

Внесення змін до істотних умов договору про закупівлю

Включати всі підстави для внесення змін до істотних умов договору про закупівлю чи ні? Якщо це, наприклад, закупівля послуг, то потрібно прописати всі підстави з пп. 1 по пп. 9 пункту 19 Особливостей? Чи потрібно повиділяти все, що не стосується послуг, наприклад пп. 2 пункту 19? Що з приводу пп. 9 пункту 19 Особливостей? Потрібно додавати в усі договори підряду на будь-які закупівлі робіт чи тільки ті, що по постанові № 383? Про це — далі.

Військова агресія Російської Федерації проти України зумовила зміни звичайного порядку ведення господарської діяльності, істотну зміну в організації виробничого процесу підприємств, що не охоплюється поняттям звичайних комерційних ризиків, які притаманні підприємницькій діяльності.

12.10.2022 Кабінет Міністрів України прийняв постанову № 1178 «Про затвердження 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» (далі — Постанова № 1178, Особливості), яка покликана регулювати публічні закупівлі на період дії воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування.

Згідно з постановою Верховного Суду у справі № 916/1491/17 від 30.01.2018 **положення Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) є спеціальними нормами**, які визначають правові підстави внесення змін та доповнень до договорів, укладених за наслідком публічних закупівель, різновидом яких є тендерні закупівлі, та повинні застосовуватися переважно щодо норм Цивільного кодексу України (стаття 651) та Господарського кодексу України (стаття 188), які визначають загальну процедуру внесення змін до договору.

Отже, якщо спеціальною нормою права заборонено зазначення умов договору про публічні закупівлі, які відрізняються від умов тендерної пропозиції, та заборонено вносити зміни до договору, окрім певного переліку таких змін, то внесення змін до такого договору поза межами переліку означатиме нікчемність таких змін до договору.

У період воєнного стану та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування пунктом 19 Особливостей врегульовані випадки для внесення змін до договору про публічні закупівлі.

Пунктом 19 Особливостей передбачено дев'ять підстав, настання яких зумовлює можливість для внесення змін до договору про публічні закупівлі.

При цьому немає потреби настання одночасно всіх дев'яти підстав для внесення змін до договору. Кожен із підпунктів 1–9 є індивідуальним, тому настання одного з них може бути підставою для внесення змін до договору.

Що таке істотні умови договору

Частиною 1 статті 638 Цивільного кодексу України визначено: 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.**

У частині 3 статті 180 Господарського кодексу України зазначено: при укладенні господарського договору сторони зобов'язані **в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору**. У частині 4 цієї самої статті також зазначено: умови про предмет у господарському договорі повинні визначати **найменування** (номенклатуру, асортимент) та **кількість** продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їхньої **якості**. Вимоги щодо якості предмета договору визначаються відповідно до обов'язкових для сторін нормативних документів, зазначених у статті 15 цього Кодексу, а в разі їх відсутності — у договірному порядку, з додержанням умов, що забезпечують захист інтересів кінцевих споживачів товарів і послуг.

Перелік випадків, за яких можуть змінюватись істотні умови договору про закупівлю, перелічено в пункті 19 Особливостей. Для завантаження прикладу договору про закупівлю товару чи додаткової угоди користуйтеся розділом [«Договори та додаткові угоди»](#).

Чи можна всі підстави застосовувати до закупівлі як товарів, так і послуг?

Щодо підстави можливості внесення змін до договору, передбаченої підпунктом 2 пункту 19 Особливостей: зміни ціни за одиницю товару в договорі про закупівлю у разі коливання ціни такого товару на ринку, що відбулося з моменту укладення договору про закупівлю або останнього внесення змін до договору про закупівлю в частині зміни ціни за одиницю товару. Зміна ціни за одиницю товару здійснюється пропорційно коливанню ціни такого товару на ринку (відсоток збільшення ціни за одиницю товару не може перевищувати відсоток коливання (збільшення) ціни такого товару на ринку) за умови документального підтвердження такого коливання та не повинна призвести до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю на момент його укладення.



З буквального тлумачення норми можна зробити висновок, що внесення змін до договору на підставі зміни ціни може стосуватись виключно договору про купівлю чи поставку товару, а не виконання робіт чи надання послуг.

Крім того, листом Мінекономрозвитку України «Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю» [№ 3302-06/34307-06 від 27.10.2016](#) передбачено, що норма щодо зміни ціни на товар поширюється на договори, предметом закупівлі яких є товари, а не послуги.

Практика ДАСУ

За результатом моніторингу Західного офісу Держаудитслужби публічної закупівлі UA-M-2023-10-05-000009 зроблено такий висновок:

«В той же час, предметом закупівлі є послуги, про що вказано у тендерній документації та оголошенні про проведення відкритих торгів. При цьому, вказана підстава зміни істотних умов договору про закупівлю застосовується Замовниками в разі, якщо предметом закупівель є товар, відповідно до підпункту 2 пункту 19 Особливостей.

*Тобто, **Замовником затверджено у тендерній документації випадки зміни істотних умов для товару при закупівлі послуг, що не відповідає нормі пункту 19 Особливостей** та порушує вимоги абзацу першого частини третьої статті 22 Закону та пункту 28 Особливостей.*

Таким чином, Замовником затверджено тендерну документацію без врахування змін, внесених до Особливостей Постановою Кабінету Міністрів України від 12.05.2023 № 471, та без врахування норм абзаців 2-4 та 8 підпункту 1 та підпункту 2 пункту 44 Особливостей, чим порушено вимоги абзацу першого частини третьої статті 22 Закону та пункту 28 Особливостей».

Робимо висновок: тільки в проєктах договорів на закупівлю товарів, а не послуг можна включати підпункт 2 пункту 19 Особливостей як підставу для внесення змін до істотних умов договору.

Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю, зокрема ціни

Під час проведення публічних закупівель ціна є одним із головних критеріїв оцінки їх ефективності та показником досягнення економії. Саме тому зміна ціни під час виконання договору про закупівлю є об'єктом особливої уваги контролюючих та правоохоронних органів.

Суть публічних закупівель зводиться до того, щоб замовник за найнижчу ціну придбав найякісніший товар. У період дії воєнного стану суть публічних закупівель не змінюється, а навпаки, акцентується на процедурі та підтвердженні необхідності збільшення ціни на товар.

Зміна ціни не має призводити до порушення права замовника на придбання товару за ціною, сформованою в умовах конкуренції, що, своєю чергою, має результатом необґрунтовані перевитрати (нераціональне витрачання) публічних коштів.

Економічна вигода є суттю економічної діяльності і необхідним елементом конкуренції між суб'єктами господарювання (постанова Київського апеляційного господарського суду від 04.09.2018 у справі № 910/933/18).

Верховним Судом у постанові від 12.09.2019 у справі № 915/1868/18 наголошено, що можливість зміни ціни договору внаслідок недобросовісних дій сторін (сторони) договору робить результат закупівлі невизначеним та тягне за собою неефективне використання бюджетних коштів, що є прямим порушенням принципів процедури закупівлі, визначених Законом.

Ба більше, суди при розгляді справ про визнання недійсним додаткових угод про внесення змін до договору про публічні закупівлі звертають увагу на документальне підтвердження коливання цін.

Так, зокрема, у постанові Центрального апеляційного господарського суду від 21.12.2022 у справі № 908/653/22 зазначено, що «Колівання цін в сторону збільшення до укладення договору не може бути підставою для внесення змін до договору, оскільки в такому випадку нівелюється сама сутність проведення публічних закупівель і сторона, знижуючи в тендерній пропозиції ціну закупівлі з метою стати переможцем та підвищуючи ціни після укладення договору, діє недобросовісно».

Тому виникає питання, яке ж «документальне підтвердження коливання ціни» має надати сторона?

Так, Національне агентство з питань запобігання корупції у своєму стратегічному аналізі корупційних ризиків «Корупційні ризики під час проведення публічних закупівель в умовах воєнного стану» (станом на червень 2023 року) на сторінці 14 зазначає, що *«При цьому у положеннях Постанови № 1178 не передбачено визначення поняття „документальне підтвердження“ стосовно збільшення ціни за одиницю товару у разі коливання ціни такого товару на ринку, що дає можливість довільно трактувати незалежність такого підтвердження і спричиняє корупційні ризики під час виконання договору за результатами процедури закупівлі»*.

У такому аспекті не так важливо, який орган підтвердить ціну та її коливання (Торгово-промислова палата України та її регіональні відділення, ДП «Держзовнішінформ», Державна служба статистики України, судовий експерт, товарні біржі, підприємства-виробники), а дата даних про ціни (до укладення договору, після укладення договору,

після звернення до споживача).

Крім того, при зверненні до замовника з пропозиціями підвищити ціну необхідно обґрунтувати, чому таке підвищення цін на ринку зумовлює неможливість виконання договору по ціні, запропонованій замовнику на тендері, навести причини, через які виконання укладеного договору стало для постачальника вочевидь не вигідним.

Крім того, постачальник також має довести, що підвищення ціни не є прогнозованим (його неможливо було передбачити і закласти в ціну товару на момент подання постачальником тендерної пропозиції) (постанова Центрального апеляційного господарського суду від 21.12.2022 у справі № 908/653/22).

Верховний Суд у постанові від 23.01.2020 у справі № 907/788/18 зазначив, що, оскільки чинне законодавство не регламентує вимоги до документального **підтвердження коливання ціни на ринку, судова практика виробила такі основні вимоги до документа, а саме:**

повинен містити інформацію про стан цін щонайменше на дві дати, що визначають початок та кінець часового інтервалу, у якому здійснювалося дослідження цін.

Початковою датою більшість вважає дату підписання договору про закупівлю;

повинен містити результат порівняння цін у гривневому або відсотковому вираженні;

повинен містити посилання на джерела інформації.

Більше — в електронній книзі [«Збільшення ціни до 10 % у закупівлях за Законом та Постановою № 1178»](#).

Зміна ціни за підпунктом 9 пункту 19 Особливостей

Підпунктом 9 передбачена можливість внесення змін до договору в разі зменшення обсягів закупівлі та / або ціни згідно з договорами про закупівлю робіт з будівництва об'єктів нерухомого майна відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 25.04.2023 № 382 «Про реалізацію експериментального проекту щодо відновлення населених пунктів, які постраждали внаслідок збройної агресії Російської Федерації» (Офіційний вісник України, 2023 р., № 46, ст. 2466), якщо розроблення проєктної документації покладено на підрядника, після проведення експертизи та затвердження проєктної документації в установленому законодавством порядку.

Однак не можна застосовувати зазначений підпункт до всіх договорів підряду, а виключно до тих, які передбачені постановою Кабінету Міністрів України від 25.04.2023 № 382. До тотожної думки ми дійшли в статті [«Включати підпункт 9 пункту 19 Особливостей в усі договори на закупівлю робіт чи ні»](#).

Загальні висновки

Тільки в проєктах договорів на закупівлю товарів, а не послуг можна включати підпункт 2 пункту 19 Особливостей як підставу для внесення змін до істотних умов договору.

Не потрібно включати до проєкту договору про закупівлю підпункт 9 пункту 19 Особливостей у разі закупівлі товарів, послуг, окрім договорів підряду, що укладаються відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 25.04.2023 № 382.

Решта підстав для внесення змін до істотних умов договору про закупівлю є універсальними та можуть застосовуватись до всіх договорів незалежно від їх типу.

Рекомендуємо в проєкті договору про закупівлю прописувати перелік внесення змін до істотних умов договору про закупівлю відповідно до вашого предмета закупівлі.

Приклади усіх додаткових угод для уповноваженої особи ви знайдете в статті [«Додаткові угоди в публічних закупівлях: аналіз кожної підстави для внесення змін до істотних умов договору»](#), знайомтесь та завантажуйте!

Дивіться також відео щодо розірвання договору про закупівлю: