

Суд щодо встановлення в ТД вимоги, що інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватись

У цій статті йтиметься про встановлення в умовах тендерної документації такої вимоги: «Істотними умовами договору про закупівлю є предмет (найменування, кількість, якість), ціна та строк дії договору. Інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватися відповідно до норм Господарського та Цивільного кодексів».

Закупівлі проводяться відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — [Закон](#)) з урахуванням Особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 (із змінами) (далі — [Особливості](#)), яка прийнята Урядом на виконання вимог Закону.

Якщо ви користуєтесь [прикладом тендерної документації](#), що розроблена фахівцями порталу Радник, то в тексті такого взірця ви знайдете, зокрема, таку умову: «Істотними умовами договору про закупівлю є предмет (найменування, кількість, якість), ціна та строк дії договору. Інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватися відповідно до норм Господарського та Цивільного кодексів».

Звичайно, кожна уповноважена особа самостійно вирішує, що варто включати у вимоги тендерної документації, а що ні. І редакція порталу «Радник у сфері публічних закупівель» завжди закликає замовників якісно та вдумливо використовувати зразки документів для власних цілей.

Так, щодо встановлення вищезазначеної умови в ТД варто розуміти, що існує різне бачення контролюючих органів щодо істотних умов договору про закупівлю. Тому, встановлюючи вищезазначене формулювання у власній ТД, у вас має бути розуміння та законодавче підґрунтя. Для цього наведемо для вас судову практику.

Практика суду щодо встановлення в ТД формулювання, що інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватись



Справа № [320/23657/23](#). Забезпечено надання загального доступу: **29.04.2024**.

За результатами здійснення перевірки відповідності тендерної документації вимогам Закону та Особливостей відповідачем **встановлено, що у пункті 4 розділу VI «Результати торгів та укладання договору про закупівлю» тендерної документації позивача як замовника зазначено: інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватись відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України.**

Відповідач (ДАСУ) вважає, що має місце встановлення позивачем у тендерній документації умови щодо можливості зміни умов договору, що і суперечить вимогам частини 6 статті 33 та частини 4 статті 41 Закону, пункту 46 Особливостей.

Висновок суду: ДАСУ вважає, що вжиття в нормі частини 4 статті 41 Закону України «Про публічні закупівлі» терміна «умови», а не «істотні умови» має на увазі всі без виключення умови (положення) договору.

Однак суд зауважує, що **спеціальний закон у сфері публічних закупівель, яким є Закон України «Про публічні закупівлі», не містить визначення «умови договору».**

Водночас відповідно до частини 1 статті 41 Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексів України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

Відповідно, в частині, не врегульованій спеціальним законом, у тому числі щодо визначення поняття «умови договору», норма статті 41 Закону відсилає саме до Цивільного та Господарського кодексів.

Відповідно до статті 628 Цивільного кодексу України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Відповідно до статті 638, яка передбачає момент укладення договору, договір є укладеним, якщо сторони 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 із сторін має бути досягнуто згоди.

За правилами частини 3 статті 180 Господарського кодексу України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. При цьому частиною 5 статті 41 Закону визначено випадки, за наявності яких можлива зміна істотних умов договору про закупівлю.

Таким чином, законним у розумінні Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України є укладання договору, коли сторони досягли згоди й обумовили в договорі саме істотні умови. Відмінне і відірване від норм Цивільного кодексу України тлумачення норми частини 4 статті 41 Закону є необґрунтованим з огляду на зазначену вище обов'язкову бланкетну норму частини 1 цієї ж статті 41 Закону про публічні закупівлі.

При цьому відповідач (ДАСУ) ні в оскаржуваному висновку, ні у відзиві на позов не врахував, що пунктом 4 розділу 6 тендерної документації передбачено, що істотними умовами договору про закупівлю є предмет (найменування, якість), ціна та строк дії договору. Інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватися відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України.

Законом, окремі положення якого наведено вище, вимагається, щоб умови договору про закупівлю не відрізнялися від змісту тендерної пропозиції (частина 4 статті 41) і його істотні умови не змінювалися після підписання (за винятками, передбаченими у тій же частині 5 статті 41), отже, умови договору про закупівлю не повинні саме сутнісно, змістовно виходити за рамки тендерної пропозиції (за винятком тих випадків, які передбачає Закон).

Таким чином, укладання додаткових угод до договору, якими змінювалась специфікація договору, не є порушенням істотних умов договору, що узгоджується з висновками, викладеними у постановках Верховного Суду від 20.04.2023 у справі № 160/13903/21 та від 05.05.2022 у справі № 160/6513/21 (схожий висновок і в висновку ВС № [560/10224/23](#)).

Висновок

Встановлення в тендерній документації такого формулювання «*Істотними умовами договору про закупівлю є предмет (найменування, кількість, якість), ціна та строк дії договору. Інші умови договору про закупівлю істотними не є та можуть змінюватися відповідно до норм Господарського та Цивільного кодексів*» може нести ризики, оскільки, на суб'єктивну думку окремих представників ДАСУ, це порушення.

На противагу позиції ДАСУ маємо вищезазначені рішення суду, які не вбачають у вищезазначеній умові невідповідність чинному законодавству. Суди наголошують, що **законним у розумінні Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України є укладання договору, коли сторони досягли згоди й обумовили в договорі саме істотні умови.**

До того ж зі свого боку зауважимо: у разі, якщо у складі тендерної документації будуть

відсутні умови, які б розмежовували істотні умови договору від неістотних умов, які можуть змінюватись, замовник може втрапити в пастку, коли абсолютно всі умови договору про закупівлю вважатимуться істотними, навіть на зміну реквізитів у звичайному договорі на закупівлю товару. І в такому разі замовнику доведеться вносити зміни з урахуванням пункту 19 Особливостей, навіть коли це нелогічно, оскільки технічно в системі замовники проводять подібні додаткові угоди, вибираючи «покращення якості предмета закупівлі», що за своєю суттю також не є абсолютно правильним рішенням.

Тому, на нашу думку, така умова тендерної документації є обґрунтованою та необхідною для подальшого якісного виконання сторонами договору про закупівлю.

Підсумовуючи, зазначимо, що у разі встановлення вищезазначеної вимоги в складі вашої ТД та виникнення питань з боку контролюючих органів зазначені в цій статті висновки суду стануть допомогою під час надання роз'яснень чи підготовки до позовної заяви на неправомірний висновок моніторингу закупівлі. При цьому пам'ятайте, що формуєте вимоги тендерної документації саме ви, і саме вам вирішувати, чи є та чи інша умова доцільною.

Додатково для вивчення:

«Істотні умови договору про закупівлю»;

«Істотні умови договору при закупівлі електричної енергії»;

«Істотні умови договору про закупівлю робіт (підряду)»;

«Чи потрібно було в закупівлях за Постановою № 169 включати істотні умови, що передбачені в статті 41 Закону про закупівлі? Практика суду».