині нотаріального посвідчення договору оренди

Аналізуючи обидва висновки моніторингу щодо однієї закупівлі, можна сказати, що однозначної думки в ДАСУ щодо цього питання немає, а тому замовник у тендерній документації може деталізувати вимоги до договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди як складової матеріально-технічної бази.

У разі, коли розпочато моніторинг щодо закупівлі, у якій визначено переможцем учасника, яким на підтвердження матеріально-технічної бази надано договір на один рік і три

додаткові угоди на продовження терміну дії договору, загальний строк яких становить більше трьох років, без нотаріального посвідчення, то необхідно надати пояснення (на вимогу ДАСУ або з власної ініціативи) з посиланням на вищенаведену практику Верховного Суду та її обов'язковість, з урахуванням статті 13 Закону України та статус суддів, для мінімізації ризиків встановлення порушення.

Ще більше рішень моніторингу процедури закупівлі ви знайдете в електронній книзі [«Моніторинг закупівель за Особливостями»](#).

Позиція АМКУ

На відміну від судової практики, рішення АМКУ також свідчать про **відсутність єдиного підходу** щодо питання законності договору найму будівлі або іншої капітальної споруди та його додаткових угод без нотаріального посвідчення, у разі якщо їх термін дії більше трьох років.

Приклад 1

Так, у [рішенні АМКУ № 19912-р/пк-пз від 01.09.2021](#) зазначено, що у складі тендерної пропозиції ТОВ «ЗСК» міститься договір оренди нежитлового приміщення від 01.01.2018 № 18/04-1, укладений строком на три роки та продовжений ще на два роки у простій письмовій формі.

Замовник вказував, що цей договір з додатковою угодою є чинним, та посилався на практику постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 12 від 29.05.2013 «Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду (найм) майна». Однак, на думку АМКУ, наданий учасником договір (з додатковою угодою) не посвідчений нотаріально.

Відповідно до частини 2 статті 215 ЦКУ недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Відповідно до частини 1 статті 220 ЦКУ у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

Враховуючи зазначене, у складі пропозиції ТОВ «ЗСК» відсутній договір оренди нежитлових приміщень (який діє протягом терміну поставки товару, визначеного тендерною документацією).

Приклад 2



У рішенні АМКУ № 17788-р/пк-пз від 03.08.2021 зазначена така позиція: у складі пропозиції ТОВ «Р» у тому числі міститься довідка про наявність матеріально-технічної бази, де зазначено, зокрема, офісне (адміністративне) приміщення в нежитловій будівлі, право користування (договір оренди офісних (адміністративних) приміщень) від 18.03.2019 та декілька додаткових угод щодо продовження строку дії оренди.

Враховуючи викладене, наданий договір оренди офісних (адміністративних) приміщень від 18.03.2019 № 18 нотаріально не посвідчений. Враховуючи викладене, наявні невідповідності в документах пропозиції зазначеного учасника, визначених частиною 16 статті 29 Закону.

Коментар. З наведених вище рішень можна дійти висновку, що позиція АМКУ полягає в тому, що договір найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди, який внаслідок його пролонгації має загальний строк дії більше трьох років, є нікчемним, проте нижче наведено приклади протилежної позиції АМКУ.

Приклад 3

У рішенні АМКУ від 13.08.2021 № 18638-р/пк-пз колегія дійшла таких висновків: «У складі Пропозиції містяться наступні документи, зокрема: договір оренди нежитлових приміщень від 19.06.2021 № 1906/1/18, укладений з ТОВ „А“, в пункті 4.1 якого зазначено, що термін оренди складського приміщення становить з 19.06.2018 по 18.06.2019; а в пункті 4.7 цього договору вказується, що у випадку, якщо за 1 (один) місяць до спливу терміну оренди згідно з цим договором жодна зі сторін письмово не заявила про небажання продовжувати його, то даний договір вважається поновлений на той самий строк і на тих самих умовах, які були раніше встановлені цим договором, **причому кількість таких поновлень не обмежується.**

Враховуючи викладене, відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині».

Приклад 4

У рішенні АМКУ від 22.05.2023 № 6954 викладено такі висновки: «...на вимогу про усунення невідповідностей переможець надав, зокрема: договір оренди нежитлового приміщення від 18.01.2019 № 1801-1658, предметом якого є тимчасове платне користування нежитловим приміщенням, відповідно до пункту 3.1 якого зазначено: **термін дії договору становить 1 (один) рік** з дня підписання акта та відповідно до пункту 3.2 якого зазначено: якщо за 2 (два) місяці до закінчення строку дії договору



жодна зі сторін не заявить про намір розірвати даний договір, то **він вважається продовженим (пролонгованим) ще на один календарний рік** на таких самих умовах. Така пролонгація дії цього договору можлива без обмеження терміну... **За таких умов договір оренди нежитлового приміщення від 18.01.2019 № 1801-1658 укладений строком на 1 рік».**

Висновок

Враховуючи позицію суду щодо законності пролонгації договору оренди, не рекомендуємо замовникам відхиляти тендерну пропозицію учасника, який надав договір оренди (найму) будівлі або іншої капітальної споруди (їхньої окремої частини), дію якого було продовжено і наведене призвело до збільшення загального строку користування орендованим майном понад три роки.

Однак замовникам слід врахувати, що існує інша позиція АМКУ і ДАСУ щодо нікчемності договорів оренди, загальний строк дії яких після пролонгації становить три роки та більше і які нотаріально не посвідчені.

Якщо на дії замовника надійшла скарга та АМКУ виніс рішення, у якому зазначив про нікчемність договору оренди (найму) у складі пропозиції учасника, замовнику слід виконати рішення **або ж оскаржити його до суду.**

У разі, коли розпочато моніторинг щодо закупівлі, у якій визначено переможцем учасника, яким на підтвердження матеріально-технічної бази надано договір на один рік і три додаткові угоди на продовження терміну дії договору, загальний строк яких становить більше трьох років, без нотаріального посвідчення, то необхідно надати пояснення (на вимогу ДАСУ або з власної ініціативи) з посиланням на вищенаведену в цій статті практику Верховного Суду та її обов'язковість, з урахуванням статті 13 Закону України та статус суддів, для мінімізації ризиків встановлення порушення.

Також на порталі RADNUK.COM.UA уже опубліковані такі матеріали щодо цієї теми:

[«Строк дії договору оренди МТБ 3 роки, чи потрібне нотаріальне посвідчення? Позиція суду»;](#)

[«Що очікувати при встановленні критерію — наявність МТБ без урахування нотаріального посвідчення?»;](#)

[«Орган оскарження проти суду: відсутність нотаріального посвідчення».](#)