

## ДОГОВОРИ КОНСАЛТИНГУ В СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

### CONSULTING AGREEMENTS IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENTS

Нескороджена Л.Л., к.ю.н., доцент,  
доцент кафедри міжнародного, цивільного та комерційного права  
Державний торговельно-економічний університет

Стаття присвячена аналізу договорів консалтингу, які можуть бути укладені в сфері публічних закупівель. Актуальність теми дослідження обумовлена певними факторами: в законодавстві України відсутнє визначення та поняття договору консалтингу; з 01.01.2022 року за організацію та проведення публічних закупівель відповідає уповноважена особа, яка повинна перебувати в трудових відносинах із замовником; Антимонопольний комітет України накладає на замовників штрафні санкції за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, шляхом спотворення результатів торгів у зв'язку з тим, що замовник користувався послугами інших осіб, наприклад, при завантаженні тендерної документації, чи обміну інформацією під час підготовки тендерної документації тощо. Вказується на те, що єдине наукове дослідження щодо укладення договорів консалтингу в сфері публічних закупівель відсутнє, науковці здійснюють науковий аналіз або публічних закупівель, або укладення договорів консалтингу.

Зазначено, що договір консалтингу та договір про надання консультаційних послуг є тотожними поняттями.

Здійснено аналіз порядку призначення уповноваженої особи та наведені аргументи щодо недоцільності залучення консультантів з боку замовників для проведення публічних закупівель. Укладення договору консалтингу замовником для організації проведення публічних закупівель суперечить принципу максимальної економії здійснення публічних закупівель.

Укладення договорів консалтингу можливе для учасника публічних закупівель, який в разі недостатності знань може звертатися до консультантів – професіоналів в сфері публічних закупівель.

Запропоновано внести зміни до Закону України «Про публічні закупівлі» та встановити заборону щодо залучення з боку замовника консультантів для організації та проведення публічних закупівель.

**Ключові слова:** договори консалтингу, публічні закупівлі, консультування, консультант, уповноважена особа.

The article is devoted to the analysis of consulting contracts that can be concluded in the field of public procurement. The relevance of the research topic is determined by certain factors: the legislation of Ukraine lacks a definition and concept of a consulting contract; from 01.01.2022, the organization and conduct of public procurement is the responsibility of an authorized person who must be in labor relations with the customer; The Antimonopoly Committee of Ukraine imposes fines on customers for committing anti-competitive concerted actions, by distorting the results of auctions due to the fact that the customer used the services of other persons, for example, when downloading tender documents, or exchanging information during the preparation of tender documents, etc. It is pointed out that there is no single scientific study on the conclusion of consulting contracts in the field of public procurement, scientists conduct a scientific analysis of either public procurement or the conclusion of consulting contracts.

It is noted that the consulting agreement and the agreement on the provision of consulting services are identical concepts.

The procedure for appointing an authorized person was analyzed and arguments were given regarding the impracticality of engaging consultants on the part of customers for public procurement. The conclusion of a consulting contract by the customer for the organization of public procurement contradicts the principle of maximum economy of public procurement.

The conclusion of consulting contracts is possible for a participant in public procurement, who, in case of insufficient knowledge, can turn to professional consultants in the field of public procurement.

It is proposed to amend the Law of Ukraine «On Public Procurement» and establish a ban on the engagement of consultants by the customer for the organization and conduct of public procurement.

**Key words:** consulting contracts, public procurement, consulting, consultant, authorized person.

**Постановка проблеми.** Ефективне проведення публічних закупівель залежить від належної організації закупівельної діяльності замовника. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про публічні закупівлі» (надалі – Закон), проведення публічних закупівель на підприємстві організовує уповноважена особа, яка призначається замовником. Однак не завжди уповноважена особа володіє достатніми знаннями щодо предмету закупівлі, визначення процедури закупівлі, механізму завантаження тендерних документів тощо. Тому виникає питання, чи може уповноважена особа залучати інших осіб, як консультантів, для допомоги у проведенні публічних закупівель та які договори консалтингу можуть бути укладені. З одного боку, заборони немає, адже ч. 11 ст. 11 Закону передбачає право уповноваженої особи за рішенням замовника для підготовки тендерної документації та/або оголошення про проведення спрощеної закупівлі та вимог до предмета закупівлі залучати інших працівників замовника. Ч. 4 ст. 4 Закону передбачає право замовника проводити попередні ринкові консультації для планування закупівель та підготовки до проведення закупівель з метою аналізу ринку [1]. З іншого боку, є судова практика щодо накладення штрафних санкцій Антимонопольним комітетом України (надалі – АМК України) за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, шляхом спотворення результатів торгів у зв'язку з тим, що замовник користувався послугами інших осіб, напри-

клад, при завантаженні тендерної документації, чи обміну інформацією під час підготовки тендерної документації, чи обговоренні ціни пропозиції тощо [2, 3, 4, 5 та інші]. Крім того, на даний час, є багато різних компаній (юридичних та консалтингових), які пропонують різні послуги в сфері публічних закупівель, наприклад, проведуть аналіз договору про закупівлю, тендерної документації, нададуть консультації в ході будь-якої з процедур закупівель, а за потреби супроводжуватимуть юридичну складову оскарження процедур закупівлі. Тому варто проаналізувати переваги та ризики укладення договору консалтингу та отримання послуг консультанта в процесі підготовки та проведення публічних закупівель.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дане наукове дослідження базується на наукових працях з двох напрямків: регулювання публічних закупівель та укладення договорів консалтингу, їх різновидів. Аналіз господарсько-правового регулювання публічних закупівель здійснювали: С. Вавженчук розкрив основні проблеми укладення договору про публічну закупівлю [6]; А. Загребельська проаналізувала співвідношення понять учасник/виробник у публічних закупівлях [7]; Н. Здирко обґрунтувала основні етапи, періоди та алгоритми проведення закупівель за бюджетні кошти [8]; О. Курепіна розкрила теоретичні положення щодо правового регулювання публічної закупівлі вугілля для соціально значущих об'єктів [9];

С. Малолітнева дослідила господарсько-правовий інститут публічних закупівель із визначенням його поняття, структури, принципів, а також функціональних зв'язків з іншими елементами системи господарського права [10]; А. Олефір досліджував проблеми захисту прав учасників публічних закупівель на різних етапах проведення тендерів зі здійсненням юридичної кваліфікації діянь [11]; Я. Петруненко проаналізував способи використання у законодавстві України зарубіжного досвіду у сфері регулювання публічних закупівель як одного з господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів [12]; А. Сошников розробив теоретичні положення та практичні рекомендації щодо вдосконалення господарсько-правового забезпечення публічних закупівель [13]. Питання правового регулювання консалтингових відносин та порядку укладення договору консалтингу досліджували: В. Лишеник аналізувала поняття, ознаки та види суб'єктів консалтингових правовідносин [14]; О. Зайцев та С. Ясечко узагальнили основні концептуальні протиріччя між договором про закупівлю послуг з юридичного консультування і юридичного представництва та цивільно-правовим договором консалтингу [15]; О. Тур визначила поняття договору консультаційних послуг, виокремила особливості та здійснила аналіз його істотних умов [16]; Г. Шаркова провела дисертаційне дослідження договору консалтингу та дала визначення договору консалтингу, визначила його вид, виокремила основні ознаки, розмежувала договір консалтингу, договір на надання інформаційних послуг та договір на надання маркетингових послуг тощо [17]. Однак комплексного дослідження щодо укладення договорів консалтингу для організації проведення публічних закупівель проведено не було. В даному дослідженні будуть розкриті питання укладення договорів консалтингу, які можуть бути укладені в процесі підготовки та проведення публічних закупівель, але не буде розглядатися консалтинг як предмет закупівлі.

**Метою дослідження** є аналіз нормативно-правової бази щодо доцільності укладення договорів консалтингу в публічних закупівлях.

**Виклад основного матеріалу.** Перш ніж розкривати особливості укладення договору консалтингу в сфері публічних закупівель варто зрозуміти, а що ж розуміється під договором консалтингу, адже ні в Цивільному кодексі України (надалі – ЦК України), ні в Господарському кодексі України (надалі – ГК України) відсутнє поняття та визначення договору консалтингу. Між науковцями немає спільної згоди щодо назви такого договору. Г. Шаркова різновид договору оплатного надання послуг, за яким одна сторона – виконавець, зобов'язується здійснити для іншої сторони – замовника, фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої сторонами інформації для вирішення конкретних проблем у підприємницькій діяльності замовника, що використовується у процесі її здійснення, а замовник зобов'язаний її прийняти та оплатити називає договором консалтингу [17, с. 4], хоча варто зауважити, що даний договір укладається не лише для вирішення проблем підприємництва, але і для вирішення інших питань (наприклад, освітніх, медичних, особистих тощо).

О. Тур з такою назвою не погоджується та під договором, за яким одна сторона (фахівець) зобов'язується надати іншій стороні (замовнику) інформацію у вигляді порад, рекомендацій, висновків у доступній для прийняття формі з питань у різноманітних сферах, а замовник має оплатити консультаційну послугу, розуміє договір про надання консультаційних послуг [16, с. 92–93].

На нашу думку, договір консалтингу та договір про надання консультаційних послуг є тотожними, адже слово «консалтинг» – запозичене та з англійської мови перекладається як консультування, тобто фактично договір

консалтингу – це договір про надання послуги щодо консультування особи з певного питання. Предметом такого договору є надання послуги інформативного змісту щодо вирішення питання зі сфери, яка цікавить замовника. Замовник має надію, що виконавець є професіоналом в цій сфері, володіє більшою кількістю знань, знає нормативну базу та може надати повну інформацію щодо можливих дій з метою уникнення в майбутньому відповідальності та штрафних санкцій. Наприклад, в сфері публічних закупівель штрафні санкції є суттєвими: від 1700 грн. за порушення порядку визначення предмета закупівлі; несвочасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації; тендерна документація складена не у відповідності із вимогами закону, тощо до 170 тис. грн. за укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель/спрощених закупівель, визначених законом (ст. 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Тому і не дивно, що особи, які відповідають за проведення закупівель в разі недостатності знань звертаються за консультаціями до третіх осіб. Необхідність укладення договору консалтингу визначає як замовник, який зобов'язаний діяти на принципах максимальної економії та ефективності, запобігати корупційним діям і зловживанням, так і учасник (переможець торгів, виконавець, продавець), який самостійно не має можливості розібратися в усіх тонкощах публічних закупівель.

Відповідно до ст. 41 Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм ЦК України та ГК України з урахуванням особливостей, визначених Законом. За загальним правилом договір про закупівлю укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі/спрощеної закупівлі. Відповідно до ст. 203 ЦК України будь який правочин є дійсним, якщо дотримані умови дійсності: суб'єктний склад, волевиявлення, форма правочину, результат. Ч. 3 ст. 203 ЦК України передбачає, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Ст. 627 ЦК України передбачає свободу договору та те, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Однак в сфері публічних закупівель волевиявлення замовника чітко регулюється імперативними нормами, наприклад, щодо обов'язковості оголошення процедури закупівлі, зазначення чітких строків оприлюднення інформації про закупівлі, встановлення правил недискримінації учасників, щодо визначення переможця тощо. Обмеження волевиявлення стосується і видів договорів, які можуть бути укладені замовником, адже публічні закупівлі проводяться для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад і не можуть бути укладені договори за публічні кошти, які будуть сприяти лише організації та проведенню закупівель.

Однією з суттєвих змін в сфері публічних закупівель стало те, що з 01.01.2022 року відповідальною за організацію та проведення процедури закупівлі/спрощеної закупівлі є виключно уповноважена особа, яка відповідно до ст. 11 Закону, призначається замовником в спосіб, передбачений Законом [1]. Закон встановлює певні вимоги до уповноваженої особи (нею не можуть бути посадові особи та представники учасників, члени їхніх сімей, а також народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим та депутати міської, районної у місті, районної, обласної ради) та передбачає, що уповноважена особа повинна мати вищу освіту, як правило юридичну або економічну. Інші вимоги можуть бути встановлені рішенням замовника.

Але виникає питання, чи може уповноважена особа в разі сумнівів, або не знання залучати для організації

та проведення публічних закупівель консультанта? З аналізу чинного законодавства можна зробити такі висновки:

– ч. 1. ст. 11 Закону передбачає, що уповноважена особа може бути призначена:

1) шляхом покладення на працівника (працівників) із штатної чисельності функцій уповноваженої особи як додаткової роботи з відповідною доплатою згідно із законодавством;

2) шляхом введення до штатного розпису окремої (окремих) посади (посад), на яку буде покладено обов'язки виконання функцій уповноваженої особи (уповноважених осіб);

3) шляхом укладення трудового договору (контракту) згідно із законодавством.

Класифікатор професій містить професійну назву роботи фахівець з публічних закупівель (код КП 2419.2). Міністерство соціальної політики України затвердило Професійний стандарт для фахівця з публічних закупівель (наказ № 234 від 18.02.2019 р.) [18]. У зв'язку з цим є певні зауваження до ч. 1 ст. 11 Закону, а саме без введення до штатного розпису окремої посади неможливо укласти трудовий договір, тому на нашу думку варто підпункти 2, 3 ч. 1 ст. 11 об'єднати та викласти в такій редакції: «2) шляхом введення до штатного розпису окремої (окремих) посади (посад) фахівця (фахівців) з публічних закупівель та в трудовому договорі (контракті) покласти обов'язки виконання функцій уповноваженої особи (уповноважених осіб)».

– ч. 8 ст. 11 Закону передбачає, що уповноважені особи можуть пройти навчання з питань організації та здійснення публічних закупівель, у тому числі дистанційне в Інтернеті. Але абзац 2 ч. 8 ст. 11 Закону зазначає, що уповноваженою особою може бути призначено лише працівника, який підтверджує свій рівень володіння необхідними (базовими) знаннями у сфері публічних закупівель на веб-порталі Уповноваженого органу шляхом проходження безкоштовного тестування. Тобто тут вже передбачений обов'язок особи набути спеціальних знань в сфері публічних закупівель. З цього випливає, що уповноважена особа повинна мати спеціальні знання для того, щоб самостійно без допомоги провести закупівлі;

– Закон дозволяє замовнику призначити декілька уповноважених осіб, за умови що кожна з таких осіб буде відповідальною за організацію та проведення конкретних процедур закупівель/спрощених закупівель (п. 3 ст. 11 Закону). Крім того, за рішенням замовника уповноважена особа може залучати інших працівників замовника (ч. 11 ст. 11 Закону).

Виглядає так, що замовник за Законом не має права залучати сторонню особу як консультанта і всі обов'язки покладе на уповноважену особу. Однак ч. 4 ст. 11 Закону передбачає лише заборону призначити уповноваженою особою, особу, яка залучається замовником за договором про надання послуг для проведення процедур закупівель/спрощених закупівель, тобто Закон передбачає можливість залучити консультантів. На практиці замовники користуються цією можливістю та залучають консультантів з формулюванням закупівель «ДК 021-2015 (CPV) 79110000-8 – Послуги з юридичного консультування та юридичного представництва (юридичні послуги)» [19, 20, 21, 22 та інші], але в укладених договорах про надання юридичних послуг чітко прописано, що будуть надаватися юридичні послуги, необхідні для організації і проведення процедур закупівель товарів, робіт та послуг та укладення відповідних договорів про закупівлю за публічні кошти. На нашу думку, такі закупівлі з 01.01.2022 року є незаконними і як аргумент можна навести таке:

1) Закон чітко визначив відповідальною особою за проведення публічних закупівель уповноважену особу, яка або отримує додаткову винагороду за свою роботу, або заробітну плату за виконання функцій уповноваженої

особи. Залучення консультантів для організації та проведення публічних закупівель суперечить принципу максимальної економії, бо фактично є подвійною оплатою за роботу уповноваженої особи і послуги залученого консультанта;

2) Міністерство економіки України, яке є Уповноваженим органом в сфері публічних закупівель створило веб-сайт, на якому надаються безоплатні консультації рекомендаційного характеру з питань публічних закупівель, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет (п. 13 ч. 1 ст. 9 Закону), тобто уповноважена особа має можливість консультування у фахівців Міністерства економіки України;

3) Пункти договорів про надання юридичних послуг щодо підготовки тендерної документації та/або оголошення про проведення спрощеної закупівлі та вимог до предмета закупівлі можна визнати недійсними, адже за ч. 11. ст. 11. Закону за рішенням замовника уповноважена особа для підготовки тендерної документації та/або оголошення про проведення спрощеної закупівлі та вимог до предмета закупівлі може залучати інших працівників замовника, тобто лише тих хто є у трудових відносинах з замовником;

4) Крім того, якщо замовник не має уповноваженої особи, то Закон надає йому право здійснити закупівлю товару (товарів) та/або послуги (послуг) через централізовану закупівельну організацію, яка набуває усіх прав та обов'язків замовників, що визначені Законом, та несе відповідальність згідно із законами України (ч. 13. ст. 11 Закону, Постанова КМУ «Про особливості створення та діяльності централізованих закупівельних організацій» [23]);

5) Як ми вже зазначали, Міністерство економіки України надає можливість уповноваженим особам пройти навчання з питань організації та здійснення публічних закупівель, у тому числі дистанційне в Інтернеті.

З вищевикладеного можна зробити висновок про те, що замовник не має права залучати для організації та проведення публічних закупівель консультантів, повинен розраховувати лише на своїх працівників – уповноважених осіб.

Разом з тим, щодо укладення договору консалтингу та залучення консультантів учасником публічних закупівель Закон ніяких обмежень не встановлює.

**Висновки.** На нашу думку, договір консалтингу та договір про надання консультаційних послуг є тотожними, адже передбачають надання замовнику інформації щодо можливих дій в сфері, яка його цікавить, для уникнення негативних наслідків в майбутньому.

За результатами дослідження вбачається, що укладення договорів консалтингу з боку замовника для проведення та організації публічних закупівель заборонено, адже Закон всі обов'язки в сфері публічних закупівель покладе на уповноважену особу, яка повинна бути в трудових відносинах з замовником. Але такої заборони не існує для учасника публічних закупівель, який може звертатися до консультантів – професіоналів в сфері публічних закупівель. Укладення договору консалтингу замовником для організації проведення публічних закупівель суперечить принципу максимальної економії здійснення публічних закупівель.

Враховуючи вищевикладене варто внести такі зміни до Закону:

– підпункти 2, 3 ч. 1. ст. 11 об'єднати та викласти в такій редакції: 2) шляхом введення до штатного розпису окремої (окремих) посади (посад) фахівця (фахівців) з публічних закупівель та в трудовому договорі (контракті) покласти обов'язки виконання функцій уповноваженої особи (уповноважених осіб);

– ч. 4 ст. 11 викласти в такій редакції: «Замовнику забороняється за публічні кошти укладати договір про надання послуг для проведення процедур закупівель/спрощених закупівель».

## ЛІТЕРАТУРА

1. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>.
2. Рішення Господарського суду міста Києва від 17.11.2020 в справі № 910/2729/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93295112>.
3. Рішення Господарського суду міста Києва від 27.02.2020 справа № 910/15386/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88304419>.
4. Рішення Господарського суду міста Києва від 27.09.2022 справа № 910/2422/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107022047>.
5. Рішення Господарського суду міста Києва від 31.05.2023 справа № 910/15371/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111518582>.
6. Вавженчук С. Укладення договору про публічні закупівлі: динаміка законодавства та проблеми правозастосування. *Підприємство, господарство і право*. 2019. № 6. С. 6–11.
7. Загребельська Агія. Правило «двох виробників»: міф чи реальність. URL: [https://radnuk.com.ua/praktyka\\_zakupivel/praktika-oskarzhennja/pravylo-dvokh-vyrobnykiv-mify-ta-realnist/](https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/pravylo-dvokh-vyrobnykiv-mify-ta-realnist/)
8. Зdirko Н. Публічні закупівлі: типи та процедури здійснення. *Агросвіт*. 2019. № 18. С. 51–62.
9. Курепіна О. Ю. Правове регулювання публічної закупівлі вугілля для соціально значущих об'єктів. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 (081 – Право). Державна установа «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова Національної академії наук України» НАН України. Київ, 2020. 199 с.
10. Малолітнева В.К. Господарсько-правовий інститут публічних закупівель: монографія. Київ: ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова Національної академії наук України», 2020. 412 с.
11. Олефір А. О. Проблеми захисту прав учасників публічних закупівель. Теорія і практика правознавства. Електронне наукометричне фахове видання Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. 2018. Випуск 1 (13). URL: <http://tlaw.nlu.edu.ua/>.
12. Петруненко Я.В. Зарубіжний досвід регулювання публічних закупівель як господарсько-правового засобу забезпечення ефективного використання державних коштів. *Правова держава*. 2019. № 34. С. 23–28.
13. Сошников А.О. Господарсько-правове забезпечення публічних закупівель. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.04. Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Київ, 2019. 22 с.
14. Лищенко В.К. Поняття, ознаки та види суб'єктів консалтингових правовідносин. *Право і суспільство*. 2022. № 4. С. 141–149.
15. Зайцев О. Л., Ясечко С.В. Закупівля послуг з юридичного консультування та юридичного представництва. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 4. С. 169–172. URL: [http://www.lsej.org.ua/4\\_2023/40.pdf](http://www.lsej.org.ua/4_2023/40.pdf).
16. Тур О.Т. Істотні умови договору про надання консультаційних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5-2. Ч. 3. С. 91–95.
17. Шаркова Г.Ю. Договір консалтингу. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПН України. Київ, 2011. 24 с.
18. Про затвердження професійного стандарту для фахівця з публічних закупівель: наказ Міністерства соціальної політики України від 18.02.2019 № 234. URL: <https://radnuk.com.ua/wp-content/uploads/2021/03/profesiynjy-standart-fakhivets-z-publichnykh-zakupivel-1.pdf>
19. UA-2022-12-02-000217-a. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-12-02-000217-a>
20. UA-2023-07-12-002500-a. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-07-12-002500-a>
21. UA-2023-07-05-006548-a. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-07-05-006548-a>
22. UA-2023-07-06-009555-a. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-07-06-009555-a>
23. Про особливості створення та діяльності централізованих закупівельних організацій: постанова КМУ від 27 грудня 2018 р. № 1216. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1216-2018-%D0%BF#Text>