

Продовжили договір на 20 %: чи вимагати збільшення наданого забезпечення виконання договору?

У сфері публічних закупівель забезпечення виконання договору є важливим механізмом, що гарантує добросовісне виконання постачальником / виконавцем / підрядником своїх зобов'язань. На практиці під час укладання та виконання договорів нерідко виникають запитання щодо необхідності перегляду умов забезпечення, особливо в разі продовження строку дії договору. Вирішальним фактором у цьому випадку стає трактування положень договору й законодавства. У цій статті ми розглянемо правові аспекти такої ситуації, проаналізувавши норми законодавства та практичні підходи до визначення обсягу забезпечення виконання договору при внесенні змін до його умов.

Наприклад, тендерною документацією та договором про закупівлю було передбачено надання виконавцем забезпечення виконання договору в розмірі 5 % від ціни договору. У разі продовження строку дії договору на початку наступного року на 20 % від ціни договору на підставі частини 6 статті 41 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон), чи потрібно збільшувати суму забезпечення? Для того щоб відповісти на це запитання, слід визначитися з тим, який саме вид забезпечення виконання договору передбачений умовами договору.

Частина 1 статті 546 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) передбачає, що виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком, правом довірчої власності.

У публічних закупівлях розповсюдженими видами забезпечення виконання договору є завдаток і гарантія (банківська гарантія).

Завдаток є одним з видів забезпечення виконання зобов'язання. Правове регулювання завдатку обумовлено статтями 570 та 571 ЦКУ.

Згідно з частиною 1 статті 570 ЦКУ завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторі боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Стаття 571 ЦКУ визначає наслідки порушення зобов'язання, яке забезпечене завдатком.

Частиною 1 статті 27 Закону встановлено, що замовник має право вимагати від переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі внесення ним не пізніше дати укладення договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо

внесення такого забезпечення передбачено тендерною документацією або в оголошенні про проведення спрощеної закупівлі.

Публічні закупівлі мають ознаки двосторонніх правочинів, оскільки одна сторона повинна виконати певні роботи, надати послуги або поставити товар, а інша сторона, відповідно, прийняти роботи / послуги / товар та сплатити обумовлену в договорі ціну, а отже замовник та учасники виступають одночасно і кредиторами, і боржниками.

Таким чином, **завдаток може виконувати функцію забезпечення виконання договору про закупівлю.**

Як вбачається зі змісту статті 571 ЦКУ, завдаток створює права та обов'язки як для учасника, так і для замовника. Наприклад, у випадку порушення умов договору з вини замовника він зобов'язаний повернути учаснику завдаток і додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості.

Згідно з частиною 1 статті 547 ЦКУ правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється в письмовій формі.

Отже, будь-які зміни щодо розміру завдатку повинні оформлюватись письмово й за погодженням обох сторін договору, тобто у формі додаткової угоди.

Чинним законодавством **не передбачений обов'язок** змінити розмір забезпечення виконання договору у зв'язку зі зміною вартості договору. Норма частини 3 статті 27 Закону лише встановлює максимальний розмір забезпечення виконання договору про закупівлю, а не обов'язок мати забезпечення виконання договору в розмірі, що дорівнює 5 %.

Враховуючи принцип свободи договору, сторони за власним бажанням можуть домовитись про те, що у зв'язку зі збільшенням загальної вартості договору пропорційно збільшується розмір забезпечення виконання договору у вигляді застави.

Варто пам'ятати, що і замовник, і учасник мають право відмовитися від підписання додаткової угоди до договору на підставі частини 6 статті 41 Закону, якщо будуть вважати, що їх не влаштовують умови, у тому числі щодо розміру забезпечення виконання договору.

Слід зазначити, що на відміну від застави банківська гарантія не покладає обов'язків на замовника, однак створює їх для третьої сторони.

Згідно з правовими висновками Верховного Суду, які викладені в [постанові від 17.05.2024 у справі № 910/17772/20](#), забезпечувальна функція банківської гарантії виявляється у відносинах між бенефіціаром та принципалом, а не між бенефіціаром і гарантом.

Натомість у відносинах між бенефіціаром і гарантом виникає окреме грошове зобов'язання, незалежне від зобов'язання за участю бенефіціара та принципала. Тому гарант має сплатити грошову суму, якщо виконані саме умови гарантії. **Втручатися у**

відносини між бенефіціаром і принципалом, зокрема вирішувати, чи виконав принципал грошове зобов'язання за договором між бенефіціаром і принципалом, а отже й те, чи припинене основне зобов'язання виконанням, **гарант не має права**.

Звертаємо увагу, що законодавством не передбачений обов'язок змінити розмір банківської гарантії у зв'язку зі зміною вартості договору. Умови банківської гарантії змінюються за домовленістю між учасником-принципалом і гарантом, отже, укладання додаткової угоди між замовником та учасником для продовження дії банківської гарантії та збільшення розміру банківської гарантії не вимагається.

Для того щоб банківська гарантія продовжувала діяти після продовження строку дії договору, доцільно передбачити в тендерній документації відповідні вимоги до учасника.

Приклад 1

У проєкті договору про закупівлю замовник може зазначити такий пункт: у разі продовження строку дії договору виконавець зобов'язується надати замовнику зміни до банківської гарантії або нову банківську гарантію протягом 7 (семи) календарних днів з дати підписання додаткової угоди, якою продовжується строк дії договору. При цьому зміни до банківської гарантії або нова банківська гарантія повинні закінчуватись не раніше ніж через ____ календарних днів після закінчення строку дії договору (з урахуванням продовження строку дії договору).

Так само умови договору можуть передбачати вимогу про збільшення розміру банківської гарантії пропорційно збільшенню загальної вартості договору.

Приклад 2

У проєкті договору про закупівлю замовник може зазначити такий пункт: у разі збільшення ціни договору на підставі частини 6 статті 41 Закону України «Про публічні закупівлі» виконавець зобов'язується надати замовнику зміни до банківської гарантії або нову банківську гарантію протягом 7 (семи) календарних днів з дати підписання додаткової угоди, якою збільшено ціну договору. При цьому зміни до банківської гарантії або нова банківська гарантія повинні передбачати збільшення розміру банківської гарантії пропорційно збільшенню загальної ціни договору.

Для того щоб виконавець не ухилився від своїх обов'язків, слід передбачити штрафні

санкції за невиконання умов договору.

Приклад 3

У проєкті договору про закупівлю замовник може зазначити такий пункт: за порушення строків надання банківської гарантії згідно з пунктами ____ договору виконавець сплачує замовнику пеню в розмірі 0,1 % суми банківської гарантії, строк надання якої порушений, за кожен день прострочення, а за прострочення понад тридцять днів виконавець повинен додатково сплатити замовнику штраф у розмірі 7 (семи) % від вказаної суми.

Висновки

Питання збільшення розміру забезпечення виконання договору про закупівлю у разі продовження строку його дії залежить від виду забезпечення, передбаченого договором, а також конкретних умов тендерної документації.

Законодавство **не містить обов'язкової вимоги** щодо збільшення розміру забезпечення виконання договору в разі продовження строку дії договору на підставі частини 6 статті 41 Закону на початку наступного року.

Враховуючи принцип **свободи договору**, сторони можуть самостійно передбачити в тендерній документації та умовах договору механізми зміни розміру або строку дії забезпечення виконання зобов'язань, а також відповідні санкції за недотримання цих вимог.

Для уникнення суперечностей та можливих ризиків рекомендується завчасно прописувати в договорі детальні умови щодо змін у забезпеченні виконання зобов'язань при продовженні строку дії договору або збільшенні його вартості.

Також на порталі RADNUK.COM.UA уже опубліковані такі матеріали щодо цієї теми:

[«Особливості встановлення забезпечення виконання договору про закупівлю»;](#)

[«Мінекономіки про встановлення забезпечення виконання договору в ЗПП»;](#)

[«Чи можна вимагати забезпечення в ЗПП до моменту укладення договору».](#)

Іноді уповноваженій особі потрібно на внутрішньому рівні затвердити розмір забезпечення, що буде використовуватись у процедурі закупівлі. Для цього можете взяти за основу [приклад наказу про затвердження розміру тендерного забезпечення та забезпечення виконання договору про закупівлю.](#)