

# Застосування статті 631 ЦКУ до переговорної процедури після двічі відмінених торгів. Якої думки ДАСУ?

Відповідно до пункту 6 частини 1 статті 1 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) договір про закупівлю — це господарський договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі та передбачає платне надання послуг, виконання робіт або придбання товару.

Згідно з частиною 1 статті 41 Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексів України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

У частині 3 статті 631 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) йдеться про те, що сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Водночас, враховуючи особливості договору про закупівлю, постає питання: чи може замовник використати зазначену норму, укладаючи договір за результатами проведення переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону?

Консультації щодо застосування статті 631 ЦКУ в публічних закупівлях неодноразово надавало Мінекономіки у відповідях на запити [№ 91/2016](#) та [№ 1374/2020](#), де зазначало: «Ураховуючи, що рішення, дії або бездіяльність замовника можуть бути оскаржені суб'єктом оскарження в Антимонопольному комітеті України у разі проведення процедури закупівлі та оскаржені учасником спрощеної закупівлі у судовому порядку, зважаючи при цьому на можливість відмови переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі підписати договір про закупівлю, а також відміну замовником тендеру чи визнання тендеру таким, що не відбувся, з підстав, передбачених Законом, а також з урахуванням особливостей, визначених Законом, під час проведення тендеру або здійснення спрощеної закупівлі, за результатами якого укладається договір про закупівлю, застосування положень частини 3 статті 631 ЦК України у такому договорі про закупівлю не є можливим.

Водночас переговорна процедура закупівлі застосовується замовником **ЯК ВИНЯТОК** у разі наявності умов, визначених пунктами 2, 4, 5 частини 2 статті 40 Закону, які передбачають укладання договору про закупівлю товарів, робіт або послуг, що можуть бути надані (поставлені / виконані) тільки певним суб'єктом господарювання. Тому сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення у зазначених випадках».

Також вказане питання розглядалось на порталі RADNUK.COM.UA у статтях [«Стаття 631 ЦКУ в закупівлях — міф чи штраф?»](#) та [«Правомірність застосування статті 631 ЦКУ у](#)

[договорах про закупівлю».](#)

**Коментар:** оскільки в результаті переговорної процедури згідно з пунктом 1 частини 2 статті 40 Закону **договір укладається не із завідомо визначеним учасником, то частина 3 статті 631 ЦКУ не може бути застосована до цієї переговорної процедури закупівлі.**

## Практика ДАСУ

Водночас замовники не враховують ці положення та застосовують частину 3 статті 631 ЦКУ під час укладання договору при переговорній процедурі закупівлі на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону.

Державна аудиторська служба України (далі — ДАСУ), аналізуючи договори, укладені на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону, встановлювала порушення частини 10 статті 3 Закону — забороняється придбання товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом, та укладення договорів про закупівлю, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, визначених цим Законом, та частини 3 статті 41 Закону — забороняється укладення договорів про закупівлю, що передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до / без проведення процедур закупівель / спрощених закупівель, крім випадків, передбачених цим Законом.

Зокрема, такі порушення були встановлені в наступних закупівлях.

### Приклад 1

Моніторинг: UA-M-2021-10-04-000020, оголошення [UA-2020-11-05-012424-с.](#)

За результатами моніторингу процедури закупівлі встановлено: «Відповідно до пункту 11.1 Договору про закупівлю цей Договір набирає чинності з дня його укладання і діє до 31.12.2021, але в будь-якому разі до повного виконання Сторонами своїх зобов'язань за цим Договором. Сторони на підставі статті 631 ЦКУ встановили, що умови цього Договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладання, а саме: з 20.09.2020. Тобто передбачається можливість оплати наданих послуг у період з 20.09.2020 до дати укладання договору про закупівлю. Зважаючи на вищенаведене, Замовник на порушення частини десятої статті 3 та частини третьої статті 41 Закону уклав Договір про закупівлю з ТОВ "П", умови якого передбачають оплату замовником послуг до проведення переговорної процедури закупівлі».

ДАСУ зобов'язала здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень в установленому законодавством порядку, зокрема шляхом визнання недійсним другого речення пункту 11.1 Договору від 23.11.2020 № 242-В-ФДЛ-20 з дотриманням положень Господарського

кодексу України та ЦКУ. Замовник такий висновок оскаржив до суду.

## Приклад 2

Моніторинг: UA-M-2021-10-04-000022, оголошення [UA-2021-06-15-001697-с](#).

За результатами моніторингу процедури закупівлі встановлено: «Відповідно до пункту 11.1 Договору про закупівлю цей Договір набирає чинності з дня його укладання і діє до 31.12.2022, але в будь-якому разі до повного виконання Сторонами своїх зобов'язань за цим Договором. Сторони на підставі статті 631 ЦКУ встановили, що умови цього Договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладання, а саме: з 01.06.2021. Тобто передбачається можливість оплати наданих послуг у період з 01.06.2021 до дати укладання договору про закупівлю. Зважаючи на вищенаведене, Замовник на порушення частини 10 статті 3 та частини 3 статті 41 Закону уклав Договір про закупівлю з ТОВ "П", умови якого передбачають оплату замовником послуг до проведення переговорної процедури закупівлі».

ДАСУ зобов'язала здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень в установленому законодавством порядку, зокрема шляхом визнання недійсним абзацу другого пункту 11.1 Договору від 09.07.2021 № 167-В-ФДЛ-21 з дотриманням положень Господарського кодексу України та ЦКУ. Замовник такий висновок оскаржив до суду.

## Приклад 3

Моніторинг: UA-M-2021-10-04-000012, оголошення [UA-2021-02-03-002423-b](#).

За результатами моніторингу процедури закупівлі встановлено: «Відповідно до пункту 11.1 Договору про закупівлю цей Договір набирає чинності з дня його укладання і діє до 31.12.2021, але в будь-якому разі до повного виконання Сторонами своїх зобов'язань за цим Договором. Сторони на підставі статті 631 ЦКУ встановили, що умови цього Договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладання, а саме: з 01.01.2021. Тобто передбачається можливість оплати наданих послуг у період з 01.01.2021 до дати укладання договору про закупівлю. Зважаючи на вищенаведене, Замовник на порушення частини 10 статті 3 та частини 3 статті 41 Закону уклав Договір про закупівлю з ТОВ "П", умови якого передбачають оплату замовником послуг до проведення переговорної процедури закупівлі».

ДАСУ зобов'язала здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень в установленому законодавством порядку, зокрема шляхом визнання недійсним абзацу другого пункту 11.1 Договору від 09.03.2021 № 58-В-ФДЛ-21 з дотриманням положень Господарського кодексу України та ЦКУ. Замовник такий висновок оскаржив до суду.

**Коментар:** Замовникам під час укладення договору про закупівлю внаслідок застосування переговорної процедури закупівлі після двох відмінених торгів не слід застосовувати частину 3 статті 631 ЦКУ, оскільки це є порушення частини 10 статті 3 та частини 3 статті 41 Закону. На цьому неодноразово наголошували Мінекономіки та ДАСУ. Зважаючи на особливості договору про закупівлю, стаття 631 ЦКУ може бути застосована тільки на умовах, передбачених пунктами 2, 4, 5 частини 40 Закону, адже товари, роботи та послуги може надати тільки певний суб'єкт господарювання, який відомий заздалегідь. Також читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](http://RADNUK.COM.UA):

**«Чи може Мінекономіки тлумачити норму права?»;**

**«Підготовка проєкту договору про закупівлю електричної енергії споживачу»;**

**«Збільшення ціни на газ у день укладення договору про закупівлю: який шлях обрати?».**