

# Розірвання договору про закупівлю з вини учасника: дії замовника

Восени цього року, коли ціни на газ та електроенергію стрімко зросли, багато замовників зіткнулось із проблемою розірвання договорів про закупівлю, коли учасники почали відмовлятися постачати ці товари за попередніми цінами. Проблема полягала не лише у правомірному розірванні таких договорів про закупівлю, а й у вирішенні питання забезпечення потреби замовника у відповідних ресурсах у період, коли він проводить наступний вид закупівлі для забезпечення потреби, що залишилася після розірвання договору про закупівлю.

[Закон України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) передбачає декілька умов для вирішення цих питань, однак усі вони мають свої особливості про які ми розкажемо далі. Таку інформацію варто врахувати кожному замовнику.

## Визначення предмета закупівлі після розірвання договору про закупівлю

Насамперед, коли розривається договір про закупівлю, залишок, який потрібно купити, визначається новим предметом закупівлі. Це зазначає Мінекономіки в інформаційному листі від [03.09.2020 № 3304-04/54160-06](#), пояснюючи це так.

Законом встановлено, що закупівля здійснюється відповідно до річного плану. У разі, зокрема, розірвання договору про закупівлю та необхідності здійснення нової закупівлі замовник може вносити відповідні зміни до річного плану закупівель, шляхом створення нових та / або редагування / видалення існуючих рядків річного плану з інформацією про закупівлі.

Водночас, урахувавши поняття «предмет закупівлі», такий предмет закупівлі (у новоствореному чи відредагованому рядку річного плану) у вищевказаних випадках вважатиметься новим предметом договору і новим предметом закупівлі.

Тому вид закупівлі для такого предмета закупівлі повинен визначатись замовником з урахуванням категорії замовника та вартісних меж, визначених Законом.

При цьому з огляду на те, що планування здійснюється на підставі **наявної** потреби у закупівлі, очікувана вартість такого предмета закупівлі зазначається замовником саме на момент внесення змін до річного плану, *без урахування обсягів закупівель за аналогічним предметом закупівлі*, які вже були здійснені у поточному році чи проводяться під час внесення змін у річний план, та з дотриманням положень Закону, які забороняють замовнику ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів / спрощених закупівель або застосування цього Закону, зокрема положень частини 3 статті 10 цього Закону.

Таким чином, якщо після розірвання договору про закупівлю товару чи послуги невикористана сума буде більше 200 тис. грн, замовник має застосувати процедуру закупівлі. Якщо ж менше — спрощену закупівлю, і якщо менше 50 тис. грн, то може укласти прямий договір і оприлюднити звіт про укладений договір без використання електронної системи закупівель.

Якщо потреба замовника передбачає проведення спрощеної закупівлі чи конкурентної процедури закупівлі, то на це має бути час. Але у разі розірвання договору про закупівлю у багатьох випадках замовник не може залишитися без постачання, адже це може призвести до зриву, призупинення надзвичайно важливих процесів, виконання яких є завданням замовника.

Саме для таких випадків, Закон передбачає підстави, що дозволяють замовнику «перекрити» потребу на період проведення спрощеної закупівлі чи тендеру, які проаналізуємо далі.

## **Враховуємо Закон України «Про публічні закупівлі»**

Відповідно до пункту 3 частини 7 статті 3 Закону замовник може не проводити спрощену закупівлю, якщо існує нагальна потреба у здійсненні закупівлі у зв'язку з розірванням договору про закупівлю з вини учасника на строк, достатній для проведення тендеру, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника.

Схожа підстава і для проведення переговорної процедури закупівлі. Відповідно до пункту 3 частини 2 статті 40 Закону вона може бути застосована, якщо в замовника виникла нагальна потреба здійснити закупівлю у разі розірвання договору про закупівлю з вини учасника на строк, достатній для проведення тендеру, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника. Застосування переговорної процедури закупівлі в такому випадку здійснюється за рішенням замовника щодо кожного тендеру.

**Для обох випадків головною умовою їх застосування є те, що договір про закупівлю мав бути розірваним з вини учасника.**

## **Вина учасника у разі розірвання договору про закупівлю**

У праві використовується загальноприйняте поняття вини як психічного ставлення особи до здійснюваних нею протиправних дій та їх наслідків, що реалізується у формі умислу (прямого чи непрямого) або не необережності (недбалості та самовпевненості).

Однак у цивільному праві психологічне ставлення не може бути ознакою, оскільки йдеться про юридичних осіб. У цивільному праві діє презумпція вини особи, яка допустила

порушення зобов'язання. Це означає, що така особа буде вважатися винною у порушенні і сама має довести відсутність своєї вини. Презумпція вини в цивільному праві діє без будь-яких відступів.

В окремих випадках, прямо встановлених у законі або договорі, цивільно-правова відповідальність може настати і за відсутності вини.

Згідно зі статтею 614 ЦКУ особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

Таким чином, вина у цивільному праві — це невжиття особою всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання або для запобігання заподіяння шкоди. Таке визначення вини ґрунтується на зовнішніх об'єктивних критеріях, що окреслені формою поведінки особи, а не її психічного ставлення.

Порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання).

Статтею 611 ЦКУ встановлено, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору.

Таким чином, **у площині публічних закупівель можемо навести такі ситуації, коли вина учасника може вважатися доведеною.**

## Ситуація 1

*Учасник звернувся до замовника з проханням розірвати договір про закупівлю. Він визнає свою вину у тому, що не може вжити усіх заходів, щоб виконати зобов'язання (наприклад, розірвати договір про закупівлю його вигідніше, ніж його виконувати).*

**Коментар до ситуації 1.** Згідно зі статтею 651 ЦКУ зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом.

Коли сторони погодили розірвання договору, то складно стверджувати, що це чиясь вина, адже відповідна дія погоджена обома сторонами. Проте, **якщо у договорі про закупівлю передбачено, що ініціатива розірвання договору про закупівлю зі сторони учасника буде вважатися його виною, у разі якщо договір про закупівлю не передбачає підстави для розірвання договору про закупівлю, що викликало таку ініціативу, то замовник може таким чином зафіксувати факт вини учасника.**

Тобто замовник погодився розірвати договір про закупівлю, але зафіксував, що домовленість сторін спричинена відмовою учасника від виконання договору про закупівлю.

При цьому, якщо попередньо учасником належним чином не виконувалися зобов'язання, то замовник повинен вжити заходів, що передбачені договором про закупівлю, наприклад застосувати санкції у вигляді штрафів та / або вимагати відшкодування збитків. Якщо він цього не зробить, то нестиме відповідальність за нежиття передбачених заходів. Для державних замовників такі дії можуть трактуватися як втрата державних коштів, що реалізована у неотриманих штрафах або невідшкодованих збитках.

За таких умов згода учасника, що договір про закупівлю розривається з його вини, у відповідному випадку не дуже йому вигідна, адже частиною 2 статті 17 Закону передбачено, що при розгляді тендерних пропозицій замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків — протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору.

Тож у замовника з'явиться додаткова можливість відхилити учасника, якщо він братиме участь у його майбутніх процедурах закупівель.

Для уникнення таких ризиків та зменшення «напруження» при розірванні договору про закупівлю замовнику варто в проєкті договору про закупівлю заздалегідь передбачити, що у відповідних умовах згода сторін на розірвання договору про закупівлю не призведе до необхідності застосування санкцій.

## Ситуація 2

*Учасник порушує договірні зобов'язання, не реагує на звернення замовника та ігнорує умови договору про закупівлю щодо відповідальності учасника в такому разі. При цьому замовником у договорі про закупівлю було передбачено, що за такої ситуації договір про закупівлю може бути розірвано в односторонньому порядку.*

Відповідно до пункту 1 статті 611 ЦКУ у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору.

У разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є, відповідно, розірваним або

зміненним.

**Слід ураховувати:** учасник може не погодитись з таким трактуванням і подати позов до суду. Тоді остаточне рішення буде прийняте судом.

### Ситуація 3

*Сторони договору про закупівлю не знайшли «спільної мови» і у договорі про закупівлю не було умов про його одностороннє розірвання, що призвело до того, що замовник звернувся до суду. Суд встановив, що учасник неналежно виконував свої зобов'язання.*

Згідно зі статтею 651 ЦКУ договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

Отже, порушення учасником договірних зобов'язань та відсутність заходів з його сторони для їх належного виконання можуть бути доказом його вини у розірванні договору про закупівлю. У наведених прикладах зазначену умову підтверджує або сам учасник, або замовник згідно з умовами договору про закупівлю, або суд.

## Головні умови для застосування підстав неконкурентної закупівлі після розірвання договору про закупівлю з вини учасника

Підсумуємо головні умови як для застосування переговорної процедури закупівлі, так і для непроведення спрощеної закупівлі:

**вони можуть бути застосовані тільки після розірвання договору про закупівлю.** Тобто не в процесі перемовин замовника з учасником щодо розірвання договору про закупівлю, не у період, коли уже підписана угода про розірвання договору про закупівлю, але в ній визначено віддалену дату, з якої договір про закупівлю вважається розірваним, а саме коли договір про закупівлю розірваний і повністю припинив свою дію;

**для застосування обох підстав потрібно, щоб було заплановано чи оголошено проведення тендеру.** Тендер — це здійснення конкурентного відбору учасників за процедурами закупівлі відкритих торгів, торгів з обмеженою участю та конкурентного діалогу. Ця умова передбачена **навіть у разі розірвання договору**

**про закупівлю, укладеного за результатами спрощеної закупівлі, та** необхідності проведення спрощеної закупівлі в обсязі 20 % суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника;

**обсяг закупівель визначається у сумі, що має не перевищувати 20 % суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника.** Тобто від суми договору про закупівлю з урахуванням усіх змін. Крім того, замовники повинні розуміти, що зазначена норма використовується у нагальній ситуації, що є нестандартною для звичних закупівель, тому в проєкті договору про закупівлю *варто передбачити* умови дій сторін, коли ситуація «вирівнюється». Наприклад, у разі укладення договору про закупівлю в момент, коли ціна різко зросла, як-от при закупівлі газу, врахувати, що з часом ціна може стабілізуватися і знизитися, що має бути враховано обома сторонами.

## **Особливості застосування 20 % суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника, для окремих закупівель**

Після розірвання договору про закупівлю замовник **терміново** повинен вирішити питання із закупівлею на суму залишку. Саме тому норма про 20 % після розірвання договору про закупівлю знаходиться у розділі Закону «якщо **у замовника виникла нагальна потреба здійснити закупівлю**». Це дозволяє провести неконкурентний вид закупівлі:

укласти прямий договір без застосування спрощеної закупівлі;

або, у разі проведення переговорної процедури закупівлі, укласти договір про закупівлю у скорочені терміни.

Водночас **замовник може використати менше 20 %, тобто будь-яку зручну для нього суму, що не перевищує 20 %.**

Замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у строк **не раніше ніж через 5 днів** з дня оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини 2 статті 40 Закону, тобто **у разі нагальної потреби.**

При цьому є закупівлі, що не можуть чекати і п'яти днів, потреба у них є безперервною, наприклад газ чи електроенергія. На жаль, Закон такого випадку не враховує, адже норма чітко визначає, що *застосування переговорної закупівлі чи укладання прямого договору можливе лише після розірвання договору про закупівлю.*

У разі зміни або розірвання договору про закупівлю зобов'язання змінюється або припиняється з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору про закупівлю, якщо інше не встановлено договором про закупівлю чи не обумовлено характером його зміни.

Якщо договір про закупівлю змінюється або розривається у судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору про закупівлю законної сили (стаття 653 ЦКУ).

**Важливо:** навіть у ситуації, коли замовник розриває договір про закупівлю в односторонньому порядку і повідомляє учасника про це із зазначенням дати, коли договір про закупівлю вважатиметься розірваним, а учасник не оскаржує такі дії до суду, договір про закупівлю буде розірваний виключно із вказаної замовником дати.

Те ж саме у ситуації, коли сторони погоджують розірвання договору про закупівлю і визначають дату, коли він вважається розірваним. Це впливає з того, що поки за договором про закупівлю виконуються зобов'язання він не може вважатися розірваним, оскільки таке розірвання може мати юридичні наслідки (зміна умов договору про закупівлю, оскарження дій сторін при виконанні тощо).

### **Наголошуємо:**

при закупівлі природного газу та електроенергії замовник може скористатися можливістю укласти прямий договір без проведення спрощеної закупівлі, якщо очікувана вартість закупівлі менша 200 тис. грн;

для переговорної процедури закупівлі замовнику слід вжити відповідних дій, передбачених процедурою, **і зачекати**, що в результаті, в певних випадках (наприклад при закупівлі природного газу чи електроенергії), нівелює можливість застосування цієї підстави.

**Важливий момент щодо застосування 20 % суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини учасника:** скористатися цією підставою можна лише раз щодо кожного розірваного договору про закупівлю, адже вона розрахована на забезпечення потреби замовника на період проведення тендеру.

## **Особливості застосування 20 % суми, визначеної в договорі про закупівлю електроенергії, який розірваний з вини такого учасника**

Відповідно до Правил роздрібного ринку електричної енергії, затверджених НКРЕКП від [14.03.2018 № 312](#), замовник має право на зміну електропостачальника шляхом укладення нового договору про постачання електричної енергії споживачу (постачання електричної

енергії постачальником універсальних послуг) з новим електропостачальником.

Процес зміни споживачем електропостачальника забезпечується суб'єктами (учасниками) ринку електричної енергії та учасниками роздрібного ринку електричної енергії, які задіяні у процесі зміни електропостачальника і забезпечують зміну та інформаційний обмін під час такої зміни на безоплатній основі.

Відповідно до пункту 6.1.3 Правил роздрібного ринку електричної енергії, якщо споживач має чинний договір про постачання електричної енергії споживачу з фіксованим терміном (строком) дії, з метою уникнення штрафних санкцій за дострокове розірвання договору з боку попереднього електропостачальника споживач повинен повідомити нового електропостачальника про намір укласти з ним договір про постачання електричної енергії споживачу **за 21 календарний день** до дати закінчення терміну (строку) дії чинного договору.

Якщо споживач звернувся до нового електропостачальника щодо наміру укласти з ним договір про постачання електричної енергії споживачу більше ніж за 21 день до дати запланованої зміни електропостачальника, вказаної споживачем у повідомленні, адміністратор комерційного обліку повинен надіслати новому електропостачальнику повідомлення щодо перенесення початку процедури зміни електропостачальника, яка має розпочатись за 21 день до запланованої дати, про що новий електропостачальник повідомляє споживача протягом 2 робочих днів.

У разі незгоди з перенесенням початку процедури зміни електропостачальника споживач надсилає новому електропостачальнику повідомлення про зупинку (анулювання) процедури зміни електропостачальника. Новий електропостачальник протягом одного робочого дня надсилає адміністратору комерційного обліку повідомлення про зупинку (анулювання) процедури зміни електропостачальника.

У цій ситуації замовник для застосування переговорної процедури закупівлі може скористатися послугами постачальника «останньої надії» (далі – ПОН) на період владнання процедурних питань з укладення договору про закупівлю з новим електропостачальником із застосуванням переговорної процедури закупівлі, якщо вартість закупівлі у ПОНа складе понад 200 тис. грн.

ПОН здійснює постачання з моменту припинення постачання електричної енергії попереднім електропостачальником. Договір постачання електричної енергії між ПОН і споживачем вважається укладеним з початку фактичного постачання електричної енергії такому споживачу (частина 8 статті 64 Закону України «Про ринок електричної енергії»).

Водночас зазначені дії є економічно неефективними, оскільки ціна ПОН зазвичай вище ніж у електропостачальника та теж потребує дотримання необхідного порядку здійснення закупівлі. Усе про електричну енергію читайте на порталі RADNUK.COM.UA в розділі «[Електрична енергія](#)».

Тому у даному випадку можемо зробити висновок, що *застосування переговорної*



*процедури закупівлі на підставі, коли у замовника виникла нагальна потреба здійснити закупівлю у разі розірвання договору про закупівлю з вини учасника, не містить правомірного порядку застосування (**коли замовник не може чекати** постачання протягом строку до укладання договору про закупівлю).*

**Загальні висновки.** Норми Закону про застосування неконкурентних видів закупівлі з підстав, коли у замовника виникла нагальна потреба здійснити закупівлю у разі розірвання договору про закупівлю з вини учасника, повинні застосовуватись за умови, коли у замовника дійсно наявна нагальна потреба у закупівлі, обумовлена неможливістю її зупинки, і замовник не може використати більш конкурентний вид закупівлі. Ці норми дозволяють замовникам тимчасово забезпечити потребу в закупівлі, що має бути достатнім на час проведення тендеру.

Однак у разі проведення переговорної процедури необхідно доопрацювати відповідну норму Закону в частині застосування для закупівель предметів, постачання яких має бути безперервним і не може бути призупиненим навіть на 5 днів, які мають пройти з дня оприлюднення повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Також читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](http://RADNUK.COM.UA):

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

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

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

**«Рокові 10 %: позиції ВС та Мінекономіки знову різняться»;**

**«Проект договору про закупівлю: чи обов'язково включати перелік випадків змін його умов?»;**

**«Підвищення ціни товару до 10 % у зв'язку з коливанням цін на ринку: "розривна" практика Верховного Суду літа 2021 року».**