

Момент укладення договору про закупівлю: нестандартний підхід

Ніби просте питання, старе як світ: з якого моменту вважається укладеним договір, зокрема й договір про закупівлю? У найпоширенішому випадкові все елементарно: став підписи й бажану дату — і жодних сумнівів не виникне. Однак і в такій нескладній справі можливі нюанси: сторони мають право визначити конкретний день, коли договір набуде чинності, відмінний від дати його підписання, або ж можуть пов'язати момент укладення/набрання чинності з певною подією, не визначеною в часі. Такі варіації стали предметом розгляду в українських судах, зокрема і Верховному Суді у складі Касаційного господарського суду. Тож яким чином може бути визначено момент, коли договір про закупівлю набуває чинності, якщо з якихось причин проста фраза «з дня його підписання» не годиться? З якими подіями сторони мають право пов'язати момент набрання чинності й чи варто так робити? Як впливає публікація договору про закупівлю на вебпорталі ProZorro на визнання договору укладеним? Відповіді на ці питання — на сторінках журналу «Радник в сфері державних закупівель».

Правові ази

Відповідно до частини 2 статті 631 [ЦК України](#) **договір набуває чинності з моменту його укладення**. Своєю чергою відповідно до частини 1 статті 638 [ЦК України](#) **договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору** (такі договори в теорії права ще називають консенсуальними). Якщо ж відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, як, наприклад, у разі позики чи оренди, то договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (такі договори в теорії права називають реальними — частина 2 статті 640 [ЦК України](#)).

[ЦК України](#) передбачає п'ять можливих форм договору: усна (неприйнятна в публічних закупівлях); письмова (частина 3 статті 639, частина 1 статті 205, стаття 207 [ЦК України](#)); за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем — як електронний документ, прирівняний до письмової форми (абзац 2 частини 2 статті 639, частина 1 статті 205, стаття 207 [ЦК України](#)); нотаріальна — у разі засвідчення договору нотаріусом, незалежно від того, чи вимагає цього закон (частина 4 статті 639, стаття 209 [ЦК України](#)); з державною реєстрацією договору виключно в передбачених законом випадках (стаття 210 [ЦК України](#)). До речі, вельми популярна «оплата за рахунком», яку здійснюють без укладення окремого договору у формі єдиного документа, — це не усний договір, а укладений у письмовій формі (адже бодай якийсь документ — рахунок таки є) у спрощений спосіб (частина 1 статті 181 [Господарського кодексу України](#), далі — [ГК України](#)).

У рамках публічних закупівель для будь-якого договору достатньо простої письмової (електронної) форми. Разом з тим, зважаючи на принцип свободи договору, закріплений у статтях 6 та 627 [ЦК України](#), сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з огляду на вимоги цього кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Тож сторони мають право, якщо це прямо не суперечить відповідним положенням [ЦК України](#) чи якимось іншого закону, обрати будь-яку форму договору і встановити окремі правила дотримання цієї форми, перетворити консенсуальний договір на реальний чи навпаки, надати договору зворотню дію в часі*, а також поставити виникнення чи припинення прав та обов'язків у залежність від обставин, щодо яких не відомо, настануть вони чи ні.

*Увага: зворотна дія в часі договорів про публічні закупівлі має свої нюанси. Детальніше читайте у статті «Строк дії договору про закупівлю та застосування положень статті 631 Цивільного кодексу України» — випуск журналу № 6 (57) за червень 2016 року, стор. 16-18.

Якщо договір є укладеним з моменту його реєстрації в другій стороні

Принцип свободи договору, закріплений у статтях 6 та 627 [ЦК України](#), дає можливість сторонам договору самостійно визначити, як саме вони надаватимуть договору письмову форму: комусь достатньо підписів представників, а хтось має складну систему внутрішніх погоджень та реєстрації документів. Розглянемо це питання на реальному прикладі.

У Господарському суді Харківської області, а надалі — у Харківському апеляційному господарському суді та Касаційному господарському суді Верховного Суду слухали дві справи: [№ 922/1356/17](#) (постанова Верховного Суду від 25.01.2018) та [№ 922/1986/17](#) (постанова Верховного Суду від 17.04.2018). Обидва спори були між тими самими сторонами: між державним підприємством «Національна атомна енергогенеруюча компанія «Енергоатом»» (покупець) і товариством з обмеженою відповідальністю «Науково-виробнича фірма «Укрспецсервіс»» (постачальник). За обставинами обох справ були укладені з незначним часовим інтервалом договори поставки товару із застосуванням електронної системи закупівель. В обох договорах сторони установили, що **укладений між ними договір вважається укладеним і набирає чинності з дати його реєстрації в ДП «НАЕК «Енергоатом»»**. В обох випадках постачальник свої зобов'язання не виконав і товар не поставив, оскільки не вважав договір поставки укладеним, стверджуючи, що не знав про факт реєстрації договору в замовника, а на свої неодноразові запити до замовника стосовно факту реєстрації договору відповіді не

отримував. Своєю чергою замовник вважав договір укладеним, інформацію про це — загальновідомою у зв'язку з оприлюдненням на ProZorro, а оскільки договір не був виконаним, то замовник вимагав стягнення штрафних санкцій. У першому випадкові позивач (замовник) програв усі три судові інстанції, а в другому таки довів свою правоту у Верховному Суді. Отже, маємо два спори, що виникли тому, що одна сторона вважала договір укладеним, а друга — ні. Розглянемо позицію Верховного Суду в обох справах.

У постанові від 25.01.2018 Верховний Суд з посиланням на принципи справедливості, добросовісності та розумності (пункт 6 статті 3 [ЦК України](#)) та правила виконання зобов'язань у разі прострочення кредитора (частини 1 та 2 статті 613 [ЦК України](#)) вказав на безпідставність відповідальності постачальника, який не здійснив поставку, оскільки порушення з його боку стало наслідком неналежної роботи самого замовника: отримавши кілька запитів, замовник знехтував наданням відповіді, залишив нез'ясованим питання дати набрання чинності договором, що спричинило затримку поставки.

Однак у постанові від 17.04.2018 **за таких самих обставин** вже інша колегія Верховного Суду дійшла протилежних висновків.



Витяг з постанови верховного суду від 25.01.2018 у справі № [922/1356/17](#)

<...>. Як зазначено вище, пунктом 12.1 зазначеного Договору **сторони самостійно пов'язали момент укладення і набрання чинності Договору, а отже і момент виникнення прав та обов'язків за даним Договором саме з датою його реєстрації в ДП «НАЕК "Енергоатом"».**

Таким чином, з'ясування цієї дати реєстрації мало визначальне значення для Відповідача, оскільки саме з цієї дати у нього виникали обов'язки по договору.

Враховуючи **відсутність встановлення факту можливості відповідача дізнатися, що вищевказаний договір вже є зареєстрованим позивачем іншим шляхом ніж прямим зверненням до позивача щодо підтвердження факту реєстрації**, Відповідач обґрунтовано звертався з письмовим та електронним запитами до Позивача, проте, відповіді не отримав.

Тобто, фактично в основі виникнення даного спору між сторонами лежить ненадання позивачем відповідачу простої відповіді, чи був Позивачем зареєстрований вищевказаний Договір та коли, при тому, що з урахуванням суті змісту зазначеного п.12.1 Договору з дуже високою вірогідністю можна припустити, що саме Позивачем була запропонована така редакція зазначеного пункту.

Посилання на те, що інформація про факт укладення між сторонами договору та його реєстрація є загальновідомою та не потребує доказування, оскільки вся інформація щодо даного договору оприлюднена на офіційному сайті [ProZorro](#), на якому містяться відомості про укладення договору, суд не приймає з наступних підстав.

<...>. [Закон](#) (мається на увазі [Закон про публічні закупівлі](#), — **примітка автора**) не визначає момент укладення та набрання чинності вищевказаним Договором, оскільки це сторонами здійснено самостійно у п.12.1 Договору.

В свою чергу, **оприлюднення інформації про закупівлю, в т. ч. і щодо укладення договорів за її результатами, має на меті забезпечення конкуренції при здійсненні закупівель та прозорості їх процедури і результатів для громадськості, а не підміну собою з'ясування спірних питань між конкретними сторонами по конкретному договору, укладеному за результатами такої публічної закупівлі, шляхом, в т. ч., і відповідної переписки.**

Посилання Позивача, як на підтвердження доведення Відповідачу факту укладення Договору, на направлення останньому претензії судом не приймаються, оскільки суть претензії повідомити про факт порушення вже існуючого зобов'язання, в той час як в даному випадку Відповідач не отримав від Позивача чіткої відповіді, чи є укладеним та набрав чинності зазначений Договір, а отже чи виникло у Відповідача зобов'язання взагалі та коли саме.



Витяг з постанови верховного суду від 17.04.2018 у справі № [922/1986/17](#)

<...>. Місцевий господарський суд **встановивши факт порушення відповідачем умов договору щодо термінів поставки товару, перевіривши правильність заявлених позивачем до стягнення пені та штрафу, дійшов висновку про обґрунтованість позовних вимог.**

При цьому, **господарський суд першої інстанції зазначив, що договір на постачання товару за № 53-123-11-16-02688 від 25.08.2016, належним чином оформлений та підлягає виконанню сторонами.**

Скасовуючи судові рішення місцевого господарського суду та відмовляючи у задоволенні позовних вимог **апеляційний господарський суд виходив з того, що**

матеріали справи не містять доказів реєстрації та доказів повідомлення відповідача про факт та дату реєстрації договору.

Проте, апеляційною інстанцією не враховано, що сам договір не містить **обов'язку позивача повідомляти про факт реєстрації договору.**

Згідно з абз. 4 п. 1 ст. 2 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) замовники обов'язково оприлюднюють звіт про укладені договори в системі електронних закупівель відповідно до ст. 10 цього [Закону](#).

<...>. Господарським судом першої інстанції в судовому рішенні відображено, а апеляційною інстанцією не спростовано, що інформація про факт укладеного договору є загальновідомою, оскільки на офіційному сайті [Prozorro.gov.ua](#), який визначено веб-порталом уповноваженого органу з питань закупівель у складі електронної системи закупівель, дана інформація була оприлюднена в розділі «Укладений договір».

Цікаво, що позивач (замовник) в обох справах посилався на те, що «факт укладення між сторонами договору та його реєстрація є загальновідомою та не потребує доказування, оскільки вся інформація щодо даного договору оприлюднена на офіційному сайті [ProZorro](#), на якому містяться відомості про укладення договору». Однак у першій справі Верховний Суд вказав, що «...оприлюднення інформації про закупівлю, в т. ч. і щодо укладення договорів за її результатами, має на меті забезпечення конкуренції при здійсненні закупівель та прозорості їх процедури і результатів для громадськості, а не підміну собою з'ясування спірних питань між конкретними сторонами по конкретному договору, укладеному за результатами такої публічної закупівлі, шляхом, в т. ч., і відповідної переписки», і відхилив довід замовника. Разом з тим у другій справі вже інша колегія суддів Верховного Суду із зазначеним аргументом замовника погодилася.

Як бачимо, формалізм зіграв поганий жарт зі сторонами договору, позбавивши замовника необхідних поставок, а постачальника — вигідних контрактів.

Окремо слід звернути увагу на позицію Верховного Суду, висловлену в постанові від 14.04.2018: **публікація договору на ProZorro робить інформацію про укладення цього договору загальновідомою.** Зазначене своєю чергою відкидає необхідність доведення цього факту, адже відповідно до частини 3 статті 75 [ГПК України](#) обставини, визнані судом загальновідомими, не потребують доказування.

Відзначимо разом з тим, що хоча публікація договору на **ProZorro** і робить загальновідомим факт його укладення, однак відсутність такої публікації, якщо тільки самим договором не встановлено інше, на чинність договору не впливає, хоча неоприлюднення, а так само несвоєчасне оприлюднення договору про закупівлю є порушенням статті 10 [Закону про публічні закупівлі](#) і карається адміністративним штрафом за статтею 164-14 [Кодексу України про адміністративні правопорушення](#).

Із цієї ситуації випливають висновок і рекомендація: **якщо момент набрання чинності**

договором визначений вказівкою на подію, що повинна настати, то або настання такої події має бути абсолютно очевидним для обох сторін, або договір одночасно повинен визначати, у який спосіб сторони можуть пересвідчитися в настанні такої події. Наприклад, щойно розглянутого спору між ДП «НАЕК «Енергоатом»» і ТОВ «Укрспецсервіс» не було б, якби відповідний пункт у договорі був таким: «Договір вважається укладеним і набирає чинності з дати реєстрації в ДП «НАЕК «Енергоатом», про що постачальник у той самий день повідомляється листом на електронну адресу, вказану у пункті № W цього договору» або «Договір вважається укладеним і набирає чинності з дати його оприлюднення в електронній системі закупівель».

Публікація договору про закупівлю на [ProZorro](#) в розділі «Укладений договір» робить інформацію про укладення цього договору загальновідомою, а отже в суді ця обставина не потребуватиме доказування.

Договори з відкладальною обставиною

Стаття 212 [ЦК України](#) дозволяє особам, які вчиняють правочин, обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої не відомо, настане вона чи ні (відкладальна обставина). Послугуючись цією нормою, **сторони договору про закупівлю можуть пов'язати момент набрання чинності договором про закупівлю з певною подією в майбутньому.** На практиці такою відкладальною обставиною переважно стає затвердження кошторису чи фінансового плану з відповідними коштами на оплату необхідних замовникові товарів/робіт/послуг. Однак у ролі відкладальної обставини може виступати і завершення судового спору з приводу процедури закупівлі, за результатами якої укладають договір з відкладальною обставиною. Наприклад, у справі № [916/382/18](#) (рішення Господарського суду Одеської області від 16.07.2018) в рамках оскарження результатів торгів за заявою позивача були вжиті заходи забезпечення позову: **суд зупинив до закінчення розгляду справи по суті дію результатів електронних торгів та заборонив замовникові до закінчення розгляду справи по суті укладати договір з переможцем торгів.** Під час дії ухвали про забезпечення позову замовник таки підписав договір з переможцем процедури закупівлі й оприлюднив його на [ProZorro](#), однак момент набрання чинності договором визначив так: «На виконання ухвали Господарського суду Одеської області від 09.02.2018 року по справі № 916/197/18 цей договір вважається укладеним з моменту закінчення розгляду справи № 916/197/18 по суті і підписання цього Договору Сторонами». Інакше кажучи, момент набрання чинності договором залежав від двох обставин: підписання цього договору та завершення розгляду справи на користь замовника. Позивач вимагав визнати договір недійсним, оскільки він був підписаний у період дії ухвали про забезпечення позову. Замовник (відповідач) пояснював, що якщо не підписати договір у строк, установлений частиною 2

статті 32 [Закону про публічні закупівлі](#), то надалі укласти договір буде вже неможливо, незалежно від результатів розгляду справи по суті: укладений за межами установлених строків (адже перебіг цих строків на час судового оскарження не зупиняється!) договір про закупівлю є нікчемним відповідно до абзацу 4 частини 1 статті 37 [Закону про публічні закупівлі](#). У підсумку суд пристав на доводи замовника і не знайшов порушень, вказавши, що договір має дві умови для визнання укладеним — підписання і закінчення розгляду справи по суті, тож припис ухвали про забезпечення позову не було порушено.

Підкреслимо, що такий хід можливий лише в разі оскарження результатів торгів до суду. Відповідно до абзаців 3-4 частини 1 статті 37 [Закону про публічні закупівлі](#) договір, укладений у період оскарження відповідно до статті 18 цього [Закону](#) (тобто в разі оскарження до Антимонопольного комітету України), є нікчемним; разом з тим подання скарги до Органу оскарження зупиняє перебіг строку на укладення договору. Таким чином, укладення договору про закупівлю з відкладальною умовою щодо завершення розгляду скарги в разі оскарження результатів торгів до Антимонопольного комітету України абсолютно нічого замовникові не дасть.

До речі, алгоритм дій замовника в разі незатвердження фінансового плану/кошторису/плану використання бюджетних коштів, а також фактичної відсутності коштів на оплату замовлення на момент визначення переможця процедури закупівлі розглянуто у статті «Відміна процедури закупівлі після акцепту пропозиції: заборонено чи дозволено?» [випуск журналу № 1 (88) за січень 2019 року, стор. 24-33].

Сторони мають право пов'язати початок дії договору про закупівлю із будь-якими іншими обставинами, щодо яких не відомо, настануть вони чи ні: хоч падінням метеорита, хоч повінню, хоч затвердженням держбюджету з профіцитом. Головне, щоб настання/ненастання цієї обставини було, по-перше, обмежене певними часовими рамками (наприклад, строк у кілька місяців чи до конкретної дати — «не пізніше дд/мм/рррр», бо інакше і рік бюджетний мине, а сторони далі не знатимуть, настануть у них договірні відносини чи ні), а по-друге, було очевидним для обох сторін. З очевидних причин не можуть служити відкладальною обставиною дії/бездіяльність самої сторони договору (адже принаймні одній зі сторін цього договору буде точно відомо, настане ця обставина чи ні).

Оскарження результатів торгів у суді не зупиняє перебіг строків, передбачених для укладення договору про закупівлю (частина 2 статті 32 та абзац 4 частини 1 статті 37 [Закону про публічні закупівлі](#)). А тому, щоб не втратити можливість укладення договору про закупівлю з переможцем торгів у разі судового оскарження їх результатів, замовник має право укласти договір з відкладальною обставиною, передбачивши, що цей договір вважатиметься укладеним та набере чинності з дня його підписання, але не раніше дня прийняття остаточного судового рішення у справі на користь замовника.
