

# Зміна істотних умов договору про закупівлю

## Стаття підготовлена відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель»

У цій статті розглянемо питання укладення договорів про закупівлю та порядок зміни істотних умов таких договорів, з якими нерідко на практиці стикаються замовники та учасники у зв'язку з економічною ситуацією, яка склалася в нашій державі.

Виходячи зі змісту норм Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон), який встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади, договір про закупівлю укладають у письмовій формі відповідно до положень [Цивільного кодексу України](#) та [Господарського кодексу України](#) з урахуванням особливостей, визначених цим Законом, між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари.

## Основні вимоги договору

Основні вимоги до договору про закупівлю визначені у статті 40 Закону, яка встановлює, що умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі.

Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім тих випадків, які визначені в цій статті Закону.

Зважаючи на те, що договором є домовленість сторін, і з огляду на норми статті 22 Закону, яка встановлює, що документація конкурсних торгів повинна містити проект договору або основні умови, які обов'язково будуть включені до договору про закупівлю, слід зазначити, що фактично учасники, подаючи свої пропозиції, погоджуються із викладеними в документації конкурсних торгів умовами договору.

Тому якщо учасник процедури закупівлі не погоджується з умовами договору або його не задовольняють викладені замовником умови договору про закупівлю, то такий учасник може скористатись правом звернення до замовника, передбаченим статтею 23 Закону — у частині надання своїх пропозицій щодо внесення змін до основних умов або проекту договору, що містяться в документації конкурсних торгів. Крім того, Законом передбачено

право на подання до органу оскарження скарги, що стосується саме документації конкурсних торгів, яке закріплене у статті 18 Закону.

## Істотні умови договору

Разом із цим слід розглянути, які ж саме умови мають бути погоджені сторонами договору та визначені законодавством як істотні.

Укладення, зміна та розірвання договору регламентуються главою 53 Цивільного кодексу України, стаття 653 якого визначає, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. **Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.**

Оскільки договір про закупівлю за своєю правовою природою є господарським договором, необхідно враховувати і положення Господарського кодексу України, згідно з якими зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань, як погоджені сторонами, так і ті, які вони приймають як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства.

Господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода. **При укладенні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.**

Слід урахувати також і специфіку предмета закупівлі, оскільки законодавством може бути визначено конкретні істотні умови, що має містити певний договір. Наприклад, стаття 12 Закону України «Про ринок природного газу» встановлює перелік істотних умов, які обов'язково мають міститись у договорах постачання природного газу.

Отже, виходячи зі змісту положень Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, можна дійти висновку, що істотними умовами договору про закупівлю є всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди, але в будь-якому разі сторонам необхідно погодити предмет, ціну та строк дії договору.

**З огляду на вищенаведене законодавство однозначно пов'язує укладення договору із досягненням сторонами такого договору згоди щодо його істотних умов.**

## Зміна або розірвання договору

**Статтею 651** Цивільного кодексу України визначено, що зміна або розірвання договору допускаються лише за згодою сторін, **якщо інше не встановлено договором або законом**. При цьому 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, установлених договором або законом. **У разі односторонньої відмови від договору** в повному обсязі або частково, **якщо право на таку відмову встановлено договором** або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим.

Фактично дублюючі положення містяться і в статті 188 Господарського кодексу України, згідно з якою зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено Законом або договором.

Оскільки Закон не містить будь-яких обмежень щодо встановлення порядку розірвання договору, замовники можуть при підготовці проекту договору або основних його умов, дотримуючись вимог законодавства, завчасно передбачати такі умови розірвання договору, що не призводитимуть до неможливості здійснення фактичної закупівлі у випадках невиконання або неналежного виконання зобов'язань переможцем.

Так, з метою забезпечення можливості здійснення наступної процедури закупівлі (або укладення прямого договору за умови, що залишкова вартість не перевищуватиме порогових меж, установлених Законом) у випадках невиконання або неналежного виконання зобов'язань замовники можуть у проекті договору (або його основних умовах) на етапі розробки документації конкурсних торгів передбачати умову щодо можливості розірвання договору про закупівлю в односторонньому порядку.

При цьому задля уникнення неоднозначних ситуацій замовникам варто також конкретизувати умови, за наявності яких у сторін виникатиме право на розірвання такого договору, та визначити супутні умови для врегулювання цієї процедури — як-от питання повернення авансу (за наявності), терміну та способу повідомлення про розірвання тощо.

## Процес та випадки внесення змін до істотних умов договору про закупівлю

Наступним питанням, яке турбує замовників та учасників, є безпосередньо процес та випадки внесення змін до істотних умов договору про закупівлю. Як уже було сказано, перелік випадків зміни істотних умов договору про закупівлю встановлено в частині 5 статті 40 Закону.

При цьому норма частини 5 статті 40 Закону є імперативною, а перелік випадків, наведений у цій статті, є вичерпним.

Таким чином, у тих випадках, які Законом не передбачені, сторони договору про

закупівлю не мають правових підстав змінювати істотні умови такого договору.

Разом із цим, виходячи зі змісту статті 652 Цивільного кодексу України, зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин настануть у разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору. Тому такий договір може бути змінений або розірваний за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті зобов'язання. Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що якби сторони могли це передбачити, то не уклали б договір або уклали б його на інших умовах.

Крім того, слід враховувати, що зміна договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або завдасть сторонам шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом.

Якщо сторони не узгодили договір з обставинами, які істотно змінились, або щодо його розірвання, то договір може бути розірваний, а з підстав, установлених частиною четвертою статті 652 Цивільного кодексу України, — змінений за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони за наявності одночасно всіх умов, передбачених у цій статті.

При цьому стороні договору про закупівлю, яка передає спір на вирішення суду, необхідно враховувати, що на неї покладається і обов'язок довести ті обставини, на які така сторона посилається, як на підставу своїх вимог відповідно до статті 33 Господарського процесуального кодексу України.

Разом з тим сторонам договору слід зважати також на те, що **не вважаються форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили)** фінансова та економічна кризи, дефолт, зростання офіційного та комерційного курсів іноземної валюти до національної валюти, недодержання/порушення своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів тощо [згідно з Регламентом засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), затвердженого Рішенням президії ТПП України від 18 грудня 2014 року № 44 (5)].

Водночас порівняно з попередніми редакціями Закону, які істотно обмежували зміну умов договору, чинний Закон встановлює широкий перелік таких випадків, які першочергово направлені на врегулювання правовідносин між сторонами договору в разі настання обставин, які зумовлюють необхідність зміни ціни за одиницю товару, зменшення кількості, покращення якості, змін податкових ставок, курсу іноземної валюти, нормативів, продовження строку дії договору та інших, які істотно впливають на подальше виконання договору про закупівлю.

## Збільшення обсягу

Слід звернути особливу увагу на те, що жодним із передбачених Законом випадків, у яких дозволяється змінювати істотні умови договору, не передбачено можливості збільшення обсягу закупівлі.

Тобто будь-яке збільшення обсягу (кількості) закупаюваного має бути розглянуто в рамках чинного правового поля як здійснення нової, окремої, закупівлі.

Тому варто звернути увагу, що **Закон не передбачає можливості як збільшення кількості закупаюваного в цілому, так і збільшення окремих найменувань унаслідок зменшення інших. Такі дії суперечитимуть вимогам статті 40 Закону.**

## Порядок зміни господарських договорів

**Статтею 188 Господарського кодексу України встановлено** порядок зміни господарських договорів, яким передбачено, що сторона договору, яка вважає за необхідне змінити або розірвати договір, повинна надіслати пропозиції про це другій стороні за договором, а сторона договору, яка одержала пропозицію, у двадцятиденний строк після одержання пропозиції інформує другу сторону про результати її розгляду. У разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни договору або в разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду.

Оскільки Закон передбачає низку таких випадків зміни істотних умов договору, які, по суті, потребують документального обґрунтування (підтвердження), з метою уникнення суперечливих ситуацій як зі сторони контролюючих органів, так і зі сторони переможця (виконавця), замовникові, у тому числі для спрощення процесу досягнення згоди щодо внесення змін у подальшому (за необхідності), доцільно завчасно визначити конкретні способи (механізми), які слугуватимуть достатнім аргументом та визнаватимуться прийнятними для укладення додаткової угоди до договору про закупівлю в конкретному випадку.

## Можливі випадки зміни істотних умов договору

**Так, зокрема, випадки** зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі, потребують документальної фіксації саме коливання такої ціни, яке відбулось щодо ціни, установленної в договорі про закупівлю. **Тому, встановлюючи завідомо занижену ціну в пропозиції конкурсних торгів, учасники самостійно ризикують не виконати або неналежно виконати зобов'язання, які матимуть у разі укладення ними договору про закупівлю.**

При цьому першочергово саме замовникам варто визначитись із документами та органами (установами, організаціями), які можуть надати таку інформацію, що вважатиметься достатньою й такою, що підтверджує коливання ціни на відповідному ринку і впливає на здатність виконати взяті зобов'язання в повному обсязі, при потребі внесення змін до договору про закупівлю.

Водночас замовникові слід також враховувати, що зміна ціни в бік збільшення спричиняє закупівлю меншої кількості (обсягу) предмета закупівлі, оскільки Законом в імперативній формі встановлено вимогу, що така зміна не може призводити до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю. Тому в разі застосування вказаного випадку для внесення змін у подальшому в замовника об'єктивно виникатиме необхідність у додатковому забезпеченні такої потреби.

У випадку ж зміни істотних умов у зв'язку зі зміною встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу інфляції інформація має бути офіційною та наданою безпосередньо таким органом.

При зміні курсу іноземної валюти або показників Platts у договорах про закупівлю мають обов'язково завчасно бути визначеними відповідні порядки (способи та механізми) зміни ціни залежно від зміни такого курсу або таких показників.

При цьому варто зазначити, що, згідно з Податковим кодексом України, Platts — це міжнародна, глобальна, уніфікована система інформаційного моніторингу за динамікою ринку та ціноутворенням **у галузі добувної та паливно-енергетичної промисловості**. Показники Platts — індекси, що офіційно визначені світовим інформаційним агентством Platts, які є базою для використання суб'єктами господарської діяльності.

Отже, визначаючи в договорі про закупівлю порядки (способи та механізми) зміни ціни залежно від зміни курсу іноземної валюти або показників Platts, замовникові слід об'єктивно оцінювати власні фінансові можливості та вмотивовано встановлювати їх за наявності безпосередньої взаємозалежності закупаваного предмета з такими показниками.

Одночасно **учасникам процедур державних закупівель** слід пам'ятати, що за визначенням, наведеним у статті 42 Господарського кодексу України, **підприємство — це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність**, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Також варто зазначити, що зміна економічної ситуації є комерційним ризиком сторін договору. Тому, укладаючи договір, учасникам-переможцям слід зважати, що сторони договору приймають такі ризики на себе, оскільки статтями 526 та 629 Цивільного кодексу України встановлено обов'язковість виконання договору та необхідність виконання зобов'язань належним чином відповідно до умов договору та вимог актів цивільного законодавства.

Насамкінець необхідно сказати, що в разі якщо згоди щодо внесення змін до істотних умов договору про закупівлю або щодо його розірвання сторонам досягти не вдається, то їм слід зважати, що відповідно до статті 43 Господарського процесуального кодексу України судочинство в господарських судах здійснюється на засадах змагальності.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення поданими судом доказами.

При цьому господарський суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді в судовому процесі всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись Законом.

З огляду на викладене та враховуючи, що сторони договору в підсумку мають на меті виконання такого договору в повному обсязі, потенційним учасникам слід використовувати права, надані їм Законом, щодо звернення до конкретного замовника за роз'ясненням тих чи інших положень документації конкурсних торгів на етапі її оприлюднення та до закінчення строку, встановленого для подання пропозицій.

При цьому замовникам варто коректно та чітко формулювати істотні умови в проекті договору або основні умови, які будуть обов'язково включені до такого договору про закупівлю, у тому числі в частині встановлення порядку застосування штрафних та оперативно-господарських санкцій, які регулюються положеннями глави 26 Господарського кодексу України, та передбачати можливість розірвання договору в разі неналежного виконання або невиконання зобов'язань для унеможливлення в подальшому зриву закупівельного процесу в цілому.