

Усе, що треба знати про (не)повернення забезпечення виконання договору про закупівлю

Підстави та порядок повернення забезпечення виконання договору про закупівлю — найважливіший аспект, у врегулюванні якого категорично не можна покладатися на [Закон України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон про закупівлі, Закон). Це питання має бути відображено в договорі про закупівлю, а в разі укладення угоди щодо внесення забезпечення виконання договору про закупівлю — додатково і в цій угоді.

Відповідно до частини 2 статті 27 Закону про закупівлі замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю:

після виконання переможцем процедури закупівлі / спрощеної закупівлі договору про закупівлю;

за рішенням суду щодо повернення забезпечення договору у випадку визнання результатів процедури закупівлі / спрощеної закупівлі недійсними або договору про закупівлю нікчемним;

у випадках, передбачених статтею 43 цього Закону;

згідно з умовами, зазначеними в договорі про закупівлю, але не пізніше ніж протягом п'яти банківських днів з дня настання зазначених обставин.

На порталі RADNUK.COM.UA у попередній статті [«Забезпечення виконання договору про закупівлю»](#) уже розібрались із сутністю та основними особливостями такого забезпечення, у цій статті розтлумачимо кожен із зазначених вище пунктів, розглянемо судову практику та, звичайно ж, надамо власні рекомендації щодо цього.

Повернення коштів забезпечення після виконання договору про закупівлю

Пункт 1 частини 2 статті 27 Закону гарантує повернення коштів забезпечення «після виконання переможцем процедури закупівлі / спрощеної закупівлі договору про закупівлю». Як правило, цей пункт спрацьовує проти переможця закупівлі, адже **будь-яке порушення умов договору про закупівлю має наслідком неповернення коштів забезпечення.**

Наприклад. За прострочення поставки товару на один день замовник отримує не лише 0,01 % пені, згідно з частиною 2 статті 231 Господарського кодексу України й умов укладеного договору, але й 300 тис. грн внесеного забезпечення. Погодьтеся, якимось це несправедливо. На щастя, Верховний Суд дав надію уберегтися від подібних зловживань з боку недобросовісних замовників.

Позиція Верховного Суду

За обставинами справи № [910/4460/19](#) постачальник виконав договір з порушенням строків — поставив автомобілі з затримкою. За таке порушення замовник нарахував пеню на понад 358 тис. грн, а на додачу висунув вимогу банку про сплату за банківською гарантією ще понад 672 тис. грн. За результатами виконання договору замовник отримав усе: і замовлені автомобілі, і сплату гарантії від банку, і пеню від постачальника. Однак, поставивши автомобілі в повному обсязі, постачальник зажадав повернення коштів гарантії, адже договір виконано в повному обсязі. Замовник вимогу відхилив, вважаючи, що будь-яке порушення є достатньою підставою не повертати кошти забезпечення. Це і стало приводом для судового розгляду.

У постанові від 21.02.2020 у справі № 910/4460/19 **Верховний Суд звернув увагу на різницю між поняттями «виконання», «належне виконання», «невиконання» та «неналежне виконання».** Суд вказав, що під виконанням зобов'язання розуміється вчинення боржником та кредитором взаємних дій, спрямованих на виконання прав та обов'язків, що є змістом зобов'язання. Невиконання зобов'язання має місце тоді, коли сторони взагалі не вчиняють дій, які складають зміст зобов'язання, а неналежним виконанням є виконання зобов'язання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання.

Тож якщо замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а можливість неповернення замовником забезпечення виконання договору існує лише в разі невиконання учасником умов договору, то виходить, що **якщо договір виконаний (навіть з деякими порушеннями, наприклад, щодо строків поставки), тобто зрештою акти приймання-передачі підписані, то замовник зобов'язаний повернути переможцю надане забезпечення, у тому числі й сплачене гарантом на вимогу такого замовника.** Як зазначив Північний апеляційний господарський суд у постанові від 28.09.2020 під час нового розгляду цієї справи: «...становище, коли замовник отримав повністю передбачене договором майно і при цьому утримує перераховані кошти як гарантію виконання договору, є неприйнятним та не відповідає загальним засадам цивільного законодавства».

І хоча в зазначеній справі Верховний Суд аналізував норми не самого Закону про закупівлі, а локального акта АТ «Укргазвидобування» щодо організації закупівель за кошти підприємства, логіка наведеного судового рішення спрацює так само і у сфері публічних закупівель — у силу тотожності вжитої термінології.

Справа № 910/6433/18

Схожа ситуація мала місце й у справі № 910/6433/18, у якій постачальник також домогся повернення коштів забезпечення від іншого замовника — Міністерства оборони України, хоча товар був поставлений із затримкою.

Верховний Суд у постанові від 20.06.2019, а надалі під час нового розгляду Господарський суд м. Києва у [рішенні від 21.10.2019](#) у цій справі звернули увагу, що договором про закупівлю за прострочення поставки передбачена лише одна форма відповідальності у вигляді пені і штрафу — і така неустойка була нарахована та отримана замовником. Однак поставка, хоча із затримкою, відбулася, причому замовник отримав продукцію без жодних зауважень. Отже, **суд дійшов висновку, що утримання замовником спірної суми забезпечення виконання договору не може розцінюватись як справедливе, добросовісне та розумне, адже сторонами були вчинені дії, спрямовані на виконання прав та обов'язків, що є змістом зобов'язання з поставки товару, зокрема, позивачем було поставлено 100 % обумовленої договором продукції.**

У постанові від 22.05.2019 у справі № [910/9241/18](#) Верховний Суд, враховуючи встановлений господарськими судами факт підписання акта готовності об'єкта до експлуатації, погодився, що в замовника виник обов'язок з повернення постачальнику гарантійного платежу в сумі 408 456,21 грн після виконання договору підряду, який станом на момент розгляду справи в суді відповідачем не повернений, а отже, вимога в цій частині обґрунтовано задоволена судами попередніх інстанцій.

З наведеного робимо висновок: якщо договором про закупівлю не передбачено окремих правил щодо (не)повернення коштів забезпечення в разі порушення виконання договору переможцем закупівлі (постачальником), то такі кошти мають бути повернені переможцю невідкладно після повного виконання ним своїх обов'язків за договором (підписання актів приймання-передачі, накладних). Інакше кажучи: **звіт про виконання договору = надане забезпечення повертається в повному обсязі.**

Повернення коштів забезпечення згідно з умовами договору про закупівлю

Інша річ, якщо з урахуванням **пункту 4 частини 2 статті 27 Закону про закупівлі** в договорі про закупівлю міститься пряма вказівка щодо наслідків виконання договору з порушенням його умов, тобто неналежного виконання. Нагадаємо, що цей пункт **зобов'язує замовника повернути забезпечення виконання договору про закупівлю**

«згідно з умовами, зазначеними в договорі про закупівлю, але не пізніше ніж протягом п'яти банківських днів з дня настання зазначених обставин». Керуючись цією нормою, сторони в договорі про закупівлю можуть передбачити різні варіанти дій з забезпеченням на випадок дрібних і не дуже порушень з боку виконавця договору.

Наприклад, у закупівлі № UA-2019-01-22-000415-а відповідні положення договору про закупівлю були сформульовані таким чином: *«7.7. За порушення умов цього Договору, передбачених Розділом 2, та/або порушення, передбачені Розділом 5 Договору, більш ніж на 10 днів замовник не повертає забезпечення умов Договору, внесеного постачальником, та має право на одностороннє розірвання Договору, повідомивши про це постачальника шляхом направлення листа на електронну адресу постачальника, вказану в Договорі, оформленого на фірмовому бланку за підписом особи замовника, уповноваженої на підписання господарських договорів, і який має юридичну силу та є невід'ємною частиною цього Договору. Доказом отримання постачальником листа замовника вважається лист-підтвердження про направлення листа від адміністратора поштового домену@dpsu.gov.ua (провайдера)».* Правомірність цього пункту договору та обґрунтованість стягнення з виконавця договору одночасно й неустойки за несвоєчасну поставку, і п'ятивідсоткового забезпечення виконання договору за те, що прострочення поставки становило понад 10 днів, стало предметом розгляду у справі № [911/1590/19](#), розгляд якої завершено постановою Верховного Суду від 21.04.2020. Усі рішення прийняті на користь замовника.

Повернення коштів забезпечення в разі недійсності договору про закупівлю

Пункти 2 і 3 частини 2 статті 27 Закону гарантують повернення коштів забезпечення «за рішенням суду щодо повернення забезпечення договору у випадку визнання результатів процедури закупівлі / спрощеної закупівлі недійсними або договору про закупівлю нікчемним», а також «у випадках, передбачених статтею 43 цього Закону».

Ці два пункти за своєю суттю дублюють положення статті 216 та частини 2 статті 548 ЦК України щодо наслідків недійсності правочину взагалі та основного зобов'язання (вимоги), щодо виконання якого вжитий певний захід забезпечення, зокрема.

З наведеного випливає: недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, а тому сторони повинні бути повернені до попереднього стану, у даному випадку — шляхом повернення внесеного забезпечення.

Строк такого повернення у Законі не визначений, а в разі його визначення у самому недійсному договорі ця умова, ясна річ, також буде недійсною. Разом з тим слід розуміти, що безпідставне утримання чужих грошей спричиняє наслідки, передбачені статтею 1214

ЦК України, а саме: нараховуються проценти за користування коштами та інфляційні втрати (статті 536 та 625 ЦК України) за весь час з моменту, коли замовник дізнався чи міг би дізнатися, що володіє коштами забезпечення безпідставно.

У свою чергу проценти, нараховані на безпідставно утримуване забезпечення, будуть розцінені державними аудиторамі як збитки, завдані керівником замовника, що може мати неприємні наслідки для такого керівника: від дисциплінарного звільнення (розірвання контракту) до звинувачень у службовій недбалості (стаття 367 Кримінального кодексу України).

Тому наполегливо радимо замовникам за наявності підстав невідкладно (не пізніше п'яти банківських днів) повертати переможцям закупівель надане ними забезпечення виконання договору про закупівлю.

Повернення надлишкових коштів забезпечення в разі зменшення ціни договору

Закон про закупівлі визначає граничний розмір забезпечення виконання договору. Відповідно до частини 3 статті 27 Закону розмір забезпечення виконання договору про закупівлю не може перевищувати 5 % вартості договору про закупівлю. Враховуючи той факт, що невнесення забезпечення є підставою для відхилення тендерної пропозиції (абзац 5 пункту 3 частини 1 статті 31 Закону), очевидно, що 5 % відраховуються від початкової ціни договору про закупівлю, тобто від ціни тендерної пропозиції переможця закупівлі.

Однак трапляються випадки, коли в процесі виконання договору за згодою сторін ціна такого договору зменшується. Чи впливає ця обставина на розмір та (не)повернення внесеного забезпечення виконання договору? Відповідь на це запитання надав Верховний Суд у постанові від 24.06.2019 у справі № [910/696/18](#).

За обставинами справи виконавець договору про закупівлю, забезпеченого гарантією, прострочив поставку продукції. Замовник у відповідь нарахував пеню за несвоєчасну поставку й додатково звернувся до банку-гаранта з вимогою про виплату гарантії у повному обсязі, і ця вимога була задоволена. При цьому замовник заявив вимогу та отримав платіж за гарантією у розмірі 5 % від початкової ціни договору, не врахувавши, що ціна договору в процесі його виконання була зменшена за згодою сторін. Як наслідок, Верховний Суд дійшов висновку, що в порушення Закону про закупівлі замовник отримав на понад 150 тис. грн більше, ніж сума, яка підлягала виплаті.

Отже, у разі зменшення ціни договору в процесі його виконання (до моменту порушення з боку виконавця) максимальний розмір забезпечення виконання такого договору підлягає перерахунку, і відповідні 5 % слід відраховувати вже від зменшеної ціни договору.

Зазначимо, що у зворотному напрямку це правило не працюватиме, тобто в разі збільшення ціни договору замовник не вправі вимагати від свого постачальника довнести забезпечення. А все тому, що відповідно до частини 1 статті 27 Закону

замовник має право вимагати від переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі внесення ним забезпечення не пізніше дати укладення договору про закупівлю.

Наведена постанова Верховного Суду від 24.06.2019 у справі № 910/696/18 цікава й тим, що, на відміну від розглянутих вище схожих справ, постачальник, який поставив товар із затримкою, не зміг повернути кошти забезпечення в повному розмірі.

Вважаємо, що в даному випадку спрацювали принципи диспозитивності та змагальності в господарському процесі, згідно з якими суд розглядає справу в межах заявлених вимог та на підставах, що визначені сторонами, кожна з яких повинна довести ті обставини, на які вона посилається в обґрунтування своїх вимог та заперечень. Інакше кажучи, постачальник просто недостатньо ретельно обґрунтував свої вимоги, тож зміг повернути кошти забезпечення лише частково.

Висновки

Якщо договором про закупівлю не передбачено окремих правил щодо (не)повернення коштів забезпечення у разі порушення виконання договору про закупівлю переможцем закупівлі (постачальником), то такі кошти мають бути повернені переможцю невідкладно після повного виконання ним своїх обов'язків за договором про закупівлю (підписання актів приймання-передачі, накладних).

Недійсність договору про закупівлю має наслідком повернення забезпечення в повному обсязі, навіть якщо воно було сплачено на підставі гарантії.

У разі зменшення ціни договору про закупівлю в процесі його виконання (до моменту порушення з боку виконавця) максимальний розмір забезпечення виконання такого договору підлягає перерахунку, і відповідні 5 % слід відраховувати вже від зменшеної ціни договору.

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Встановлюємо вимогу щодо забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції правильно!

До тематики забезпечення в публічних закупівлях: звертаємо увагу на такі статті, що доступні на порталі RADNUK.COM.UA:



Моніторинг вважає порушенням внесення змін в оголошення щодо забезпечення пропозиції;

Вимога забезпечення під час проведення переговорної процедури закупівлі на підставі двох відмін?

Тендерне забезпечення: що нового та цікава практика.