

(НЕ) СУТТЄВІ УМОВИ ДОГОВОРУ: ЯК ВЛУЧИТИ В ЦІЛЬ?

Укладення договору про закупівлю — не тільки заключний етап закупівельного процесу, а й початок нового — його виконання. Звісно, цей надзвичайно вагомий і вкрай актуальний етап турбує завбачливого замовника та змушує хвилюватись і дивуватись не надто обізнаного учасника. Тому пропонуємо вашій увазі позицію Мінекономіки з питання розширення можливостей внесення змін до договору про закупівлю у випадках, які не окреслені частиною 5 статті 41 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон). Отримана відповідь не тільки розкриє поняття істотних умов договору про закупівлю, а й спростує виникнення певних запитань у процесі його виконання та внесення змін.

Відповідно до Закону договір про закупівлю — господарський договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі та передбачає платне надання послуг, виконання робіт або придбання товару. Отже, чинна редакція Закону визначає договір про закупівлю саме як **господарський договір**.

Водночас частиною 1 статті 41 Закону передбачено, що договір про закупівлю укладають відповідно до норм Цивільного та Господарського кодексу України з огляду на особливості, визначені Законом.

Тож не варто нехтувати Законом, норми якого є спеціальними нормами та визначають **правові підстави внесення змін** до договорів про закупівлю, укладених за результатами проведення спрощених закупівель / процедур закупівель.

Так, Законом встановлено імперативну норму, згідно з якою істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків, визначених частиною 5 статті 41 Закону. Докладніше про випадки, коли можуть змінюватися істотні умови договору про закупівлю, наведено на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«Вісім важливих підстав для зміни істотних умов договору про закупівлю»](#).

Однак Закон не містить чітко затвердженого переліку як істотних умов договору про закупівлю, які сторони договору про закупівлю мали б обов'язково погодити під час його укладення, так і тих, що відносяться до неістотних. З огляду на викладене перед сторонами договірних зобов'язань постає дилема: **як розмежувати ці два поняття, забезпечивши потребу внесення змін до умов договору про закупівлю, та якими нормативно-правовими актами слід керуватись, аби не порушити вимоги закупівельного законодавства**.

З огляду на зазначене та той факт, що тема внесення змін до умов договору про закупівлю після його укладання є досить актуальною серед закупівельної спільноти, пропонуємо до уваги роз'яснення Мінекономіки.

Так, на офіційному сайті Уповноваженого органу оприлюднено запит від фізичної особи «Х» наступного змісту: *«За результатами проведеної в ЕСЗ публічної закупівлі (відкриті торги) між замовником та переможцем укладений договір про закупівлю (підряду). Після укладення договору про закупівлю в період його виконання у сторін виникла необхідність внести зміни в окремі умови договору про закупівлю, які згідно з загальним правилом законодавець не відносить до істотних умов договорів про закупівлю (у т. ч. договорів даного виду)....»*

Прошу висловити Вашу позицію стосовно можливості внесення будь-яких змін в умови договору про закупівлю (за виключенням: предмета, ціни, строку дії) після його укладання, які за загальним правилом законодавець не відносить до істотних умов договорів про закупівлю (у т. ч. договорів даного виду)».

Відповідь на запит 405/2019: *«Пунктом 29 частини 1 статті 1 попередньої редакції Закону визначено, що тендерна документація — документація щодо умов проведення публічних закупівель, що розробляється та затверджується замовником і оприлюднюється для вільного доступу на вебпорталі Уповноваженого органу та авторизованих електронних майданчиках.*

Згідно з частиною 2 статті 22 попередньої редакції Закону тендерна документація повинна містити, зокрема, проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов. Поряд з цим тендерна пропозиція — пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовнику відповідно до вимог тендерної документації (пункт 30 частини першої статті 1 попередньої редакції Закону).

У свою чергу, відповідно до пункту 5 частини 1 статті 1 попередньої редакції Закону договір про закупівлю — договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари.

Згідно з частиною 1 статті 36 попередньої редакції Закону договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та Господарського кодексу України (далі — ГК України) з урахуванням особливостей, визначених цим Законом. При цьому відповідно до частини 4 статті 36 попередньої редакції Закону 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 у разі застосування переговорної процедури. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків, передбачених у цій статті Закону.

Таким чином, замовник укладає договір про закупівлю з учасником-переможцем відповідно до тих вимог, які визначені у тендерній документації.

Відповідно до частини 3 статті 180 ГК України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Поряд

з цим статтею 638 ЦК України встановлено, що 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.

У свою чергу, підстави для зміни або розірвання договору зазначені в статті 651 ЦК України. Порядок зміни та розірвання господарських договорів передбачений статтею 188 ГК України.

Таким чином, статтею 36 попередньої редакції Закону встановлено імперативну норму щодо можливості зміни істотних умов договору про закупівлю виключно у випадках, передбачених цією статтею Закону. Водночас у випадку зміни умов договору про закупівлю, які не є істотними, сторони керуються Цивільним та Господарським кодексами України».

Коментар редакції

Запропоноване до розгляду роз'яснення Уповноваженого органу містить посилання та цитування норм попередньої редакції Закону. Однак, це не означає, що запропоновані тлумачення та розмежування змісту таких понять як істотні та неістотні умови договору про закупівлю не узгоджуються та не є актуальними і при діючій нормі Закону.

Актуальність розкритого питання підсилюється тим, що за порушення будь-якої з обов'язкових до виконання умов Закону настає адміністративна відповідальність у вигляді чималого штрафу. Так, статтею 164¹⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення визначено, що **у разі внесення змін до істотних умов договору про закупівлю у випадках, не передбачених Законом**, на службових (посадових), уповноважених осіб замовника накладається штраф від тисячі п'ятсот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (25 500 грн — 51 000 грн). А якщо особа протягом року притягувалась до адміністративної відповідальності за таке ж порушення, то штраф сягатиме від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (51 000 грн — 85 000 грн). Як бачимо, адміністративна відповідальність за внесення неправомірних змін до договору про закупівлю є досить суттєвою, тому, аби не припуститись помилки, та посилаючись на роз'яснення Уповноваженого органу, радимо сторонам під час виконання договірних відносин врахувати наступне.

1. До істотних умов господарського договору відповідно до статті 180 Господарського кодексу України відносять 4 групи умов:

умови, визнані законом як істотні;

умови, які є необхідними для договорів даного виду;

умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода;

умови про предмет, ціну та строк дії договору.

Поряд з цим 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** (стаття 638 ЦК України).

Висновок! Ще на етапі розробки проєкту договору про закупівлю замовник, врахувавши особливості предмета закупівлі та чинного законодавства України, може визначити перелік умов, які вважатимуться істотними, передбачивши умовами тендерної документації наступне:

«Істотними умовами договору про закупівлю є предмет договору (найменування, кількість, якість), ціна та строк дії договору про закупівлю. Інші умови договору про закупівлю не вважатимуться істотними та можуть змінюватись з урахуванням вимог Цивільного та Господарського кодексів».

У наведеному прикладі замовник не має законодавчо встановленого права внесення змін до таких умов договору про закупівлю як: предмет договору, ціна та строк його дії, адже істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватись після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків, передбачених частиною 5 статті 41 Закону.

Водночас у випадку необхідності внесення змін до умов договору про закупівлю, наприклад, у частині порядку розрахунків, який не віднесено до істотних умов договору про закупівлю, сторони керуються Цивільним та Господарським кодексами України.

Учасник у свою чергу має право звертатися до замовника з проханням внести зміни до тендерної документації або погодитися з переліком таким умов.

2. Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції / пропозиції за результатами електронного аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі або узгодженої ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури, крім випадків визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті та / або випадків перерахунку ціни за результатами електронного аукціону в бік зменшення ціни тендерної пропозиції / пропозиції учасника без зменшення обсягів закупівлі. В іншому випадку на службових (посадових), уповноважених осіб замовника накладається штраф від тисячі п'ятсот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (25 500 грн — 51 000 грн) за укладення з учасником, який став переможцем процедури закупівлі, договору про закупівлю, умови якого не відповідають вимогам тендерної документації та / або тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі.

Як бачимо, відповідальність передбачена виключно у разі укладення договору про закупівлю, який не відповідає вимогам тендерної документації та / або тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі, отже, не може бути застосована у разі аналогічної ситуації у спрощеній закупівлі.

3. Внесення змін як до істотних, так і до неістотних умов договору про закупівлю у випадках, які передбачені Законом та умовами такого договору про закупівлю, має відбуватися шляхом укладення додаткової угоди, а також бути обґрунтованим та документально підтвердженим у спосіб, встановлений у договорі про закупівлю. Більше читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«Коли потрібно оприлюднювати повідомлення про внесення змін до договору про закупівлю»](#).

4. Внесення змін суб'єктами договірних відносин до договору про закупівлю можливе лише за його чинності.

Для кращого розуміння істотних умов договору про закупівлю дослухайтеся до порад, висвітлених на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«Суттєві \(і не дуже\) умови договору про закупівлю»](#).