

# Зазначення замовником «інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватись» — порушення чи ні? Рішення суду



**Рішення Київського окружного адміністративного суду від 25.04.2024 у справі № [320/23657/23](#)**

До суду звернувся замовник (далі — позивач) з позовною заявою до Держаудитслужби (далі — відповідач) про визнання протиправним та скасування висновку про результати моніторингу процедури закупівлі UA-2023-03-22-005281-а.

**Позиція замовника/позивача:** висновок про результати моніторингу процедури закупівлі UA-2023-03-22-005281-а від 28.06.2023 є незаконним, таким, що ґрунтується виключно на суб'єктивних та таких, що не відповідають дійсності, висновках посадової особи контролюючого органу, а зміст зобов'язання щодо усунення порушення у сфері публічних закупівель, яке міститься в оскаржуваному висновку, є неконкретизованим і не відповідає вимогам чинного законодавства України, через що наявні правові підстави для визнання судом цього висновку протиправним та його скасування.

**Відповідач** проти позову заперечив, подав відзив на позовну заяву, у якому просив відмовити у задоволенні позовних вимог у повному обсязі. В обґрунтування своїх заперечень проти позову відповідач зазначив, що встановлення у тендерній документації умови щодо можливості зміни умов договору суперечить вимогам частини 6 статті 33 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон).

За результатами здійснення перевірки відповідності тендерної документації вимогам Закону та Особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затверджених постановою Кабінету Міністрів України **від 12.10.2022 № 1178** (далі — Особливості), відповідачем встановлено, що в пункті 4 розділу VI

«Результати торгів та укладання договору про закупівлю» тендерної документації позивача як замовника зазначено, що **інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватись відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України**. За нормою частини 6 статті 33 Закону та пункту 46 Особливостей замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем процедури закупівлі, протягом строку дії його пропозиції відповідно до вимог тендерної документації та тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі. Відповідно до частини 4 статті 41 Закону умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції переможця закупівлі. У зв'язку з зазначеним відповідач вважає, що є встановлення позивачем у тендерній документації умови щодо можливості зміни умов договору, що і суперечить вимогам частини 6 статті 33 Закону, пункту 46 Особливості та частини 4 статті 41 Закону.

**Відповідач** у відзиві визнає, що при винесенні оскаржуваного висновку було не правозастосування прямої норми законодавства щодо притягнення до відповідальності за визначене законодавством і встановлене правопорушення, а тлумачення відповідачем спеціальних норм законодавства про закупівлі у співвідношенні з нормами Цивільного кодексу України, якими визначено умови укладення договорів. При цьому відповідач не наводить доводів навіть про загрозу порушень законодавства позивачем у вигляді укладення недійсних договорів чи іншого у зв'язку з формулюванням у тендерній документації.

**Позиція суду:** відповідно до частини 4 статті 41 Закону «...Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції/пропозиції за результатами електронного аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару)...». Відповідач вважає, що вжиття в нормі частини 4 статті 41 Закону терміну «умови», а не «істотні умови» має на увазі всі без виключення умови (положення) договору.

Однак суд зауважує, що Закон не містить визначення «умови договору». Водночас відповідно до частини 1 статті 41 Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексів України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом. Відповідно, в частині, не врегульованій спеціальним законом, у тому числі й щодо визначення поняття «умови договору», норма статті 41 Закону відсилає саме до Цивільного та Господарського кодексів. Таким чином, законним у розумінні Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України є укладання договору, коли сторони досягли згоди та обумовили в договорі саме істотні умови. Відмінне і відірване від норм Цивільного кодексу України тлумачення норми частини 4 статті 41 Закону є не обґрунтованим з огляду на зазначену вище обов'язкову бланкетну норму частини 1 цієї ж статті 41 Закону.

Як наслідок, суд погоджується з доводами позивача. Аналіз положень частин 4, 5 статті 41 Закону дає підстави для висновку, що встановлені частиною 4 статті 41 Закону заборони щодо зміни умов договору стосуються заборони на зміну істотних умов договору порівняно зі змістом тендерної документації, і така заборона не стосується формального

викладення певних положень договору в редакції, відмінній від проєкту договору, якщо при цьому не змінюються істотні умови договору, і норми цієї статті не містять заборони на уточнення редакції певних положень проєкту договору, які не є істотними умовами договору в розмінні статті 638 Цивільного кодексу України.

При цьому відповідач ні в оскаржуваному висновку, ні у відзиві на позов не врахував, що пунктом 4 розділу VI тендерної документації передбачено, що істотними умовами договору про закупівлю є предмет (найменування, якість), ціна та строк дії договору. Інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватися відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України. Законом, окремі положення якого наведено вище, вимагається, щоб умови договору про закупівлю не відрізнялися від змісту тендерної пропозиції (частина 4 статті 41) і його істотні умови не змінювалися після підписання (за винятками, передбаченими у тій же частині 5 статті 41), отже, умови договору про закупівлю не повинні саме сутнісно, змістовно виходити за рамки тендерної пропозиції (за винятком тих випадків, які передбачає Закон).

Таким чином, укладання додаткових угод до договору, якими змінювалась специфікація договору, не є порушенням істотних умов договору, що узгоджується з висновками, викладеними у постановках Верховного Суду від 20.04.2023 у справі № 160/13903/21 та від 05.05.2022 у справі № 160/6513/21.

До юридичної відповідальності за правопорушення особа може бути притягнута лише у випадку встановлення змісту такого правопорушення як доконаного факту. Натомість відповідач не встановив ні в оскаржуваному висновку, ні у відзиві на позов змісту правопорушення, який би був передбачений в диспозиції писаної норми законодавства як підстава для притягнення до юридичної відповідальності.

Відповідно до статті 19 Конституції України відповідач як суб'єкт владних повноважень у спірних правовідносинах може діяти винятково в межах чітко визначених норм законодавства, діяльність поза межами писаних норм законодавства, зокрема і діяльність, яка базується на суб'єктивних судженнях відповідача щодо тлумачення норм права, є порушенням основного критерію правомірності рішень та діяльності суб'єкта владних повноважень за пунктом 1 частини 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства, що само собою є достатнім для визнання оскаржуваного висновку протиправним.

Додатковим критерієм для визнання оскаржуваного висновку відповідача протиправним позивач зазначає бездіяльність відповідача щодо надання відповіді на запит позивача про роз'яснення оскаржуваного висновку.

Зі змісту оскаржуваного висновку випливає, що відповідач зобов'язав позивача притягнути до відповідальності осіб, якими допущені порушення, та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про вжиття таких заходів.

Всупереч зазначеним вище правовим нормам оскаржуваний висновок не містить конкретних порушень законодавства у сфері публічних закупівель за кожним із питань,

що аналізувалися, та не містить конкретних заходів до виконання, тобто є неконкретизованим як з приводу змісту правопорушення, так і з приводу суб'єктів відповідальності. Відсутність чітких, конкретних і зрозумілих приписів на адресу підконтрольного суб'єкта є порушенням вимог законодавства в частині змісту оскаржуваного висновку як акта індивідуальної дії. Відповідна правова позиція викладена в постановках Верховного Суду від 10.12.2019 у справі № 160/9513/18, від 05.03.2020 у справі № 640/467/19, від 23.04.2020 у справі № 160/5735/19, від 11.06.2020 у справі № 160/6502/19.

Проаналізувавши вищезазначені обставини системно у зв'язку із застосуванням релевантних спірним правовідносинам правових норм, суд доходить висновку про протиправність оскаржуваного висновку відповідача та про задоволення позовних вимог в повному обсязі.

**Керуючись статтями 9, 14, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 90, 143, 242-246, 250, 255 Кодексу адміністративного судочинства України, суд вирішив визнати протиправним та скасувати висновок Держаудитслужби про результати моніторингу процедури закупівлі UA-2023-03-22-005281-а від 28.06.2023, стягнути на користь замовника за рахунок бюджетних асигнувань Держаудитслужби судовий збір у розмірі 2 684 грн.**

За нагоди скористайтеся зручною шпаргалкою, розробленою фахівцями порталу «Радник у сфері публічних закупівель»: [Шпаргалка уповноваженої особи замовника про відповідальність](#).

Щоб підготуватися та проаналізувати судову практику з різних питань публічних закупівель, на порталі «Радник» створена електронна книга «[Практика суду, що стосується публічних закупівель](#)». Такий електронний помічник потрібен кожному замовнику та учаснику, щоби знати та вміло захищати свої права та приймати лише правильні рішення:



## Практика суду, що стосується публічних закупівель

👁 4953 3 Жовтня 2023

Враховуючи неоднозначні позиції контролюючих органів, замовникам доволі важко проводити закупівлі та виконувати норми чинного законодавства з публічних закупівель. Хтось готується захищати себе в судовому порядку, а для когось кращим варіантом є виконання рішення / висновку за результатами оскарження / моніторингу процедури закупівлі. Тож, щоб підготуватися та проаналізувати судову практику з різних питань публічних закупівель, створена електронна книга «Практика суду, що стосується публічних закупівель». Такий електронний помічник потрібен кожному замовнику та учаснику, щоби знати та вміло захищати свої права та приймати лише правильні рішення.

Зміст:

### Загальне про відповідальність:

- [Адміністративна відповідальність у деталях. Судовий погляд](#)
- [Підсудність розгляду справ про адміністративні правопорушення передбачені ч. 1 ст. 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення](#)
- [Оскарження рішення Колегії до суду: нюанси та рекомендації](#)
- [Помилки замовників при оскарженні висновків ДАСУ](#)
- [Чи можна притягнути керівника замовника до відповідальності та що при цьому необхідно знати](#)
- [Чи наділена ДАСУ правом притягувати до відповідальності осіб, винних у допущених порушеннях? Рішення суду](#)