

А вас аудитори зобов'язували припинити зобов'язання за договором про закупівлю?

Перемога — це ще не все, все — це постійне бажання перемагати.
Вінс Ломбарді

Для багатьох замовників і учасників закупівель результат закупівлі й перемога — це укладений договір про закупівлю за результатами процедури закупівлі і, звісно, добросовісне його виконання обома сторонами. Здавалося б, перемога в руках, пройдено шлях від проведення процедури закупівлі до укладання договору про закупівлю, і тут з'являється моніторинг та за результатами перевірки у висновку зазначає, що з огляду на встановлені порушення законодавства у сфері закупівель, керуючись статтями 2 та 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» Держаудитслужба зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема, **шляхом припинення зобов'язань за договором про закупівлю**. У даній публікації розглянемо такі зобов'язання і проаналізуємо, як на них реагують суди.

Перша справа про зобов'язання замовника вжити заходів щодо розірвання укладеного договору про закупівлю з переможцем

Справа № [140/15644/20](#) від 27 .01.2021 (оголошення № UA-2020-07-21-007760-b)

Порушення, які виявив моніторинг.

З порушенням вимог пункту 8 частини 2 статті 21 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) опубліковане оголошення про проведення відкритих торгів:

не містить інформацію про мову (мови), якою (якими) повинні готуватися тендерні пропозиції;

відсутність в умовах пункту 14 укладеного договору про закупівлю додатку № 4 (план фінансування) до укладеного договору про закупівлю, який передбачений проектом договору про закупівлю (Додаток № 6 до тендерної документації) та, відповідно, тендерною пропозицією зазначеного учасника;

порушення замовником пункту 10 частини 1 статті 10 Закону в частині оприлюднення договірної ціни, яка є Додатком № 2 до договору про закупівлю від 25.08.2020 № 793 не у повному обсязі (відсутня друга сторінка).

З огляду на встановлені порушення законодавства у сфері закупівель, керуючись статтями 2 та 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» Східний офіс Держаудитслужби зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень відповідно до Закону, зокрема, **шляхом припинення зобов'язань за договором** про закупівлю від 25.08.2020 № 793 з дотриманням положень Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України 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.

Позивачем 28.10.2020 в електронній системі закупівель було оприлюднено заперечення щодо висновку із зазначенням про неможливість припинення зобов'язань за договором про закупівлю від 25.08.2020 № 793, оскільки такий договір про закупівлю укладено у законний спосіб.

Не погоджуючись із вказаним висновком, замовник звернувся до суду з даним позовом.

Надаючи правову оцінку спірним правовідносинам, суд зазначає наступне.

Пунктом 3 оскаржуваного висновку про результати моніторингу відповідач зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень відповідно до Закону, зокрема, **шляхом припинення зобов'язань за договором** про закупівлю від 25.08. 2020 № 793.

Такий захід реагування у вигляді зобов'язання розірвати укладений договір про закупівлю, що наразі майже виконаний, є виключним заходом, обрання якого можливе у разі, якщо виявлені порушення реально створюють загрозу корупційним діям і зловживанням.

Статтею 10 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» передбачено права органу державного фінансового контролю, зокрема, пред'являти керівникам та іншим особам підприємств, установ та організацій, що контролюються, обов'язкові до виконання вимоги щодо усунення виявлених порушень законодавства. Проте ні вказаним Законом, ні іншим нормативно-правовим актом безпосередньо не встановлено право органів фінансового контролю **вимагати розірвання договорів про закупівлю.**

Крім того, відповідно до статті 651 Цивільного кодексу України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. У разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є, відповідно, розірваним або зміненим.

У висновку про результати моніторингу закупівлі взагалі не йде мова **про неефективне,**

незаконне, нецільове використання бюджетних коштів, що не узгоджується з вимогою Східного офісу Держаудитслужби про розірвання укладеного за результатами публічної закупівлі договору про закупівлю.

З огляду на такі обставини суд вважає, що зобов'язання відповідача щодо усунення порушення законодавства у сфері публічних закупівель у даному випадку є непропорційним.

Критерій пропорційності передбачає, що не було дотримано справедливої рівноваги (балансу) між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням, та інтересами особи, яка так чи інакше страждає від втручання. Справедлива рівновага передбачає наявність розумного співвідношення (обґрунтованої пропорційності) між метою, визначеною для досягнення, та засобами, які використовуються.

Оскаржуваний висновок Східного офісу Держаудитслужби не відповідає критерію пропорційності, **оскільки вимога розірвати договір про закупівлю з переможцем публічної закупівлі, який сумлінно виконується сторонами, може призвести до безпідставного порушення майнових прав господарюючих суб'єктів — сторін договору про закупівлю.**

На підставі викладеного у сукупності суд дійшов висновку, що вимога Східного офісу Держаудитслужби про зобов'язання замовника вжити заходів щодо розірвання укладеного договору про закупівлю з переможцем закупівлі не спрямована на досягнення легітимної мети та не є співмірною з нею, оскільки суть виявлених порушень жодним чином не зачіпає бюджетні інтереси.

Суд вирішив: визнати протиправним та скасувати висновок Східного офісу Держаудитслужби.

Друга справа про заходи щодо усунення виявлених порушень у встановленому законодавством порядку, зокрема, шляхом припинення зобов'язань за договором про закупівлю

Справа № [500/3676/20](#) від 20.01.2021 (оголошення № UA-2020-07-16-04233-b)

Порушення, які виявив моніторинг.

За результатами моніторингу відповідачем встановлено порушення вимог пункту 9 частини 2 статті 21 Закону, а саме: в оголошенні про проведення закупівлі відсутня інформація про умови надання забезпечення тендерних пропозицій (при встановленні замовником вимоги про надання забезпечення тендерної пропозиції у вигляді електронної гарантії в сумі 300 000,00 грн).

Позивач акцентує увагу на тому, що таке порушення є хибним і таким, що не відповідає

дійсності, адже вказана інформація зазначена на вебпорталі Уповноваженого органу даної процедури закупівлі. Крім того, у тендерній документації забезпечення визначено у пункті 2 розділу 3 «Розмір забезпечення тендерної пропозиції»: 300 000,00 грн.

Також у висновку зазначено, що у частині 2 розділу 3 тендерної документації замовником здійснено посилання на невідповідну статтю Закону, а саме: зазначено, що тендерні пропозиції, що не супроводжуються документальним підтвердженням надання забезпечення тендерної пропозиції, відхиляються замовником відповідно до статті 30 Закону, тоді як підстави для відхилення пропозицій визначено у статті 31 Закону.

Позивач вважає, що зазначене не є порушенням, оскільки така формальна описка не впливає на права та обов'язки учасників закупівлі, не змінює предмет закупівлі та не може спричинити жодних збитків матеріального чи іншого характеру. КП «Т» не вважає порушень законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку Західного офісу Держаудитслужби № UA-2020-07-16-004233-b, вважає даний висновок необґрунтованим і таким, що порушує права й інтереси позивача, які полягають у здійсненні ним закупівель.

Пунктом 3 оскаржуваного висновку про результати моніторингу Держаудитслужба **зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень у встановленому законодавством порядку, зокрема, шляхом припинення зобов'язань за договором про закупівлю** відповідно до законодавства.

Надаючи правову оцінку спірним правовідносинам, суд зазначає наступне.

У висновку про результати моніторингу закупівлі взагалі не йде мова про неефективне, незаконне, нецільове тощо використання бюджетних коштів, що не узгоджується з вимогою Держаудитслужби **про розірвання укладеного за результатами публічної закупівлі договору про закупівлю.**

Оскаржуваний висновок Держаудитслужби не відповідає критерію «пропорційності», оскільки вимога розірвати договір про закупівлю з переможцем публічної закупівлі ТОВ «Б», який сумлінно виконується сторонами, може призвести до безпідставного порушення майнових прав господарюючих суб'єктів — сторін договору про закупівлю.

На підставі викладеного у сукупності суд дійшов висновку, що вимога Держаудитслужби про зобов'язання замовника вжити заходів **щодо розірвання укладеного договору про закупівлю з переможцем закупівлі** не спрямована на досягнення легітимної мети та не є співмірною з нею, оскільки суть «виявлених порушень» жодним чином не зачіпає бюджетні інтереси.

З огляду на все наведене суд вважає оскаржуваний висновок необґрунтованим, надміру формальним, та таким, що не відповідає критерію «пропорційності» та розсудливості.

Відповідно до положень частин 1 та 2 статті 77 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) кожна сторона повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та заперечення, крім випадків, встановлених статтею 78 цього

Кодексу. В адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача.

Оскаржуваний висновок прийнято з порушенням умов, визначених частиною другою статті 2 КАС України, а саме: необґрунтовано, без урахування усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення, непропорційно.

Суд вирішив: визнати протиправним і скасувати висновок про результати моніторингу закупівель Західного офісу Держаудитслужби № UA-2020-07-16-004233-b від 03.11.2020.

Третя справа про те, що оскаржуване рішення не містить чіткого визначення конкретного заходу, що свідчить про його нечіткість та невизначеність

Справа № [540/3107/20](#) від 11.01.2021 (оголошення № UA-2020-08-17-001759-b)

Суть справи.

Відповідачем складено та оприлюднено висновок, відповідно до якого встановлено порушення пункту 8 частини 2 статті 21, абзаців 2, 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону. З огляду на виявлені порушення відповідач зобов'язав підприємство здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень в установленому законодавством порядку, **зокрема вжити заходів щодо розірвання договору про закупівлю відповідно до законодавства**, та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення законодавства у сфері публічних закупівель, викладеного у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявленого порушення.

Вказаний висновок вважає протиправним та таким, що підлягає скасуванню, оскільки зазначивши у висновку про необхідність «вжити заходів щодо розірвання договору про закупівлю відповідно до законодавства», відповідач не визначив спосіб усунення виявлених порушень (судовий або позасудовий), що свідчить про його нечіткість та невизначеність. Вказує, що виявлені порушення є формальними помилками з боку учасників тендеру.

Крім того, на думку позивача:

відповідач не наділений повноваженнями на спонукання суб'єкта господарювання на розірвання господарського договору;

фраза «відповідно до законодавства» має неконкретний характер, що не допускається в акті індивідуальної дії обов'язкового характеру;

відповідач не зазначив, які саме правові підстави для розірвання договору про закупівлю.

Позивач зауважує, що господарський договір, укладений між юридичними особами, може бути розірваний лише за згодою сторін або в судовому порядку, але для цього повинні бути причини. **На даний час договір про закупівлю виконується в повному обсязі, претензії щодо якості, кількості в замовника відсутні, а тому відсутні будь-які підстави для розірвання договору про закупівлю в односторонньому порядку.**

Щодо вказаного порушення суд зазначає наступне.

Дослідивши зміст висновку про результати моніторингу закупівель від 13.10.2020 № UA-2020-08-17-001759-b, суд вказує, що зазначені у висновку відповідача невідповідності тендерної пропозиції ТОВ «Х» вимогам тендерної документації не мали жодного впливу на результати закупівлі, який визначений за умовою найбільш вигідної ціни. Захід реагування у вигляді зобов'язання розірвати укладений договір про закупівлю є виключним заходом, обрання якого можливе у разі, якщо виявлені порушення реально створюють загрозу корупційним діям і зловживанням.

Однак усі без виключення зауваження Управління Південного офісу Держаудитслужби в Херсонській області, на думку суду, носять суто формальний характер, оскільки жодне з них не пов'язано із забезпеченням ефективного та прозорого здійснення закупівель, створенням конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобіганням проявам корупції у цій сфері, розвитком добросовісної конкуренції.

Запропонований відповідачем спосіб усунення недоліків в оформленні тендерної пропозиції за встановлених судом обставин вбачається беззмістовним та позбавленим сенсу, оскільки наслідком матиме виключно втрати (часові, матеріальні та ін.), і таким, що взагалі не впливає на зміст розміщеної закупівлі, єдиним критерієм відбору переможця якої є ціна.

Розірвання укладеного договору про закупівлю щодо виконання будівельних робіт призведе до зриву процесу забезпечення належних умов надання медичної допомоги пацієнтам лікарні, що є неприйнятним та неприпустимим з огляду на необхідність додержання прав та інтересів громадян. **При цьому внаслідок розірвання договору про закупівлю, укладеного за результатами тендеру, виникне необхідність у проведенні нового тендеру, на який необхідно буде витрати додатковий час, і протягом вказаного періоду пацієнти лікарні не будуть забезпечені належними умовами надання медичних послуг.**

Отже, з огляду на практику ЄСПЛ оскаржуваний висновок не відповідає критерію «пропорційності», оскільки вимога розірвати договір про закупівлю, який сумлінно виконується сторонами, може призвести до безпідставного порушення майнових прав господарюючих суб'єктів — сторін договору про закупівлю.

Загальними вимогами, які висуваються до актів індивідуальної дії як актів правозастосування, є їх обґрунтованість та вмотивованість, тобто наведення суб'єктом владних повноважень конкретних підстав його прийняття (фактичних і юридичних), а також переконливих і зрозумілих мотивів його прийняття, чого в цій справі відповідачем зроблено не було.

У постанові Верховного Суду від 05.03.2020 у справі № 640/467/19, окрім іншого, звернено увагу, що, зазначивши у висновку про необхідність **«усунути порушення законодавства в сфері публічних закупівель»**, **необхідно конкретизувати, яких саме заходів має вжити позивач, та визначити спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень**. Можливість усунення виявлених порушень прямо залежить від чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанта поведінки), якого слід вжити уповноваженій особі замовника для усунення порушень.

Аналогічна правова позиція викладена в постановках Верховного Суду від 10.12.2019 у справі № 160/9513/18, від 11.06.2020 у справі № 160/6502/19, від 12.08.2019 у справі № 160/11304/19, від 26.11.2020 у справі № 160/11367/19, від 10.12.2020 у справі № 160/6501/19.

Крім того, у постанові Верховного Суду від 11.06.2020 у справі № 160/6502/19 вказано, що можливість усунення виявлених порушень прямо залежить від чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанта поведінки), якого слід вжити уповноваженій особі замовника для усунення порушень. **Спонування позивача самостійно визначити на підставі невизначених норм, які саме заходи слід вжити для усунення виявлених порушень, у свою чергу, може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства**. Зазначене є порушенням вимог закону в частині змісту висновку як акту індивідуальної дії. Зобов'язальний характер вимоги щодо усунення правопорушення свідчить як про встановлення цього порушення, так і про визначення імперативного обов'язкового способу його усунення.

Як вбачається зі змісту оскаржуваного висновку, відповідачем зобов'язано КП «Б» у межах законодавства **вжити заходи щодо розірвання договору про закупівлю** та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення вказаного висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення вказаних порушень Закону, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Вказане свідчить, що оскаржуване рішення не містить чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанта поведінки) для позивача, що свідчить про його нечіткість та невизначеність. При цьому, пропонуючи позивачу такий варіант усунення порушення, як розірвання в межах законодавства договору про закупівлю та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення вказаного висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення вказаних порушень законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, Управлінням не

враховано, що у КП «Б» не було реальної та законної можливості розірвати договір про закупівлю в односторонньому порядку у зв'язку з прийняттям оскаржуваного висновку.

На підставі викладеного суд доходить висновку, що вимога Управління Південного офісу Держаудитслужби в Херсонській області про зобов'язання замовника вжити заходів щодо розірвання укладеного за результатами проведеного тендеру договору про закупівлю з суто формальних причин не спрямована на досягнення легітимної мети та не є співмірною з нею, оскільки:

суть «виявлених порушень» жодним чином не зачіпає бюджетні інтереси;

задоволення вказаної вимоги органу Держаудитслужби призведе до настання несприятливих наслідків у вигляді позбавлення права пацієнтів на забезпечення належними умовами отримання медичних послуг в закладі охорони здоров'я України.

З огляду на зазначене суд вважає, що висновок від 13.10.2020 № UA-2020-08-17-001759-б як акт індивідуальної дії не відповідає критеріям пропорційності, обґрунтованості та вмотивованості, а тому наявні підстави для задоволення позовних вимог позивача.

Суд вирішив: визнати протиправним та скасувати висновок Управління Південного офісу Держаудитслужби в Херсонській області про результати моніторингу.

Відстоюйте свої права до кінця та завжди крокуйте до перемоги!

Статті за темою на порталі RADNUK.COM.UA:

[«Укладення договору про закупівлю, який не відповідає проєкту та тендерній пропозиції переможця: думка суду»](#);

[«Наслідки неоприлюднення всіх сторінок договору про закупівлю»](#);

[«Помилки замовників при оскарженні висновків ДАСУ»](#);

[«Чи законні зобов'язання аудиторів припинити господарські зобов'язання за договором?»](#)