

# Недійсність договору про закупівлю

Як казав поет та сатирик Е. Кроткий, не помиляється лише той, хто нічого не робить. Та якщо одні помилки ми назвемо формальними чи несуттєвими, то інші можуть спричинити недійсність договору про закупівлю, у результаті чого замовник зможе похвалитися не ефективним використанням публічних коштів, а хіба що кількома судами, штрафами, дисциплінарними звільненнями і ганьбою, а то й кримінальними провадженнями. Щоб запобігти таким прикрощам, пропонуємо разом з'ясувати підстави недійсності договорів про закупівлю, її різновиди та наслідки.

## Недійсний чи нікчемний?

Насамперед розберемося з термінологією.

Поняття недійсності будь-якого правочину, у тому числі договору, встановлено статтею 215 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України). Підкреслимо, що ця норма є універсальною, тобто стосується абсолютно всіх дій особи, спрямованих на набуття, зміну або припинення цивільних (приватноправових) прав та обов'язків. Ця стаття умовно вказує на два різновиди недійсних правочинів: нікчемні та оспорювані (часом їх ще називають заперечувані).

Недійсним є правочин, якщо його недійсність прямо встановлена законом (*нікчемний правочин*). Інакше кажучи, такий правочин є автоматично недійсним з моменту укладення. У такому випадку закон завжди міститиме фразу на кшталт «У разі недодержання цієї умови договір є *нікчемним*» або «Договір, укладений з порушенням того-то, є *недійсним*». Слід звернути увагу, що в законі може бути зазначено як «*нікчемним*», так і «*є недійсним*». Такі вказівки є рівнозначними, а правочини, про які йтиметься, недійсними. Перший варіант вказівки характерний для ЦК України, а другий — для галузевих законів. Підкреслимо характерну особливість нікчемних правочинів: законодавець визнає правочини нікчемними лише в разі допущення вкрай грубих порушень при їх вчиненні, а відтак їх недійсність, як правило, очевидна — як для сторін, так і для третіх осіб (наприклад, довіреність без дати її вчинення — частина 3 статті 247 ЦК України).

Нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним, однак лише у випадках, установлених ЦК України, а саме: частина 2 статті 218 ЦК України (нікчемність правочину у зв'язку з недодержанням письмової форми), стаття 219 ЦК України (нікчемність правочину в разі недодержання нотаріальної форми), стаття 221 ЦК України (правочин малолітньої особи, не схвалений законними представниками, однак вчинений в її інтересах), статті 71 та 224 ЦК України (правочин, вчинений без дозволу органу опіки і піклування), стаття 226 ЦК України (правочин недієздатної фізичної особи, вчинений в її інтересах).

Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша

зацікавлена особа заперечує його дійсність на підставах, установлених законом, то такий правочин може бути визнаний судом недійсним (*оспорюваний правочин*). У випадку оспорюваних правочинів закон, як правило, міститиме фразу на кшталт «У разі недодержання цієї умови договір *може бути визнаний судом недійсним*» або «Договір, укладений з порушенням того-то, *визнається судом недійсним*».

Таким чином, нікчемний правочин недійсний через закон, а недійсність оспорюваного правочину необхідно довести в суді.

## Наслідки недійсності договору про закупівлю

Відповідно до статті 216 ЦК України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю, а саме:

кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину (т. зв. двостороння реституція або повернення сторін до попереднього стану), а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування;

якщо у зв'язку зі вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, то вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Це правило є універсальним, крім кількох винятків, передбачених безпосередньо ЦК України або спеціальними законами. Наприклад, у разі укладення сторонами договору з метою, що завідомо суперечить інтересам держави, одержане ними за таким договором підлягає не поверненню одна одній, а стягненню в дохід держави (стаття 228 ЦК України); у разі вчинення правочину із застосуванням обману або насильства (статті 230–231 ЦК України) збитки підлягають відшкодуванню в подвійному розмірі і т. д.

Інакше кажучи, жодних нових прав та/або обов'язків сторони недійсного договору про закупівлю не примножать, однак вони зобов'язані, якщо інше не передбачено законом, по-перше, **повернути одна одній усе набуте за таким договором**, по-друге, **відшкодувати завдану ними шкоди**, по-третє, **перетерпіти негативні наслідки своєї поведінки, якщо такі встановлено законом**.

А якщо обидві сторони на момент, коли пред'явлено позов про визнання договору недійсним та застосування наслідків недійсності (чи нікчемності) зовсім не прагнуть повернення до попереднього стану, давно виконали договір і забули, що такий був? Слід підкреслити, що для визнання договору недійсним немає значення факт його повного чи часткового виконання сторонами. Ця обставина впливає лише на застосування наслідків

недійсності договору (тобто треба буде щось фактично робити для повернення до попереднього стану чи ні). Якщо договір сторонами повністю чи частково виконано, то може статися так, що повернення до попереднього стану дійсно неможливе (наприклад, спожито поставлений товар, отримано надані послуги, прийнято фактично виконані роботи тощо), а відшкодування за поточними цінами рівнозначно тому, аби не робити нічого: обмін товар (робота, послуга) – гроші уже відбувся. На перший погляд, ідеальний варіант — отримати бажане через укладення незаконного договору — може призвести до чималих неприємностей. Адже неможливість цивільно-правового повернення сторін договору до попереднього стану не спростовує факту зловживання посадовими обов'язками чи їх перевищення, що, як правило, є передумовою укладення недійсного договору, а також не усуває збитки замовника, держави чи територіальної громади, що нерідко трапляється в результаті такого недійсного договору. А це вже площина кримінальної відповідальності. Окрім того, за недійсним договором не виникає податкового кредиту з ПДВ, а витрати підприємства, списані за недійсним договором, — це заниження об'єкта оподаткування, що в підсумку спричинює штрафні санкції за заниження податкових зобов'язань. А тому визнання договору недійсним завжди призводить до проблеми з фіскальними органами.

## Підстави недійсності договору про закупівлю

Договір про закупівлю є класичним двостороннім правочином, тобто погодженою дією двох сторін (частина 3 статті 202 ЦК України), а відтак на нього повною мірою поширюються положення ЦК України щодо недійсності правочинів.

Відповідно до частини 1 статті 215 ЦК України (далі — Кодекс) підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1-3, 5 та 6 статті 203 цього Кодексу, а саме:

Зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

Правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

Правочин, що вчиняють батьки (усиновлювачі), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

У контексті публічних закупівель вимога, встановлена частиною 6 статті 203 ЦК України,

не актуальна, а тому в рамках статті ми її не розглядатимемо. Слід підкреслити, що ЦК України не вимагає одночасного порушення всіх вказаних вимог, для визнання договору недійсним достатньо порушення і однієї умови.

Окрім перелічених у статті 215 ЦК України, існують додаткові підстави для недійсності договору про закупівлю, передбачені безпосередньо Законом України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі, Закон), відповідно до статті 37 якого договір про закупівлю є нікчемним у разі:

його укладення з порушенням вимог частини 4 статті 36 цього Закону;

його укладення в період оскарження процедури закупівлі відповідно до статті 18 цього Закону;

його укладення з порушенням строків, передбачених частиною другою статті 32 та абзацом восьмим частини третьої статті 35 цього Закону, крім випадків зупинення перебігу строків у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження відповідно до статті 18 цього Закону.

А відповідно до частини 3 статті 48 Бюджетного кодексу України (далі — Кодекс) укладення договору без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, установлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), є недійсними. За такою операцією не виникають бюджетні зобов'язання та не утворюється бюджетна заборгованість.

Розглянемо детальніше кожен з наведених підстав недійсності договору про публічну закупівлю. Принагідно зробимо застереження, що загальні підстави недійсності правочинів, передбачені статтею 215 ЦК України, а також підстава, передбачена статтею 48 Бюджетного кодексу України (для учасників бюджетного процесу), стосуються всіх договорів про закупівлю, незалежно від (не)проведення процедури закупівлі. Підстави нікчемності, передбачені статтею 37 Закону про публічні закупівлі, стосуються лише договорів, укладених за результатами визначених цим Законом процедур.

## **Підстава 1. Зміст правочину суперечить ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам**

**Що порушено?** Зміст договору становлять права та обов'язки, про набуття, зміну або припинення яких домовилися його сторони. Зміст договору закріплюється у його статтях (пунктах). При цьому актами цивільного законодавства відповідно до статті 4 ЦК України

(далі — Кодекс) є не лише сам Кодекс, а й інші закони України, які приймають відповідно до Конституції України та цього Кодексу, а також акти Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, інших органів державної влади, видані в межах наданих Конституцією та законами України повноважень.

**Як порушено?** Порушити цю вимогу можна безліччю способів, причому не лише в процесі підписання договору, наприклад, передбачивши аванс у більшому, аніж законодавчо дозволений, розмірі, але і на стадії вибору контрагента, наприклад, шляхом будь-якого порушення правил проведення процедури закупівлі, у результаті якої переможець безпідставно отримує контракт, на який не заслуговує (адже за умов дотримання порядку проведення процедури закупівлі він би не переміг), а також у разі укладення договору без застосування процедур закупівель.

**Що буде?** Ця підстава недійсності договору про закупівлю є найбільш поширеною, адже повну чи часткову недійсність договору може спричинити будь-яка невідповідність передбачених договором прав та обов'язків сторін як будь-якому акту законодавства, так і інтересам держави і суспільства або його моральним засадам. При цьому ступінь суперечності та мета правочину впливають на правові наслідки його недійсності.

Так (відповідно до частини 1 статті 228 ЦК України), якщо правочин був спрямований, зокрема, на незаконне заволодіння майном держави, АР Крим чи територіальної громади (а гроші, нагадаємо, теж охоплюються поняттям «майно»), то цей правочин є нікчемним як такий, що порушує публічний порядок, і спричинює наслідки, передбачені частинами 1–2 статті 216 ЦК України. Відповідно до частини 2 статті 228 ЦК України в разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу в обох сторін — у разі виконання правочину обома сторонами — у дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне — з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише в однієї зі сторін усе одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави.

---

У відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи не могла не знати про такі обмеження

---

## Підстава 2. Особа, яка вчиняє правочин, не має необхідного обсягу цивільної дієздатності

**Що порушено?** Цивільна дієздатність — це здатність мати (набувати) цивільні права та обов'язки, а також нести відповідальність за їх реалізацію. У контексті публічних закупівель прикладами застосування цієї підстави є укладення договору неуповноваженими представниками юридичних осіб, а також застосування статті 227 ЦК України, відповідно до якої правочин юридичної особи, учинений нею без відповідного дозволу (ліцензії), може бути визнаний судом недійсним.

Коротко зупинимось на першому прикладі, а саме на укладенні договору неуповноваженими представниками юридичних осіб. Коло осіб, через яких юридична особа набуває прав та обов'язків, визначене у статті 92 ЦК України. Їхні повноваження визначають установчі документи та/або закон. Окрім того, правочини можуть вчиняти на підставі довіреності. Проте трапляється так, що органи юридичної особи, призначені керувати її діяльністю, виходять за межі наданих їм статутом повноважень. Наприклад, одноособово укладають договори на значні суми, що відповідно до статуту потребують попереднього схвалення наглядовою радою чи загальними зборами, або шкодять такій юридичній особі в інший спосіб, наприклад, укладаючи договір на очевидно не вигідних умовах. У таких випадках слід пам'ятати: відповідно до частини 3 статті 92 ЦК України **у відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження**. А отже, підприємствам (як замовникам, так і учасникам), що грішать розмитими або ж неоднозначними формулюваннями повноважень своїх керівників у статутах та наказах про розподіл обов'язків між керівними працівниками, слід пам'ятати: який би не вигідний договір не уклав директор, його заступник чи виконувач обов'язків, якщо статутні чи інші надані для дослідження другій стороні документи (зокрема, згаданий наказ про розподіл обов'язків між керівництвом) не містять чітких та однозначних обмежень їхніх компетенції та повноважень, довести недійсність такого договору на тій підставі, що «...а він не мав права його підписувати...», не вдасться.

Що стосується ліцензування, то за останні роки список видів діяльності, що підлягають ліцензуванню (див. Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності»), істотно скоротився. Однак і сьогодні, зважаючи на коло інтересів замовників, він охоплює, зокрема, діяльність у сфері електроенергетики та на ринку природного газу, виробництво теплової енергії, освітню діяльність закладів освіти, будівництво об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів із середніми та значними наслідками, оптову та роздрібну торгівлю лікарськими засобами, надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення, перевезення пасажирів та небезпечних вантажів, охоронну діяльність, перероблення побутових відходів та ін. Оскільки реформа сфери ліцензування ще триває, інформація щодо наявності ліцензії в ЄДР ще не відображається:

з нею можна ознайомитися або на сайтах відповідних органів ліцензування. При цьому не всі ліцензіати мають ліцензії, оформлені на паперовому носіїві.

**Як порушено?** Відповідно до частини 2 статті 36 Закону про публічні закупівлі учасник-переможець процедури закупівлі під час укладення договору повинен надати дозвіл або ліцензію на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством. Ненадання такого дозволу або ліцензії (відповідно або в паперовій формі, або у формі відомостей з відповідного ліцензійного реєстру) слід розцінювати як відмову переможця від підписання договору, що відповідно до частини 3 статті 32 Закону про публічні закупівлі має наслідком відхилення його пропозиції та визначення іншого переможця серед тих учасників, строк дії тендерної пропозиції яких ще не минув.

**Що буде?** Розглянемо три випадки: 1) переможець не надав дозвіл/ліцензію, а замовник усе ж уклав з ним договір; 2) переможець надав підроблений документ у паперовій формі, у результаті чого було укладено договір; 3) переможець мав ліцензію на момент проведення тендеру, однак до моменту укладення договору ліцензію було анульовано. Ці три випадки хоча й відрізняються вихідними умовами, та все ж спричиняють однакові наслідки: у момент укладення договору виконавець не мав права братися за роботу, а відтак цей договір підпадає під дію статті 227 ЦК України і може бути визнаний судом недійсним. Водночас кожен випадок відрізняється ступенем вини членів тендерного комітету, що може варіювати від недбалості до прямого умислу.

Якщо договір буде визнано недійсним на підставі статті 227 ЦК України, то сторони мають бути повернуті до попереднього стану та відшкодувати одна одній завдані збитки. Саме при оцінці розміру заподіяних збитків і матиме значення ступінь вини членів тендерного комітету: очевидно, що замовник не може очікувати повноцінного покриття власних збитків, якщо свідомо пішов на укладення договору з особою, яка завідомо не могла його виконати. Однак адміністративний штраф членам тендерного комітету не загрожує, оскільки такі дії не охоплено диспозицією статті 164<sup>14</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП).

Виконавцеві за здійснення господарської діяльності без одержання ліцензії чи дозволу загрожує накладення штрафу на посадових осіб від однієї тисячі (17 000 грн) до двох тисяч (34 000 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва, сировини і грошей, одержаних унаслідок вчинення цього адміністративного правопорушення, чи без такої (стаття 164 КУпАП). При цьому в разі надання підробленого документа в діях виконавця вбачатимуть ще й склад злочину, передбачений статтею 358 Кримінального кодексу України. Слід розглянути ще один випадок, а саме анулювання ліцензії, чинної на момент укладення договору, у період дії цього договору. Оскільки підставою недійсності договору є недотримання вимог закону саме та лише в момент його укладення, то наступне анулювання ліцензії після укладення договору не спричиняє його недійсність. Однак і провадити без дозволу діяльність, що є предметом договору, виконавець також правомірно не зможе, а відтак зобов'язання не

буде виконане своєчасно та в повному обсязі. Щоб вийти із даної ситуації, виконавцеві доведеться або залучити субпідрядника (у випадку закупівлі робіт або послуг), залишаючись відповідальним перед замовником за результат його роботи (статті 838, 902 ЦК України), або, у випадку постачання товарів, замінити себе як боржника в зобов'язанні (стаття 520 ЦК України — лише за згодою замовника). Зауважимо, що хоча формально Закон про публічні закупівлі не забороняє заміну сторони в зобов'язанні, та зловживати цим інструментом не слід, щоб не наразитися на звинувачення в порушенні засад добросовісної конкуренції серед учасників.

---

У контексті помилки і обману слід чітко розмежовувати помилку (обман) щодо характеристик речі і передачу речі неналежної якості. У першому випадку йтиметься про недійсність договору, а в другому — про неналежне виконання дійсного договору

---

### **Підстава 3. Волевиявлення сторони договору не є вільним та/або не відповідає його внутрішній волі**

**Що порушено?** Укладення договору в умовах, коли або волевиявлення сторін не є вільним, або не відповідає внутрішній волі сторін, наявне у випадку обману (стаття 230 ЦК України), насильства (стаття 231 ЦК України), помилки (стаття 229 ЦК України), тяжкої обставини (стаття 233 ЦК України), а також зловмисної домовленості представників сторін (стаття 232 ЦК України).

Хоча теоретично в публічних закупівлях можливий кожен з названих випадків, та переважно може йтися або про помилку, або про обман.

Якщо особа, відповідно до статті 229 ЦК України, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, то такий правочин може бути визнаний судом недійсним. **Істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і характеристик речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням.** Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, установлених законом. Слід звернути увагу, що не є помилкою щодо якості речі неможливість її використання або виникнення труднощів у її використанні (що сталося після виконання хоча б однією зі сторін зобов'язань, які виникли з правочину), які не пов'язані з поведінкою іншої сторони правочину (зазначене справедливе для всіх випадків непередуманих або ж узагалі непотрібних покупок, наприклад, коли замовник придбав обладнання, яке не може змонтувати через архітектурні особливості власних приміщень). Не має правового значення помилка щодо розрахунку одержання користі від вчиненого правочину, а також помилка внаслідок власного недбальства, незнання закону чи його неправильного тлумачення (див. пункт 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 №



9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»).

Якщо щодо згаданих істотних обставин одна зі сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману, то правочин визнається судом недійсним як такий, що вчинений під впливом обману. Обман є, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування (стаття 230 ЦК України).

У контексті помилки і обману слід чітко розмежовувати помилку (обман) щодо властивостей та характеристик речі і передачу речі неналежної якості. У першому випадку йтиметься про недійсність договору, а в другому — про неналежне виконання дійсного договору. Саме тому замовникові вкрай важливо не лише детально визначати характеристики предмета закупівлі, а й попередньо достеменно з'ясувати власні потреби і детально ознайомитися з пропозиціями на ринку.

**Як порушено?** Помилка замовника в публічних закупівлях здебільшого може статися в разі застосування переговорної процедури. У рамках відкритих торгів довести помилку замовника практично неможливо, оскільки всі умови тендеру диктує виключно сам замовник, який вкрай детально і скрупульозно випишує в тендерній документації предмет закупівлі, його характеристики, властивості, вимоги до постачальника, строки договору і т. д., а за найменше відхилення від висунутих вимог дискваліфікує учасника. За таких умов замовник хоч і помилиться щодо якихось істотних обставин, то виключно з власної недбалості. У рамках конкурентного діалогу говорити про помилку замовника також доволі складно, адже, згідно зі статтею 34 Закону про публічні закупівлі, якщо на першому етапі діалогу замовник ще може не знати достеменно, що йому потрібно, то на другому етапі він повинен із цим питанням визначитися і внести ясність у тендерну документацію, запросивши всіх учасників, які брали участь у діалозі, для подання остаточних пропозицій. Інакше кажучи, складається та сама картина, що й із тендером: як можна довести помилку замовника, якщо він точно знав і детально роз'яснив, що бажає придбати? І зовсім інша річ — переговорна процедура, яка від банального обміну офертою та акцептом відрізняється лише необхідністю публікації інформації на веб-порталі публічних закупівель.

Обман від помилки відрізняється умислом контрагента (постачальника): він умисно вводить замовника в оману щодо обставин, які мають істотне значення, або ж свідомо замовчує їх існування. Відтак обман у публічних закупівлях може бути в рамках переговорної процедури або конкурентного діалогу, тобто тоді, коли потенційні постачальники в рамках переговорного процесу можуть вплинути на рішення замовника щодо суті закупівлі.

**Що буде?** І помилка, і обман призводять до двосторонньої реституції. При цьому у випадку обману сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки в подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку зі вчиненням цього правочину. У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.

Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.

---

Удаваний договір не є ані нікчемним, ані оспорюваним: якщо буде встановлено, що правочин було вчинено сторонами для приховування іншого правочину, то відносини сторін регулюються правилами щодо правочину, який сторони насправді вчинили

---

## **Підстава 4. Договір не спрямовано на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним**

**Що порушено?** Відповідно до статті 234 ЦК України правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином, *вважається фіктивним і визнається судом недійсним.*

**Як порушено?** Для фіктивного правочину характерне лише документальне його оформлення без проведення реальної операції. Переважно в разі укладення фіктивного договору сторони можуть провести монументальну паперову роботу і мати ідеально складені документи, однак насправді господарська операція не відбувається: немає постачання товарів, немає виконаних робіт чи наданих послуг, усе зроблено лише «на папері» та «про людське око». Фіктивний правочин, як правило, вчиняють для маскуванню злочинів — банального розкрадання коштів або ж отримання неправомірної податкової вигоди у формі податкового кредиту для постачальника за безтоварними операціями, рідше — для імітації бурхливої діяльності на порожньому місці.

Яскравим прикладом фіктивного договору про закупівлю є випадок, коли замовник, уклавши договір з виконавцем, однак не отримавши ані товару, ані роботи, ані послуги, підписує акти приймання-передачі (товару, наданих послуг, виконаних робіт), перетворюючи себе на боржника, однак відмовляючись добровільно оплачувати рахунки. А виконавець, отримавши відмову, звертається до суду з позовом про стягнення заборгованості. Якщо вчасно не вжити адекватних правових заходів для захисту інтересів такого горе-замовника, то він неодмінно програє суд та сповна оплатить виставлені рахунки.

**Що буде?** Фіктивний договір не є нікчемним, він є оспорюваним. Тобто його недійсність слід довести в суді, спростувавши презумпцію правомірності правочину, встановлену статтею 204 ЦК України. Фіктивний договір — це завжди умисел обох його сторін, які розуміють, на що йдуть. Якщо одна сторона договір повністю чи частково виконала (наприклад, замовник передав аванс на будівельні роботи), а інша сторона — ні (наприклад, підрядник так і не приступив до будівництва), то це не фіктивний договір, а неналежне виконання умов звичайного договору.

Оскільки в рамках фіктивного правочину жодні дії, окрім його документального оформлення, не вчиняють, то жодних цивільно-правових заходів, тобто повернення сторін до попереднього стану, не буде. Інша річ — податкові штрафи за безпідставно одержаний податковий кредит чи кримінальне провадження за фактом розкрадання чи ухилення від сплати податків.

Якщо якісь дії були вчинені, то може йтися про вдаваний договір, тобто такий, що вчинено сторонами для приховування іншого договору, який вони насправді вчинили (стаття 235 ЦК України). Наприклад, замовник уклав договір про закупівлю, потреби в якій і так наче не було, та надав чималий аванс постачальникові. Коли термін виконання зобов'язання підійшов, то постачання так і не відбулася, а постачальник, покаявшись, повернув замовникові кошти без жодних санкцій (пені, неустойки чи принаймні 3 % річних). У підсумку маємо: замовник гроші не втратив, однак і товари (роботи, послуги) не придбав. Хтось може сказати, мовляв, з постачальником не пощастило. Однак для аудиторів висновок очевидний: ідеться про приховане кредитування сторонніх осіб коштом замовника. Удаваний договір не є ані нікчемним, ані оспорюваним: якщо буде встановлено, що правочин було вчинено сторонами для приховування іншого правочину, який вони насправді вчинили, то відносини сторін регулюються правилами щодо правочину, який сторони насправді вчинили.

---

Відповідно до частини 1 статті 37 Закону про публічні закупівлі договір про закупівлю, укладений з порушенням вимог частини 4 статті 36 цього Закону, є нікчемним

---

## **Підстава 5. Договір укладено з порушенням вимог частини 4 статті 36 Закону України «Про публічні закупівлі»**

**Що порушено?** Відповідно до частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури. На перший погляд зрозуміла норма містить у собі підводні камені у вигляді термінологічної неточності Закону про публічні закупівлі.

**Як порушено?** Щоб зрозуміти можливі способи порушення зазначеної норми Закону, слід з'ясувати ключове питання: що від чого не повинно відрізнятися, тобто що таке умови договору, зміст тендерної пропозиції за результатами аукціону, ціна переможця переговорної процедури.

Поняття умов договору беремо із ЦК України. Відповідно до статті 628 ЦК України зміст

договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Отже, *умови договору — це всі та кожен його пункт.*

А визначення поняття «зміст тендерної пропозиції» жоден акт законодавства не містить. Визначення тендерної пропозиції, наведене в пункті 30 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі, ясності не додасть, оскільки сформульоване через самого себе: *тендерна пропозиція — пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовникові відповідно до вимог тендерної документації.* Тим не менш словосполучення «зміст тендерної пропозиції» в тексті Закону про публічні закупівлі зустрічається тричі: у частині 3 статті 22, частині 5 статті 28 і, власне, частині 4 статті 36. За відсутності легального визначення логічно звернутися до тлумачного словника української мови, який надасть, зокрема, таке тлумачення: зміст — те, про що говориться, розповідається де-небудь, те, що описується, зображується (перев. у книзі, статті і т. ін.)<sup>[1]</sup>. Скориставшись таким визначенням, дійдемо висновку, що **абсолютно вся інформація, наведена в тендерній пропозиції учасника, яка так чи інакше стосується майбутніх прав та обов'язків за договором про закупівлю, тобто: умови, які запропоновані учасником самостійно (зокрема, щодо конкретного асортименту, відстрочки оплати чи гарантійних строків); усі умови замовника, на які погодився учасник (включаючи кожен пункт проекту договору, згоду з яким учасник надав у складі пропозиції); ціна тендерної пропозиції, скоригована за результатом аукціону, — охоплюється поняттям «зміст тендерної пропозиції за результатами аукціону».** Саме цим підходом і послуговуватимуться контрольні органи, оцінюючи дії замовників, саме такий підхід доцільно застосовувати добросовісному замовникові. Однак ми подивимося на ситуацію і з протилежного боку. По-перше, звернемося до частини 5 статті 28 Закону, у якій ідеться про те, що «замовник та учасники не можуть ініціювати будь-які переговори з питань внесення змін до *«змісту або ціни поданої тендерної пропозиції»*». Оскільки в Законі зазначено «змісту АБО ціни» (а не «змісту, У ТОМУ ЧИСЛІ ціни»), то напрошується висновок: зміст тендерної пропозиції не включає ціну! Висновок хоча й логічний, однак сумнівно узгоджується з уточненням після слів «змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону» у дужках «(у тому числі ціни за одиницю товару)», адже таке уточнення начебто вказує на загальну ціну тендерної пропозиції та, у разі закупівлі товару, його кількість. По-друге, в абзаці першому частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі альтернативою «змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару)» є «ціна пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури». Що ж тоді виходить: у разі тендеру треба дотриматися абсолютно всіх умов (щодо предмета, кількості, якості, строків постачання, гарантійних умов і т. д.), зафіксованих у тендерній пропозиції та тендерній документації, а в разі переговорної процедури достатньо, щоб ціна переможця збігалася з його пропозицією, а решту умов можна «відкоригувати за згодою сторін»?! Це, як мінімум, несправедливо. Чи, може, навпаки: законодавець зробив акцент на ціні, а отже, незалежно від виду процедури закупівлі головне, щоб ціна переможця за предмет

закупівлі (лот) збігалася з тією, що була визначена за підсумками аукціону чи переговорів? Такі суперечності у законодавстві, тобто недостатня формальна визначеність норми права, і утворюють сумнозвісні лазівки, через які несумлінні замовники та учасники публічних закупівель часом уникають відповідальності за дії, яких від них явно ніхто не чекав. Адже, як казали ще давні римляни, якщо закон неясний — то закону немає.

У цьому контексті вкотре нагадаємо одну з найбільш поширених помилок серед замовників — надмірну деталізацію проекту договору, що входить до складу тендерної документації. Адже практично кожна тендерна документація передбачає обов'язок учасника надати заяву-згоду з проектом такого договору (а то й скан-копію підписаного учасником проекту), ненадання якої спричиняє відхилення пропозиції через її невідповідність умовам тендерної документації. Такими діями замовник через імперативний припис частини 1 статті 631 ЦК України перетворює абсолютно всі умови складеного ним проекту договору, до останньої коми, на істотні. Водночас, як відомо, частина 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі не розрахована на зміну будь-яких інших істотних умов, окрім ціни, предмета (в частині якості та обсягу) і строку. У такий спосіб замовник сам себе ставить у ситуацію неможливості майбутнього внесення змін до договору (чи навіть відхилення від проекту на стадії його укладення), окрім прямо передбачених законом випадків. А тому замовникам при складанні проекту договору слід тричі подумати, перш ніж розписувати проект на 10 аркушів.

Тепер звернемося до ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури. Ціна договору в гривнях із урахуванням податків та зборів та з/без валютного еквівалента має точно відповідати ціні відповідного учасника переговорної процедури. От тільки три із семи підстав для проведення переговорної процедури (нагальна потреба, двічі відмінений тендер, закупівля юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України) передбачають конкуренцію на ринку. А якщо є конкуренція, то є альтернативні пропозиції не лише щодо ціни, але і щодо якості, строків виконання/поставки, умов оплати, гарантійних умов тощо, не кажучи вже про конкурентні переваги учасників (досвід, репутація, безпосередній виробник/прямий імпортер чи офіційний дилер і т. д.). При цьому Закон не містить жодних правил оцінки пропозицій учасників, які відрізняються не лише ціною. Та й узагалі не зобов'язує замовника залучити до переговорів за вказаними підставами більше одного учасника. З решти чотирьох підстав для проведення переговорної процедури дві не передбачають можливості конкуренції на ринку, а ще дві стосуються повторної закупівлі в того самого постачальника. За таких умов складно уявити випадок, коли ціна укладеного договору не співпаде із ціною, запропонованою учасником у переговорній процедурі. При цьому кожна із семи підстав для проведення переговорної процедури містить спеціальні умови її застосування. Однак недотримання цих умов не згадано в частині 1 статті 37 Закону, а відтак не визнано підставою нікчемності укладеного договору. Отже, маємо чергову лазівку в законодавстві: договір про закупівлю за підсумками переговорної процедури, ціна якого не збігається із ціною, зафіксованою у відповідній пропозиції учасника переговорної процедури чи протоколі переговорів, є нікчемним (частина 1 статті 37

Закону), а укладений з порушенням умов застосування переговорної процедури, передбачених частиною 2 статті 35 Закону, — лише оспорюваним (частина 1 статті 215, частина 1 статті 203 ЦК України).

### [1]

Словник української мови: в 11 томах. — Том 3, 1972. — Стор. 624. — Електронний ресурс — Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/zmist>.

**Що буде?** Відповідно до частини 1 статті 37 Закону про публічні закупівлі договір про закупівлю, укладений з порушенням вимог частини 4 статті 36 цього Закону, є нікчемним. Для цього випадку є характерними звичайні наслідки недійсності правочинів, установлені частинами 1–2 статті 216 ЦК України (двостороння реституція та відшкодування збитків).

В період оскарження замовникові заборонено вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі

## Підстава 6. Договір укладено в період оскарження процедури закупівлі

**Що порушено?** Відповідно до абзаців 2 і 4 частини 7 статті 18 Закону про публічні закупівлі в період оскарження замовникові заборонено вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі; у будь-якому разі укладення договору про закупівлю під час оскарження заборонено. Ця норма поширюється на всі процедури закупівель, однак стосується виключно адміністративного оскарження процедури закупівлі до органу оскарження.

**Як порушено?** Закон не містить чіткої вказівки щодо того, який часовий інтервал охоплює період оскарження. Проте, як ми вже вказували вище, характерною рисою нікчемних правочинів є очевидність порушення як для учасників правочину, так і для третіх осіб. А отже, початок і кінець процедури оскарження повинен бути очевидний для всіх зацікавлених осіб.

Відповідно до абзацу 1 частини 6 статті 18 Закону **датою початку розгляду скарги є дата оприлюднення реєстраційної картки скарги в електронній системі закупівель**, яка своєю чергою формується автоматично в день розміщення (подання) скарги в електронній системі закупівель і яка того ж дня надходить замовникові і органу оскарження.

Хоча вище наведена норма і вказує на дату початку розгляду скарги органом оскарження,

та насправді цей розгляд слід розділити на два етапи, давши їм для зручності власні назви: 1) попередній розгляд — протягом трьох робочих днів з дня внесення скарги до реєстру скарг та формування її реєстраційної картки, за наслідками якого орган оскарження приймає одне з таких рішень: або про прийняття скарги до розгляду із зазначенням дати, часу і місця розгляду скарги, або про залишення скарги без розгляду, або про припинення розгляду скарги. Ці рішення автоматично оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу і надходять суб'єктові оскарження та замовникові; 2) розгляд по суті (частина 6 статті 18 Закону), який відбувається, якщо орган оскарження протягом згаданих вище трьох робочих днів не залишив скаргу без розгляду (частина 4 статті 18 Закону) чи не припинив її розгляд (частина 5 статті 18 Закону). За результатами розгляду скарги по суті на засіданні органу оскарження приймають рішення, яке, хоча і набуває чинності з дня прийняття, однак не доводять до відома зацікавлених сторін негайно: відповідно до абзацу 12 частини 11 статті 18 Закону **протягом одного робочого дня після прийняття рішення за результатами розгляду скарги орган оскарження в електронній системі закупівель надає інформацію про резолютивну частину рішення та протягом трьох робочих днів з дня його прийняття розміщує рішення в електронній системі закупівель**. Таким чином, якщо скаргу буде прийнято до розгляду по суті, то всі зацікавлені особи (якщо тільки вони не були присутні на засіданні органу оскарження) довідаються про результат такого розгляду з моменту оприлюднення принаймні резолютивної частини рішення органу оскарження — протягом одного робочого дня після його прийняття.

Таким чином, **період оскарження — інтервал часу від моменту оприлюднення реєстраційної картки скарги в електронній системі закупівель (абзац 1 частини 6 статті 18 Закону) до моменту оприлюднення в цій системі одного з трьох рішень органу оскарження: або про залишення скарги без розгляду, або про припинення розгляду скарги, або резолютивної частини рішення за результатами розгляду скарги по суті (абзац 12 частини 11 статті 18 Закону).**

Зауважимо, що порушити вказану вище норму закону можна не лише укладенням договору в період оскарження, тобто якщо дата договору перебуватиме в межах строку оскарження. Порушення буде й у випадку, якщо замовник та учасник на свій страх і ризик розпочнуть виконання договору до його укладення, сподіваючись на позитивний для них результат розгляду скарги. Цю обставину не приховаєш: уклавши договір, сторони вимушено застосують статтю 631 ЦК України, поширивши його дію на відносини, що існували між ними вже в період оскарження.

**Що буде?** У такому випадку наступають звичайні наслідки недійсності правочинів, установлені частинами 1–2 статті 216 ЦК України (двостороння реституція та відшкодування збитків).

---

Договір про закупівлю є нікчемним у разі його укладення з порушенням строків, передбачених частиною 2 статті 32 та абзацом 8 частини 3 статті 35 Закону про публічні

закупівлі, крім випадків зупинення перебігу строків у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження

## Підстава 7. Договір укладено з порушенням установлених строків

**Що порушено?** Відповідно до абзацу 4 частини 1 статті 37 Закону про публічні закупівлі договір про закупівлю є нікчемним у разі його укладення з порушенням строків, передбачених частиною 2 статті 32 та абзацом 8 частини 3 статті 35 цього Закону, крім випадків зупинення перебігу строків у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження відповідно до статті 18 цього Закону.

**Як порушено?** Закон про публічні закупівлі установлює чіткі часові рамки укладення договору про закупівлю, залежно від виду процедури, а саме:

*відкриті торги: не раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, однак не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця (частина 2 статті 32 Закону);*

*конкурентний діалог: не раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, однак не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця (частина 2 статті 32, абзаци 10–11 статті 34 Закону);*

*переговорна процедура: не раніше ніж через 10 та не пізніше ніж через 35 днів з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі та не пізніше 5 та 20 днів відповідно (у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої цієї статті, а також у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передання та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення та послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування) (абзац 8 частини 3, абзац 6 частини 4 статті 35 Закону).*



Звернемо увагу на два нюанси.

**По-перше**, хоча Закон установлює для переговорної процедури обидва часових пороги для укладення договору про закупівлю, та за змістом статті 37 Закону підставою нікчемності договору є порушення лише першого з них: оскільки абзац 4 частини 1 статті 37 Закону відсилає нас лише до абзацу 8 частини 3 статті 35 цього Закону, а крайній термін укладення договору про закупівлю за переговорною процедурою (35/20 днів з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір) передбачений абзацом 6 частини 4 статті 35 Закону, то маємо висновок: надто рано укладений договір — нікчемний, а надто пізно — лише оспорюваний.

**Зауважимо також, що в абзаці 6 частини 4 статті 35 Закону вказано не на укладення договору, а на непідписання його учасником.** На перший погляд видається, що замовник може дозволити собі підписати договір пізніше встановлених вказаною нормою строків. Однак пам'ятаймо, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (стаття 638 ЦК України). При цьому через специфіку процедур закупівель проект договору про закупівлю завжди складає замовник і передає учасникові вже підписаним. А тому малоімовірним є випадок підписання договору лише учасником. Якщо ж з якихось причин таки складеться ситуація, за якої після спливу 35/20 днів з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір такий договір буде підписано лише учасником, то замовник ризикує опинитися між двох вогнів: учасник вимагатиме через суд укладення договору (адже про такий намір було заявлено на веб-порталі, що може бути оцінено як акцепт), а в разі укладення договору інші зацікавлені суб'єкти оспорюватимуть його дійсність як укладеного з порушенням установлених строків. А відтак замовникові, який дійсно прагне закупити товар (роботу, послугу), рекомендовано укладати договір про закупівлю за результатами переговорної процедури не пізніше спливу строку, зазначеного в абзаці 6 частини 4 статті 35 Закону.

**По-друге**, відповідно до абзацу 2 частини 8 статті 18 Закону **перебіг строків, установлених для укладення договору про закупівлю, продовжується з дня, наступного за днем прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги, рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду.** Однак резолютивна частина рішення органу оскарження, як уже було зазначено вище, публікують протягом одного робочого дня з дня його прийняття (а повний текст узагалі протягом трьох робочих днів). Як бачимо, в одному випадку йдеться про один робочий день, а в іншому — про наступний день (і оскільки не уточнено про робочий, то вочевидь ідеться про календарний). Якщо рішення приймають принаймні в передостанній робочий день тижня (тобто, як правило, у четвер), то ці дні збігатимуться; а от у разі прийняття рішення в п'ятницю формально перебіг строку на укладення договору відновиться вже в суботу, хоча резолютивна частина рішення органу оскарження може бути оприлюднена лише в понеділок. При цьому ані замовник, ані скаржник, ані інші учасники процедури закупівлі не зобов'язані брати участь (чи принаймні бути присутніми) на засіданні органу оскарження під час розгляду скарги.

Власне, Закон про публічні закупівлі взагалі не регламентує порядок особистої участі в засіданнях органу оскарження. Тож коли насправді відновиться перебіг строку на укладення договору: наступного календарного дня, наступного робочого дня після прийняття рішення органом оскарження чи з моменту оприлюднення принаймні його резолютивної частини (якщо з якихось причин це відбудеться із запізненням)? Попри пряму вказівку в абзаці 2 статті 18 Закону вважаємо, що в разі якщо резолютивна частина рішення органу оскарження не була оприлюднена наступного календарного дня після прийняття (незалежно від причин — вихідний день, технічні проблеми і т. д.), а для замовника, який не брав участі (не був присутнім його представник) у засіданні органу оскарження щодо розгляду скарги по суті, критично важливо мати в запасі оті один-два дні, втрачені внаслідок несвоєчасного оприлюднення рішення АМКУ, то з огляду на закріпленій у частині 1 статті 57 Конституції України принцип права замовник цілком правомірно може вважати відновленим перебіг строку на укладення договору про закупівлю з дня оприлюднення рішення Уповноваженого органу в електронній системі закупівель, оскільки до цього моменту він просто не знав і не міг знати про своє право укласти договір.

**Що буде?** Як і в попередньому випадку, настають звичайні наслідки недійсності правочинів, установлені частинами 1–2 статті 216 ЦК України (двостороння реституція та відшкодування збитків).

---

Відповідно до статті 48 Бюджетного кодексу України розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання та здійснюють платежі тільки в межах бюджетних асигнувань, установлених кошторисами

---

## **Підстава 8. Укладення договору без бюджетних асигнувань або з перевищенням бюджетних повноважень**

**Що порушено?** По-перше, українське бюджетне законодавство прямо забороняє бюджетним установам створювати та накопичувати борги: кожна установа може витратити рівно стільки, скільки фактично отримає. Так, відповідно до статті 48 Бюджетного кодексу України (далі — БК України) **розпорядники бюджетних коштів беруть бюджетні зобов'язання та здійснюють платежі тільки в межах бюджетних асигнувань, установлених кошторисами, та беруть бюджетні зобов'язання за спеціальним фондом бюджету виключно в межах відповідних фактичних надходжень спеціального фонду бюджету (з дотриманням вимог частини другої статті 57 цього кодексу).**

По-друге, БК України чітко визначає бюджетні повноваження кожного учасника

бюджетного процесу, тобто права та обов'язки учасників бюджетного процесу з управління бюджетними коштами (частина 3 статті 19 БК України), водночас закріплюючи принцип цільового використання бюджетних коштів: бюджетні кошти використовують тільки на цілі, визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями (пункт 8 частини 1 статті 7 БК України). Інакше кажучи, кожна копійка з державного та місцевого бюджетів має свого розпорядника і свою мету.

Відповідно до частини 3 статті 48 БК України (далі — Кодекс) 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, установлених 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.

**Як порушено?** Бюджетним правопорушенням буде визнано укладення будь-якого договору щодо придбання товарів, робіт або послуг, на які відповідному замовникові розпорядником вищого рівня не виділено коштів.

**Що буде?** Наслідки недійсності за такими правочинами дещо відрізняються від установлених частинами 1–2 статті 216 ЦК України. Відповідно до частини 4 статті 48 БК України зобов'язання, взяті учасником бюджетного процесу без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, установлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), **не вважаються бюджетними зобов'язаннями** (крім витрат, що здійснюються відповідно до частини шостої цієї статті) **і не підлягають оплаті коштами з бюджету**. Взяття таких зобов'язань є порушенням бюджетного законодавства (пункт 20 частини 1 статті 116 БК України).

**Витрати бюджету на покриття таких зобов'язань не здійснюються.** Вимоги фізичних і юридичних осіб щодо відшкодування збитків та/або шкоди за зобов'язаннями, взятими розпорядниками бюджетних коштів без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, установлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), **стягують з осіб, винних у взятті таких зобов'язань, у судовому порядку**. Таким чином, реституція (повернення сторін до попереднього стану) буде переважно одностороння, оскільки витрати бюджету за такими договорами не здійснюються, то бюджетна установа просто поверне одержане; якщо через недогляд Казначейства така відбулася оплата за договором, то реституція буде двостороння. Однак збитки постачальника (як реальні збитки, так і упущена вигода — стаття 22 ЦК України) у жодному випадку не будуть відшкодовані коштом бюджетної установи (відповідного бюджету). Відповідачем за позовом про відшкодування таких збитків стане підписант незаконного договору, а якщо договір укладено за результатом процедури закупівлі, то й тендерний комітет.

Окрім того, учасникові бюджетного процесу «світить» зупинення операцій з бюджетними коштами та/або призупинення бюджетних асигнувань (пункти 2, 3 частини 1 статті 17 БК

України).

## Хто може оспорити договір про закупівлю?

Визнання договору недійсним — один із способів захисту цивільних прав, передбачений статтею 16 ЦК України.

Відповідно до частини 3 статті 215 ЦК України звернутися з позовом про визнання правочину недійсним може або одна зі сторін, або інша зацікавлена особа. Так само будь-яка зацікавлена особа може вимагати застосування наслідків недійсності нікчемного правочину (частина 5 статті 216 ЦК України). Якщо зі сторонами правочину все ясно, то для визначення кола зацікавлених осіб слід звернутися до процесуального законодавства.

Оскільки спори з приводу недійсності договорів про закупівлю розглядають, як правило, в порядку господарського судочинства, то звернемося саме до Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України). Відповідно до статті 1 ГПК України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності (далі — підприємства та організації), мають право звертатися до господарського суду згідно зі встановленою підвідомчістю господарських справ **по захист своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів**, а також для вжиття передбачених цим кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням. У випадках, передбачених законодавчими актами України, до господарського суду мають право також звертатися **державні та інші органи, фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності**.

Відповідно до статті 2 ГПК України Господарський суд порушує справи за позовними заявами:

підприємств та організацій, які звертаються до господарського суду по захист своїх прав та охоронюваних законом інтересів;

державних та інших органів, які звертаються до господарського суду у випадках, передбачених законодавчими актами України;

прокурорів, які звертаються до господарського суду в інтересах держави;

Рахункової палати, яка звертається до господарського суду в інтересах держави в межах повноважень, що передбачені Конституцією та законами України.

Таким чином, юридичні особи як суб'єкти господарських відносин та фізичні особи-підприємці можуть звернутися до господарського суду лише по захист **своїх власних**

**прав та охоронюваних законним інтересів, якщо такі були порушені чи оспорені (не визнані), а також у формі превентивного заходу — для запобігання такому порушенню.** При цьому не слід вважати, що право чи інтерес можуть бути виключно комерційними (тобто стосуватися неодержаних потенційних прибутків). Суб'єкти владних повноважень через припис статті 19 Конституції України можуть звертатися до господарського суду із вказаним позовом лише у випадку, прямо передбаченому законом, тобто за наявності відповідних повноважень.

Звідси маємо: щоб оскаржити договір про закупівлю, позивач, що не є стороною договору, має продемонструвати суду свій власний інтерес у справі. Відтак до кола потенційних позивачів зараховуємо:

усіх учасників процедури закупівлі, яким не пощастило виграти тендер, незалежно від причин невдачі (дискваліфіковані чи просто не підійшли за ціною чи сукупністю критеріїв), їхній інтерес комерційний, адже будь-хто з учасників гіпотетично міг стати переможцем і отримати контракт);

будь-якого потенційного постачальника, якого замовник оминув при проведенні переговорної процедури або ж уклав договір узагалі без застосування закону, якщо відповідно до Закону про публічні закупівлі мала бути застосована конкурентна процедура (їхній інтерес так само комерційний, адже в даному випадку замовник власними протиправними діями просто не допустив їх до відбору);

засновників та/або учасників сторони договору про закупівлю;

громадські організації, якщо такий позов узгоджується зі статутними цілями їх діяльності (у такому випадку підлягатиме захисту, зокрема, законний інтерес громадської організації щодо дотримання законності у сфері публічних фінансів);

органи управління об'єктами державної власності (у тому числі міністерства відносно підприємств, що перебувають у сфері їх управління) на підставі пунктів 3, 4<sup>2</sup>, 5, 6, 8<sup>1</sup>, 12, 20 частини 1 статті 6 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»;

орган та посадові особи місцевого самоврядування (відповідно до статей 18<sup>1</sup> та 71 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»);

органи державного нагляду (контролю), що здійснюють контроль за видом діяльності, яка потребує ліцензування [про визнання договору недійсним на підставі статті 227 ЦК України (пункт 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання

правочинів недійсними»)];

прокурор, якщо доведе порушення або загрозу порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу, крім випадку представництва в суді інтересів держави в особі державних компаній (частина 3 статті 23 Закону України «Про прокуратуру»).

Ані Рахункова палата України, ані Антимонопольний комітет України з таким позовом звернутися не зможуть (якщо тільки вони не є стороною оспорюваного договору), оскільки такі повноваження не передбачені відповідно Законами України «Про Рахункову палату України» та «Про Антимонопольний комітет України».

Що стосується Державної аудиторської служби України, то вона, як правило, у таких справах виступає третьою особою на стороні позивача (якщо позов ґрунтується на матеріалах проведеного нею контрольного заходу). Річ у тому, що відповідно до пункту 8 статті 10 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» Держаудитслужбі надано право не звертатися з позовом про визнання недійсними договорів, **а порушувати перед відповідними державними органами питання про визнання недійсними договорів, укладених із порушенням законодавства**. І хоча судова практика знає кілька позитивних рішень у справах за позовами Держаудитслужби про визнання недійсними договорів, як правило, цю норму застосовують в інший спосіб — ініціюють пред'явлення відповідного позову або сама підконтрольна установа, або її орган управління, або прокуратура.

Позовна давність за вимогою про визнання договору недійсним та застосування наслідків недійсності, про встановлення нікчемності договору та застосування наслідків нікчемності становить три роки, однак початок її перебігу різний: у першому випадку — від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила; у другому випадку — від дня, коли почалося виконання нікчемного правочину (стаття 261 ЦК України).

Принагідно застережемо щодо чинної на даний час судової практики. По-перше, оскільки Закон про публічні закупівлі застосовують заледве рік, то зрозуміло, що судової практики саме з питань застосування цього закону, на відміну від застосування його попередників, буде вкрай мало. При цьому слід пам'ятати, що практичне значення має лише практика вищих судових інстанцій, насамперед — Верховного Суду України, висновки якого відповідно до статті 111<sup>28</sup> ГПК України, викладені в його постанові, прийнятій за результатами перегляду рішення з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм права, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права і має бути використаний іншими судами загальної

юрисдикції при застосуванні таких норм права. По-друге, оскільки відповідно до вже згаданої статті 111<sup>28</sup> ГПК України обов'язковий до застосування/врахування висновок Верховного Суду України завжди стосується **конкретної норми права (тобто правила поведінки), викладеної в конкретному нормативно-правовому акті**, у разі судового розгляду спору за чинним Законом про публічні закупівлі судова практика за його попередником (Законом України «Про здійснення державних закупівель») може бути застосована в порядку аналогії (щоб зрозуміти загальний підхід судової системи до оцінки тих чи інших обставин), однак не послужить безапеляційним аргументом.