

# Проект договору про закупівлю у складі тендерної документації: особливості складення та можливості зміни

Пункт 7 частини 2 статті 22 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі) зобов'язує замовника включити до складу тендерної документації проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку зміни його умов. Що таке проект договору і наскільки детально слід прописувати його умови? Які є способи визначення змісту договору (складення проекту)? Чи можна під час укладення договору про закупівлю відступити від його проекту, включеного до складу тендерної документації? Про це і не тільки читайте далі.

## Чим послуговуватися, або Способи визначення змісту договору

Способи (джерела) визначення змісту господарського договору розкриті в частині 4 статті 179 ГК України, відповідно до якої 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 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 в разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

Господарські договори укладають за правилами, установленими Цивільним кодексом України з огляду на особливості, передбачені ГК України, іншими нормативно-правовими

актами щодо окремих видів договорів (частина 7 статті 179 ГК України). При цьому законодавство нерідко містить умови, що є обов'язковими при укладенні договорів певного виду. Залежно від конкретного випадку, такі умови можуть діяти незалежно від згадки про них у договорі.

---

Зміст договору про закупівлю визначають на основі типових та примірних договорів у разі їх затвердження або договору приєднання в разі його застосування постачальником, а за їх відсутності — на розсуд замовника та зважаючи на пропозиції учасників.

---

За загальним правилом, проект договору може бути запропонований будь-якою зі сторін (частина 2 статті 181 ГК України). Однак у сфері публічних закупівель при проведенні конкурентних процедур це правило не діє, адже за змістом пункту 7 частини 2 статті 22 Закону про публічні закупівлі проект договору складає саме замовник, він входить до складу тендерної документації та має бути завантажений окремим файлом. Водночас кожна зацікавлена особа може висловити пропозиції щодо змісту проекту договору, згідно зі статтею 23 Закону про публічні закупівлі, не пізніше ніж за 10 календарних днів до закінчення строку подання тендерних пропозицій. Що стосується переговорної процедури, то Закон про публічні закупівлі не вимагає розроблення для неї ані тендерної документації загалом, ані окремого проекту договору зокрема. Тож незалежно від підстав проведення переговорної процедури закупівель проект договору може бути запропонований будь-якою стороною: як замовником, так і учасником.

## Чи можна відступати від проекту договору

Нині панує думка, що замовник при укладенні договору з переможцем не має права відступати від його проекту, передбаченого тендерною документацією. Ця позиція ґрунтується на положеннях частини 2 статті 32 Закону про публічні закупівлі, в якій вказано, що замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем торгів протягом строку дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю **відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця**. Зазначену норму здебільшого трактують у спосіб «проект = договір». Інакше кажучи, який проект напишеш — таким буде й договір. У результаті замовники дуже часто складають надзвичайно деталізовані проекти договорів і вимагають подання у складі тендерної пропозиції підписаного учасником проекту договору. Такий підхід має свої переваги, адже учасники бачать усі умови майбутнього договору й можуть заздалегідь звернутися до замовника з приводу їх уточнення чи корегування (в порядку статті 23 Закону про публічні закупівлі).

Водночас існує й протилежна думка. Ґрунтується вона на тому, що згадана вище стаття 32 Закону про публічні закупівлі, виходячи з її назви, визначає порядок прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю, а не сам порядок укладення такого договору. Та й формулювання «відповідно до» не означає обов'язок дослівно, буквально відтворити положення проекту при укладенні договору. Натомість вимоги до договору про закупівлю встановлені статтею 36 Закону про публічні закупівлі, у частині 4 якої чітко вказано, що умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися **від змісту тендерної пропозиції** за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури. І порушення саме цієї вимоги спричиняє нікчемність договору про закупівлю відповідно до абзацу 2 частини 2 статті 37 Закону про публічні закупівлі. Інакше кажучи, за змістом частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі умови майбутнього договору прив'язані до змісту тендерної пропозиції, а не тендерної документації, що перетворює проект договору у складі тендерної документації на формальний зразок.

Видається, що істина, як завжди, знаходиться десь посередині, і відповідь на поставлене питання залежить від кількох обставин, а саме:

рівня деталізації проекту договору в тендерній документації;

відповідності проекту договору у складі тендерної документації іншим умовам тендерної документації, а також чинному законодавству;

наявності застережень щодо формування остаточної редакції договору.

## **Обставина 1. Рівень деталізації проекту договору в тендерній документації**

Законодавство не містить визначення проекту договору. Водночас загальний порядок укладення господарських договорів визначений у статті 181 ГК України. Відповідно до частин 2–3 статті 181 ГК України проект договору може бути запропонований будь-якою зі сторін. Якщо проект договору викладено як єдиний документ, то його надають другій стороні у двох примірниках. Сторона, яка одержала проект договору, у разі згоди з його умовами оформляє договір відповідно до вимог частини першої цієї статті і повертає один примірник договору другій стороні або надсилає відповідь на лист, факсограму тощо в двадцятиденний строк після одержання договору. Аналіз цих норм ГК України дає можливість стверджувати, що, у розумінні ГК України, **проект договору — це документ, готовий до підписання сторонами**. Пам'ятаючи, що відповідно до частини 2 статті 180 ГК України та частини 1 статті 638 ЦК України договір вважають укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов, доходимо висновку, що **проект договору буде готовий для підписання**

сторонами, якщо міститиме принаймні встановлений законом мінімум істотних умов.

## Необхідний мінімум істотних умов договору про публічну закупівлю

№	Істотні умови	Чим передбачено	Примітки
1	Предмет договору	Частина 3 статті 180 ГК України	У тому числі найменування, вимоги щодо якості та кількості предмета закупівлі
2	Ціна договору	Частина 3 статті 180 ГК України	У цілому та за одиницю товару/роботи/послуги
3	Строк дії договору, а також підстави його продовження	Частина 3 статті 180 ГК України та частина 5 статті 36 Закону про публічні закупівлі	Оскільки строк — це період у часі, має бути вказано момент і початку, і закінчення цього строку
4	Порядок зміни умов договору	Стаття 188 ГК України та пункт 7 частини 2 статті 22 Закону про публічні закупівлі	У пункті 7 частини 2 статті 22 Закону встановлено, що тендерна документація повинна містити проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов. Підстави для зміни істотних умов договору про закупівлю визначені в частині 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі та мають бути деталізовані (уточнені, роз'яснені й т. д.) у договорі
5	Інші умови, що визнають істотними згідно із законом чи необхідні для договорів даного виду	Частина 2 статті 180 ГК України	Наприклад, перелік істотних умов договору будівельного підряду визначений пунктом 5 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 № 668; перелік істотних умов рамкової угоди визначений пунктом 1 розділу IV Порядку укладення і виконання рамкових угод, затвердженого наказом Мінекономрозвитку від 15.09.2017 № 1372, зареєстрованого в Мін'юсті 09.10.2017 за № 1236/31104, і т. д. У разі оплати за бюджетні кошти в договорі має бути передбачено, що взяття зобов'язань відбувається виключно в межах бюджетних асигнувань відповідно до статті 48 Бюджетного кодексу України і т. д.

Наведений вище перелік істотних умов — це необхідний мінімум, який сторони зобов'язані погодити для укладення договору. Водночас істотною може стати будь-яка інша умова договору, якщо на вимогу принаймні однієї зі сторін майбутнього договору щодо цієї умови має бути досягнуто згоди (частина 2 статті 180 ГК України, частина 1 статті 638 ЦК України). У результаті кожна додаткова умова, яку замовник вписує до проекту договору (починаючи від порядку розрахунків та завершуючи переліком форс-мажорних обставин і порядком обміну інформацією), вимагаючи від учасника безумовну згоду з таким проектом, перетворюється на істотну. Водночас Закон про публічні закупівлі не допускає ані зміни умов тендерної документації (а отже, й істотних умов, передбачених проектом договору) після завершення строку подання тендерних пропозицій, ані зміни умов

тендерної пропозиції (ясна річ, за винятком корегування ціни під час аукціону) у цей же період (статті 23 і 25 цього Закону). Відповідно до частини 1 статті 640 ЦК України договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Отже, **з моменту повідомлення переможця про намір укласти договір вважається, що сторони досягли згоди з усіх істотних умов. Ці умови відображені саме в проекті договору про закупівлю та інших умовах тендерної документації й тендерної пропозиції, тож не можуть бути змінені й мають бути відтворені в договорі про закупівлю як єдиному документі. Усі інші умови не є істотними, тож можуть бути додані до змісту договору про закупівлю на розсуд сторін безпосередньо перед підписанням, а надалі, після підписання договору, — бути зміненими вільно, без обмежень, установлених частиною 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі.** При цьому слід пам'ятати, що **Закон про публічні закупівлі не допускає зміну після укладення договору будь-яких його істотних умов, окрім предмета (щодо якості та кількості), ціни та строку.** А звідси висновок: чим більше умов, окрім мінімально необхідного мінімуму істотних умов, замовник запише до проекту договору в складі тендерної документації, тим менше можливостей внести зміни до договору він матиме в майбутньому.

---

Проект договору про закупівлю в складі тендерної документації повинен містити щонайменше умови про предмет, ціну, строк договору, порядок зміни його умов, а також ті умови, які вважають істотними згідно із законом чи є необхідними для договору відповідного виду. Усі інші умови включають до проекту договору про закупівлю на розсуд замовника.

---

## **Обставина 2. Відповідність проекту договору у складі тендерної документації іншим умовам тендерної документації, а також чинному законодавству**

Кожен може помилитися, тож нерідко трапляється так, що проект договору містить помилки — серйозні чи дріб'язкові, у тому числі описки. Наприклад, невідповідність цифрового і буквеного вираження чисел: «30 % (сорок відсотків)»; неправильне зазначення адреси та інших реквізитів замовника; безпідставне встановлення передоплати й т. д.

У цьому контексті, по-перше, **слід відрізнити умови договору, що визначають права та обов'язки сторін, від його реквізитів — елементів документа, що необхідні для ідентифікації, організації обігу чи надання юридичної сили.** Реквізити, зазначені в

проекті договору, можна вільно змінювати як до моменту укладення договору, так і після, оскільки вони не впливають на права та обов'язки сторін. Тож **якщо реквізити, вказані у проекті договору у складі тендерної документації, з якихось причин не є дійсними на момент укладення договору про закупівлю (змінено чи було вказано з помилкою назву, рахунки, юридичну чи поштову адреси, номери телефонів, податковий статус, П. І. Б. керівника чи назву його посади й т. д.), то замовник при укладенні договору просто вписує актуальні дані.** Інша річ, якщо умови проекту договору, включеного до складу тендерної документації, не відповідали або іншим положенням тендерної документації, або приписам законодавства.

## **Варіант 1. Проект договору не відповідає іншим умовам тендерної документації**

Такі ситуації трапляються через неуважність: інструкція з підготовки тендерних пропозицій та оголошення про закупівлю містять одну інформацію, а проект договору, переписаний зі старого шаблону, — іншу. Наприклад, в оголошенні та інструкції з підготовки тендерних пропозицій вказано, що ціна без ПДВ, а у договорі — з ПДВ чи навпаки; згідно з оголошенням, закуповують послуги на 2019 рік, а в проекті договору вказано «2018»; у технічних вимогах до предмета закупівлі вказано, що замовник хоче придбати чотириразове харчування, а в проекті договору — триразове; один документ дозволяє залучення субпідрядників, а інший — забороняє й т. д. Якби названі помилки помітили на стадії підготовки тендерних пропозицій, то їх, без сумніву, усунули б відповідно до статті 23 Закону про публічні закупівлі. А що робити, коли підписання договору на носі? У цій ситуації, на наш погляд, замовникові слід вважати всі допущені помилки описками та виправити їх при складенні договору. При цьому замовник послуговується частиною 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі, яка зобов'язує укласти договір відповідно до умов тендерної пропозиції, частиною 1 статті 31 цього Закону, яка не дозволяє відмінити торги після акцепту пропозиції переможця (за відсутності суттєвих порушень), а також за аналогією частиною 3 статті 22 цього Закону, яка вказує, що технічні помилки та описки — це несуттєві помилки, на які можна «заплющити очі».

Детальніше про найбільш поширені помилки в оформленні договорів та їх наслідки читайте в статті [«Аналогічний договір у складі тендерної пропозиції: вимоги до оформлення та неприпустимі недоліки»](#). Щодо відміни процедури закупівлі після оприлюднення повідомлення про намір укласти договір читайте в статті [«Відміна процедури закупівлі після акцепту пропозиції: заборонено чи дозволено?»](#).

## **Варіант 2. Проект договору не відповідає вимогам законодавства**

Як і у варіанті 1, усі недоліки проекту договору могли б бути усунуті на етапі подання тендерних пропозицій в порядку статті 23 Закону про публічні закупівлі. Якби хтось їх помітив. Якщо цього не було зроблено своєчасно, то правомірно усунути помилку після завершення строку подання тендерних пропозицій замовник не зможе, адже, як було зазначено вище, усі умови (у тому числі й незаконні), включені до проекту договору,

вважаються істотними. Тож замовникові залишається **відмінити торги на підставі абзацу 3 частини 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі** (у зв'язку з неможливістю усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель).

Якщо замовник з якихось причин не бажає проводити нову процедуру закупівлі і таки укладе договір (з виправленнями чи без них), то слід пам'ятати, що відповідно до частини 1 статті 203 ЦК України **зміст правочину не може суперечити цьому кодексові, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам**. Ця норма цілком і повністю поширюється на договори про публічні закупівлі, які відповідно до частини 1 статті 36 Закону про публічні закупівлі укладають відповідно до норм ЦК України та ГК України, зважаючи на особливості, визначені цим Законом. Недотримання вказаної вимоги може призвести до визнання договору недійсним (частина 1 статті 215 ЦК України). Детальніше про підстави та порядок визнання недійсним договору про публічні закупівлі читайте в публікації [«Недійсність договору про закупівлю»](#) — випуск журналу № 10 (73) за жовтень 2017 року, стор. 11-23.

### **Обставина 3. Наявність застережень щодо формування остаточної редакції договору**

Незалежно від рівня деталізації проекту договору, якщо замовник припускає необхідність уточнення певних умов договору перед його підписанням, то доцільно включити до складу тендерної документації відповідне застереження. Одночасно замовник може включити до основного тексту тендерної документації і перелік істотних умов майбутнього договору про закупівлю. Такий хід буде особливо корисний для любителів розгорнутих детальних проектів договорів у складі тендерної документації, адже дасть можливість уникнути пастки «договір — суцільний набір істотних умов». Перелік істотних умов пропонуємо включати до пункту 3 розділу 6 «Результати торгів та укладання договору про закупівлю» Примірної тендерної документації, затвердженої наказом Мінекономрозвитку від 13.04.2016 № 680 (далі — Примірна ТД). Відзначимо, що розділ 6 «Результати торгів та укладання договору про закупівлю» містить окремий пункт 4 «Істотні умови, що обов'язково включаються до договору про закупівлю», однак відповідно до зазначеного наказу Мінекономрозвитку в цьому пункті має бути відтворено положення статей 36-37 Закону про публічні закупівлі.

Результати торгів та укладення договору про закупівлю		Зразок 1
3	Проект договору про закупівлю	<p>Договір про закупівлю укладається відповідно до умов цієї тендерної документації та тендерної пропозиції переможця в письмовій формі у вигляді єдиного документа.</p> <p>Істотними умовами договору про закупівлю є умови про предмет, ціну, строк дії договору та порядок зміни його умов, а також умова щодо взяття зобов'язань виключно в межах бюджетних асигнувань відповідно до статті 48 Бюджетного кодексу України (<i>згадка про статтю 48 Бюджетного кодексу України для випадку здійснення закупівель за бюджетні кошти, — А. М.</i>).</p> <p>Остаточну редакцію договору про закупівлю замовник складає з огляду на особливості предмета закупівлі та результати аукціону на базі проекту договору про закупівлю, що є додатком 4 до цієї тендерної документації, та надсилає переможцеві в електронній формі в день повідомлення йому про прийняття замовником рішення про намір укласти з ним договір. Переможець повинен підписати два примірники договору в строки, визначені пунктом 2 «Строк укладення договору» цього розділу, та в день підписання передати замовникові один примірник договору (<i>щоб стимулювати організованість переможця при роботі з документами, замовник може додатково вказати, що несвочасне повернення примірника договору буде розцінено як відмову від його підписання. Наприклад, у спосіб, наведений далі, — А. М.</i>).</p> <p>Непідписання переможцем договору та/або непередання одного примірника цього договору у вказаний строк буде розцінено як відмова переможця від укладення договору про закупівлю, що спричиняє наслідки, передбачені частиною 3 статті 32 Закону, а саме: у разі відмови переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або неукладення договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, або ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника та визначає переможця серед тих учасників, строк дії тендерної пропозиції яких ще не минув</p>

За бажанням, замовник може включити перелік істотних умов не лише до тендерної документації, а й безпосередньо до проекту договору у вигляді окремої статті. Така стаття також допоможе запобігти суперечкам з приводу того, які з умов договору істотні, а які — ні.

Стаття 2 «Істотні умови»	Зразок 2
<p>2.1. Істотними умовами цього Договору є умови про предмет та ціну (статті 1 і 3, додаток 1 до цього Договору), порядок розрахунків (стаття 4), строк договору (стаття 8), що можуть бути змінені за взаємною згодою сторін з підстав та у порядку, що передбачені статтею 9 цього Договору, з урахуванням положень Закону України «Про публічні закупівлі».</p> <p>2.2. Істотною є також умова щодо порядку внесення змін до цього договору (стаття 9), яка може бути переглянута виключно у разі внесення відповідних змін та доповнень до законодавства з питань публічних закупівель.</p> <p>2.3. Усі інші умови цього договору не вважаються істотними та можуть бути змінені за взаємною згодою сторін у порядку, передбаченому цивільним та господарським законодавством.</p>	

Як ми зазначили вище, зміст договору може бути визначений насамперед на основі вільного волевиявлення його сторін. У цьому випадкові замовник при складанні проекту, зазвичай, бере за основу свої попередні договори або ж універсальні шаблони. Однак це не єдиний спосіб! Українське законодавство містить чимало типових та примірних договорів. Окрім того, в деяких сферах господарювання популярними є договори приєднання. Що це за договори і яке місце вони посідають у публічних закупівлях? Відповіді на ці питання читайте в наступному випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель».

## Публікації автора за Законом України «Про публічні закупівлі», що виходили друком у попередніх випусках журналу «Радник в сфері державних закупівель»:

- «Змінюємо ціну договору відповідно до пункту 7 частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі» — випуск журналу № 5 (56) за травень 2016 року, стор. 27-35;
- «Недійсність договору про закупівлю» — випуск журналу № 10 (73) за жовтень 2017 року, стор. 11-23;



- «Аналогічний договір у складі тендерної пропозиції. Вимоги до оформлення та неприпустимі недоліки» ;
  - «Відміна процедури закупівлі після акцепту пропозиції: заборонено чи дозволено?» ;
  - «Відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання: можливості застосування в публічних закупівлях».
-