

На висновок ДАСУ надали інформацію про неможливість усунення встановлених порушень: де відповідальність за невиконання?

У разі складання висновку за результатами моніторингу процедури закупівлі (далі — висновок), в якому вказується про порушення законодавства, обов'язком замовника є оприлюднення інформації, згідно з абзацом 2 частини 8 статті 8 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі). На перший погляд, для замовника привабливий варіант — надання інформації про причини неможливості усунення виявлених порушень, оскільки цей варіант не вимагає ні оскаржувати дії Державної аудиторської служби України (надалі — ДАСУ), ні фактично виконувати вимоги, викладені у висновку. Однак наслідком неправильного застосування частини 8 статті 8 Закону про публічні закупівлі може бути порушення прав третіх осіб та притягнення посадових осіб замовника до адміністративної відповідальності.

Замовнику, який збирається зазначити про причини неможливості усунення виявлених порушень недостатньо зробити посилання на статтю Закону або висновок, слід чітко розуміти, які конкретні порушення законодавства неможливо усунути та з яких саме причин це зробити неможливо? Відповіді — далі у статті.

Порядок та передумови надання інформації про причини неможливості усунення виявлених порушень

Згідно з частиною 8 статті 8 Закону, протягом 5 робочих днів з дня оприлюднення органом державного фінансового контролю висновку замовник оприлюднює через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Таким чином, **законодавець визначив три варіанти дій замовника** у випадку складання органом державного фінансового контролю висновку про результати моніторингу процедури закупівлі, яким виявлено порушення законодавства, а саме:

визнати порушення та усунути його;

заперечувати наявність порушень, викладених у висновку;

визнати порушення та зазначити про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Постають питання: *в яких саме випадках замовник може посилатися на неможливість усунення виявлених порушень, а також який алгоритм дій замовника у випадку надання інформації про неможливість усунення виявлених порушень?*

Аналіз частини 8 статті 8 Закону дозволяє дійти висновку про незаконність посилання замовника на неможливість усунення виявлених порушень у тих випадках, коли законодавство дозволяє усунути такі недоліки і таке усунення є технічно можливим.

Так, згідно з частиною 2 статті 24 Закону, замовник має право з власної ініціативи або у разі усунення порушень законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку органу державного фінансового контролю відповідно до статті 8 Закону, або за результатами звернень, або на підставі рішення Органу оскарження внести зміни до тендерної документації. Більше про порядок внесення змін до тендерної документації читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Внесення змін до тендерної документації за новим Законом](#)».

Порядок та випадки внесення змін до істотних умов договорів про закупівлю передбачені частинами 5–8 статті 41 Закону. Більше про порядок внесення змін до договору про закупівлю читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статтях «[Завершальний етап внесення змін до договору про закупівлю на підставі пункту 2 частини 5 статті 41 Закону](#)», «[Нотатки закупівельника: щодо повідомлення про внесення змін до договору про закупівлю](#)».

Отже, передумовою для надання інформації про причини неможливості усунення виявлених порушень є *встановлення замовником неможливості усунення порушення законодавства згідно з процедурами закупівель, що передбачені Законом, у тому числі шляхом внесення змін до тендерної документації чи проєкту договору про закупівлю.*

Згідно з пунктом 2 частини 1 статті 32 Закону, замовник відміняє тендер у разі неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, **з описом таких порушень, які неможливо усунути.**

На практиці дуже важливо відповідати на висновок ДАСУ та вказувати, що неможливо усунути виявлені порушення, при цьому зазначаючи в кожному конкретному випадку індивідуальну причину. Так, незазначення замовником такої інформації стало підставою для відмови у задоволенні позову про визнання протиправним та скасування висновку ДАСУ судами у двох інстанціях, про що вказано в постанові [П'ятого апеляційного адміністративного суду по справі № 400/633/21 від 16.09.2021](#), де зазначено, що як вбачається з електронної системи закупівель за [посиланням](#), жодних заперечень позивачем не подано, як не подано інформації про неможливість усунути виявлені порушення.

Які причини можуть свідчити про неможливість усунення порушень?

Усі причини, на які замовники посилаються при неможливості усунення порушень, викладених у висновку, можна умовно поділити на два види:

причини, пов'язані з технічною неможливістю усунення порушень;

причини, пов'язані з законодавчими обмеженнями та правами третіх осіб.

До першого виду відносяться ті причини, які об'єктивно фізично унеможливають усунення порушень законодавства тим способом, який визначений органом державного фінансового контролю у висновку. Прикладами таких причин є *технічна неможливість внесення змін до тендерної документації після укладання договору про закупівлю, відсутність у висновку чітких вимог та способів усунення виявлених порушень, неможливість вчинення дій щодо виправлення порушень у минулому часі та інші*. Причини першого виду пов'язані з труднощами, коли замовник об'єктивно не може вчинити будь-які дії, що призведуть до усунення порушення законодавства. Розглянемо на практиці декілька порушень першого виду.

Причини, пов'язані з технічною неможливістю усунення порушень

Приклад 1

Згідно з [Висновком про результати моніторингу процедури закупівлі № UA-2019-10-29-003160-b](#) встановлені порушення законодавства у сфері закупівель, що стосуються, зокрема, зазначення замовником у тендерній документації кінцевого строку для подання тендерних пропозицій, який відповідно до зазначеної норми Закону визначається замовником.

Натомість у тендерній документації зазначено, що кінцевий строк подання тендерних пропозицій визначено електронною системою та зазначено на сайті Уповноваженого органу, чим порушено пункт 13 частини 2 статті 22 Закону про публічні закупівлі.

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», Західний офіс ДАСУ зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень у встановленому законодавством порядку та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему



закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Надаючи інформацію про усунення порушення замовником через ЕСЗ, **замовник зазначає так:** «Стосовно невизначення у тендерній документації кінцевого строку для подання тендерних пропозицій тендерний комітет Львівського національного університету імені Івана Франка повідомляє наступне. На майданчику електронної системи закупівель кінцевий строк подання тендерних пропозицій визначається електронною системою автоматично. Отже, з урахуванням часу, необхідного на публікацію тендерної документації, створюється суттєвий часовий розрив між моментом, коли вона затверджена (перша половина дня), і моментом, коли вона технічно публікується (друга половина дня).

Окрім того, неможливо у тендерній документації чітко зафіксувати час (години та хвилини), оскільки саме завантаження документів займає час і кінцевий строк, вказаний у тендерній документації, не співпадає зі строком (годиною та хвилинами), які визначаються системою, внаслідок чого у тендерній документації вказувалося, що кінцевий строк подання тендерних пропозицій визначається електронною системою автоматично.

З урахуванням вищенаведеного, повідомляємо, що **помилки були допущені на етапі оприлюднення інформації про проведення закупівлі**, подання тендерних пропозицій, у період з 29.10.2019 до 13.11.2019 і могли бути усунені на вказаних етапах. Водночас **станом на сьогодні вказані порушення не становлять негативного впливу на бюджет і не можуть бути усунені замовником у зв'язку з прийняттям рішення про намір укладення договору** про закупівлю та, відповідно, переходом у нові правовідносини, укладенням договору про закупівлю (№ 16/12-М від 16.12.2019) відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених Законом про публічні закупівлі. Сьогодні діють цивільно-правові та господарсько-правові відносини між замовником та постачальником, тому на даному етапі вказані моменти, які не є суттєвими, не можуть бути усунені, однак у наступних, подальших закупівлях тендерним комітетом будуть враховані вказані зауваження та візьмуться до уваги основні індикатори ризику».

Приклад 2

Рішенням Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель № 6489-р/пк-пз від 03.07.2018 за результатами розгляду скарги ТОВ «П» від 12.05.2018 № UA-2018-05-18-000560-b.c2 щодо порушення ПРАТ «Ч» порядку проведення процедури



закупівлі скаргу задоволено частково. З метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення, ПРАТ «Ч» зобов'язано внести зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі «ДК 021:2015: 44160000-9 — Магістралі, трубопроводи, труби, обсадні труби, тьюбінги та супутні вироби» (оголошення про проведення якої оприлюднено на вебпорталі Уповноваженого органу № [UA-2018-05-18-000560-b](#)). Після оприлюднення Органом оскарження зазначеного рішення електронною системою закупівель автоматично було поновлено процедуру закупівлі та визначено статус закупівлі «перекваліфікація учасників».

Враховуючи положення статті 23 Закону про публічні закупівлі, внесення змін до тендерної документації, в тому числі і на підставі рішення Органу оскарження, можливе лише на етапі подання тендерних пропозицій. Оскільки процедуру закупівлі системою було віднесено до етапу перекваліфікації, замовник був позбавлений технічної можливості виконати рішення АМКУ, а саме: внести зміни до тендерної документації.

Згідно з протоколом засідання тендерного комітету від 25.07.2018, на підставі вищевикладених фактів тендерним комітетом замовника прийнято рішення про відміну відкритих торгів.

Приклад 3

Виникають ситуації, коли через технічні проблеми в електронній системі закупівель на момент проведення процедури закупівлі були допущені помилки, про що надалі складено висновок ДАСУ, однак замовник вказує, що такі причини не залежали від нього, і суд скасовує та визнає протиправним висновок.

Так, [постановою Другого апеляційного адміністративного суду по справі № 440/6312/20 від 14.07.2021](#) апеляційну скаргу замовника задоволено, враховано надані ним пояснення, що обов'язку ДП «НАЕК "Е"» по розміщенню в оголошенні певної інформації (зокрема, про мову, якою повинні готуватися тендерні пропозиції) передую **обов'язок ДП «ПРОЗОРРО» забезпечити наявність відповідного поля в ЕСЗ**, та, що Закон не містить заборони на розміщення інформації про мови шляхом посилання на відповідні умови тендерної документації.

Приклад 4

[Рішенням Окружного адміністративного суду м. Києва по справі № 640/3839/21 від 20.09.2021](#) встановлено, що порушення третьою особою вимоги пункту 4 додатка 3 тендерної документації стосуються лише 1 працівника із 54, що, на думку суду, не може



свідчити про наявність підстав для розірвання укладеного договору про закупівлю. Суд погоджується із ДАСУ про наявність порушення як такого, проте вказує, що *таке порушення не може мати наслідком розірвання укладеного договору про закупівлю, адже в такому випадку не буде дотримано необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія).*

Таким чином, на думку суду, форма, у якій відповідача зобов'язано усунути порушення (розірвання договору про закупівлю), не відповідає принципу пропорційності. Водночас у цій частині суд не враховує посилання відповідача на те, що в оскаржуваному рішенні ДАСУ вказала один зі способів вчинення дій з боку позивача як замовника, оскільки наведене не відповідає змісту самого висновку. Суд наголошує, що у спірному висновку, окрім здійснення заходів щодо усунення порушень шляхом розірвання договору про закупівлю з дотриманням вимог положень Господарського та Цивільного кодексів України та оприлюднення документів, що свідчать про вжиття таких заходів, не зазначено нічого, у тому числі щодо надання пояснень замовником про неможливість усунення таких порушень.

Отже, зважаючи на суть допущеного порушення, з урахуванням способу усунення такого порушення, яке не відповідає принципу пропорційності, суд вважає наявними підстави для часткового задоволення адміністративного позову, а саме: скасувати висновок ДАСУ про результати моніторингу процедури закупівлі за № UA-2020-09-17-006239-b. При цьому суд не вважає вірним та обґрунтованим визнання протиправним спірного висновку, адже порушення мало місце в межах спірних правовідносин.

Зверніть увагу: при прийнятті рішення про зазначення причин неможливості усунення виявлених порушень замовник повинен перевіряти, наскільки законними є вимоги, викладені у висновку, враховуючи, що незаконними діями замовник може завдати шкоди учасникам торгів.

Причини, пов'язані з законодавчими обмеженнями та правами третіх осіб

Такі причини стосуються випадків, коли замовник об'єктивно може здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень, які чітко зазначені у висновку, проте такі дії можуть призвести до нових порушень законодавства та / або прав третіх осіб. Найбільш значущим прикладом причин другого виду є випадки, коли висновки містять вимогу про відміну торгів після розкриття тендерних пропозицій учасників тендеру або ж навіть укладення договору про закупівлю, та випадки, коли висновки містять вимогу про розірвання договору про закупівлю.

Згідно з частиною 1 статті 651 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), зміна або

розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом.

Відповідно до частини 2 статті 651 ЦК України, 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.

Згідно з частиною 1 статті 654 ЦК України, зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає зі звичаїв ділового обороту.

Отже, законодавство не визначає висновок як окрему підставу для розірвання договору про закупівлю. **Навіть маючи висновок, в якому чітко зазначено про необхідність усунення порушень законодавства шляхом розірвання договору про закупівлю, замовник не має права в односторонньому порядку розірвати договір про закупівлю, якщо інше не передбачено самим договором.** Прийнявши рішення про розірвання договору про закупівлю без дотримання вимог закону, керуючись лише висновком, замовник ризикує порушити права інших осіб та понести відповідну майнову відповідальність.

Ба більше, як вбачається з матеріалів судової практики, порушення процедури закупівлі, які не мали впливу на результати тендеру, не є підставою для розірвання договору про закупівлю, оскільки такий спосіб усунення порушення не відповідає принципу пропорційності.

Приклад 5

За результатами моніторингу процедури закупівлі № [UA-2020-10-22-007852-с](#) складений висновок від 27.01.2021, згідно з яким, з огляду на встановлене порушення законодавства у сфері публічних закупівель, керуючись статтями 2 та 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», *Північний офіс ДАСУ зобов'язує в межах законодавства скасувати попереднє рішення замовника та повторно розглянути тендерну пропозицію або відмінити торги* відповідно до частини 1 статті 32 Закону про публічні закупівлі, та протягом 5 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.

Замовником було вирішено відмінити вищезазначену закупівлю відповідно до пункту 2 частини 1 статті 32 Закону через неможливість усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, з описом таких порушень, які неможливо усунути.

Згідно з рішенням Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету

України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель № 3126-р/пк-пз від 19.02.2021 замовник не довів та документально не підтвердив правомірність відміни процедури закупівлі з наведених вище підстав. Враховуючи викладене, права та законні інтереси скаржника можуть бути захищені шляхом зобов'язання замовника скасувати рішення про відміну тендеру.

Отже, **наявність висновку, в якому чітко зазначається про обов'язок відмінити торги відповідно до частини 1 статті 32 Закону, не звільняє замовника від обов'язку щодо аргументування неможливості усунення порушень**, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель.

Наслідки

Суперечливим є питання щодо наслідків надання інформації про неможливість усунення встановлених порушень для замовника, без надання ним заперечення щодо висновку. Дійсно, частина 8 статті 8 Закону відносить такий варіант до легітимних, проте Закон не містить інших норм, які б прямо вказували на звільнення замовника від відповідальності за порушення законодавства у випадку наслідків надання інформації про неможливість усунення встановлених порушень.

Згідно з частиною 11 статті 8 Закону, якщо замовник не усунув визначене у висновку порушення, що призвело до невиконання ним вимог, передбачених цим Законом, а також висновок не оскаржено до суду, орган державного фінансового контролю після закінчення строку на оскарження до суду, визначеного у 10 цієї статті, за результатами моніторингу вчиняє дії щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель.

Відповідно до частини 7 статті 8 Закону, якщо під час моніторингу, за результатами якого виявлено ознаки порушення законодавства у сфері публічних закупівель, було відмінено тендер чи визнано його таким, що не відбувся, орган державного фінансового контролю зазначає опис порушення без зобов'язання щодо усунення такого порушення.

Згідно з частиною 9 статті 8 Закону, у разі підтвердження органом державного фінансового контролю факту усунення замовником порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, про що цей орган зазначає в ЕСЗ протягом 5 робочих днів з дня оприлюднення замовником відповідної інформації в електронній системі закупівель, *службова (посадова) особа замовника та / або уповноважена особа замовника не притягається до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері закупівель з порушень, що були усунуті замовником відповідно до висновку.*

Закон не прирівнює надання інформації про неможливість усунення встановлених порушень до фактичного усунення порушень. Проте на практиці працівники ДАСУ, як

правило, вносять запис в ЕСЗ про усунення замовником порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, якщо замовник зазначає про відміну тендеру у разі неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, з описом таких порушень, які неможливо усунути.

Постає наступне питання: *чи завжди наслідком надання замовником інформації про неможливість усунення встановлених порушень є відміна тендеру на підставі пункту 2 частини 12 статті 32 Закону?* На нашу думку, відповідь негативна, зокрема з причин, які пов'язані з законодавчими обмеженнями та правами третіх осіб, та у випадку відсутності у висновку чітких вимог і способів усунення виявлених порушень. Але варто зауважити, що у випадку надання замовником інформації про неможливість усунення встановлених порушень без відміни тендеру працівники ДАСУ з великою долею імовірності будуть ініціювати притягнення посадової особи замовника до адміністративної відповідальності.

Висновок

Факт надання замовником інформації про неможливість усунення встановлених порушень, на відміну від усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, не гарантує службовій (посадовій / уповноваженій) особі замовника захисту від адміністративної відповідальності. У випадку надання замовником інформації про неможливість усунення встановлених порушень, без застосування процедури оскарження в судовому порядку, існують ризики необ'єктивного розгляду справи про адміністративне правопорушення, зокрема щодо правопорушень, передбачених частинами 1 і 2 статті 164¹⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення, які розглядаються працівниками ДАСУ.

Щодо посадових осіб замовника, якими не усунуто порушення та не надані заперечення до висновку, а лише інформація про неможливість усунення встановлених порушень, працівники ДАСУ можуть ініціювати притягнення посадової особи замовника до адміністративної відповідальності.

Також замовнику варто враховувати, що підстави для відміни тендеру та розірвання договорів про закупівлю передбачені законодавством та умовами укладеного договору про закупівлю, а не висновками за результатами моніторингу.

Отже, рекомендуємо замовникам, які дійшли висновку про неможливість усунення порушень законодавства способом, зазначеним у висновку, одночасно оскаржувати висновок до суду за процедурою, що передбачена статтею 8 Закону, та надавати інформацію через ЕСЗ про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Також на порталі RADNUK.COM.UA уже опубліковані такі допоміжні матеріали щодо цієї теми:



«Що робити замовнику, якщо висновок ДАСУ не містить чіткої вказівки щодо виправлення порушень?»;

«Моніторинг і скарга одночасно: чому, навіщо і що робити?»;

«На досвіді Учасника оскаржуємо відміну закупівлі за "неможливістю усунення порушень..."»;

«Лайфхаки для замовників у разі складання протоколу ДАСУ на замовника».