

Прокуратура відправляє замовнику лист про порушення в закупівлі і вимагає розірвати договір: де межа Закону?

Після набрання чинності Законом України «Про прокуратуру» № 697-18 від 14.10.2014 прокуратура була позбавлена функції нагляду за додержанням законів в Україні. Однак, незважаючи на зміни в законодавстві, прокуратура продовжує впливати на сфери господарської діяльності, в тому числі на ті, що пов'язані з державним майном і бюджетом, фактично здійснюючи нагляд за додержанням законів.

У цій статті розкриємо питання законності втручання прокуратури у публічні закупівлі та надамо поради замовникам під час взаємодії з прокуратурою.

Повноваження прокуратури в публічних закупівлях

Для початку необхідно визначитись з наявними у прокуратури повноваженнями, зокрема відповісти на питання: *чи мають органи прокуратури право ініціювати моніторинг Державною аудиторською службою України (далі — ДАСУ) та звертатись до суду з позовом, і в яких випадках?*

Відповідно до статті 131¹ Конституції України в Україні діє прокуратура, яка здійснює:

підтримання публічного обвинувачення в суді;

організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку;

представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Організація та порядок діяльності прокуратури визначаються законом.

Згідно з частиною 1 статті 2 Закону України «Про прокуратуру» (далі — Закон про прокуратуру) на прокуратуру покладаються такі функції:

підтримання державного обвинувачення в суді;

представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом та главою 12 розділу III Цивільного процесуального кодексу України;

нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;

нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Частина 3 статті 2 Закону про прокуратуру вказує, що **на прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України.**

Здебільшого функції прокуратури пов'язані з кримінальними правопорушеннями та їх наслідками. Законодавець не покладає на прокуратуру реалізацію будь-яких спеціальних функцій, у тому числі тих, що пов'язані з публічними закупівлями. За наявності інформації про кримінальне правопорушення, вчинене під час проведення закупівлі, прокуратура повинна вживати заходів, передбачених КПК, у тому числі, маючи можливість ініціювати відкриття кримінального провадження.

Чи є повідомлення прокуратурою органів ДАСУ про порушення законодавства у сфері публічних закупівель достатньою підставою для початку моніторингу?

Коли факт вчинення кримінального правопорушення не підтвердився, однак наявна інформація про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, прокуратура має право направити таку інформацію до ДАСУ для вжиття відповідних заходів.

Моніторинг процедури закупівлі здійснюють центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, та його міжрегіональні територіальні органи (далі — органи державного фінансового контролю).

Згідно з частиною 2 статті 8 Закону про закупівлі рішення про початок моніторингу процедури закупівлі приймає керівник органу державного фінансового контролю або його заступник (або уповноважена керівником особа), за наявності, зокрема, такої підстави: *інформація, отримана від органів державної влади, народних депутатів України, органів місцевого самоврядування, про наявність ознак порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель.*

Висновок: повідомлення прокуратурою органів ДАСУ про порушення законодавства у сфері публічних закупівель є достатньою підставою для початку моніторингу.

Чи може прокуратура самотійно звернутись до суду у разі виявлення порушення законодавства у сфері публічних закупівель?

Варто зауважити, що розповсюдженою є практика, коли прокуратура отримує інформацію про порушення законодавства у сфері публічних закупівель не під час виконання функцій, передбачених статтею 131¹ Конституції України, а в результаті «моніторингу вебпорталу публічних закупівель "Prozorro"». Такі дії органів прокуратури можуть порушувати норми Конституції України, оскільки на прокуратуру не покладені функції загального моніторингу дотримання законодавства, відсутній будь-який порядок здійснення моніторингу прокурорами та критерії його здійснення. Зазначення органами прокуратури про «випадковий моніторинг» вебпорталу публічних закупівель «Prozorro» може приховувати справжнє джерело інформації про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, а також використовуватись з метою створення перешкод певним учасникам тендеру.

Цікавий факт. На жаль, здійснення прокуратурою функцій моніторингу у спосіб, не передбачений Конституцією України, наразі ігнорується судами та законодавцем. Аналіз судових рішень свідчить, що навіть при посиланні відповідачів на відсутність у прокуратури повноважень щодо здійснення моніторингу публічних закупівель суд у мотивувальній частині рішення здебільшого або не зазначає про такі аргументи відповідачів, або ж не вказує причини, з яких такі аргументи не взяті до уваги чи відхилені.

Приклад 1

У рішенні Господарського суду Рівненської області по справі № 918/1187/20 від 19.04.2021 зазначено, що посилання відповідача у відзиві на позовну заяву на те, що у місцевої прокуратури відсутні повноваження щодо моніторингу вебпорталу публічних закупівель «Prozorro» та виявляти факти порушення вимог Закону про закупівлі, судом до уваги не беруться, оскільки місцевою прокуратурою за результатами проведення моніторингу, тобто **ознайомлення з інформацією, яка знаходиться у вільному доступі** вебпорталу публічних закупівель «Prozorro», виявлено факти порушення вимог Закону про закупівлі під час проведення Управлінням соціального захисту населення Сарненської районної державної адміністрації закупівлі «Послуги з готування їжі (послуги з харчування дітей, які потерпіли внаслідок Чорнобильської катастрофи)», що засвідчено висновком Західного офісу ДАСУ в Рівненській області.

Повноваження прокуратури представляти інтереси держави в суді прямо передбачені законодавством. Порядок та передумови здійснення представництва інтересів держави в суді розкриває стаття 23 Закону України «Про прокуратуру».

Позовні вимоги прокуратури залежно від їх змісту можуть розглядатись у рамках

господарського або адміністративного судочинства. Право прокурора звертатись з позовною заявою передбачено частинами 3, 4 статті 53 Кодексу адміністративного судочинства та частинами 3, 4 статті 53 Господарського процесуального кодексу України.

Підстави та порядок участі прокуратури як позивача у розгляді справи неодноразово були предметом розгляду Верховного Суду (Приклад 2).

Приклад 2

Згідно з позицією [Великої Палати Верховного Суду, викладеною у постанові по справі № 912/2385/18 від 26.05.2020](#), суд дійшов наступних висновків: відповідно до частини 4 статті 53 Господарського процесуального кодексу України **прокурор, який звертається до суду в інтересах держави, в позовній чи іншій заяві скарзі обґрунтовує:** 1) в чому полягає порушення інтересів держави, 2) необхідність їх захисту, 3) визначені законом підстави для звернення до суду прокурора, а також зазначає 4) орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах.

Наявність підстав для представництва має бути обґрунтована прокурором у суді. Прокурор здійснює представництво інтересів громадянина або держави в суді виключно **після підтвердження судом підстав для представництва**. Прокурор зобов'язаний попередньо, до звернення до суду, повідомити про це відповідного суб'єкта владних повноважень. У разі підтвердження судом наявності підстав для представництва прокурор користується процесуальними повноваженнями відповідної сторони процесу. **Наявність підстав для представництва може бути оскаржена громадянином чи його законним представником, або суб'єктом владних повноважень**. У разі встановлення ознак адміністративного чи кримінального правопорушення прокурор зобов'язаний здійснити передбачені законом дії щодо порушення відповідного провадження.

Прокурор, звертаючись до суду з позовом, має обґрунтувати та довести підстави для представництва, однією з яких є бездіяльність компетентного органу.

Бездіяльність компетентного органу означає, що він знав або повинен був знати про порушення інтересів держави, але не звертався до суду з відповідним позовом у розумний строк.

Звертаючись до відповідного компетентного органу до подання позову в порядку, передбаченому статтею 23 Закону України «Про прокуратуру», *прокурор фактично надає йому можливість відреагувати на вказане порушення інтересів держави, зокрема шляхом призначення перевірки фактів порушення законодавства, виявлених прокурором, вчинення дій для виправлення ситуації, а саме: подання позову або аргументованого повідомлення прокурора про відсутність такого порушення.*

Невжиття компетентним органом жодних заходів протягом розумного строку після того, як цьому органу стало відомо або повинно було стати відомо про можливе порушення інтересів держави, має кваліфікуватися як бездіяльність відповідного органу.

Суд, вирішуючи питання щодо наявності підстав для представництва, не повинен установлювати саме протиправність бездіяльності компетентного органу чи його посадової особи. Частиною 7 статті 23 Закону про прокуратуру передбачено, що в разі встановлення ознак адміністративного чи кримінального правопорушення прокурор **зобов'язаний** здійснити передбачені законом дії щодо порушення відповідного провадження.

Таким чином, питання про те, чи була бездіяльність компетентного органу протиправною та які її причини, суд буде встановлювати за результатами притягнення відповідних осіб до відповідальності. Господарсько-правовий спір між компетентним органом, в особі якого позов подано прокурором в інтересах держави, та відповідачем не є спором між прокурором і відповідним органом, а також не є тим процесом, у якому розглядається обвинувачення прокурором посадових осіб відповідного органу у протиправній бездіяльності.

Отже, **прокурору достатньо дотриматися порядку, передбаченого статтею 23 Закону про прокуратуру, і якщо компетентний орган протягом розумного строку після отримання повідомлення самостійно не звернувся до суду з позовом в інтересах держави, то це є достатнім аргументом для підтвердження його бездіяльності.** Якщо прокурору відомі причини такого незвернення, він обов'язково повинен зазначити їх в обґрунтуванні підстав для представництва, яке міститься в позові, але якщо з відповіді компетентного органу на звернення прокурора такі причини з'ясувати неможливо чи такої відповіді взагалі не отримано, то це не є підставою вважати звернення прокурора необґрунтованим.

Велика Палата Верховного Суду звертає увагу на те, що захищати інтереси держави повинні насамперед відповідні компетентні органи, а не прокурор. Прокурор не повинен вважатися альтернативним суб'єктом звернення до суду і замінювати компетентний орган, який може і бажає захищати інтереси держави.

Невиконання прокурором вимог щодо надання суду обґрунтування наявності підстав для здійснення представництва інтересів держави в суді згідно з частиною 4 статті 53 Господарського процесуального кодексу України має наслідком застосування положень, передбачених статтею 174 Господарського процесуального кодексу України, про залишення позовної заяви без руху для усунення її недоліків і повернення в разі, якщо відповідно до ухвали суду у встановлений строк ці недоліки не усунути.

При вирішенні питання про необхідність звернення до суду з позовом компетентний орган може діяти в умовах конфлікту інтересів — коли порушення інтересів держави, про яке стверджує прокурор, може бути пов'язане з раніше вчиненими протиправними діями цього органу чи бездіяльністю.

Для врахування цих обставин стаття 55 Господарського процесуального кодексу України передбачає такі правила: якщо особа, яка має процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених позовних вимог, суд залишає заяву без розгляду,

крім позову про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі її посадовою особою, поданого власником (учасником, акціонером) цієї юридичної особи в її інтересах, а також позову прокурора в інтересах держави; **відмова компетентного органу від поданого прокурором в інтересах держави позову (заяви), подання ним заяви про залишення позову без розгляду не позбавляє прокурора права підтримувати позов (заяву) і вимагати розгляду справи по суті.**

Приклад 3

[Позиція Великої Палати Верховного Суду, викладена у постанові по справі № 912/2385/18 від 26.05.2020](#), за принципом аналогії права може використовуватись і у справах, що розглядаються в порядку адміністративного судочинства.

Для підтвердження вищезазначеного наведемо приклад [висновку Верховного Суду, що викладений у постанові по справі № 804/7056/16 від 03.08.2021](#), де вказується, що для представництва у суді інтересів держави прокурор за законом має визначити й описати не просто передумови спору, який потребує судового вирішення, а виокремити ті ознаки, за якими його можна віднести до виняткового випадку, повинен обґрунтувати, що відбулося порушення або існує загроза порушень економічних, політичних та інших державних інтересів внаслідок протиправних дій (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб, що вчиняються у відносинах між ними або з державою. Однією з умов виникнення у прокурора права на звернення до суду в інтересах держави є наявність органу, який може здійснювати захист інтересів держави самостійно, а другою — відсутність такого органу.

З огляду на наведене, з урахуванням завдань та функцій прокуратури у правовій державі та необхідності дотримання справедливого балансу у питанні рівноправності сторін судового провадження, підстави та порядок звернення прокурора до адміністративного суду в порядку представництва інтересів держави в судах не можуть тлумачитися розширено та окремо від реалізації права на звернення до суду самого суб'єкта владних повноважень.

За висновками Великої Палати Верховного Суду у постанові від 26.05.2020 у справі № 912/2385/18, прийнятій з метою врегулювання розбіжностей у викладених раніше правових позиціях, прокурор, звертаючись до суду з позовом, має обґрунтувати та довести підстави для представництва, однією з яких є бездіяльність компетентного органу, яка означає, що він знав або повинен був знати про порушення інтересів держави, проте не звертався до суду з відповідним позовом у розумний строк.

З аналізу приписів Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» вбачається, що саме орган державного фінансового контролю, відповідно до покладених на нього завдань, уповноважений пред'являти керівникам та іншим особам підприємств, установ та організацій, що контролюються, обов'язкові до виконання вимоги щодо усунення виявлених порушень законодавства, вилучати в судовому порядку до бюджету виявлені ревізіями приховані і занижені валютні та інші платежі, ставити перед відповідними органами питання про припинення

бюджетного фінансування і кредитування, якщо отримані підприємствами, установами та організаціями кошти і позички використовуються з порушенням чинного законодавства; *звертатися до суду в інтересах держави, якщо підконтрольною установою не забезпечено виконання вимог щодо усунення виявлених під час здійснення державного фінансового контролю порушень законодавства з питань збереження і використання активів, а також при виявленні збитків, завданих державі чи підприємству, установі, організації, що контролюється, визначати їх розмір у встановленому законодавством порядку.*

Отже, здійснення захисту інтересів держави у сфері державного фінансового контролю покладено на органи державного фінансового контролю, які у визначений законом спосіб реалізують свої повноваження у цій сфері суспільних відносин, а тому право на звернення з цим позовом могло бути реалізовано заступником прокурора виключно у разі доведення ним, що вказаний суб'єкт захист таких інтересів не здійснює або здійснює у неналежний спосіб.

Таким чином, прокуратура може **самостійно подати позов до суду, користуючись частинами 3-5 статті 53 Кодексу адміністративного судочинства України або частинами 4, 5 статті 53 Господарського процесуального кодексу України, якщо обґрунтовує у позовній заяві: 1) в чому полягає порушення інтересів держави, 2) необхідність їх захисту, 3) визначені законом підстави для звернення до суду прокурора, а також зазначає 4) орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах, та буде дотримано процедуру, визначену згідно з частиною 4 статті 23 Закону України «Про прокуратуру».** Якщо замовник не погоджується з обґрунтуванням необхідності захисту інтересів держави прокуратурою, необхідно подати письмові заперечення до суду, ці факти будуть предметом доказування.

Неможливо дати однозначну відповідь на питання: чи достатньо відповіді ДАСУ, в якій зазначено, що під час моніторингу неможливо встановити, чи є порушення, і що це питання буде розглянуте під час здійснення інших заходів фінансового контролю, для встановлення та фіксації нежиття компетентним органом жодних заходів протягом розумного строку після того, як цьому органу стало відомо або повинно було стати відомо про можливе порушення інтересів держави? Відповідь на це питання може дати лише рішення суду, яке дасть оцінку описаним фактам з урахуванням наявних у справі доказів, вмотивованості відповіді ДАСУ, подальших дій або бездіяльності ДАСУ, а також переконань суду щодо оціночних понять, таких як «розумні строки», «значимість порушення інтересів держави», «наявність об'єктивних причин, що перешкождали зверненню».

Що робити, якщо прокуратура відправляє замовнику

лист про порушення в закупівлі і вимагає розірвати договір про закупівлю?

Законодавство не визначає лист або звернення прокурора як окрему підставу для розірвання договору про закупівлю.

Отримавши такий лист, замовник повинен самостійно вирішити, чи відбулося порушення вимог законодавства, та чи є підстави для розірвання договору про закупівлю, передбачені законом або самим договором про закупівлю, в цьому випадку?

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 із 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 із звичаїв ділового обороту.

Відповідно до частини 1 статті 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1 — 3, 5 та 6 статті 203 цього кодексу. Правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (стаття 204 ЦК України).

Статтею 628 ЦК України визначено зміст договору, який становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Статтею 629 ЦК України встановлено, що договір є обов'язковим для виконання сторонами.

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.

Якщо за результатами розгляду листа прокуратури замовник доходить висновку про наявність істотних порушень при проведенні процедури закупівлі, які вплинули на результати тендеру, необхідно вжити заходів для усунення порушень, а якщо це неможливо — ініціювати процедуру розірвання договору про закупівлю, про що повідомити прокуратуру. Якщо недійсність договору про закупівлю буде визнана судом за позовом прокуратури, суд може застосувати подвійну реституцію, тобто приведення

сторін до стану, що існував до укладання договору про закупівлю, а також на замовника як на відповідача по справі суд може покласти судові витрати.

Якщо за результатами розгляду листа прокуратури замовник доходить висновку про протиправність вимог прокуратури, необхідно надіслати відповідь, у якій пояснити свою позицію (див. [Приклад листа-відмови від розірвання договору прокуратури](#)).

Висновок

Відповідно до судової практики прокуратура продовжує мати значні права у сфері публічних закупівель, незважаючи на законодавче обмеження функцій.

Зокрема, прокуратура фактично може ініціювати моніторинг закупівлі, вказавши, що дізналася про порушення з відкритих джерел інформації. І навіть якщо органи ДАСУ будуть зазначати про відсутність правопорушення, прокуратура може звернутись до суду з вимогою про визнання договору про закупівлю недійсним, застосування наслідків недійсного договору або його розірвання, для чого достатньо факту незвернення до суду органів ДАСУ протягом розумного строку — з дня повідомлення (листа), надісланого згідно з частиною 4 статті 23 Закону про прокуратуру.

Наявність у прокуратури права на звернення з позовною заявою є предметом доказування та може бути оскаржена стороною у судовій справі.

Водночас вимоги прокуратури про розірвання договору про закупівлю не є імперативними. Якщо замовник впевнений у законності укладеного договору про закупівлю та готовий довести свою позицію в суді, він може та навіть повинен не виконувати незаконні вимоги прокуратури щодо розірвання договору про закупівлю.

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

[«Перемагає той, хто враховує ринкові ціни або що цікаво правоохоронним органам»;](#)

[«Вимога замовника щодо надання довідки з Генпрокуратури: правильно чи ні?»;](#)

[«Про визнання недійсними договорів, укладених з порушенням вимог Закону України “Про публічні закупівлі”, а саме: поділу предмета закупівлі з метою уникнення процедури відкритих торгів».](#)