

Ярослава ДУБРОВА, консультант із публічних закупівель



НЮАНСИ ВИЗНАЧЕННЯ СТРОКУ ОПУБЛІКУВАННЯ ЗВІТУ ПРО ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ

Ситуація: замовник провів переговорну процедуру закупівлі. Строк дії договору, укладеного за її результатами, спливає 31.12.19 р. У договорі є застереження, що договір діє в будь-якому разі до повного виконання сторонами своїх зобов'язань за цим договором. За умовами договору замовник здійснював попередню оплату. Згідно з актом звірки розрахунків постачальник має повернути замовнику 25 тис. грн, оскільки останній вирішив зменшити обсяги закупівлі, про що сторони підписали додаткову угоду. Коли замовнику звітувати про виконання договору, якщо постачальник не поверне ці кошти до 31.12.19 р.? Від якої дати відлічувати передбачений законом для опублікування звіту про виконання договору (далі – Звіт) 3-денний строк? Чи треба раніше оприлюднити Звіт, якщо постачальник поверне кошти раніше, навіть якщо договір ще діятиме?

Коли слід опубліковувати Звіт?

Як передбачає ч. 1 ст. 10 Закону від 25.12.15 р. № 922-VIII «Про публічні закупівлі» (далі – Закон № 922), замовник має оприлюднити Звіт протягом **3 днів із дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання**.

Розглянемо спочатку ситуацію, коли **постачальник повертає замовнику кошти раніше**, тобто до **31.12.19 р.**

Якщо після повернення коштів сторони вже не повинні виконувати жодні зобов'язання за договором, то з огляду на те що відлік строку оприлюднення Звіту можна вести і від дня виконання договору, замовнику варто оприлюднити Звіт протягом 3 календарних днів (далі – к. д.) з дня повернення постачальником коштів, тобто з дня повного виконання сторонами договору.

Обґрунтуємо нашу думку. І аудитори, складаючи адмінпротокол, і суди, виносячи постанови за ст. 164¹⁴ КУпАП, по-різному розуміють положення Закону № 922 щодо визначення строку оприлюднення Звіту в такому випадку. Як показує практика, аудитори вважають, що, навіть якщо договір ще діє, а сторони виконали свої зобов'язання, доцільно оприлюднити Звіт у 3-денний строк із дня виконання останнього зобов'язання, зокрема останньої проплати.

Наприклад, Приморський районний суд м. Одеси рішенням від 17.10.18 р. у справі № 522/13026/18 притягнув секретаря тендерного комітету до адміністративної відповідальності, наклавши на нього штраф у розмірі 11 900 грн за неоприлюднення Звіту в 3-денний строк після останньої проплати за договором. Зауважимо, що секретар визнав свою вину. Із цим рішенням можна ознайомитися в ЄДРСР: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77367881>.

Водночас за цим же порушенням Приморський районний суд м. Одеси рішенням від 16.10.18 р. у справі № 522/13022/18 визнав винним і голову цього тендерного комітету та наклав на нього адміністративне стягнення у вигляді штрафу в розмірі 11 900 грн. Аргументи суду такі: голова відповідає за всю діяльність тендерного комітету та за повноту оприлюднення інформації в системі, тому повинен був проконтролювати, оприлюднив секретар комітету Звіт чи ні. Із цим рішенням можна ознайомитися в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78233771>.

На що треба звернути увагу замовнику?

Оприлюднення Звіту в ProZorro після виконання сторонами зобов'язань до моменту завершення строку дії договору ще не означає, що цей договір автоматично перестає діяти з дати оприлюднення.

Тож якщо замовник оприлюднить у ProZorro Звіт раніше строку завершення дії договору, але потім у межах такого строку сторони ініціюють продовження дії договору на строк, достатній для проведення процедури закупівлі на початку наступного року в обсязі, що не перевищує 20 % суми, визначеної в договорі, укладеному в попередньому році, то замовник не зможе оприлюднити відповідне повідомлення про внесення змін до договору, оскільки його не пропустить система. Не зрозуміло чому, але так у системі реалізовано це обмеження.

Тому, якщо замовник не впевнений, треба йому продовжувати дію договору за допомогою 20 % чи ні, ліпше вибирати інший алгоритм дій: для визначення дати оприлюднення Звіту керуватися датою завершення строку дії договору. При цьому зміни в договір можна вносити в межах строку його дії.

Якщо ж замовник вибере саме такий варіант (сторони повністю виконали свої зобов'язання до завершення строку дії договору, однак Звіт не оприлюднено, бо договір діє до кінця року), тоді радимо йому вивчити судову практику, про яку поговоримо згодом.

У який строк звітувати про виконання договору в разі невиконання зобов'язань?

Припустимо, що сторони не продовжать строк дії договору, зокрема за допомогою 20 %, а постачальник не поверне замовнику отримані кошти як попередню оплату. Коли в такому випадку треба оприлюднити звіт?

Щоб відповісти на це запитання, звернемося спочатку до Цивільного кодексу (далі – ЦК). Так, відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої зобов'язання відповідно до договору.

Водночас не слід плутати поняття «строк дії договору» та «строк дії зобов'язання за договором».

Як передбачено ч. 1 ст. 598 ЦК, зобов'язання припиняється частково або в повному обсязі на підставах, установлених договором або законом. При цьому згідно з ч. 1 ст. 599 ЦК зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином. Також зобов'язання може бути припинене за домовленістю сторін (ч. 1 ст. 604 ЦК).

З огляду на зазначене, зобов'язання за договором можуть бути вже виконані, а строк дії договору

ще не завершився. Або ж навпаки – строк дії договору за умовами договору закінчився, але в частині виконання певних зобов'язань договір ще діє.



Нагадаємо, договір вважається виконаним, якщо всіма сторонами договору (у нас – і замовником, і постачальником) у належній формі виконано всі зобов'язання за цим договором, тобто поставку здійснено, оплату замовником проведено, усі інші зобов'язання сторонами виконано, зокрема повернено передоплату, як у нашому випадку.

Підтвердженням виконання зобов'язань за договором є документи, передбачені умовами договору, зокрема накладна, акт приймання-передачі товару, платіжне доручення тощо.

У нашій ситуації договір діє до 31.12.19 р., а в частині виконання сторонами своїх зобов'язань – до повного їх виконання. Тож, оскільки одним із зобов'язань постачальника є повернення отриманих коштів, Звіт буде оприлюднюватися тоді, коли постачальник виконає умови договору в повному обсязі.



Довідково: відповідно до ч. 1 ст. 253 ЦК перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок.



Яку відповідальність несе замовник за неопублікування Звіту або порушення строків опублікування?

На сьогодні перелік діянь, наведених у ч. 1 ст. 164¹⁴ КУпАП, є вичерпним і не підлягає розширювальному тлумаченню. Тобто за цією нормою не будь-які порушення законодавства у сфері закупівель утворюють склад правопорушення, а виключно ті, що конкретно визначено законодавством. При цьому суть правопорушення повинна мати вузько конкретизований характер, оскільки підстава для притягнення особи до відповідальності завжди має бути максимально конкретною.

З огляду на зазначене, будь-яке поставлене у вину особі діяння із порушення закону в сфері публічних закупівель має бути оцінене за такими двома обов'язковими критеріями:

- чи дійсно це діяння мало місце;

- чи є це порушення відповідного закону в сфері публічних закупівель та чи підпадає воно під ознаки будь-якого з передбачених у ч. 1 ст. 164¹⁴ КУпАП діянь як прояв об'єктивної сторони правопорушення.

Водночас ст. 164¹⁴ КУпАП прямо не передбачає адміністративної відповідальності за порушення саме строків оприлюднення інформації про закупівлі.

Дійсно, як ми зазначали вище, норма ч. 1 ст. 10 Закону № 922 зобов'язує замовника оприлюднити Звіт протягом 3 к. д. із дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання. Проте законодавство чітко не визначає і не тлумачить, який із наведених випадків є превалюючий, тобто у яких саме випадках та від якої відправної точки посадова (службова) особа замовника повинна визначати дату оприлюднення Звіту. У згаданій нормі Закону № 922 лише перелічено підстави та вказано строк у 3 к. д. з дня настання такої підстави.

Разом із тим законом не передбачена відповідальність саме за порушення строків оприлюднення, оскільки поняття «порядок» не вбирає в себе поняття «строк», що підтверджується відсутністю таких визначень у Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі, затвердженому наказом Мінекономрозвитку від 18.03.16 р. № 477.

Як свідчить судова практика щодо визначення фрази в Законі № 922 «оприлюднити протягом трьох днів звіт про виконання договору з дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання», суди доходять висновку, що неможливо надати вірну та беззаперечну оцінку діям будь-якої особи і зробити об'єктивний, точний та остаточний, конкретний висновок щодо зобов'язання Законом № 922 виконати певні дії у певний строк згідно з цією фразою без її тлумачення.

Так, відповідно до ст. 62 Конституції особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку та встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Тобто всі сумніви у винуватості посадової (службової) особи замовника у вчиненні правопору-

шення, передбаченого ч. 1 ст. 164¹⁴ КУпАП, мають тлумачитися на її користь. А отже, неточності тексту Закону № 922, з якого не можна чітко визначити обсяг та строки дії особи, якій регламентується виконувати цей закон, у разі спору про наявність цієї нечіткості, мають тлумачитися на користь особи, яка виконала вимоги Закону № 922, проте є сумніви у визначенні строку, в який ця вимога Закону № 922 мала б бути виконаною.

Також зважте на те, що значну роль у судовому захисті відіграє визнання особою своєї вини.

Як свідчить судова практика, за тих самих обставин справи щодо різних членів того самого тендерного комітету той самий суддя може винести протилежні ухвали. Наприклад, закупівельника, який визнав свою вину, суд штрафує, а іншого, який не визнав вини та захищався, доводячи відсутність складу правопорушення в його діях, суд звільняє від адміністративної відповідальності саме через відсутність складу адміністративного правопорушення.

Для прикладу можна навести ухвалу Болградського районного суду Одеської області:

- від 05.09.17 р. у справі № 497/1175/17 (особа визнала вину, отримала штраф у розмірі 11 900 грн);
- від 05.09.17 р. у справі 497/1173/17 (особа не визнала вину, суд закрив провадження в адмінсправі на підставі ст. 247 КУпАП за відсутністю в діях особи складу та події адміністративного правопорушення);
- від 27.09.17 р. у справі № 497/1174/17 (особа не визнала вину, суд закрив провадження на підставі ст. 247 КУпАП за відсутністю в діях особи складу та події адміністративного правопорушення).

Проте все зміниться з моменту набуття чинності Закону від 19.09.19 р. № 114-IX «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель» на підставі законопроекту № 1076, ухваленого Верховною Радою 19 вересня цього року. Суттєво збільшиться строк оприлюднення Звіту – протягом 20 робочих днів із дня закінчення строку дії договору про закупівлю або його виконання сторонами, або його розірвання. Як бачимо, у новій нормі всі три дії, від яких відлічуватимуть строк такого оприлюднення, розділені між собою повторюваним сполучником «або». Таким чином змінами уточнено, що для відліку строку оприлюднення Звіту можна вибирати будь-яку із цих трьох дій.