



Публічні закупівлі

Внесення змін до контракту

ЗМІСТ

- [Вступ](#)
- [Дозволені або несуттєві модифікації до контракту під час його дії – проводити процедуру закупівлі не обов'язково](#)
 - [Модифікації, зазначені в первинній закупівельній документації](#)
 - [Додаткові види робіт, послуг і товарів](#)
 - [Модифікації, спричинені непередбачуваними обставинами](#)
 - [Заміна підрядника у контракті](#)
 - [Модифікації із низькою вартістю \(несуттєві модифікації\)](#)
 - [Інші несуттєві модифікації](#)
- [Недозволені або суттєві модифікації до контракту під час його дії – проводити процедуру закупівлі обов'язково](#)
- [Як вносити модифікації до контракту](#)
- [Комунальні послуги](#)
- [Додаткова інформація](#)

Публікується з дозволу Карен Гілл, керівника програми SIGMA.

2 Rue André Pascal
75775 Paris Cedex 16
France

електронна адреса:
sigmaweb@oecd.org Телефон: +33
(0) 1 45 24 82 00
Факс: +33 (0) 1 45 24 13 05

www.sigmaweb.org

Відповідальним за публікацію цих рекомендацій є генеральний секретар ОЕСР. Погляди, виражені у цьому документі, у жодному разі не можуть вважатися такими, що відображають офіційну позицію Європейського Союзу, і не завжди відображають погляди ОЕСР та його країн-членів чи країн-бенефіціарів, що беруть участь у програмі SIGMA.

Цей документ і будь-які карти, включені до нього, не суперечать статусу або суверенітету будь-якої території, не порушують міжнародні кордони і не змінюють назви будь-яких територій, міст і районів.

Вступ

Договірні сторони, на які не поширюються правила державних закупівель, мають право змінювати контракти. Контракт можна змінювати, якщо сторони досягли домовленості.

Державні замовники, на яких поширюються правила державних закупівель, не мають такої можливості. Коли державний контракт необхідно змінити, треба виходити з того, що зміни до контракту вимагають проведення нового публічного тендеру на конкурсній основі.

Загальне правило полягає в тому, що державний замовник і суб'єкт господарювання не можуть домовитися про зміни до існуючого контракту. Умови укладеного контракту повинні відбивати зобов'язання, які на себе взяли суб'єкти господарювання, подавши пропозицію, яка виявилась найбільш економічно привабливою. Якщо контракт добре розроблений, то його умови повинні виконуватися без змін. Якщо до існуючого контракту вносяться зміни, є ризик, що інші суб'єкти господарювання втратять шанс поборотися і скористатися новими можливостями. Домовленість про внесення змін до контракту буде порушенням принципів прозорості і рівного ставлення. Правила проведення державних закупівель покликані запобігти таким діям, тому що вони спотворюють ринок.

На практиці, тим не менш, обмежена кількість змін до державного контракту може виявитися необхідною. Замовники і суб'єкти господарювання можуть потрапити до таких обставин, які вимагатимуть внесення змін до контракту. Наприклад, ситуації, коли змінюються індекси цін, виникають справжні непередбачувані обставини або технічні труднощі на етапі експлуатації або обслуговування об'єкту за контрактом.

Директива про державний сектор (Директива)¹ чітко регулює обставини, коли можливі зміни до контракту або рамкової угоди під час їх виконання без вимоги розпочати новий тендерний процес.

Справи, розглянуті в суді

Положення Директиви про внесення змін до контрактів (або рамкових угод) базуються на практиці Суду справедливості Європейського Союзу (Суд).

Справа 2008 року (*pressetext Nachrichtenagentur v Republik Oesterreich Bund C-454/06*) є провідною справою Суду справедливості ЄС щодо змін у контракті. Ця справа стосувалася контракту про надання послуг інформ-агенції, який був укладений між Австрійською Республікою та Австрійським прес-агентством (*Austria Presse Agentur – APA*), і який зазнавав різноманітних змін впродовж терміну його дії. У 2004 році компанія «*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*» запропонувала Австрійській Республіці послуги інформ-агенції, але угода не була укладена. Згодом компанія оскаржив зміни, внесені до контракту між APA та Австрійською Республікою, стверджуючи, що зміни були незаконними.

Суд розглянув обставини, за яких внесені зміни вимагають проведення нової процедури закупівельного конкурсу і визначення нового переможця. Суд наголосив, що важливо визначити, наскільки «суттєвими» були зміни до початкового контракту:

«З метою забезпечення прозорості процедур та рівного ставлення до учасників тендеру, модифікації до положень публічного контракту під час дії контракту є новим укладенням контракту... якщо вони суттєво відрізняються за характером від початкового контракту, тобто демонструють намір сторін переглянути істотні умови цього контракту».

¹ Директива 2014/24/ЄС від 26 лютого 2014 року про публічні закупівлі у державному секторі і внесення змін до Директиви 2004/18/ЄС.

Суд надав рекомендації щодо обставин, коли видозміни до контракту можуть вважатися «істотними». Видозміни можуть бути істотними, коли:

Суд зазначає умови, за яких, якщо вони були би включені до первинної закупівельної процедури, долучили би до участі інших учасників тендеру, відмінних від тих, що дійсно брали участь, або дозволили би прийняти тендерні пропозиції, відмінні від тих, що були прийняті від початку.

Такі видозміни значно розширюють сферу дії контракту, тому що охоплюють послуги, які первинний контракт на включав.

Це змінює економічний баланс за контрактом на користь підрядника у такий спосіб, який не було передбачено умовами первинного контракту.

Директива містить і пояснює принципи, запроваджені Судом.

Для отримання більш детальної інформації щодо цієї справи дивіться розділ 9 «Зміни до контрактів» у публікації програми SIGMA про обрані рішення Суду справедливості ЄС щодо публічних закупівель².

Дозволені або несуттєві модифікації до контракту під час його дії – проводити процедуру закупівлі не обов'язково

Відповідно до Директиви, модифікації до контракту (або рамкової угоди) допускаються без необхідності проведення нової процедури закупівлі, але в дуже жорстких межах і лише за певних обставин. Загалом, контракти можуть бути модифіковані, якщо зміни не є істотними. Нижче пояснюється, які модифікації вважаються суттєвими.

У статті 72 Директиви встановлюється шість дозволених або несуттєвих модифікацій до контракту впродовж терміну його дії.

1) Зміни, зазначені в первинній закупівельній документації

Пункт 1а статті 72:

«1. Контракти і рамкові угоди можуть бути модифіковані без проведення нової закупівельної процедури, згідно з нормами цієї Директиви (...)

А) коли модифікації, незалежно від грошової вартості, були зазначені у первинній закупівельній документації чітко, точно і однозначно у пунктах щодо перегляду умов контракту, серед яких можуть бути пункти про перегляд ціни або інших умов. Такі положення повинні містити обсяг і характер можливих модифікацій або варіацій, а також умови, за якими вони можуть бути застосовані. Вони не повинні дозволяти внесення модифікацій і варіацій, які би повністю змінили характер контракту або рамкової угоди.

Модифікацію можна вносити, коли це явно зазначено у положеннях про перегляд умов контракту, що встановлені у первинній закупівельній документації. Ці положення допускають певну гнучкість у ставленні до умов контракту. Модифікації до контракту не дозволяються тільки тому що вони згадуються у положеннях первинної закупівельної документації.

Положення про перегляд умов контракту, викладені у закупівельній документації повинні бути чіткими, точними і однозначними. Положення про перегляд умов контракту не повинні бути сформульовані у загальних термінах з метою застосування до будь-яких можливих змін. Такі

SIGMA (2014), *Обрані рішення Суду справедливості Європейського Союзу щодо публічних закупівель (2006-2014)*, OECD Publishing, Париж. <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-Eng.pdf>

положення, які сформульовані занадто загально, вірогідно, можуть порушувати принцип прозорості і можуть призвести до нерівного ставлення.

Якщо модифікації до контракту встановлені у чітких, точних і однозначних положеннях про перегляд, будь-які зміни, внесені відповідно до цих положень, як правило, не потребують укладання нового контракту, а дозволяють виконання існуючого контракту. Наприклад, у випадку вищезгаданої компанії «Presetext», сторони домовились про новий ціновий індекс, який замінив індекс у первинному контракті. Застосування нового індексу було внесено специфічно для цього контракту. Суд підтвердив, що застосування нового цінового індексу не потребує укладання нового контракту. Була укладена додаткова угода із застосуванням положень основного контракту і оновленим положенням про цінову індексацію.

Положення про перегляд умов контракту повинні містити обсяг і характер можливих модифікацій або варіацій, а також умови, за якими вони можуть бути застосовані. Таким чином знижується кількість можливих порушень. Будь-які модифікації будуть пов'язані з оригінальним контрактом і питанням конкуренції. Якщо учасники тендеру можуть врахувати можливість майбутніх модифікацій на етапі закупівельного конкурсу, то надалі вже можна говорити не про зміну контракту, а модифікації відповідно до умов контракту.

Наприклад, якщо в контракті на поставку 100 портативних комп'ютерів чітко передбачалася можливість опціону на 30 додаткових портативних комп'ютерів, виконання цього опціону є лише модифікацією відповідно до умов контракту, а не новим контрактом. Важливо зазначити, що можливість такого опціону має бути прямо передбачена в первинних документах про закупівлю, а його вартість включена в розрахунок оціночної вартості закупівлі, навіть якщо вона може не бути реалізована.

Положення про перегляд умов контракту, які були достатньо і чітко сформульовані, можуть означати, що обладнання, яке буде доставлено впродовж певного періоду, може бути оновлено шляхом постачання новітніх технологій. Також можна було б за допомогою достатньо чітких положень передбачити внесення змін до контракту у разі виникнення будь-яких технічних труднощів під час експлуатації або обслуговування обладнання.

Положення контракту про перегляд умов не повинні бути занадто загально сформульовані. Ще один важливий аспект, який слід враховувати, - це характер модифікацій. Положення про перегляд умов контракту не може передбачати модифікації або опціону, які б змінили загальний характер робіт, послуг або поставок, які є предметом контракту.

Чим суттєвіші модифікації щодо характеру первинного контракту, тим більша ймовірність того, що буде потреба в укладанні нового контракту. Наприклад, новий контракт, імовірно, буде складено, якщо характер контракту буде модифіковано настільки, що вимагатиметься постачання продуктів або надання іншого виду послуг порівняно з тими, які викладені в первинному контракті. За цих обставин модифікація не є дозволеною, навіть якщо обсяг, характер та умови постачання різних продуктів або нових послуг були визначені заздалегідь у чіткій, точній і однозначній спосіб.

Грошова вартість модифікацій, внесених за цим положенням, не має значення. Грошова вартість модифікацій не обмежена. Однак необхідно подбати про те, щоб збільшення первісної вартості контракту через модифікації не змінило загальний характер контракту.

2) Додаткові види робіт, послуг і товарів

Пункт 1b статті 72:

«(1) Контракти і рамкові угоди можуть бути модифіковані без проведення нової закупівельної процедури, згідно з нормами цієї Директиви (...)

(b) щодо додаткових робіт, послуг або товарів, що постачає підрядник, з яким укладено первинний контракт, в яких виникла необхідність і які не були включені до предмету закупівлі, якщо зміна підрядника:

- i. неможлива з економічних або технічних причин, таких як вимоги взаємозамінності або сумісності з існуючим обладнанням, послугами або устаткуванням, закупленими в рамках первинної закупівлі; і
- ii. спричинить значні незручності або суттєве дублювання витрат для замовника.

.... Однак будь-яке підвищення ціни не повинно перевищувати 50% вартості первісного контракту. Якщо внесено кілька послідовних модифікацій, це обмеження застосовується до вартості кожної модифікації. Такі послідовні модифікації не повинні бути спрямовані на ухилення від виконання норм цієї Директиви».

Вищезазначене положення застосовується, коли обставини, що вимагають модифікацій до контракту, можна було передбачити, але замовник не передбачив або не врахував їх з інших причин.

Сукупні умови застосовуються до модифікацій щодо додаткових робіт, послуг або товарів. Ці підстави для модифікацій можуть бути використані лише за умови **сукупного** виконання двох умов, зазначених вище в пунктах (i) та (ii). Відповідно до загальних правил слід чітко тлумачити «значні незручності» та «істотне дублювання витрат».

Це положення може застосовуватися, наприклад, коли необхідно провести додаткові роботи на незавершеному будинку, де первинний підрядник все ще виконує роботи. У цьому випадку у разі передачі об'єкта новому підряднику можуть виникнути проблеми економічної або технічної сумісності, наприклад, зі страхуванням та управлінням ризиками. Введення нового підрядника за цих обставин також може призвести до дублювання витрат.

Будь-яке підвищення витрат не повинно перевищувати 50% вартості первісного контракту. На додаток до виконання двох сукупних умов, модифікація не може передбачати збільшення витрат більш ніж на 50% від вартості початкового контракту.

Якщо внесено більше однієї модифікації, ліміт 50% застосовується щоразу, за умови, що зміна не спрямована на уникнення закупівельних правил. Слід зазначити, що максимальна ставка збільшення залишається на рівні 50% вартості первинного контракту, а не 50% будь-якої збільшеної вартості контракту в результаті будь-яких попередніх модифікацій. Якщо контракт містить положення про індексацію для розрахунку вартості, то оновлена вартість має бути опорним значенням.

До такого типу модифікації застосовується вимога прозорості. Державні замовники, які застосовують це положення для внесення модифікацій до контракту, повинні опублікувати повідомлення про зміни в Офіційному журналі Європейського Союзу (OJEU). Повідомлення про внесення модифікацій має містити інформацію, викладену у частині G додатку V Директиви, і має бути опублікована відповідно до статті 51. Європейська Комісія опублікувала стандартну форму

цього повідомлення³. Додаткову інформацію можна отримати у Рекомендаціях про публічні закупівлі програми SIGMA 6, *Оголошення*.

3) Зміни, спричинені непередбачуваними обставинами

Пункт 1с статті 72:

«(1) Контракти і рамкові угоди можуть бути модифіковані без проведення нової закупівельної процедури, згідно з нормами цієї Директиви (...)

(с) якщо виконані всі умови, наведені нижче:

(i) необхідність внести модифікації виникла через обставини, які не міг передбачити відповідальний державний замовник;

(ii) модифікація не змінює загального характеру контракту;

(iii) будь-яке підвищення ціни не перевищує 50% вартості первинного контракту або рамкової угоди. Якщо внесено кілька послідовних модифікацій, це обмеження застосовується до вартості кожної модифікації. Такі послідовні модифікації не повинні бути спрямовані на ухилення від виконання норм цієї Директиви».

Коментар: Положення, сформульовано у таких спосіб, було включено до Директиви 2004 року, але в цій Директиві «непередбачувані обставини» були підставою для використання переговорної процедури без попередньої публікації повідомлення про контракт.

Коли настають непередбачувані обставини, які потребують модифікації умов контракту, непропорційної з точки зору продовження відповідного контракту та витрат, пов'язаних із процедурою укладання нового контракту, чинний контракт можна модифікувати без проведення нової закупівельної процедури.

Обставини, які відповідальний державний замовник не міг передбачити, можуть бути підставою для модифікації контракту. Звернення до зміни контракту відповідно до цього положення Директиви має бути обґрунтовано на тій підставі, що необхідність зміни була викликана обставинами, які відповідальний замовник не міг передбачити.

Роз'яснення 109 до Директиви щодо цього питання:

«Поняття непередбачуваних обставин відноситься до обставин, які не можна було спрогнозувати, незважаючи на досить ретельну підготовку первинного контракту державним замовником, беручи до уваги наявні кошти, характер та характеристики конкретного проекту, передову практику в галузі та необхідність забезпечення відповідного співвідношення між ресурсами, витраченими на підготовку контракту та її передбачуваною вартістю».

Таким чином, щоб належним чином змінити контракт відповідно до цього положення Директиви, держзамовнику необхідно довести наявність непередбачуваної події. Відповідно до загальних правил, «обставини, які відповідальний держзамовник не міг передбачити», повинні тлумачитися чітко.

Модифікація не повинна змінювати загального характеру контракту. Використання цих підстав для внесення модифікацій не допускається у випадках, коли ця зміна призводить до зміни загального характеру контракту. Чим суттєвіші модифікації щодо характеру первинного контракту, тим більша ймовірність того, що буде потреба в укладанні нового контракту.

³З метою запровадження Регламенту ЄС 2015/1968 від 11 листопада 2015 року, який встановлює стандартні форми офіційних повідомлень про публічні закупівлі і скасовує дію Регламенту ЄС №828/2011.

Модифікація не може передбачати збільшення витрат більш ніж на 50% від вартості первинного контракту. Згідно з цим положенням модифікація не може передбачати збільшення витрат більш ніж на 50% від вартості первинного контракту. Якщо внесено більше однієї модифікації, ліміт 50% застосовується до кожної модифікації, за умови, що зміна не спрямована на уникнення закупівельних правил. Слід зазначити, що максимальна ставка збільшення залишається на рівні 50% вартості первинного контракту, а не 50% будь-якої збільшеної вартості контракту в результаті будь-яких попередніх модифікацій. Якщо контракт містить положення про індексацію для розрахунку вартості, то оновлена вартість має бути опорним значенням.

До змін, внесених відповідно до цього положення, застосовується вимога прозорості. Державні замовники, які застосовують це положення для внесення модифікацій до контракту, повинні опублікувати повідомлення про зміни в Офіційному журналі ЄС. Повідомлення про внесення модифікацій має містити інформацію, викладену у частині G додатку V Директиви, і має бути опублікована відповідно до статті 51. Європейська Комісія опублікувала стандартну форму повідомлення про модифікації⁴. Додаткову інформацію можна отримати у Рекомендаціях про публічні закупівлі програми SIGMA 6, *Оголошення*.

4) Заміна підрядника у контракті

Пункт 1d статті 72:

«(1) Контракти і рамкові угоди можуть бути модифіковані без проведення нової закупівельної процедури, згідно з нормами цієї Директиви....

(d) коли відбувається зміна підрядника у результаті:

(i) застосування положення про перегляд умов контракту або опціон відповідно до пункту (a);

(ii) повне або часткове правонаступництво початкового підрядника, яке набуває інший суб'єкт господарювання після корпоративної реструктуризації, включаючи поглинання, злиття, придбання або неплатоспроможності. Цей суб'єкт господарювання повинен відповідати критеріям якісного відбору, встановленим спочатку, за умови, що це не тягне за собою інших істотних змін до контракту і не спрямоване на ухилення від норм цієї Директиви; або

(iii) у випадку, якщо держзамовник сам бере на себе зобов'язання головного підрядника щодо своїх субпідрядників, якщо така можливість передбачена національним законодавством відповідно до статті 71».

За загальними правилами заміна контрагента є істотною зміною контракту. Відповідно до принципів рівного ставлення та прозорості, інший суб'єкт господарювання не повинен заміщати переможця торгів без повторного проведення закупівельних торгів на конкурсній основі.

Однак у Директиві розглядається зміна підрядника як несуттєва зміну у трьох конкретних ситуаціях.

Ситуація 1: Заміщення попереднього підрядника є наслідком однозначно сформульованого положення контракту або опціону, який (1) є чітким, точним і однозначним; і (2) визначає обсяг і характер заміни підрядника, а також умови, за яких вона може бути здійснена.

Це положення дозволяє сторонам контракту домовитися про те, що державний замовник може змінити підрядника. Можна стверджувати, що ця можливість дуже обмежена, оскільки положення про перегляд умов контракту не може бути однозначним щодо заміни підрядника,

SIGMA (2014), *Обрані рішення Суду справедливості Європейського Союзу щодо публічних закупівель (2006-2014)*, OECD Publishing, Париж. <http://www.sigmaxweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-Eng.pdf>

якщо у контракті не вказується ім'я правонаступника підрядника. Приклад використання цього положення можна знайти в проектах державно-приватного партнерства, де новий приватний партнер або підрядник призначається, коли в права вступає сторона, що фінансує. Якщо сторона, що фінансує, вступає в права, вона має можливість усунути порушення, таким чином уникнувши розірвання контракту та захистивши інвестиції, замінивши підрядника.

Ситуація 2: Змінюється юридична особа підрядника, але фактично підрядник залишається тим самим. Переможець тендеру, з яким укладено контракт, може зіткнутися зі структурними змінами під час виконання контракту, наприклад, внутрішня реорганізація, поглинання, злиття та придбання або навіть неплатоспроможність. Такі структурні зміни не обов'язково вимагають проведення нової закупівельної процедури на всі державні замовлення, які виконує цей підрядник. Тому у встановлених випадках заміна підрядника вважається дозволеною модифікацією.

Вищенаведена ситуація мала місце у справі «Presetext», коли контракт на тих самих умовах було передано новій юридичній особі, яка входила до тієї ж групи, що й початковий підрядник.

Також правонаступник повинен відповідати критеріям якісного відбору, які спочатку були встановлені держзамовником.

Модифікації на цих підставах не допускаються, якщо до контракту мають бути внесені будь-які інші істотні зміни (див. нижче). Модифікації не повинні бути спрямовані на ухилення від норм цієї Директиви

Ситуація 3: Держзамовник сам бере на себе зобов'язання головного підрядника щодо своїх субпідрядників, якщо така можливість передбачена національним законодавством відповідно до статті 71».

5) *Модифікації з низькою вартістю (несуттєві модифікації)*

Пункт 2 статті 72:

«(2) ... контракти також можуть бути модифіковані без перевірки, чи виконуються умови, викладені в пунктах (a)–(d) параграфа 4, а також без проведення нової процедури закупівлі відповідно до цієї Директиви, якщо вартість модифікації нижче обох наступних значень:

- i. потріг встановлений у статті 4; і
- ii. 10% від вартості первинного контракту на постачання послуг і товарів і 15% від вартості первинного контракту на виконання робіт.

Однак модифікація не може змінювати загального характеру контракту або рамкової угоди. Якщо внесено кілька послідовних модифікацій, вартість оцінюється на основі чистої сукупної вартості послідовно внесених модифікацій».

Це положення дозволяє вносити модифікації до контракту, якщо фінансова вартість модифікації є низькою і ця модифікація не змінює загальний характер контракту.

Фінансова вартість модифікації повинна задовольняти обидві фінансові умови, що означає, що вона має бути (1) нижче відповідного фінансового порогу ЄС для відповідного контракту, **а також** (2) менше 10% початкової контрактної вартості послуг/товарів і менш ніж 15% початкової контрактної вартості контракту на виконання робіт.

Приклад:

Державний замовник пропонує модифікації до двох контрактів.

Перший контракт на постачання харчування для школи. Вартість первинного контракту становить 550000 євро. Вартість первинного запропонованих модифікацій становить 50000 євро. Така модифікація вважається модифікацією низької вартості, тому що її значення нижче

за поріг, встановлений ЄС для контрактів на постачання товарів і нижче 10% вартості первинного контракту.

Другий контракт на будівництво нової школи. Вартість первинного контракту становить 6 млн євро. Вартість запропонованих модифікацій становить 950000 євро. Така модифікація не вважається модифікацією низької вартості. Хоча вартість модифікації нижча за поріг, встановлений ЄС для контрактів на виконання робіт, вона перевищує 15% вартості первинного контракту. Державний замовник повинен перевірити, чи є серед норм Директиви такі, що дозволяють вносити модифікації у цьому випадку. Якщо вони не можуть бути застосовані, то держзамовнику не буде дозволено вносити таку модифікацію.

Причини запропонованої модифікації низької вартості можуть включати незначні упущення, невідповідності або помилки в початковому проекті. Немає юридичних перешкод для внесення модифікації низької вартості, навіть у випадку допущених помилок, за умови, що вплив не є істотним – як з точки зору його вартості, виміряної відповідно до двох умов, згаданих вище, так і його впливу на загальний характер контракту на виконання робіт.

Якщо внесено кілька послідовних модифікацій, вартість оцінюється на основі чистої сукупної вартості послідовно внесених модифікацій. Це положення означає, що фінансові обмеження поширюються не на вартість кожної модифікації, а на сукупну вартість усіх модифікацій.

Якщо контракт містить положення про індексацію для розрахунку ціни, то оновлена ціна, збільшена згідно з положенням про індексацію, має бути опорним значенням.

6) Інші несуттєві зміни

Пункт 1е статті 72:

«(1) Контракти і рамкові угоди можуть бути модифіковані без проведення нової закупівельної процедури, згідно з нормами цієї Директиви

(е) якщо модифікації, незалежно від їхньої вартості, не є істотними у розумінні параграфу 4».

Директива загалом повторює правила, викладені у справі «Presstext», і зазначає, що контракти (і рамкові угоди) можуть бути змінені, якщо зміни не є істотними.

Таким чином, на додаток до модифікацій, дозволених саме для контракту, описаного вище, дозволені також всі інші модифікації, які не є істотними, незалежно від їхньої вартості.

Нижче наведено пояснення модифікації, яка вважається «істотною».

Недозволені або суттєві зміни до контракту під час його дії – проводити процедуру закупівлі обов'язково

Коли потреби замовника більше не можуть бути задоволені без внесення істотних змін до контракту, єдиним варіантом є розірвання чинного контракту та проведення нової процедури закупівлі на нових умовах.

У п.4 статті 72 зазначено, що модифікації вважаються істотними і вимагають нової процедури закупівлі, якщо нові умови контракту або рамкової угоди є «суттєво відмінним за характером від початково укладеного контракту».

Роз'яснення 107 до Директиви щодо цього питання:

«Нова процедура закупівлі необхідна у разі істотних змін до первинного контракту, зокрема обсягу та змісту взаємних прав та обов'язків сторін, у тому числі щодо розподілу прав інтелектуальної власності. Такі модифікації демонструють намір сторін переглянути істотні умови контракту. Це має місце, зокрема, якщо

модифіковані умови мали би вплив на результат закупівельної процедури, якби вони були частиною початкової процедури».

Директива передбачає, що в будь-якому випадку модифікація має вважатися суттєвою, якщо виконується одна або більше з чотирьох умов, як описано нижче.

Умова 1. Вплив на первинну закупівельну процедуру

Згідно з п. 4а статті 72: «Модифікація запроваджує умови, які, якби вони були частиною первинної закупівельної процедури, передбачали б участь інших кандидатів, ніж ті, що були відібрані спочатку, або тендерну пропозицію, відмінну від початково визначеної як найкраща, або залучили б додаткових учасників до закупівельної процедури».

Коментар: Ця умова має важливе значення для запобігання змінам елементів первинного контракту, які могли вплинути на результат, якби вони були частиною закупівельної процедури, у результаті якої був укладений цей контракт. Наприклад, не можна виключати, що зміна дати початку контракту або його тривалості порівняно з початковими датами дозволила б долучитись іншим суб'єктам господарювання.

Відповідно до цієї умови, необхідно оцінити, чи запропонована модифікація дозволила б нижченаведене, якби ця умова була частиною первинної закупівельної процедури:

- участь інших кандидатів, ніж ті, які були спочатку відібрані для конкурсу, наприклад, ті кандидати, які не були дієздатними на момент проведення первинної закупівельної процедури;
- вибір іншої тендерної пропозиції;
- залучення додаткових учасників до процедури закупівельного конкурсу, наприклад, тих кандидатів, які не були зацікавлені брати участь у первинній закупівельній процедурі.

Якщо модифікація оцінена як така, що могла б вплинути на первинну закупівельну процедуру у будь-який із зазначених вище способів, тоді ця модифікація вважається суттєвою, і замовник повинен провести нову закупівельну процедуру. Якщо, з іншого боку, модифікація, що розглядається, не мала би впливу на первинну закупівельну процедуру, то вона не повинна вважатися істотною.

Умова 2. Зміна економічного балансу.

Згідно з п. 4б статті 72: «модифікація змінює економічний баланс за контрактом на користь підрядника у такий спосіб, який не було передбачено умовами первинного контракту».

Коментар: Ця умова стосується економічного балансу контракту (або рамкової угоди). Якщо модифікація є на користь підрядника, то вона є істотною. Якщо модифікація є на користь державного замовника, то вона не є істотною.

Це обмеження щодо внесення модифікацій до контракту необхідне, щоб забезпечити виконання контракту таким чином, щоб він відповідав результатам первинної закупівельної процедури, та уникнути ризику надання переваги певному суб'єкту господарювання. Наприклад, суб'єкт господарювання може зробити тендерну пропозицію з дуже низькою ціною, щоб виграти у закупівельному конкурсі, з припущенням, що пізніше йому буде дозволено покращити умови.

Це правило не виключає можливості будь-якого підвищення цін. Збільшення ціни допускається, наприклад, якщо воно зроблено відповідно до чіткого, точного та недвозначного положення про індексацію ціни, яке було включено до первинного контракту або рамкової угоди.

У контексті змін економічного балансу, крім ціни, треба враховувати й інші фактори. Якщо, наприклад, модифікація зменшує ризик підрядника понести штрафні санкції, наслідки модифікації слід враховувати при оцінюванні економічного балансу.

Умова 3. Розширення сфери дії контракту

Згідно з п. 4с статті 72: «модифікація значно розширює сферу дії контракту чи рамкової угоди».

Коментар: Ця умова застосовується, коли значне розширення сфери дії контракту (або рамкової угоди) здійснюється для того, щоб включити товари, роботи чи послуги, які не були охоплені первинним контрактом. Модифікація може включати кількісне розширення (більше товарів або послуг порівняно з первинним контрактом) або якісне розширення (товари або послуги іншої якості порівняно з первинним контрактом). Суттєвими модифікаціями вважаються лише істотні розширення. Неможливо дати універсальне визначення терміну «істотні розширення», який використовується у п.4с статті 72 Директиви. Держзамовникам необхідно буде використовувати визначитись у кожному окремому випадку, за потреби користуючись юридичними консультаціями.

Справи, розглянуті в суді

Суд розглядав «істотне розширення» контракту у справі C-160/08, «Commission v Germany», яка стосувалася контракту на послуги швидкої допомоги.

Суд розглядав розширення сфери дії чинного контракту на послуги швидкої допомоги за рахунок включення нової станції швидкої допомоги. Суд встановив, що розширення сфери дії первинного контракту приблизно на 673 000 євро не може бути здійснено без нової закупівельної процедури. Оскільки вартість контракту становила 4 450 000 євро, розширення, таким чином, становило 15% від вартості первинного контракту. Суд підкреслив, що вартість розширення сфери дії контракту була значно вищою, ніж порогове значення для контракту на надання послуг.

Умова 4. Зміна підрядника

Згідно з п. 4d статті 72: «якщо новий підрядник замінює того, з яким держзамовник спочатку уклав контракт, відбувається за інших умов, ніж передбачені пунктом (d) параграфу 1».

Ця умова підтверджує загальне правило, що заміна контрагента є суттєвою модифікацією контракту. Відповідно до принципів рівного ставлення та прозорості, переможець тендеру не повинен бути замінений іншим суб'єктом господарювання без повторного проведення закупівельної процедури на конкурсній основі, якщо така модифікація не підпадає під дозволені модифікації, описані вище..

Як вносити модифікації до контракту

Для отримання більш детальної інформації дивіться в Аналітичній записці про публічні закупівлі №22 програми SIGMA , *Управління контрактами*.

Державному замовнику доцільно мати чітко визначений підхід, щоб уникати модифікацій у контракті, де це можливо. Важливо також переконатися, щоб контрактом були передбачені лише ретельно досліджені модифікації, які є дозволеними чи несуттєвими, і внесені у письмовій формі уповноваженим працівником із закупівель.

Модифікації можуть бути прямої і непрямої дії. Модифікації прямої дії включають:

- збільшення/зменшення вартості контракту;
- збільшення/зменшення бюджету контракту;
- затримки у постачанні товарів або виконанні робіт.

Модифікації непрямої дії включають:

- Непотрібні або додаткові проектні роботи;

- Інші непотрібні або неважливі види діяльності;
- Зміни у замовленнях, доповнення або скасування замовлень, які суб'єкт господарювання може виконати, користуючись власною базою поставок;
- Збільшення/зменшення часу виконання, затримки або зміни у графіку виконання умов контракту;
- Непродуктивні витрати на робочі ресурси;
- Додаткові години роботи і кошти, витрачені суб'єктом господарювання на покриття фіксованих витрат.

Перед початком роботи за будь-яким великим контрактом корисно провести офіційну нараду невдовзі після офіційного укладання контракту. Ця нарада дозволить представникам суб'єкта господарювання і держзамовника вперше зустрітися, вже маючи узгоджений контракт. Під час такої наради необхідно, щоб сторони змінили своє конкурентне ставлення до контракту і налаштувались на співпрацю, оскільки їм треба працювати разом впродовж всього терміну дії контракту, і обидві сторони бажатимуть досягти позитивного результату.

Коли суб'єкт господарювання подає запит на внесення модифікацій, спеціалісти із закупівель повинні поставити собі та іншим зацікавленим сторонам ряд запитань:

- Цей запит чітко входить до сфери дії контракту, як було узгоджено та зрозуміло?
- Чи є запит неправильним тлумаченням існуючих специфікацій або умов? Можливо, після уточнень модифікація більше не буде потрібна?
- Чи насправді така модифікація потрібна, чи це щось необов'язкове? Продумати прямі та непрямі наслідки.
- Чи є інший більш спосіб вирішити питання з урахуванням ефективності витрат?
- Чи це є дійсно модифікацією чинного контракту?
- Чи буде ця модифікація порушувати національні правові норми про закупівлі чи суперечитиме будь-якій політиці проведення закупівель?

Якщо модифікація дійсно необхідна і дозволена, контракт повинен містити положення про контроль за внесенням змін. Процедура контролю за внесенням змін має гарантувати, що уповноважена особа, і тільки ця уповноважена особа, несе відповідальність за згоду на внесення модифікацій. Деякі замовники звертаються до комітету високого рівня для розгляду необхідності внесення модифікацій та пошуку альтернатив.

Щоб мінімізувати вплив модифікації, до погодженні модифікацій слід ставитись так само відповідально, як і до укладення контракту:

- Треба отримати чіткий розрахунок витрат на внесення модифікацій.
- Необхідно зрозуміти концепцію граничних витрат.
- Модифікації повинні вноситися до контракту тільки після того, як обидві сторони письмово узгодять загальні наслідки такої модифікації з точки зору часу та вартості.
- Від початку дії контракту необхідно забезпечити фіксування діяльності.
- До розгляду будь-яких модифікацій повинні бути долучені усі відповідні стейкхолдери.

Додаткову інформацію можна отримати в Аналітичній записці програми SIGMA №22 *Управління контрактами*.

Комунальні послуги

Директива про комунальні послуги⁵ містить майже ідентичні положення про внесення модифікацій до контрактів.

Стаття 89 Директиви про комунальні послуги є еквівалентом статті 72 Директиви («Зміна договорів впродовж терміну їх дії»).

Директива про комунальні послуги не містить обмеження у розмірі 50% вартості первинного контракту як підвищення ціни щодо еквівалентних дозволених модифікацій, як описано вище, для наступних двох істотних умов:

- Суттєві модифікації, умова 2: додаткові види робіт, послуг і товарів;
- Суттєві модифікації, умова 3: модифікації, спричинені непередбачуваними обставинами.

⁵ Директива про публічні закупівлі 2014/25/ЄС від 2014 року для постачальників води, електроенергії, транспорту і поштових послуг вносить правки до Директиви 2004/17/ЄС від 2004 року. 26 лютого 2014 року.

Додаткова інформація

Публікації

SIGMA (2015), *Посібник з проведення публічних закупівель – Модуль ЕЗ*, OECD Publishing, Париж, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

SIGMA (2014), *Обрані рішення Суду справедливості Європейського Союзу про публічні закупівлі (2006-2014)*, OECD Publishing, Париж.

<http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-Eng.pdf>

Аналітичні записки про публічні закупівлі

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), аналітична записка № 6 - *Оголошення*, OECD Publishing, Париж

SIGMA (2016), аналітична записка № 22 - *Управління контрактом*, OECD Publishing, Париж