

Проект договору про закупівлю: чи обов'язково включати перелік випадків змін його умов?

Згідно з пунктом 8 частини 2 статті 22 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон про закупівлі) у тендерній документації зазначається проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.

Згідно з частиною 5 статті 41 Закону про закупівлі істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків:

зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;

збільшення ціни за одиницю товару до 10 відсотків пропорційно збільшенню ціни такого товару на ринку у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що така зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, — не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю / внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару. Обмеження щодо строків зміни ціни за одиницю товару не застосовується у випадках зміни умов договору про закупівлю бензину та дизельного пального, природного газу та електричної енергії;

покращення якості предмета закупівлі, за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю;

продовження строку дії договору про закупівлю та строку виконання зобов'язань щодо передачі товару, виконання робіт, надання послуг у разі виникнення документально підтверджених об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження, у тому числі обставин непереборної сили, затримки фінансування витрат замовника, за умови, що такі зміни не призведуть до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю;

погодження зміни ціни в договорі про закупівлю в бік зменшення (без зміни кількості (обсягу) та якості товарів, робіт і послуг), у тому числі у разі коливання ціни товару на ринку;

зміни ціни в договорі про закупівлю у зв'язку зі зміною ставок податків і зборів та /

або зміною умов щодо надання пільг з оподаткування — пропорційно до зміни таких ставок та / або пільг з оподаткування;

зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу споживчих цін, зміни курсу іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts, ARGUS регульованих цін (тарифів) і нормативів, що застосовуються в договорі про закупівлю, у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни;

зміни умов у зв'язку із застосуванням положень частини шостої цієї статті.

Водночас виникає кілька запитань: готуючи проєкт договору про закупівлю, чи повинен замовник включати в нього випадки для внесення змін до його істотних умов, чи достатньо зазначити, що зміни вносяться відповідно до частини 5 статті 41 Закону про закупівлі? Які ризики можуть бути, якщо не розписувати випадки, а зробити посилання на відповідну норму? Чи зможе в такому разі замовник та / або виконавець / надавач послуг / постачальник скористатися якоюсь із підстав і внести зміни в договір про закупівлю?

Зазначених питань неодноразово торкалися Державна аудиторська служба України (далі — ДАСУ) під час здійснення моніторингу закупівель та суди, які розглядали позови замовників на висновки аудиторів.

Проаналізувавши практику моніторингу та судову практику, можна помітити, що погляди на зазначені питання здебільшого суттєво різнилися.

Практика моніторингу ДАСУ: відсутність у проєкті договору про закупівлю випадків змін його умов

Обставини справи. ДАСУ за результатом здійснення моніторингу закупівель, де замовники **не** вказували в проєкті договору про закупівлю випадки змін його умов, були категоричні — це порушення пункту 8 частини 2 статті 22 Закону про закупівлі. Приклади закупівель:

[UA-2019-05-03-001228-a](#)

[UA-2019-12-18-002345-b](#)

[UA-2019-12-18-002214-b](#)

[UA-2020-07-15-007064-c](#)

[UA-2021-07-06-010797-c](#)

Умова договору про закупівлю. Замовники в проєктах договорів про закупівлі в частині порядку змін умов зазначали такі формулювання:

«Зміни у Договір можуть бути внесені за взаємною згодою сторін, що оформляється додатковою угодою або протоколом розбіжностей до цього Договору, які в разі їх підписання Сторонами будуть становити невід'ємну частину Договору».

«Усі правовідносини, що виникають у зв'язку з виконанням умов договору і не врегульовані ним, регламентуються згідно із законодавством України».

Позиція ДАСУ. Аргументуючи порушення пункту 8 частини 2 статті 22 Закону про закупівлі, ДАСУ акцентував увагу на тому, що **норма статті 22 Закону є імперативною, а отже, обов'язковою до виконання.**

Позиція замовників. Натомість замовники у відповіді парирували аудиторам, що *дані норми не містять імперативного припису щодо обов'язкової зміни істотних умов договору про закупівлю у перелічених випадках, а лише встановлюють таку можливість. Отже, замовник не обтяжений обов'язком включати до умов договору про закупівлю випадки, за яких можлива зміна істотних умов договору про закупівлю, а може самостійно визначати зміст даного розділу договору про закупівлю з дотриманням чинного законодавства з огляду на зміст угоди та об'єктивні чинники.*

Практика моніторингу ДАСУ: включення в проєкт договору про закупівлю кілька підстав

У закупівлі № [UA-2019-02-05-002492-b](#) замовник не зазначив підстав для зміни істотних умов, викладених у пунктах 2, 3 та 8 частини 4 статті 36 Закону (у редакції, що діяла на момент винесення рішення).

ДАСУ у висновку зазначив: *«Замовнику не надано можливості обирати одну або декілька підстав зміни істотних умов договору про закупівлю. Тобто замовник повинен зазначити всі 8 підстав для зміни істотних умов договору про закупівлю. Отже, незазначення замовником у проєкті договору про закупівлю підстав для зміни істотних умов, викладених у пунктах 2, 3 та 8 частини 4 статті 36 Закону (у редакції, що діяла на момент винесення рішення), є порушенням вимог пункту 7 частини 2 статті 22 Закону про закупівлі».*

Коментар автора. Таким чином, позиція ДАСУ у всіх проаналізованих моніторингах була категоричною: **замовник зобов'язаний у проєкті договору про закупівлю включати всі 8 підстав для зміни істотних умов договору про закупівлю**, адже норма статті 22 Закону є імперативною, а отже, обов'язковою до виконання.

Позиція суду

Суди у своїх рішеннях за результатами розглядів позовів на вищевказані висновки ДАСУ дотримувалися протилежної позиції, оскільки трактували норми Закону про закупівлі інакше. Розглянемо практику суду щодо цього питання.

Приклад 1. Дніпропетровський окружний адміністративний Суд дійшов таких висновків, зокрема:

справа № [160/9455/19](#) від 04.12.2019: «...зазначення даної вимоги в проєкті договору не є обов'язком замовника, оскільки дана вимога встановлена Законом про закупівлі та в будь-якому випадку виконується сторонами<...>»;

справа № [160/9272/19](#) від 12.11.2019: «...зазначення в проєкті договору переліку випадків змін істотних умов договору про закупівлю, визначених в Законі про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі), не є обов'язком позивача, оскільки така вимога встановлена Законом і в будь-якому випадку виконується сторонами<...>».

справа № [160/1884/20](#) від 03.06.2020: «...перелік випадків змін договору про закупівлю чітко визначений законодавством України, а тому зазначати у проєкті договору про закупівлю перелік випадків змін істотних умов договору про закупівлю, передбачених Законом про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі), не є обов'язком позивача, оскільки така вимога встановлена Законом про закупівлі<...>».

Приклад 2. Третій апеляційний адміністративний суд дійшов аналогічних висновків

Справа № [280/1309/19](#) від 28.11.2019: «...наведена правова норма не містить імперативного припису щодо обов'язкової зміни істотних умов договору про закупівлю у перелічених випадках, а лише встановлює таку можливість, а тому замовник не обтяжений обов'язком включати до умов договору про закупівлю усі без виключення випадки, за яких можлива зміна істотних умов договору про закупівлю, а може самостійно визначати зміст даного розділу договору про закупівлю з дотриманням норм чинного законодавства, виходячи зі змісту угоди та об'єктивних чинників<...>».

Справа № [160/2135/20](#) від 14.04.2021: «...так, пунктом 8 частини 2 статті 22 Закону про закупівлі, законодавець встановив обов'язковою вимогою до проєктів договорів про закупівлю зазначення порядку змін його умов, а приписи частини 4 статті 36 Закону про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі) визначають спеціально передбачені законодавцем випадки, за яких виникає можливість зміни істотних умов договору про закупівлю, оскільки за інших випадків законодавець зміну істотних умов заборонив.

Отже, жодний нормативно-правовий акт обов'язкової дії не покладає на позивача обов'язок окреслювати будь-які випадки, за яких договір про закупівлю може змінюватись, зокрема й перелічені в частині 4 статті 36 Закону про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі).

Оскільки жодна з норм чинного законодавства України не містить вимог щодо їх обов'язкового переліку у договорі про закупівлю, зазначати в проєкті договору про закупівлю перелік випадків змін істотних умов договору, визначених частиною 4 статті 36 Закону про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі), не є обов'язком позивача<...>».

Позиція Верховного Суду

Верховний Суд (далі — ВС) у справі [№ 280/1309/19](#) від 26.11.2020 погодився з позицією ДАСУ: «<...>В частині 4 статті 36 Закону про закупівлі (редакція Закону про закупівлі, що діяла на момент здійснення закупівлі) наведено вичерпний перелік з 8 пунктів, у яких викладені причини, на підставі яких замовник змінює істотні умови договору про закупівлю.

Відповідно до частини 1 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.

У даному випадку законодавцем встановлено в Законі про закупівлі вичерпний перелік підстав для зміни істотних умов договору про закупівлю та які повинні бути включені до проєкту договору про закупівлю у складі тендерної документації замовника<...>».

Коментар автора. Суди, за винятком ВС, твердили, що правова норма, що розглядається, не містить імперативного припису щодо обов'язкової зміни істотних умов договору про закупівлю у перелічених випадках і зазначення даної вимоги в проєкті договору про закупівлю не є обов'язком замовника, оскільки дана вимога встановлена Законом про закупівлі та в будь-якому випадку виконується сторонами.

З огляду на практику ДАСУ та судів із питання, що розглядається, можна зробити висновок, що предметом спору було питання приналежності переліку випадків змін істотних умов договору, які визначені в частині 5 статті 41 Закону про закупівлі, до пункту 8 частини 2 статті 22 Закону про закупівлі — проєкт договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.

Так, аудитори твердили, що вищевказана правова норма — проєкт договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов — включає випадки змін істотних умов договору про закупівлю. Ба більше, ДАСУ у своїх висновках ототожнювали зазначені поняття. Як, до прикладу, було в закупівлі № [UA-2019-05-03-001228-a](#), де у висновку було зазначено: «...в проєкті договору про закупівлю, що є Додатком 4 до

тендерної документації, не зазначено порядок змін його умов (випадки зміни істотних умов договору про закупівлю) <...>».

Натомість суди спростовували це твердження, аргументуючи тим, що імперативність цієї норми стосується виключно *порядку змін його умов, а не випадків змін істотних умов договору, які визначені в частині 5 статті 41 Закону про закупівлі*. І тому жодна з норм чинного законодавства України не містить вимог щодо їх обов'язкового переліку в договорі про закупівлю.

Порядок змін умов господарського договору визначений Господарським кодексом України, а саме статтею 188 передбачено порядок зміни та розірвання господарських договорів:

зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено законом або договором;

сторона договору, яка вважає за необхідне змінити або розірвати договір, повинна надіслати пропозиції про це другій стороні за договором;

сторона договору, яка одержала пропозицію про зміну чи розірвання договору, у двадцятиденний строк після одержання пропозиції повідомляє другу сторону про результати її розгляду;

у разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або в разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду;

якщо судовим рішенням договір змінено або розірвано, договір вважається зміненим або розірваним з дня набрання чинності даним рішенням, якщо іншого строку набрання чинності не встановлено за рішенням суду.

Як бачимо, порядок змін умов договору про закупівлю передбачає певний алгоритм дій сторін при зміні істотних умов договору про закупівлю, але аж ніяк не випадки змін істотних умов договору про закупівлю. Та все ж *включати чи ні в проєкт договору про закупівлю перелік випадків змін істотних умов договору?*

З огляду на практику моніторингу ДАСУ та опираючись на рішення Верховного Суду у справі [№ 280/1309/19](#) від 26.11.2020, замовникам слід включати в проєкт договору про закупівлю випадки змін істотних умов договору про закупівлю, які визначені в частині 5 статті 41 Закону про закупівлі, адже практика моніторингу поки незворушна, незважаючи на численне скасування судами таких висновків.

Також читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) такі статті за тематикою:



«Нотатки закупівельника: те, що ви могли призабути щодо договору про закупівлю»;

«Доля договорів про закупівлю газу після 26.06.2021: дізнаваємось разом»;

«Трьохсторонній договір та закупівля майнових прав на землю, будівлі та інше нерухоме майно. Закупівля?»»;

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

«Договори, укладені у спрощений спосіб, або те, що ви не знали про строки для оприлюднення звіту про закупівлю без ЕСЗ».