

Умови відхилення учасника у зв'язку з раніше застосованими санкціями до такого учасника

Буває, що замовник достроково розірвав договір про закупівлю з вини учасника, а потім цей учасник знову приходить на тендер. Що необхідно знати, аби правомірно відмовити в участі у процедурі закупівлі такому учаснику? Розповідаємо у цій статті.

Чинна редакція [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) містить положення частини 2 статті 17 про можливість замовника публічної закупівлі прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та можливість відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків — протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору про закупівлю.

Звертаємо увагу, що частиною 2 статті 17 Закону передбачено підставу, відповідно до якої **у замовника є право, а не обов'язок**, відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилити тендерну пропозицію такого учасника. Тобто законодавець віддає на розсуд замовника прийняття рішення щодо відхилення тендерної пропозиції такого учасника.

Як зазначається у [Рішенні Житомирського окружного адміністративного суду від 02.02.2021 у справі № 240/20757/20](#), ні орган державного фінансового контролю (Державна аудиторська служба України та її територіальні органи), ні інший суб'єкт владних повноважень в силу вимог Закону, в тому числі шляхом прийняття висновку, не може змусити замовника закупівлі в той чи інший спосіб реалізувати таке своє право.

В яких випадках замовник може реалізувати зазначене право?

Як зазначає Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України у [відповіді на запит № 74/2020](#), відмова в участі можлива саме у випадку, якщо відносно учасника за раніше укладеним з ним договором про закупівлю наявні факти одночасно невиконання зобов'язання, дострокового розірвання такого договору про закупівлю, накладення санкцій у вигляді штрафу та / або відшкодування збитків, незалежно від способу розірвання такого договору про закупівлю, накладення санкцій у вигляді штрафу та / або відшкодування збитків у судовому або добровільному порядку.

Отже, **реалізувати своє право відмовити в участі учаснику або відхилити тендерну**

пропозицію можливо виключно за наявності одночасно таких умов:

дострокове припинення договору про закупівлю через невиконання його умов саме учасником. При цьому замовнику варто документально підтвердити факт невиконання учасником умов договору про закупівлю;

такий договір про закупівлю мав бути укладений саме із замовником, який проводить процедуру закупівлі;

застосування санкцій у вигляді штрафу та / або відшкодування збитків;

строк, протягом якого замовник може відхилити такого учасника, становить три роки з дати дострокового розірвання такого договору про закупівлю.

Одночасно виникає питання щодо визначення терміна «застосування санкцій», а саме: чи тотожний термін «стягнення санкцій»? Законом визначено можливість застосування замовником права відмови учаснику в участі чи відхилення тендерної пропозиції у разі «застосування санкції» у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків?

Отже, **незалежно від стягнення чи нестягнення штрафів та / або відшкодування збитків замовник може відмовити учаснику в участі** та відхилити тендерну пропозицію у разі «застосування санкції», тобто **у разі звернення** до учасника в досудовому чи судовому порядку щодо стягнення штрафів та / або відшкодування збитків.

Відповідно до частин 1 та 2 статті 217 Господарського кодексу України **господарськими санкціями визнаються** заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, в результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні та / або правові наслідки. У сфері господарювання застосовуються такі види господарських санкцій:

відшкодування збитків;

штрафні санкції;

оперативно-господарські санкції.

Зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено законом або договором (частина 1 статті 188 Господарського кодексу України).

Проект договору про закупівлю складається самостійно замовником публічних закупівель, тому рекомендуємо обов'язково передбачити у проекті договору про закупівлю:

можливість застосування господарських санкцій;

порядок застосування господарських санкцій;

порядок дострокового розірвання договору про закупівлю.

Щодо можливості та порядку застосування господарських санкцій з прикладами умов договору про закупівлю читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) статтю «**Штрафні санкції в договорі про закупівлю та їх правильне застосування в разі порушень**».

Зважаючи на викладене, наведемо **приклади встановлення порядку дострокового розірвання договору про закупівлю.**

Приклад 1

5.1. Дострокове розірвання цього договору про закупівлю може бути здійснене у таких випадках:

5.1.1. За згодою обох Сторін, що оформлено письмово шляхом підписання додаткової угоди до цього договору про закупівлю Сторонами.

5.1.2. В односторонньому порядку з ініціативи Замовника (залежно від наявності підстав для такого розірвання), оформленої у вигляді письмового повідомлення про розірвання договору про закупівлю, що має бути відправлене Постачальнику не пізніше 15 календарних днів до дати розірвання, зазначеної Замовником у повідомленні про розірвання договору про закупівлю (стаття 525 ЦК України).

Договір про закупівлю вважається розірваним на вимогу Замовника на умовах, передбачених цим договором про закупівлю, з дати розірвання, зазначеної Замовником у повідомленні про розірвання договору про закупівлю.

5.1.3. В інших випадках, передбачених цим договором про закупівлю або чинним законодавством України.

5.2. У разі дострокового розірвання цього договору про закупівлю Сторони протягом 14 календарних днів з дня розірвання цього договору про закупівлю мають погодити усі документи та розрахунки для здійснення остаточного розрахунку за цим договором про закупівлю.

Приклад 2

5.1. Цей договір про закупівлю може бути достроково розірваний за згодою Сторін, або за



рішенням суду, або за рішенням Замовника у випадку невиконання Постачальником своїх зобов'язань за цим договором про закупівлю.

У разі закупівлі робіт можна розглянути додаткову вимогу в проєкті договору про закупівлю, наведену у прикладі 3.

Приклад 3

«5.3. У разі документально підтверджених систематичних порушень підрядником вимог законодавства України та підзаконних нормативно-правових актів з охорони праці, пожежної безпеки та техногенної безпеки, охорони навколишнього середовища, а також у разі разового порушення, що могло призвести або призвело до нещасного випадку, цей договір про закупівлю може бути достроково розірваний з ініціативи замовника, що оформлено у вигляді письмового повідомлення про дострокове розірвання цього договору про закупівлю, що має бути відправлене підряднику не пізніше 15 календарних днів до дати розірвання, зазначеної Замовником у повідомленні про розірвання (стаття 525 ЦК України).

Договір про закупівлю вважається розірваним на вимогу замовника на умовах, передбачених цим договором про закупівлю, з дати розірвання, зазначеної замовником у повідомленні про розірвання.

У разі дострокового розірвання цього договору про закупівлю замовником з вини підрядника підрядник зобов'язаний відшкодувати замовнику пов'язані з цим витрати та завдані збитки відповідно до умов цього договору про закупівлю та чинного законодавства України».

Досудове врегулювання спору не є обов'язковим до правовідносин, що складаються між сторонами, оскільки право особи на звернення до суду передбачене статтею 55 Конституції України та статтею 19 Господарського процесуального кодексу України.

Відповідно до [Рішення Конституційного Суду України від 09.07.2002 № 15-рп/2002](#) право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.

Отже, чинне законодавство в термін «застосування санкцій» вкладає як досудове врегулювання спору, так і судове. Тобто **звернення замовника з претензією до**

учасника щодо стягнення штрафів та / або відшкодування збитків охоплюється поняттям «застосування санкцій» незалежно від фактичного відшкодування учасником таких штрафів та / або збитків.

З урахуванням наведеного вище замовник має право відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилити тендерну пропозицію такого учасника у разі розірвання договору про закупівлю та звернення замовника з претензією до учасника про стягнення штрафів та / або відшкодування збитків незалежно від подальшого звернення замовника до суду, або стягнення з учасника штрафів та / або збитків.

Однак відповідно до абзацу 2 частини 2 статті 17 Закону учасник процедури закупівлі, що перебуває в обставинах, зазначених у частині 2 статті 17 Закону, може надати підтвердження вжиття заходів для доведення своєї надійності, незважаючи на наявність відповідної підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі. Для цього учасник (суб'єкт господарювання) повинен довести, що він сплатив або зобов'язався сплатити відповідні зобов'язання та відшкодування завданих збитків.

Якщо замовник вважає таке підтвердження достатнім, учаснику не може бути відмовлено в участі у процедурі закупівлі. Тобто у разі сплати штрафів та відшкодування збитків учаснику не може бути відмовлено в участі у процедурі закупівлі. Наведемо приклад застосування зазначеної вище норми.

Приклад 4

Протокол розгляду тендерних пропозицій у закупівлі № UA-2021-01-26-002116-а, де зазначено, що замовником застосовано штрафні санкції та направлено ПрАТ «Ф» претензію № 10 на суму 15 210,37 грн щодо зобов'язань сплатити на користь замовника пеню у сумі 8 710,21 грн та штраф у сумі 6 500,16 грн.

«На момент прийняття даного рішення учасником ПрАТ «Ф» не надано підтвердження вжиття заходів для доведення своєї надійності, незважаючи на наявність відповідної підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі, учасник ПрАТ «Ф» (суб'єкт господарювання) не довів, що він сплатив або зобов'язався сплатити відповідні зобов'язання (штрафні санкції).

Кошти в сумі 15 210, 37 грн, які були виставлено як штрафні санкції за претензією № 10 за договором про закупівлю № 2005000178 від 14.05.2020, станом на 12.04.2021 на поточний рахунок замовника не надходили.

Таким чином, замовником встановлено факт невиконання учасником процедури закупівлі своїх зобов'язань за раніше укладеним договором про закупівлю із замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків».

Водночас є **приклад застосування положення про неможливість відмови в участі у разі сплати штрафів та відшкодування збитків**. Так, Постійно діючою адміністративною колегією Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель у **рішенні від 29.04.2021 № 9554-р/пк-пз**, оголошення № [UA-2021-01-16-003963-а](#), зобов'язано замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції Благодійного Фонду «С» та встановлено, що Благодійний Фонд «С» сплатив свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю, зокрема виставлені замовником у рамках даного договору про закупівлю штрафні санкції.

Так, вказаний штраф був сплачений 15.02.2021 в сумі 32 693,51 грн, тобто в повному обсязі, своєчасно та у встановлений замовником строк. Замовник не довів та документально не підтвердив, що скаржник (учасник закупівлі) надав неналежне підтвердження вжиття заходів для доведення своєї надійності та не сплатив відповідні зобов'язання та відшкодування завданих збитків.

Як зазначає Верховний Суд у [постанові від 14.02.2019 у справі № 910/2197/18](#), положення Закону є загальнодоступними, ясними і передбачуваними. Тому правильне тлумачення та розуміння Закону є запорукою захисту прав та інтересів як замовника, так і учасника закупівлі.

Висновок

У замовника є право, а не обов'язок, відхилити тендерну пропозицію учасника у разі дострокового розірвання договору про закупівлю та застосування до такого учасника штрафних санкцій незалежно від фактичного стягнення. Водночас за умови повної сплати штрафних санкцій до учасника закупівлі не може бути застосовано відхилення тендерної пропозиції.

Цікаві публікації щодо договору про закупівлю на порталі RADNUK.COM.UA:

[Що варто передбачити в проєкті договору про закупівлю щодо його розірвання. Бонус-зразок додаткової угоди;](#)

[Договір про закупівлю розірвано з вини учасника. Розбираємо чому не варто укладати «прямий» договір;](#)

[Додатки до договору про закупівлю: коли, як і навіщо.](#)