

Типові та примірні договори в публічних закупівлях: обов'язкові чи рекомендовані?

Типові та примірні договори в публічних закупівлях: обов'язкові чи рекомендовані?

Цивільний кодекс України (далі — ЦКУ) закріплює принцип свободи договору. Відповідно до частини 1 статті 627 ЦКУ сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору **з урахуванням** вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Отже, **свобода сторін визначати умови договору ніколи не є абсолютною, вона обмежена насамперед вимогами актів законодавства.** Одним із таких актів є Господарський кодекс України (далі — ГКУ), згідно з частиною 4 статті 179 якого при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі:

вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству;

примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст;

типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим державним органом або органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови;

договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

Тобто ГКУ передбачає чотири самостійні способи визначення умов договору, які, вочевидь, не поєднуються між собою. Приміром, один і той самий договір не може одночасно ґрунтуватися й на типовому, і на примірному, а застосування примірної чи типової форми виключає вільне волевиявлення сторін (яке передбачає погодження на власний розсуд будь-яких умов договору).

Наскільки обов'язкові для замовників публічних закупівель типові та примірні договори, з'ясуємо далі.

Типові договори — що воно таке?

Типовий договір завжди затверджується нормативно-правовим актом, що прийнятий або Кабінетом Міністрів України, або у випадках, прямо передбачених законом, іншим державним органом або органом державної влади. Головна ознака нормативно-правового акта — це його обов'язковість для виконання тими суб'єктами, кому він адресований (тобто на кого поширюється сфера його дії).

Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України видаються лише в одній формі — постанови (частина 2 статті 49 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»).

Нормативно-правові акти інших державних органів та органів державної влади видаються у формі, передбаченій відповідним законом (як правило, це наказ, але може бути й постанова). При цьому нормативно-правові акти органів виконавчої влади підлягають державній реєстрації у Міністерстві юстиції України, без проходження якої вважаються такими, що не набули чинності та не можуть застосовуватися (пункт 15 Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою Уряду від 28.12.1992 № 731).

Водночас відповідно до абзацу 1 частини 4 статті 3 Закону України «Про публічні закупівлі» **відносини, пов'язані зі сферою публічних закупівель, регулюються виключно цим Законом** і не можуть регулюватися іншими законами, крім випадків, встановлених цим Законом. Як наслідок, нерідко виникають ситуації, коли положення типового договору суперечать реаліям предмета закупівлі чи бажанню замовника.

Оскільки типовий договір затверджується підзаконним нормативно-правовим актом, то у разі виникнення колізій, тобто суперечностей між змістом типового договору та положеннями іншого акта законодавства, застосовуються загальні правила вирішення колізій, одне з яких стверджує: *між двома актами різної юридичної сили перевагу має той, чия юридична сила вища (тобто закон має перевагу над будь-якою постановою).*

З викладеного слідує важливе правило: **норми Закону про закупівлі завжди мають пріоритет порівняно з положеннями будь-якого типового договору.** Тобто у випадку, якщо при укладенні договору про закупівлю сторони керуються типовим договором, то вони не вправі сліпо підписувати затверджену в законодавстві форму: умови такого договору мають бути обов'язково (!) погоджені з Законом про закупівлі, а також іншими законами, обов'язковими до застосування замовником (наприклад, для бюджетних установ таким законом буде насамперед Бюджетний кодекс України).

Станом на травень 2022 року сформуємо орієнтовний перелік типових договорів, які використовуються у сфері публічних закупівель, у Таблиці 1.

Таблиця 1. Орієнтовний перелік типових договорів, які використовують у сфері публічних закупівель

№ з/п	Назва типового договору	Нормативно-правовий акт, яким затверджено типовий договір
1	Типовий індивідуальний договір про надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем	Постанова Кабінету Міністрів України від 05.07.2019 № 690 «Про затвердження Правил надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення і типових договорів про надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення»
2	Типовий індивідуальний договір про надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення (без обслуговування внутрішньобудинкових систем)	
3	Типовий договір з власником (користувачем) будівлі (приміщення у будівлі) про надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення	
4	Типовий індивідуальний договір про надання послуги з постачання теплової енергії з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем	Постанова Кабінету Міністрів України від 21.08.2019 № 830 «Про затвердження Правил надання послуги з постачання теплової енергії і типових договорів про надання послуги з постачання теплової енергії»
5	Типовий індивідуальний договір про надання послуги з постачання теплової енергії	
6	Типовий договір з власником (користувачем) будівлі про надання послуги з постачання теплової енергії	
7	Типовий індивідуальний договір про надання послуги з постачання гарячої води з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем	Постанова Кабінету Міністрів України від 11.12.2019 № 1182 «Про затвердження Правил надання послуги з постачання гарячої води та типових договорів про надання послуги з постачання гарячої води»
8	Типовий індивідуальний договір про надання послуги з постачання гарячої води	
9	Типовий договір з власником (користувачем) будівлі про надання послуги з постачання гарячої води	

10	Типовий договір про постачання електричної енергії постачальником універсальних послуг	Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 14.03.2018 № 312 «Про затвердження Правил роздрібного ринку електричної енергії»
11	Типовий договір постачання електричної енергії постачальником «останньої надії»	
12	Типовий договір споживача про надання послуг з розподілу (передачі) електричної енергії	
13	Типовий договір розподілу природного газу	Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 30.09.2015 № 2498 «Про затвердження Типового договору розподілу природного газу»
14	Типовий договір постачання природного газу постачальником «останньої надії»	Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 30.09.2015 № 2501 «Про затвердження Типового договору постачання природного газу постачальником „останньої надії“»
15	Типовий договір про надання послуг з поводження з побутовими відходами	Постанова Кабінету Міністрів України від 10.12.2008 № 1070 «Про затвердження Правил надання послуг з поводження з побутовими відходами»
16	Типовий державний контракт (договір) на виготовлення та поставку товарів оборонного призначення за закритими закупівлями	Постанова Кабінету Міністрів України від 03.03.2021 № 363 «Питання оборонних закупівель»
17	Типовий державний контракт (договір) на виконання дослідно-конструкторської (науково-дослідної, технологічної) роботи оборонного призначення за закритими закупівлями	
18	Типовий державний контракт (договір) на виконання робіт (надання послуг) оборонного призначення за закритими закупівлями	

19	Типовий договір про надання платної освітньої послуги для підготовки фахівців	Наказ Міносвіти від 07.09.2020 № 1113 «Про затвердження Типового договору про надання платної освітньої послуги для підготовки фахівців», зареєстрований у Мін'юсті 19.10.2020 за № 1021/35304
----	---	--

Обов'язкові на всі 100 %, лише на 50 % чи лише трошки?

Застосування типових договорів під час проведення публічних закупівель є дещо спірним питанням. Річ у тім, що ГКУ у статті 185 встановлює **особливості укладання господарських договорів на організованих ринках капіталу, організованих товарних ринках, ярмарках та публічних торгах.**

Відповідно до статті 185 ГКУ **до укладення господарських договорів на організованих ринках капіталу, організованих товарних ринках, оптових ярмарках, публічних торгах застосовуються загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, з урахуванням нормативно-правових актів, якими регулюється діяльність відповідних організованих ринків капіталу, організованих товарних ринків, ярмарків та публічних торгів.**

У ГКУ не міститься визначення «публічні торги», однак у спорах з приводу договорів про закупівлю, укладених за результатами відкритих торгів, Верховний Суд визнає посилання на статтю 185 ГКУ обґрунтованим (для прикладу див. [постанову Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 30.09.2021 у справі № 922/3928/20](#)).

Отже, хоча ставити знак рівності між «публічними торгами» та «публічними закупівлями» зарано, однак з урахуванням згаданої практики Верховного Суду можна зробити висновок, що принаймні в рамках відкритих торгів замовник, керуючись статтею 185 ГКУ, має достатню свободу дій щодо визначення умов договору про закупівлю, зокрема й без урахування типових договорів. Однак цей висновок **зовсім не означає, що типові договори слід взагалі відкинути, оскільки:**

По-перше, в силу прямої вказівки у статті 6 Конституції України типові договори видаються відповідно до актів вищої юридичної сили та на їх виконання. Інакше кажучи, **типовий договір — це зведений у зручну форму набір прав та обов'язків, передбачений законом для сторін тих чи інших договірних відносин.** Очевидно, що Закон про закупівлі — не єдиний акт, вимоги якого сторони мають виконати під час укладення відповідного договору про закупівлю. Вимоги інших законодавчих актів також обов'язкові — в частині, що не суперечить Закону про закупівлі, і саме в цій частині *типовий договір може послужити зручним шаблоном.*

По-друге, якщо вибір постачальників обмежений, і всі вони на додачу наполягають на застосуванні типового договору, замовник просто вимушений буде пристати на умови постачальника: не тому, що типовий договір в принципі обов'язковий до застосування, а тому що інакше замовнику ніхто нічого не продасть. Це характерно насамперед для сфери газо- та електропостачання.

Тож як у відкритих торгах, так і в будь-яких інших видах публічних закупівель **пропонуємо керуватися загальним правилом:** типові договори як підзаконні нормативно-правові акти, обов'язкові до виконання за правилами, встановленими у частині 4 статті 179 ГКУ, застосовуються в частині, що не суперечить Закону про закупівлі та іншим актам вищої юридичної сили (наприклад, Бюджетному кодексу України).

Зверніть увагу: частина 4 статті 179 ГКУ містить чіткі правила застосування типових договорів, а саме:

сторони не можуть відступати від змісту типового договору;

сторони мають право конкретизувати його умови.

У цьому контексті слід окремо зупинитися на питанні, що означає фраза «сторони не можуть відступати від змісту типового договору», вжита у частині 4 статті 179 ГКУ. Свого часу ще Вищий господарський суд у пункті 38 [листа від 07.08.2008 № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»](#) роз'яснював, що *викладення умов договору у спосіб, відмінний від застосованого у типовому договорі (приміром, викладення умов договору іншими словами), не є відступом від змісту типового договору. Під таким відступом слід розуміти включення сторонами до господарського договору умов, які створюють регулювання, що за змістом прав і обов'язків сторін суперечить відповідному регулюванню, передбаченому типовим договором.*

Тобто сам по собі факт недотримання типової форми договору (викладення умов договору іншими словами або в іншій черговості, вилучення чи навпаки додавання окремих положень тощо), якщо така існує, не є порушенням законодавства, а отже не спричиняє недійсність укладеного між сторонами договору за умови, що **набір прав та обов'язків, закріплених у такому договорі, відповідає положенням законодавства.** Окрім того, сторони вільні у можливості конкретизувати умови договору.

Приклад

Пунктами 12–18 Типового договору з індивідуальним споживачем про надання послуг з централізованого водопостачання та централізованого водовідведення (з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 05.07.2019 № 690, передбачено право доступу виконавця до



будівель, приміщень і споруд, у яких встановлено вузли комерційного обліку, для проведення перевірки схоронності таких вузлів обліку та зняття показань та загальний механізм реалізації такого права: споживача повідомляють будь-яким засобом зв'язку про потребу в доступі до відповідних приміщень, а той забезпечує відповідний доступ виконавця після пред'явлення його представником службового посвідчення.

Конкретизуючи цю умову типового договору, сторони можуть додатково домовитися про включення до договору про закупівлю, приміром, такого:

- 1) заявка (вимога) про надання доступу має подаватися не менш як за 3 календарні дні до бажаної дати відвідин і виключно на електронну пошту, зазначену в договорі про закупівлю, та лише у вигляді листа за підписом керівника виконавця;
- 2) доступ здійснюється виключно у супроводі представника споживача;
- 3) доступ можливий лише в будні дні з 6 до 14 години;
- 4) будь-який візит представника виконавця фіксується засобами відеозв'язку, на що виконавець заздалегідь дає свою повну та безумовну згоду.

Примірні договори

Про юридичну силу примірних договорів свідчить сама їхня назва: примірні договори — це лише зразки, застосування яких рекомендовано, однак не обов'язкове. Примірні договори не є ані нормативно-правовими, ані нормативними актами, не містять норм права та не підлягають державній реєстрації у Мін'юсті, незалежно від їх видавника.

Примірний договір — зручний шаблон, який замовник може доповнити чи змінити на власний розсуд, однак з урахуванням положень актів законодавства, насамперед Закону про закупівлі.

Таблиця 2. Орієнтовний перелік примірних договорів, які використовують у сфері публічних закупівель

№ з/п	Назва примірного договору	Акт, яким затверджено типовий договір
1	Примірний договір підряду в капітальному будівництві	Наказ Державного комітету України з будівництва та архітектури від 27.10.2005 № 3 «Про затвердження Примірного договору підряду в капітальному будівництві»
2	Примірний договір підряду на будівництво (капітальний ремонт, реконструкцію) автомобільної дороги	Наказ Укравтодору від 28.04.2009 № 188 «Про затвердження Примірного договору підряду на будівництво (капітальний ремонт, реконструкцію) автомобільної дороги»

3	Примірний енергосервісний договір	Постанова Кабінету Міністрів України від 21.10.2015 № 845 «Про затвердження Примірного енергосервісного договору»
4	Примірний договір про постачання електричної енергії споживачеві	Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 14.03.2018 № 312 «Про затвердження Правил роздрібного ринку електричної енергії»

Водночас примірні договори можуть стати цілком обов'язковими для замовника, якщо таке рішення прийме його орган управління / засновник чи вищестояща організація. Зобов'язуюча сила примірних договорів у такому випадку впливатиме не з положень статті 179 ГКУ, а з норм статуту (положення) замовника, у якому буде чітко зазначено, що акти органу управління / засновника чи вищестоящої організації є обов'язковими до виконання таким замовником.

Ті ж самі суб'єкти (орган управління / засновник чи вищестояща організація) можуть затвердити не примірні договори, а, скажімо, перелік обов'язкових умов, які мають включатися чи то до договору про закупівлю, чи навіть до умов тендерної документації, наприклад: формулювання правил застосування оперативного-господарських та штрафних санкцій. Зокрема, саме у такий спосіб органи управління можуть реалізувати механізм «чорного списку учасників» для недопущення до участі у закупівлях підлеглих організацій тих суб'єктів господарювання, які вже проявили себе ненадійними контрагентами.

Висновки

У сфері публічних закупівель типові договори як підзаконні нормативно-правові акти, обов'язкові до виконання за правилами, встановленими у частині 4 статті 179 ГКУ, застосовуються в частині, що не суперечить Закону про закупівлі та іншим актам вищої юридичної сили (наприклад, Бюджетному кодексу України). При цьому під час проведення відкритих торгів замовник має більшу свободу у визначенні умов проєкту договору про закупівлю (а в подальшому і договору про закупівлю відповідно) в силу положень статті 185 ГКУ, згідно з якою до укладення господарських договорів на публічних торгах застосовуються загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, з урахуванням нормативно-правових актів, якими регулюється діяльність відповідних публічних закупівель.

Примірні договори у розумінні статті 179 ГКУ — це лише зразки, застосування яких рекомендоване, однак не обов'язкове.



Орган управління / засновник та / або вищестояща організація може своїм рішенням установити правила, обов'язкові для застосування замовником під час проведення закупівель та / або укладення договорів, зокрема, визначити конкретні форми документів, шаблони чи умови договорів (наприклад, перелік та порядок застосування оперативно-господарських та / або штрафних санкцій за порушення зобов'язання).

Ще більше про договірну діяльність в публічних закупівлях читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) в таких статтях:

«Збільшується сума договору про закупівлю. Чи вносити зміни в план?»;

«Зміна обсягу / вартості „прямого“ договору: на що варто звернути увагу»;

«Оголошення без ПДВ, але укладаємо договір про закупівлю з ПДВ: нестандартна комбінація та можливі ризики»;

«Чи можна при судовому оскарженні рішень замовника зобов'язати останнього не укласти договір про закупівлю?»;

«Стаття 631 ЦКУ в публічних закупівлях: в яких випадках (не) можна використовувати замовників».