

Зворотна дія в часі договору про закупівлю

У цій статті з'ясуємо, чи допускається зворотна дія в часі договору про закупівлю згідно з чинною редакцією [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон про закупівлі, Закон), і якщо так, то у яких саме випадках та на який граничний строк.

Загальне правило

За загальним правилом, закріпленим у статтях 631 та 638 ЦК України, договір набирає чинності з моменту його укладення, тобто досягнення в належній формі згоди щодо всіх істотних умов. І саме з цього моменту й до закінчення строку дії договору його сторони можуть здійснити свої обов'язки відповідно до договору.

Договори за участю юридичної особи вимагають щонайменше простої письмової форми (стаття 208 ЦК України). Оскільки на практиці не завжди виходить своєчасно скласти необхідний документ у письмовій формі, частиною 3 статті 631 ЦК України впроваджено можливість надання договору зворотної дії в часі за волею його сторін. Згідно з зазначеною нормою **сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.**

Однак у сфері публічних закупівель, як правило, неможливо правомірно надати зворотну дію договору про закупівлю. Причина криється в частині 10 статті 3 Закону про закупівлю, згідно з якою забороняється придбання товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом, та укладення договорів про закупівлю, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом.

А також в частині 3 статті 41 Закону, згідно з якою забороняється укладення договорів про закупівлю, що передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, крім випадків, передбачених цим Законом. Отже, **Законом заборонено придбавати, тобто отримувати та / або оплачувати товари, роботи та / або послуги до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом. Саме ця заборона унеможлиблює в більшості випадків застосування частини 3 статті 631 ЦК України та надання зворотної дії договору про закупівлю.**

Ця заборона підкріплена адміністративною відповідальністю у вигляді чималого штрафу: згідно з частиною 3 статті 164¹⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП) придбання товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель відповідно до вимог закону тягне за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника від 1 500 до 3 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (тобто 25 500–51 000 грн). За ті самі дії, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню, — від 3 000 до 5 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (тобто 51 000–85 000 грн).

Це **адміністративне стягнення може бути накладено судом протягом шести місяців з дня виявлення правопорушення, але не пізніше двох років з дня його вчинення** (частина 3 статті 38 КУпАП). При цьому в питанні відповідальності увагу слід звернути не на розмір штрафу, який з 19.04.2020 зріс утричі, а на новий склад правопорушення, якого до 19.04.2020 у КУпАП не було.

Так, до 19.04.2020 каралося лише здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг **без застосування** визначених законодавством процедур закупівель, тобто **відповідальність наступала лише у випадку, якщо замовник ухилився від проведення процедури закупівлі**. Натомість **станом на сьогодні правопорушення матиме місце у випадку придбання товарів, робіт і послуг як «без», так і «до» проведення процедур закупівель / спрощених закупівель** відповідно до вимог Закону. Інакше кажучи, починаючи з 19.04.2020 надання зворотної дії договору про закупівлю прямо передбачено в КУпАП як порушення законодавства про закупівлі.

Коли не можна, але дуже треба...

На практиці не завжди можна забезпечити суворе дотримання Закону. І якщо не можна, але дуже треба, то доводиться шукати лазівки.

Умова про надання зворотної сили договору про закупівлю не є нікчемною (недійсною в силу прямої вказівки законодавця) і не робить нікчемним договір про закупівлю. Така умова, як і договір про закупівлю у цілому, може бути лише оспорена в загальному порядку в суді. У разі закупівлі за бюджетні кошти також можуть виникнути проблеми з реєстрацією зобов'язань у Казначействі. Однак і ці проблеми не гарантовані, адже відповідно до абзацу 2 пункту 2.2 глави 2 Порядку реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів та одержувачів бюджетних коштів в органах Державної казначейської служби України, затвердженого наказом Мінфіну від 02.03.2012 № 309, зареєстрованого в Мін'юсті 20.03.2012 за № 419/20732, за умови взяття бюджетного зобов'язання, за яким застосовується процедура закупівлі / спрощена закупівля товарів, робіт і послуг, **розпорядник бюджетних коштів подає до органу Казначейства Реєстр** відповідно до абзацу 1 цього пункту протягом 7 робочих днів з дати оприлюднення звіту про результати проведення процедури закупівлі / звіту про результати проведення закупівлі з використанням електронної системи закупівель у разі наявності в обліку органу Казначейства кошторису (плану використання бюджетних коштів) **або протягом 7 робочих днів з дати взяття на облік органом Казначейства кошторису** (плану використання бюджетних коштів). Інакше кажучи, головне — вчасно принести договір про закупівлю до Казначейства.

Тож єдиний реальний запобіжник у питанні надання зворотної сили договору про закупівлю — це імовірний штраф посадовим особам замовника в розмірі 51 тис. грн. Тож міркуймо, як цього штрафу можна уникнути.

Заборона придбавати блага до / без проведення визначених Законом процедур закупівель

/ спрощених закупівель спрямована на забезпечення прозорого конкурентного відбору постачальника таких благ і дотримання принципів закупівель, що закріплені у статті 5 Закону про закупівлі, зокрема добросовісної конкуренції серед учасників, максимальної економії та ефективності й т. д. Розуміючи причину установлення такої заборони, можна визначити випадки, у яких надання (у певних рамках) зворотної дії договору про закупівлю жодним чином не вплине на дотримання принципів публічних закупівель. Ідеться про закупівлю за переговорною процедурою, що проводять з підстав, передбачених пунктами 2, 4-6 частини 2 статті 40 Закону, а саме:

- якщо роботи, товари чи послуги можуть бути виконані, поставлені чи надані виключно певним суб'єктом господарювання за наявності одного з таких випадків:
 - предмет закупівлі полягає у створенні або придбанні витвору мистецтва або художнього виконання (абзац 2 пункту 2 частини 2 статті 40 Закону);
 - укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного або мистецького конкурсу (абзац 3 пункту 2 частини 2 статті 40 Закону);
 - відсутність конкуренції з технічних причин (абзац 4 пункту 2 частини 2 статті 40 Закону);
 - існує необхідність захисту прав інтелектуальної власності (абзац 5 пункту 2 частини 2 статті 40 Закону);
 - укладення договору з постачальником «останньої надії» на постачання електричної енергії або природного газу (абзац 6 пункту 2 частини 2 статті 40 Закону);

якщо після укладення договору про закупівлю у замовника виникла необхідність у постачанні додаткового обсягу товару у того самого постачальника, якщо в разі зміни постачальника замовник був би вимушений придбати товар з іншими технічними характеристиками, що призвело б до виникнення несумісності, пов'язаної з експлуатацією і технічним обслуговуванням. Закупівля додаткового обсягу товару у того самого постачальника здійснюється протягом трьох років після укладення договору про закупівлю, якщо загальна вартість такого постачання не перевищує 50 відсотків ціни договору про закупівлю (пункт 4 частини 2 статті 40 Закону);

якщо після укладення договору про закупівлю у замовника виникла необхідність у закупівлі додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника. Можливість і умови таких додаткових робіт чи послуг можуть бути передбачені в основному договорі про закупівлю, який укладений за результатами проведення тендеру. Закупівля додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника здійснюється протягом трьох років після укладення договору про закупівлю, якщо загальна вартість таких робіт чи послуг не перевищує 50 відсотків ціни основного договору про закупівлю, укладеного за результатами проведення тендеру (пункт 5 частини 2 статті 40 Закону);

закупівлі товарів за процедурою відновлення платоспроможності боржника згідно із законодавством (пункт 6 частини 2 статті 40 Закону).

Усі ці випадки об'єднує одна спільна риса — **відсутність конкуренції в часовому інтервалі між фактичним придбанням товарів, робіт чи послуг та датою укладення договору про закупівлю** (тобто протягом усього періоду, коли договору про закупівлю надано зворотну дію). Якщо конкуренції немає, то й порушити якісь засади змагальності чи перевитратити внаслідок цього державні кошти неможливо, а отже, не йтиметься про жодну шкоду від надання зворотної дії договору про закупівлю. Саме ця обставина стане підставою для визнання правопорушення малозначним і звільнення від відповідальності за його вчинення на підставі статті 22 КУпАП.

Така сама логіка спрацює і в разі надання зворотної дії договору про закупівлю, укладеного за будь-якими іншими процедурами закупівель за умови, що така зворотна дія в часі обмежена визначеним Законом строком для укладення договору про закупівлю (не раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю та не пізніше 60 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю), а при проведенні спрощених закупівель — не раніше дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю. Зрозуміло, що така ситуація виняткова. Наприклад, якщо існує нагальна потреба в поставці предмета закупівлі, рішення про намір укласти договір про закупівлю вже прийняте, однак з якихось причин неможливо негайно такий договір про закупівлю підписати.

Максимальна тривалість зворотної дії договору про закупівлю

Окремо слід зупинитися на питанні максимального строку зворотної дії в часі договору про закупівлю. У цьому питанні слід відштовхуватися від положень статті 4 Закону про закупівлі. Відповідно до частини 1 статті 4 Закону планування закупівель здійснюється на підставі наявної потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг. Заплановані закупівлі включаються до річного плану закупівель (далі — річний план). Річний план та зміни до нього безоплатно оприлюднюються замовником в електронній системі закупівель протягом п'яти робочих днів з дня затвердження річного плану та змін до нього.

Закупівля здійснюється відповідно до річного плану.

Як бачимо, у Законі чітко відображено ланцюжок: потреба — затвердження річного плану (змін до нього) — оприлюднення річного плану (змін до нього) — проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі — укладення договору по закупівлю. При цьому **саме в річному плані (змінах до нього) замовник має відобразити вид закупівлі (процедура чи спрощена)** та орієнтовний початок її проведення. Як наслідок, **усвідомлене рішення про можливість негайного придбання товарів, робіт чи**

послуг до укладення договору про закупівлю з наступним правомірним наданням такому договору про закупівлю зворотної дії в часі замовник може прийняти лише після затвердження річного плану (змін до нього).

У зв'язку з викладеним та зважаючи на описані вище ризики адміністративної відповідальності, радимо замовникам допускати мінімально можливий строк зворотної дії договору про закупівлі, **але в будь-якому випадку обмежитися датою затвердження річного плану закупівель (змін до нього).**

Інші випадки зворотної дії договору про закупівлю в разі придбання товарів, робіт і послуг згідно з Законом про закупівлі

Чинна редакція Закону про закупівлі, введена в дію з 19.04.2020, так чи інакше стосується будь-якого придбання товарів, робіт чи послуг суб'єктами, що є замовниками в розумінні Закону, за винятками, переліченими в частинах 5 і 6 статті 3 Закону. Пам'ятаймо, що навіть «допорогові закупівлі» (на суму менше 50 тис. грн) здійснюються на підставі річного плану закупівель і вимагають подання звітності в електронній системі закупівель. Саме тому важливим є питання, чи допускається зворотна дія в часі договорів про придбання товарів, робіт та / або послуг, що укладаються відповідно до частин 3 і 7 статті 3 Закону, тобто без застосування електронної системи закупівель.

У договорах, що укладаються відповідно до частин 3 і 7 статті 3 Закону, тобто без застосування електронної системи закупівель, допускається зворотна дія договору в часі. Оскільки договори, укладені відповідно до частин 3 і 7 статті 3 Закону, не є договорами про закупівлю в розумінні пункту 6 частини 1 статті 1 Закону, то на них не поширюється згадана вище заборона, установлена частиною 10 статті 3 Закону, а тому відсутні будь-які перешкоди для надання договору зворотної дії в часі.

Отже, зворотна дія в часі укладених замовниками договорів про придбання товарів, робіт та / або послуг допускається також у таких випадках:

у разі здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує 50 тисяч гривень (частина 3 статті 3 Закону);

якщо було двічі відмінено спрощену закупівлю через відсутність учасників. При цьому предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, вимоги до учасника не повинні відрізнятися від тих, що були визначені замовником в оголошенні про спрощену закупівлю (пункт 1 частини 7 статті 3 Закону);

якщо роботи, товари чи послуги можуть бути виконані, поставлені чи надані виключно певним суб'єктом господарювання за наявності одного з таких випадків

(пункт 2 частини 7 статті 3 Закону):

- предмет закупівлі полягає у створенні або придбанні витвору мистецтва або художнього виконання;
- укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного або мистецького конкурсу;
- відсутність конкуренції з технічних причин;
- існує необхідність захисту прав інтелектуальної власності;
- укладення договору про закупівлю з постачальником «останньої надії» на постачання електричної енергії або природного газу;

якщо існує нагальна потреба у здійсненні закупівлі у зв'язку із (пункт 3 частини 7 статті 3 Закону):

- виникненням об'єктивних обставин, що унеможливають дотримання замовниками строків для проведення спрощеної закупівлі;
- оскарженням прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника після оцінки тендерних пропозицій учасників, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків від очікуваної вартості тендеру, що оскаржується;
- розірванням договору про закупівлю з вини учасника на строк, достатній для проведення тендеру, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника;

якщо після укладення договору про закупівлю у замовника виникла необхідність у постачанні додаткового обсягу товару у того самого постачальника, якщо в разі зміни постачальника замовник був би вимушений придбати товар з іншими технічними характеристиками, що призвело б до виникнення несумісності, пов'язаної з експлуатацією і технічним обслуговуванням. Закупівля додаткового обсягу товару у того самого постачальника здійснюється протягом трьох років після укладення договору про закупівлю, якщо загальна вартість такого постачання не перевищує 50 відсотків ціни договору про закупівлю (пункт 4 частини 7 статті 3 Закону);

якщо після укладення договору про закупівлю у замовника виникла необхідність закупівлі додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника. Можливість і умови таких додаткових робіт чи послуг можуть бути передбачені в основному договорі про закупівлю, який укладений за результатами проведення тендеру / спрощеної процедури. Закупівля додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника здійснюється протягом трьох років після укладення договору про закупівлю, якщо загальна вартість таких робіт чи послуг не перевищує 50 відсотків ціни основного договору про закупівлю, укладеного за результатами проведення тендеру / спрощеної процедури (пункт 5 частини 7 статті 3 Закону);



якщо здійснюється закупівля послуг з адвокатської діяльності (пункт 6 частини 7 статті 3 Закону);

якщо закупівля товарів здійснюється з використанням електронного каталогу (пункт 7 частини 7 статті 3 Закону);

якщо закупівля товарів і послуг здійснюється у підприємств громадських організацій осіб з інвалідністю (пункт 8 частини 7 статті 3 Закону).

Зауважимо, що максимальний строк зворотної дії цих договорів відрізняється. Момент, раніше якого жодні відносини між сторонами з приводу майбутнього договору просто не могли виникнути, диктує сама норма та здоровий глузд.

Приклад 1

Якщо договір укладається на закупівлю додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника (пункт 5 частини 7 статті 3 Закону), то очевидно, що зворотна дія такого договору не може перевищувати дату укладення основного договору про закупівлю, який укладений за результатами проведення тендеру / спрощеної закупівлі.

Приклад 2

Договір укладається у зв'язку з розірванням договору про закупівлю з вини учасника на строк, достатній для проведення тендеру, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника (абзац 4 пункту 3 частини 7 статті 3 Закону). Зворотна дія такого договору не може поширюватися на період, протягом якого відповідний (надалі розірваний) договір про закупівлю ще виконувався. Тобто, якщо за договором про закупівлю, приміром кейтерингових послуг, постачальник востаннє поставив харчову продукцію замовнику 04.12.2020, то зворотна дія договору, укладеного без застосування електронної системи закупівель для негайного задоволення потреби в таких послугах харчування, може розпочатися не раніше 05.12.2020.

Приклад 3

Якщо закупівля товарів здійснюється з використанням електронного каталогу (пункт 7 частини 7 статті 3 Закону), то зворотна дія в часі договору можлива на період з оформлення замовлення через електронний каталог (закупівля до 50 тис. грн) чи

визначення переможця відбору (закупівлі від 50 тис. грн до визначеного законом цінового порогу для проведення процедур закупівель, тобто 200 тис. грн чи 1 млн. грн залежно від категорії замовників).

Закупівлі з ознакою COVID-19, що здійснюються відповідно до Порядку проведення закупівель товарів, робіт і послуг, необхідних для здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню та поширенню, локалізацію та ліквідацію спалахів, епідемій та пандемій гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, на території України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20.03.2020 № 225, також проводять без застосування електронної системи закупівель, однак на підставі річного плану закупівель та з публікацією відповідного звіту про договір про закупівлю, укладеного без використання електронної системи закупівель. Тому в цих закупівлях також допускається зворотна дія в часі. Детальніше про алгоритм проведення закупівель з ознакою COVID-19 на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«Алгоритм проведення закупівель COVID-19»](#).

Окрім зазначеного, зауважимо: замовникам, що фінансуються з бюджету, слід пам'ятати про обмеження, які накладаються у зв'язку з поняттям бюджетного року та кошторису (плану використання бюджетних коштів). Відповідно до частини 3 статті 48 Бюджетного кодексу України (далі – БК України) розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, за якими розпорядником бюджетних коштів взято зобов'язання без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених 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. Відповідно до частини 4 статті 48 БК України зобов'язання, взяті учасником бюджетного процесу без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), не вважаються бюджетними зобов'язаннями (крім витрат, що здійснюються відповідно до частини 6 цієї статті) і не підлягають оплаті за рахунок бюджетних коштів. Взяття таких зобов'язань є порушенням бюджетного законодавства. Витрати бюджету на покриття таких зобов'язань не здійснюються.

Висновки

Надання договору про закупівлю зворотної дії в часі може потягти за собою адміністративну відповідальність за частиною 3 статті 164¹⁴ КУпАП у вигляді штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника в розмірі 25 000–51 000 грн. У виняткових випадках допускається зворотна дія в часі договору про закупівлю, укладеного за результатами переговорної процедури в умовах відсутності

конкуренції, а саме — на підставі пунктів 2, 4-6 частини 2 статті 40 Закону про закупівлі. У такому випадку зворотна дія договору про закупівлю не повинна перевищувати дати затвердження річного плану закупівель (змін до нього), а вчинене правопорушення може бути визнане малозначним.

У виняткових випадках допускається зворотна дія договору про закупівлю, укладеного в умовах конкуренції, однак лише за умови, що така зворотна дія обмежена: при проведенні процедур закупівель — визначеним Законом строком для укладення договору про закупівлю (не раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю та не пізніше 60 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю); при проведенні спрощених закупівель — не раніше дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю.

У разі укладення договору без застосування електронної системи закупівель (частин 3 і 7 статті 3 Закону про закупівлі, «коронавірусні» закупівлі) допускається зворотна дія такого договору в часі з урахуванням обмежень, встановлених статтею 48 БК України.

Цікавою щодо цього є позиція Мінекономіки на порталі RADNUK.COM.UA у статті **«[Правомірність застосування статті 631 ЦКУ у договорах про закупівлю](#)»**, заредакцією Закону № 114-IX від 19.09.2019.