

Чого хоче... аудитор?

Отримали висновок моніторингу, але незрозуміло, чого хоче аудитор? Так буває. Наприклад, у висновку моніторингу одночасно констатовано, що договір про закупівлю нікчемний, і зобов'язано його розірвати. А разом вказано на необхідність притягнення уповноваженої особи до відповідальності та неприпустимість порушень у майбутньому. Кожен закупівельник чув, що в разі виконання висновку моніторингу адміністративна відповідальність не настає. А як саме виконати такий висновок моніторингу, щоб обійтися без штрафів? Розповідаємо у цій статті.

Старі добрі правила

У статті [«Або виконуй, або оскаржуй: алгоритм дій замовника на випадок, коли Держаудитслужба зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявленого порушення»](#) ми сформулювали золоте правило опрацювання висновку моніторингу: *якщо у висновку моніторингу констатуються порушення, то замовник повинен або усунути ці порушення (причому необов'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.

Цього правила дотримуємось і зараз: який би не був висновок моніторингу щодо усунення виявлених порушень, замовник повинен цей висновок або виконати, або оскаржити.

До речі, частина 8 статті 8 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — [Закон](#)) дозволяє кожному замовнику 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. Головне, щоб замовник використав цю можливість саме для отримання роз'яснення висновку, а не просто для кепкування з аудиторів, які висувають суперечливі вимоги.

Усунення виявлених порушень шляхом припинення зобов'язань за договором

Цікаво, що Закон **не зобов'язує** замовника усувати порушення саме в той спосіб, що вказано у висновку моніторингу. Однак штрафних санкцій не має бути лише у випадку, якщо орган ДАСУ погодиться та в електронній системі закупівель підтвердить дійсний факт усунення порушень. А отже, справа мала: зрозуміти, чого хочуть аудитори.

Якщо Держаудитслужба зобов'язує «здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень шляхом припинення зобов'язань за договором», то аудитори вимагають саме

розірвати договір, тобто достроково припинити його дію або за ініціативою будь-якої сторони, або за їхньою (сторін) взаємною згодою.

Мета і бажання аудиторів у цьому випадку — **не допустити виконання нікчемного, на їхню думку, договору**, адже за змістом частини 1 статті 216 Цивільного кодексу України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.

До речі, відповідно до вже згаданої статті 216 ЦКУ у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, 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.

Однак у такому разі аудитори не вимагають застосування наслідків недійсності правочину, бажаючи лише одного — припинення виконання нікчемного договору.

Виконати висновок моніторингу в цій частині замовник може кількома шляхами:

Укласти додаткову угоду з виконавцем / постачальником про розірвання договору за згодою сторін, але на виконання висновку моніторингу.

Це найбільш оптимальний варіант, який дозволить відносно безболісно припинити виконання договору, зафіксувавши стан його виконання на конкретну дату. Якщо при цьому сторони ще й зменшать обсяг закупівлі, то виконавець (вина якого в укладенні нікчемного договору може бути взагалі відсутня) отримає факт повного виконання договору та на додачу позитивний відгук від замовника, який зможе використати в наступних закупівлях на підтвердження наявності релевантного досвіду. Також до вашої уваги [приклад додаткової угоди про розірвання договору зі зменшенням суми договору](#).

Зверніть увагу: розірвати договір не означає обрубати всі зв'язки з виконавцем / постачальником в якийсь момент часу. За увесь отриманий товар, роботи чи послуги замовник повинен заплатити! Якщо роботи / послуги були виконані частково, але не передані замовнику, то сторони мають погодити порядок відшкодування.

Для прикладу, якщо задача виконавця була покласти плитку на стінах, і 15 % цієї плитки було покладено на момент проведення моніторингу, то сам факт відсутності підписаного на той момент акта приймання-передачі не звільняє замовника від обов'язку відшкодувати вартість отриманих робіт.

Розірвати договір в односторонньому порядку.

У такому випадку замовник направляє виконавцю / постачальнику лист з інформуванням про підстави та дату розірвання договору про закупівлю, а також порядком врегулювання незакритих фінансових зобов'язань, наприклад погашення чи повернення отриманих авансів, оплата чи повернення отриманих товарів, оплата прийнятих робіт чи послуг. Лист направляється в порядку, визначеному договором.

Цей варіант має очевидний недолік, а саме відсутність взаємної згоди щодо завершення розпочатих зобов'язань, що в 9 з 10 випадків завершиться спором у суді та неналежно оформленими первинними документами (то акт не додали, то паспорт не довели, а то взагалі відмовляються приймати листи та повертати аванс).

В обох випадках має бути оприлюднено звіт про виконання договору про закупівлю в установленому порядку. Якщо замовник замість направляти виконавцю / постачальнику лист про розірвання договору просто оприлюднить в електронній системі закупівель звіт про виконання договору про закупівлю, вважаючи, що такий звіт красномовно свідчить про розірвання договору, то слід гарантовано чекати тих самих клопотів, про які йшлося у варіанті 2, тобто не врегульованого порядку закриття фінансового зобов'язання.

Окрім того, за відсутності документального підтвердження факту розірвання договору у вигляді відповідної додаткової угоди чи листа аудитори можуть поставити під сумнів заяву замовника, що договір дійсно розірвано, і вважати висновок моніторингу невиконаним, а порушення — неусунутим.

Так само категорично **не рекомендується замість повідомлення про розірвання договору направляти повідомлення про нікчемність договору і відмову від його виконання.** По-перше, за відсутності факту саме розірвання договору аудитори можуть вважати порушення неусунутим. По-друге, постає питання звітування, а саме: як відзвітувати про виконання договору і в який строк, якщо останній прив'язаний або до дня його виконання, або до спливу строку, або до розірвання, і жодна з цих подій не настає.

З урахуванням викладеного, щоб не плутати ані себе самих, ані аудиторів, доцільно саме розірвати договір про закупівлю — чи то за згодою сторін, чи в односторонньому порядку, і відзвітувати про виконання договору саме за фактом його розірвання відповідно до статті 10 Закону.

А як щодо «застосування відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору»?

Якщо вимога аудиторів звучить розширено, на зразок «здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень шляхом припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності / нікчемності договору», то правила виконання цієї вимоги, по суті, не змінюються, але на замовника лягає додатковий тягар у вигляді необхідності докладно обґрунтувати аудиторам, чому саме наслідки недійсності

правочину не можуть бути застосовані.

Як ми зазначили вище, у статті 216 ЦКУ застосування наслідків недійсності / нікчемності правочину полягає у реституції, тобто поверненні сторін до попереднього стану. Отже, для з'ясування принаймні потенційної можливості повного виконання вимоги аудиторів замовникові рекомендовано спершу розібратися, чи допускається у такому випадку реституція.

Повернення сторін до попереднього стану неможливе, зокрема, якщо:

предмет договору — це послуга, яка була вже надана / спожита (наприклад, консультаційні, транспортні, кейтерингові послуги, технічний чи авторський нагляд відносно капітального ремонту за договором підряду, поточний ремонт тощо);

предмет договору — це роботи, які були виконані та прийняті замовником за відповідними актами. При цьому в частині виконаних, але не прийнятих робіт також має бути щонайменше відшкодування;

предмет договору — це товар, який вже спожито (наприклад, електрична енергія, вода, теплова енергія, папір, паливо, усілякі МШП — малоцінні швидкозношувані предмети, програмне забезпечення тощо). Якщо товар не спожито, але його використання розпочато (тобто товар вже перестав бути новим і перейшов у категорію «б/в»), наприклад, меблі, техніка, автомобілі тощо, то в більшості випадків реституція також не матиме сенсу: повернути саме те, що отримав (тобто новий товар), замовник не зможе, а за повернення «б/в» постачальник цілком обґрунтовано вимагатиме компенсації, коштів на яку у замовника не буде.

Згідно зі статтею 216 ЦКУ, якщо повернення сторін до попереднього стану неможливе, то має бути відшкодовано вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Який сенс у «застосуванні наслідків недійсності», якщо мають бути заплачені ті самі гроші? Очевидно, що жодного. Саме тому давно було вироблено правило: **у разі, якщо реституція неможлива, відносини за недійсним правочином просто припиняються на майбутнє.**

Тобто маємо на фініші те саме розірвання договору.

До речі, ще один випадок «майже неможливої» реституції, не описаний у законодавстві, але підкріплений судовою практикою, — це банальна економічна недоцільність повороту виконання договору. І, зважаючи на основну мету законодавства про закупівлі — забезпечити ефективне використання коштів замовників —, аргумент щодо економічної доцільності будь-якої дії / бездіяльності замовника завжди варто поставити на перше місце у комунікації з аудитором.

Приклад: замовнику на початку року поставлено паливні талони за ціною, що нижче

поточної ринкової на 13 %. Частина з них вже використана, частина — надійно захована в сейфі. Оплата за договором здійснена лише частково. Технічно замовник може повернути постачальнику невикористані талони і відмовитися від їх оплати. Однак у такий спосіб замовник сам собі завдасть збитку на вже згадану суму різниці між ціною придбання і поточними ринковими цінами, за якими доведеться придбавати ті самі талони в новому тендері.

У такій ситуації, зважаючи на вимогу саме ефективного та економного використання ввірених ресурсів, замовнику недоцільно повертати неоплачені талони, і докладне пояснення з відповідними розрахунками та підтвердженими даними щодо поточного рівня цін з високою імовірністю переконують аудиторів з розумінням поставитися до ситуації.

Як виконати вимогу моніторингу про притягнення УО до відповідальності?

Це залежить від двох чинників:

чи працює уповноважена особа в замовника на час проведення виконання висновку моніторингу;

скільки часу минуло з факту порушення.

Якщо на момент виконання висновку моніторингу уповноважена особа вже звільнилась або ж перебуває у соціальній відпустці (по догляду за дитиною) чи на тривалому лікарняному (наприклад, туберкульоз чи складна реабілітація тощо), то притягати до відповідальності немає кого.

У такому випадку замовнику доцільно поінформувати орган ДАСУ, що притягнення уповноваженої особи до відповідальності або взагалі неможливе, або значно віддалене в часі і буде здійснене в майбутньому з урахуванням законодавства. Якщо на момент виконання висновку моніторингу колишня уповноважена особа обіймає посаду керівника замовника, то питання про притягнення її до відповідальності має бути переадресоване засновнику чи органу управління.

Що стосується дисциплінарної відповідальності, то така, відповідно до статті 147 КЗпП України, можлива у формі або догани, або звільнення. Відповідно до статті 148 КЗпП України дисциплінарне стягнення застосовується роботодавцем безпосередньо за виявленням проступку, але **не пізніше одного місяця з дня його виявлення, не рахуючи часу звільнення працівника від роботи у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю або перебуванням його у відпустці**. Дисциплінарне стягнення **не може бути накладене пізніше шести місяців** з дня вчинення проступку. Якщо вказані строки пропущені, то про дисциплінарну відповідальність не йдеться.

Пам'ятаймо, що у державних службовців дисциплінарна відповідальність має свої особливості — як за видами стягнень, так і за процедурою, що передбачено Законом України «Про державну службу».

В усіх випадках накладення дисциплінарного стягнення оформляється розпорядчим актом (наказом), його копія стане достатнім доказом виконання висновку моніторингу в цій частині.

Водночас, якщо у висновку моніторингу не конкретизовано виду відповідальності, до якого аудитори бажать бачити притягнутою уповноважену особу, то цілком можливо достатньо буде депремювання або зниження, принаймні тимчасового, відповідної надбавки до посадового окладу (за успіхи в роботі, за інтенсивність праці тощо). Ані премії, ані подібні надбавки не є гарантованими складовими заробітної плати, а їх позбавлення не розглядається як дисциплінарне стягнення, тож процедура застосування значно простіша.

[Читайте про те, як підготуватись до візиту аудиторів, що слід знати та як правильно діяти уповноваженій особі.](#)

Як не допускати порушень у майбутньому?

Відзвітувати про виконання цього пункту висновку моніторингу найлегше. Окрім звичних декларативних обіцянок наполегливо радимо продемонструвати вжиття практичних заходів у вигляді проходження (чи принаймні планування) [курсів підвищення кваліфікації](#), семінарів, круглих столів тощо.

У цей же список варто включити і підписку на професійні інформаційні ресурси, які допоможуть уповноваженим особам щодня вдосконалювати власні знання. Якщо на жоден з перелічених заходів немає коштів, замовник завжди може організувати внутрішні економічні навчання.

Не лінуємось узагальнити пророблену роботу

Наостанок відмітимо, що, виконавши висновок моніторингу, замовнику варто не просто кинути в електронну систему закупівель добірку підтвердних документів у вигляді, наприклад, додаткової угоди, наказу про зменшення надбавки за інтенсивність праці та плану економічних навчань, а скласти супровідного листа — повідомлення, у якому докладно описати пророблену роботу, спосіб усунення порушення та причини, які унеможливили виконання окремих пунктів висновку, якщо таке було (особливо в тій частині, що залишилась невиконаною через економічну недоцільність).

Такий підхід не лише впливає з частини 9 статті 8 Закону, але й гарантує, що аудитор, який перевірятиме виконання висновку, точно побачить усі надані замовником документи та прочитає усі причини неможливості виконання висновку, якщо такі є. А це в свою чергу позбавить замовника необхідності оскаржувати штраф за порушення законодавства про

публічні закупівлі.

Завантажуйте [шпаргалку уповноваженої особи замовника про відповідальність та читайте більше:](#)

«Чи можуть притягнути до відповідальності за порушення вимог Закону, які не передбачені в статті 164-14 КУпАП»;

«Нецільове використання коштів».