

І ще раз про збільшення ціни договору за одиницю товару на 10 %

Нестабільна фінансова ситуація в країні відбивається й на сфері державних закупівель. Інфляційні процеси призводять до подорожчання більшості груп товарів за раніше укладеними розпорядниками коштів договорами про закупівлю, що може призвести до відмови постачальників від виконання зобов'язань за старими цінами.

Отже, з метою належного та безперебійного виконання зобов'язань за укладеними договорами замовники торгів останнім часом систематично використовують вимоги пункту 2 частини 5 статті 40 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 № 1197-VII (далі за текстом — Закон № 1197), яким передбачено можливість зміни істотних умов договору про закупівлю після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі у випадку зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в самому договорі.

Особливості застосування замовниками та учасниками торгів вищезазначеної підстави зміни умов договору неодноразово було висвітлено на шпальтах останніх номерів «Радника в сфері державних закупівель».

Попри це, дана тема залишається актуальною для всіх читачів нашого видання, особливо з огляду на те, що вона тісно пов'язана з демпінгуванням цін учасниками впродовж виконання договору про закупівлю.

Ситуація

Відповідно до пункту 2 частини 5 статті 40 Закону 1197-VII замовник має право змінити ціну за одиницю товару не більше ніж на 10 % у разі коливання ціни такого товару на ринку.

Чи достатнім доказом для підтвердження юридичного факту коливання ціни товару на ринку буде відповідний документ Державної служби статистики України (далі за текстом — Держстат) з інформацією про ціну товару на конкретну дату та наявність різниці за результатами порівняльного аналізу ціни за одиницю товару в договорі та в зазначеному документі?

Учасник у складі пропозиції конкурсних торгів надав демпінгову ціну пропозиції, що нижча від справедливої ринкової ціни. Після укладення з ним договору про закупівлю відповідна ціна товару на ринку зросла на 5 відсотків. Попри це, порівняно з демпінговою ціною ціна зросла на 10 відсотків. Замовник ціну договору збільшив у межах 10 % від ціни договору. Чи є правомірними дії замовника торгів? Чи, можливо, він мав право збільшити ціну лише на 5 відсотків?

Визначення терміна «демпінг»

Демпінг (англ. dumping — скидання) — продаж товарів за цінами, нижчими від контрактних на міжнародних товарних ринках, за умови, що низький рівень ціни не зумовлюється відповідним рівнем витрат на виробництво цього товару. Оскільки демпінг порушує правила справедливої конкуренції та завдає збитків місцевим виробникам, держава може застосовувати до демпінгових товарів антидемпінгові заходи, які можуть включати застосування антидемпінгового мита, установа обмежень на їх імпорт тощо.

Економічний онлайн-словник

Демпінг — ввезення на митну територію країни імпорту товару за ціною, нижчою від порівнянної ціни на подібний товар у країні експорту, яке заподіює шкоду національному товаровиробнику подібного товару.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-XII

Демпінг — ввезення на митну територію країни імпорту товару за цінами, нижчими від порівнянної ціни на подібний товар у країні експорту, що заподіює шкоду національному товаровиробнику подібного товару.

Закон України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» від 22.12.1998 № 330-XIV

Підстави для зміни ціни договору за одиницю товару на 10 відсотків

Відповідно до статті 1 Закону № 1197 договір про закупівлю — договір, який укладають між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та який передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари.

У статті 40 Закону № 1197 зазначено, що договір про закупівлю укладають у письмовій формі відповідно до положень Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом № 1197.

Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних

торгів або цінової пропозиції (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі.

Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків, у тому числі, зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі.

Відповідно до **роз'яснення Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 16.04.2014 № 3302-05/11961-07** замовник може застосовувати зазначене право протягом усього терміну дії договору та щодо кожної окремої позиції товару.

Окрім цього, зазначеним роз'ясненням визначено, що сторони договору можуть вносити відповідні зміни до нього декілька разів — залежно від коливання ціни кожної окремої позиції товару на ринку.

Попри це, кожна зміна ціни договору:

не повинна перевищувати 10 відсотків визначеної в договорі про закупівлю ціни за одиницю товару [з урахуванням змін, внесених до нього (за наявності)];

не призведе до збільшення суми, визначеної в такому договорі;

повинна бути обґрунтована та документально підтверджена сторонами договору.

Разом із цим **роз'ясненням Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 07.04.2015 № 3302-05/11398-07** «Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю» також визначено, що істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадку зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі.

При цьому відповідно до роз'яснення норма пункту 2 частини п'ятої статті 40 Закону № 1197 поширюється на договори про закупівлю, у разі якщо предметом закупівлі є тільки товар.

Роз'ясненням також наголошено, що залежно від коливання ціни товару на ринку:

сторони протягом дії договору про закупівлю можуть вносити зміни декілька разів у частині ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків кожного разу з урахуванням попередніх змін, внесених до нього;

сукупність змін може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару,

визначеної сторонами на момент укладення договору про закупівлю;

зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

сторони повинні виконати свої зобов'язання відповідно до такого договору з урахуванням зазначених змін.

Таким чином, **при кожному внесенні змін до договору про закупівлю у вищезазначеному випадку шляхом укладення додаткової угоди до договору сторони договору зобов'язані належним чином виконувати умови такого договору з урахуванням змінених його умов кожного разу.**

Попри це, внесення таких змін до договору про закупівлю повинно бути обґрунтованим та документально підтвердженим.

Нормативно-правове тлумачення терміна «ринкова ціна»

У підпункті **14.1.219** пункту **14.1** статті **14** Податкового кодексу України (далі за текстом — ПК України) надано визначення поняття «ринкова ціна». Це ціна, за якою товари (роботи, послуги) передають іншому власникові за умови, що продавець бажає передати такі товари (роботи, послуги), а покупець бажає їх отримати на добровільній основі. Обидві сторони є взаємно незалежними юридично та фактично, володіють достатньою інформацією про такі товари (роботи, послуги), а також ціни, які склалися на ринку ідентичних (а за їх відсутності — однорідних) товарів (робіт, послуг) у порівняних економічних (комерційних) умовах.

Підпунктом 14.1.71 пункту **14.1** статті **14** ПК України передбачено, що **звичайна ціна** — це ціна товарів (робіт, послуг), визначена сторонами договору, якщо інше не встановлено ПК України. При цьому, якщо не доведено зворотне, вважається, що така звичайна ціна відповідає рівневі ринкових цін.

Для визначення **звичайних цін на товари** (роботи, послуги) використовують офіційні джерела інформації, у тому числі: статистичні дані державних органів і установ; ціни спеціалізованих аукціонів з торгівлі окремими видами продукції, біржові котирування; довідкові ціни спеціалізованих комерційних видань та публікацій, у тому числі електронних та інших банків даних; звіти та довідки відділів з економічних питань у складі дипломатичних представництв України за кордоном; інші інформаційні джерела, які визнають офіційними в установленому порядку (**пункт 39.11 статті 39 ПК України**).

Разом із цим відповідно до **частин 1 та 2 статті 3** Господарського кодексу України (далі за текстом — ГК України) під господарською діяльністю в ГК України розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на

виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Господарська діяльність, яку здійснюють для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва — підприємцями.

Згідно з **частиною 1 статті 6 ГК України**, одним із загальних принципів господарювання в Україні є свобода підприємницької діяльності в межах, визначених законом.

Частиною 1 статті 42, частиною 1 статті 43 ГК України визначено, що підприємництво — це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, яку здійснюють суб'єкти господарювання (підприємці) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, не заборонену законом.

Зі змісту **підпункту 14.1.36. пункту 14.1 статті 14 ПК України** господарська діяльність — діяльність особи, що пов'язана з виробництвом (виготовленням) та/або реалізацією товарів, виконанням робіт, наданням послуг, спрямована на отримання доходу і проводиться такою особою самостійно та/або через свої відокремлені підрозділи, а також через будь-яку іншу особу, що діє на користь першої особи, зокрема за договорами комісії, доручення та агентськими договорами.

Отже, **визначальною ознакою господарської діяльності суб'єкта господарювання є досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. При цьому підприємець є вільний у виборі ціни, за якою бажає реалізувати продукцію.**

Разом із цим викладене ґрунтується також і на відповідних рішеннях судових інстанцій, зокрема **Харківського апеляційного адміністративного суду (справа № 818/61/15), Волинського окружного адміністративного суду (справа № 803/733/15-а).**

Разом із цим статтею 189 ГК України визначено, що ціна є вираженням у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування.

Ціна є істотною умовою господарського договору. Ціна зазначається в договорі у гривнях. Ціни в зовнішньоекономічних договорах (контрактах) можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін.

Суб'єкти господарювання використовують у своїй діяльності вільні та державні регульовані ціни.

При цьому вільні ціни визначають на всі види продукції (робіт, послуг), за винятком тих, на які встановлено державні регульовані ціни.

Вільні ціни визначають суб'єкти господарювання самостійно за згодою сторін, а у

внутрішньогосподарських відносинах — також за рішенням суб'єкта господарювання (стаття 190 ГК України).

Окрім цього, відповідно до вимог статті 191 ГК України державні регульовані ціни запроваджують Кабінет Міністрів України, органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування відповідно до їхніх повноважень у встановленому законодавством порядку.

Державне регулювання цін здійснюється згідно із Законом України «Про ціни і ціноутворення» від 21.06.2012 № 5007-VI.

Слід зазначити, що державні регульовані ціни встановлюють на бланки документів, у тому числі суворого обліку, які використовують органи виконавчої влади, інші державні органи для оформлення результатів надання адміністративних послуг (крім власних бланків цих органів), відповідно до закону.

Зі сказаного вище випливає, що на даний час нормами законодавства не передбачено вимог до формування справедливої ринкової ціни.

Вважається за правило, що ціна, яка склалася за результатами проведеної процедури закупівлі та **зафіксована за згодою сторін у договорі, є середньоринковою.**

Отже, задля уникнення фактів неякісного виконання договірних зобов'язань недобросовісним постачальником з демпінговою ціною рекомендуємо комітету з конкурсних торгів ще на етапі планування проводити незалежний моніторинг ринкових цін з метою максимальної ефективності проведення державної закупівлі на підставі статті 28 Закону № 1197 критеріями оцінки, крім цінового, також визначати й інші критерії, а саме:

умови оплати;

строк виконання;

гарантійне обслуговування;

експлуатаційні витрати;

передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів, включаючи використання місцевих ресурсів, у тому числі засобів виробництва, робочої сили і матеріалів для виготовлення товарів, які пропонує учасник.

При цьому з метою кінцевої ефективності проведення процедури державної закупівлі замовник може встановлювати інші кваліфікаційні критерії навіть при закупівлі товарів, зокрема палива рідинного та газу, олив мастильних, адже національне законодавство не

містить відповідальності за неправильне визначення кваліфікаційних критеріїв оцінки пропозицій конкурсних торгів, а ризик невиконання умов договору з боку недобросовісного постачальника та зриву закупівлі в даній ситуації виходить на першу позицію.

Суб'єкти (органи), що вповноважені підтверджувати коливання ціни на товар на внутрішньому українському ринку та інші джерела отримання цінової інформації

Загалом законодавством у сфері державних закупівель конкретного органу, що має повноваження на підтвердження коливання ціни товару на ринку, не визначено. Аналізуючи норми законодавства, можна визначити кілька можливих суб'єктів надання такої інформації.

Зокрема, згідно з Положенням про Державну службу статистики України, що затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 23.09.2014 № 481, Держстат є спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі статистики, одним з основних завдань якого є реалізація державної політики у сфері статистики, який, у тому числі, організовує і проводить статистичні спостереження за соціально-економічними та демографічними явищами і процесами, екологічною ситуацією в Україні та її регіонах шляхом збирання форм державної статистичної звітності та проведення спеціально організованих статистичних спостережень.

Крім того, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», функції ліквідованої Державної інспекції України з контролю за цінами в частині здійснення моніторингу динаміки цін (тарифів) на споживчому ринку також покладено на Держстат.

Нагадаємо, що, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 13.06.2002 № 803 «Про заходи щодо проведення моніторингу цін і тарифів на споживчому ринку», якою визначено Перелік соціально значущих товарів і послуг, за яким проводиться постійний моніторинг цін і тарифів на споживчому ринку регіонів, Держфінінспекція проводила відповідний моніторинг роздрібних цін. Зокрема в підприємствах торгівлі — на борошно пшеничне вищого сорту, хліб з борошна пшеничного вищого та I сорту, хліб житньо-пшеничний, макаронні вироби, крупу гречану, рис, яловичину I категорії, м'ясо птиці (кури), ковбасу варену I сорту, молоко (жирністю 2,5 %), сметану (жирністю 20 %), сир м'який, масло, яйця курячі, цукор, олію соняшникову, сіль. А на продовольчих ринках — на свинину, сало, картоплю. Моніторингу підлягають також роздрібні ціни на дизельне пальне та бензин А-95.

Разом з тим відповідно до основних завдань та нормативно-правових засад діяльності **державне підприємство «Державний інформаційно-аналітичний центр**

моніторингу зовнішніх товарних ринків» здійснює цінову експертизу зовнішньоекономічних договорів, яка необхідна у випадках, якщо загальна вартість послуг, робіт, прав інтелектуальної власності за договором перевищує 50 000,00 євро або еквівалент цієї суми в іншій валюті за офіційним курсом гривні до іноземних валют, установленим Національним банком України на день укладення договору, та товарну експертизу цінових умов експортних/імпортних договорів/контрактів, а саме: встановлення відповідності цінових умов договорів (контрактів) наявній кон'юктурі певного ринку та підтвердження об'єктивності передбаченої в них ціни на відповідні групи товарів/робіт/послуг, у тому числі встановлення відповідності контрактних цін наявній кон'юктурі певного ринку товарів, а в разі запровадження режиму квотування товарів — відповідності контрактних цін зовнішньоекономічного договору (контракту), укладеного в поточному маркетинговому році, кон'юктурі певного ринку товарів, що склалася на дату його укладення. Також відповідні цінові/товарні експертизи підприємство проводить на замовлення суб'єктів господарської діяльності.

Водночас відповідно до статуту **ДП «Зовнішторгвидав України»**, затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 06.09.2012 № 989, **підприємство має право проводити цінові дослідження, експертизи та надавати консультації щодо ціноутворення.** Із цією метою у складі підприємства було створено структурний підрозділ — **Центр цінових експертиз.**

Також **Торгово-промислова палата України** відповідно до вимог Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» — недержавна неприбуткова організація, що на добровільних засадах об'єднує юридичних осіб та громадян України, які зареєстровані як підприємці, а також їхні об'єднання. Також у межах власних повноважень надає послуги щодо цінової інформації (для митного оформлення; для тендерних комісій різних галузей економіки, у повній відповідності з нормативно-правовою базою з питань державних закупівель; трансфертного ціноутворення).

Слід також зазначити, що **розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.10.2013 № 866-р** затверджено перелік джерел інформації про ринкові ціни для цілей трансфертного ціноутворення.

Зазначеним переліком затверджено **джерела інформації щодо ринкових цін**, вказані нижче (таблиця 1).

Таблиця 1

Найменування джерела інформації	Видавець (утримувач інтернет-ресурсу)	Найменування товарів (груп товарів)
Основні джерела інформації	Основні джерела інформації	Основні джерела інформації

Щомісячний інформаційний бюлетень «Огляд цін українського та світового товарних ринків»	Державне підприємство «Держзовнішінформ» (www.dzi.gov.ua)	Основні групи товарів, ціни на які склалися на світових та українському товарних ринках
Інформаційно-аналітичний продукт «Товарний монітор. Україна»	Державне підприємство «Держзовнішінформ» (www.dzi.gov.ua)	Основні групи товарів, ціни на які склалися на світових та українському товарних ринках
Інформаційно-аналітичний продукт «Дайджест цін товарів на світових ринках»	Державне підприємство «Укрпромзовнішекспертиза» (www.expert.kiev.ua)	Товари промислового сектору
Щотижневе видання «Рынок стали: аналитика, прогнозы, сценарии»	Державне підприємство «Укрпромзовнішекспертиза» (www.expert.kiev.ua)	Товари промислового сектору
Офіційний сайт Аграрної біржі	Аграрна біржа (www.agrex.gov.ua)	Сільськогосподарська продукція
Вісник Міністерства доходів і зборів України	Державне підприємство «Сервісно-видавничий центр Міністерства доходів і зборів України» (www.visnuk.com.ua)	Основні групи товарів, ціни на які склалися на світових та українському товарних ринках
Допоміжні джерела інформації (використовуються в разі, коли інформація про ринкові ціни в основних джерелах відсутня або її обсяг недостатній)	Допоміжні джерела інформації (використовуються в разі, коли інформація про ринкові ціни в основних джерелах відсутня або її обсяг недостатній)	Допоміжні джерела інформації (використовуються в разі, коли інформація про ринкові ціни в основних джерелах відсутня або її обсяг недостатній)
Офіційний сайт Мінрегіонбуду	Мінрегіонбуд (www.minregion.gov.ua)	Будівельні матеріали, вироби та конструкції
Офіційний сайт Мінагрополітики	Мінагрополітики (www.minagro.gov.ua)	Товари аграрного сектору

Окрім цього, у власній практичній діяльності автора навіть був випадок, коли при проведенні на той час процедури закупівлі в одного учасника автомобілів швидкої допомоги **для визначення договірної вартості предмета закупівлі медичний заклад залучив експерта — оцінювача.**

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що запорукою законного внесення замовником торгів змін до умов договору про закупівлю є сам факт настання зазначеної події на товарному ринку (коливання ціни в межах 10 відсотків), належне документальне підтвердження такого на внутрішньому ринку з прив'язуванням до конкретного органу, організації чи іншого джерела цінової інформації.

Зазначене підтверджується й рішенням **Господарського суду Київської області (справа № 911/4391/14)**, яким визнано правомірність внесення змін до договору про закупівлю в частині збільшення ціни на 10 відсотків за одиницю товару на підставі документального підтвердження та обґрунтування листами Торгово-промислової палати України та Державного підприємства «Держзовнішінформ».

Здійснення контролю за правильністю зміни умов договору про закупівлю та аналізу закупівельних цін

Статтею 2 **Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 26.01.1993 № 2239-III** передбачено, що державний фінансовий контроль забезпечують органи Державної фінансової інспекції України через проведення державного фінансового аудиту, перевірки державних закупівель та інспектування.

Таким чином, контроль органи Держфінінспекції України у сфері державних закупівель можуть застосувати як під час інспектування, так і під час проведення державного фінансового аудиту та перевірок державних закупівель.

Питанням 14 «Перевірка виконання умов договорів про закупівлю, наявності підстав для перерахування коштів» **Методичних рекомендацій з проведення перевірок державних закупівель Державною фінансовою інспекцією та її територіальними органами, що затверджені наказом Державної фінансової інспекції України від 13.05.2015 № 101** (далі за текстом — Методичні рекомендації № 101), визначено, що під час перевірки цього питання досліджуються договори про закупівлю, додаткові угоди до договорів, платіжні доручення, накладні, акти виконаних робіт (наданих послуг), бухгалтерські реєстри тощо.

Перевірка базується, зокрема, на:

зіставленні умов укладених договорів (у частині оплати) з фактично здійсненим перерахуванням коштів;

перевірці виконання договірних зобов'язань контрагентами (зокрема в частині визначених договорами термінів поставки товарів, надання послуг або виконання робіт), фактичного постачання товарів (виконання робіт, надання послуг) шляхом інвентаризації, обстеження та контрольного обміру закуплених (отриманих) об'єктом

контролю товарно-матеріальних цінностей, робіт, послуг та інших дій;

перевірці достовірності й реальності дебіторської та кредиторської заборгованості.

При цьому слід звернути увагу на те, що перевіряють договір на відповідність фінансовим зобов'язанням у вигляді підтвердних документів [акти виконаних робіт (наданих послуг), накладні тощо], а потім платіжні доручення та інші розрахункові документи — на відповідність фінансовим зобов'язанням.

Слід зазначити, що Методичними рекомендаціями № 101 *взагалі не передбачено дослідження контролюючим органом питання аналізу закупівельних цін на товари, роботи і послуги, які замовники закуповують у порівнянні із середньоринковими, а також надання за результатами цього аналізу висновків щодо наявності/відсутності фактів придбання замовниками торгів товарів, робіт і послуг за завищеними цінами (наприклад, через закупівлю в посередницьких комерційних структур, здійснення закупівлі за завищеними порівняно зі справедливими середньоринковими цінами, придбання товарів іноземного виробництва при наявності дешевших українських аналогів тощо).*

Нагадаємо, що протягом 2011–2012 років механізм проведення перевірок державних закупівель був урегульований Методичними рекомендаціями з проведення органами Державної контрольно-ревізійної служби перевірок державних закупівель, що здійснюються відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» під час проведення державного фінансового контролю, затвердженими наказом Головки КРУ України від 28.02.2011 № 44 (далі за текстом — Методичні рекомендації № 44).

Зокрема, пункт 14 Методичних рекомендацій № 44 передбачав проведення контролюючим органом аналізу закупівельних цін на товари, роботи і послуги, що здійснювався в разі встановлення порушень відповідно до вимог Методичних рекомендацій з визначення суми збитків у разі порушення законодавства у сфері державних закупівель, затверджених наказом Головки КРУ України від 13.04.2010 № 89, з метою виявлення фактів придбання товарів, робіт і послуг за завищеними цінами (штучне завищення цін через наявність низки посередницьких структур, які фактично не поставляли товари, а лише оформляли документи; завищення постачальниками, у т. ч. виробниками чи їхніми офіційними дилерами, агентами, дистриб'юторами тощо закупівельних цін порівняно із середньоринковими).

Адміністративна відповідальність за неправомірне внесення змін до договору про закупівлю

Статтю **164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення** (далі за текстом — КУпАП) встановлено санкції за порушення вимог чинного законодавства у сфері

державних закупівель, у тому числі за укладення з учасником, що став переможцем торгів, договору про закупівлю товарів, робіт і послуг за цінами й обсягами, які не відповідають вимогам документації конкурсних торгів (кваліфікаційної документації).

Потенційними правопорушниками в цьому випадку можуть бути посадові особи, що підписували відповідні господарські договори з контрагентами з порушенням норм законодавства (керівник замовника; інша посадова особа, що мала право на підписання господарських договорів; голова комітету з конкурсних торгів або особа, що його заміщувала).

Нагадаємо, що за порушення законодавства про здійснення державних закупівель законодавством встановлено адміністративну відповідальність у вигляді штрафу від **11 900 до 17 000 грн** (за частиною 1 статті 164-14 КУпАП) та від **17 000 до 25 500 грн** (за частиною 2 статті 164-14 КУпАП).

Зважаючи на викладене, замовники торгів повинні з метою недопущення вчинення порушень у сфері державних закупівель ретельно ставитись до процедури внесення змін до договору про закупівлю (зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі).

Зарубіжний досвід протидії демпінгу в державних закупівлях

Гадаємо, що для читачів пізнавальною буде інформація й про те, як замовники протидіють «демпінговій атаці» учасників в інших країнах світу.

Так, Законом **Литовської Республіки «Про публічні закупівлі» від 1997 року** передбачено, що якщо в пропозиції постачальника вказано вкрай низьку ціну, то держзамовник зобов'язаний вимагати надання підтвердження її економічного обґрунтування, а якщо його не буде надано, то відхилити пропозиції такого учасника.

Попри це, **закон Венесуели про державні закупівлі від 2009 року та адміністративний регламент закупівель цього ж року** передбачає націоналізацію майна виконавців держзамовлення за невідповідність їхньої ціни сподіванням (!) замовника.

Водночас **правила державних закупівель Нової Зеландії від 2013 року** встановлюють, що критерієм оцінки на торгах може бути або мінімальна ціна, або більш складний критерій, що враховує співвідношення ціни та якості протягом усього терміну служби продукції, яку закуповують.

У випадку пропозиції аномально низької ціни держзамовник може додатково перевірити можливість постачальника виконати контракт за цю ціну. Разом з тим вартісної

характеристики аномально низької ціни в правилах закупівель немає, а тому відхиляти такі пропозиції замовник не зобов'язаний.

В **Австралії** взагалі методи оцінки тендерних пропозицій чітко не прописані на загальнодержавному рівні. Держзамовники повинні керуватися принципом value for money (співвідношення ціна/якість), що трактують доволі широко, а отже, фактично критерії оцінки — прерогатива керівників міністерств та відомств. Крім того, недоліком австралійської закупівельної системи є слабкий контроль за виконанням контрактів. Там, зокрема, багато контрактів держава не контролює через посилання на державну таємницю.

Ключовим законодавчим актом, що регулює закупівельну систему Саудівської Аравії, **королівським указом № М/58 від 2006 року**, визначено поняття «аномально низька ціна». Це ціна, що є нижчою за первісну на 35 та більше відсотків. Тендерну пропозицію з такою ціною може бути відхилено, однак її можуть і не відхилити, якщо конкурсант зможе обґрунтувати можливість виконання контракту за вказаною ціною.

Підсумовуючи викладене

Тож навіть у випадку, коли відбувається укладення між замовником і переможцем процедури закупівлі договору за вочевидь демпінговою ціною, відповідно до норм чинного законодавства у сфері державних закупівель сторони мають право на внесення змін до договору про закупівлю (зміну ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі).

При цьому межу коливання ціни не більше ніж на 10 відсотків рахуватимуть від ціни укладеного договору, а не віртуальної справедливої середньоринкової ціни, що склалася на внутрішньому українському ринку.

Водночас зміна ціни в договорі не повинна перевищувати 10 відсотків визначеної в договорі про закупівлю ціни за одиницю товару; внесення змін не призведе до збільшення суми, визначеної в такому договорі; підстави внесення відповідних змін повинні бути належним чином обґрунтовані та документально підтверджені сторонами договору; у сторін є право на внесення змін декілька разів у частині ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків кожного разу з урахуванням попередніх змін, внесених до нього; сукупність змін може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару, визначеної сторонами на момент укладення договору про закупівлю; сторони повинні виконати власні зобов'язання відповідно до такого договору з урахуванням зазначених змін тощо.

Крім того, є необхідність прийняття законодавчих норм у сфері прок'юременту, що передбачають антидемпінгові механізми для учасників процедур закупівлі, зокрема:

надання замовникові торгів права відхиляти демпінгові пропозиції в разі, якщо учасником не надано належного підтвердження формування саме такої ціни;

встановлення в законодавстві норм щодо того, що визначальним при проведенні оцінки пропозицій учасників є якісно-ціновий, а не лише ціновий критерій;

запровадження в Україні функціонування Реєстру недобросовісних постачальників з подальшою дискваліфікацією на певний термін у державних закупівлях фігурантів цього реєстру;

встановлення юридичної відповідальності постачальників за неякісне виконання умов укладеного договору, у тому числі на постачання товару за акцептованою ціною.

Разом із цим не рекомендуємо замовникам торгів встановлювати в документації конкурсних торгів вимогу щодо надання потенційними учасниками закупівлі інформації (документів) відповідних органів, організацій та установ щодо підтвердження ними середньоринкової ціни, що склалася на внутрішньому українському ринку, адже в розумінні норм частини 1 статті 3, частини 3 статті 5, частини 3 статті 22 Закону № 1197 зазначені дії контролюючі органи можуть трактувати як встановлення дискримінаційних вимог до учасників, що обмежують конкуренцію серед них.

Проте цілком імовірно з метою обмеження участі в торгах «сумнівних учасників» є зазначення замовником відповідно до вимог пунктів 7 та 8 частини 1, частини 1 статті 24, частини 1 статті 26 Закону № 1197 в документації конкурсних торгів надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів (надання учасником замовникові гарантій виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів, у тому числі такі види забезпечення: порука, гарантія, застава, завдаток, депозит) та забезпечення виконання договору про закупівлю (надання учасником замовникові гарантій виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю, включаючи такі види забезпечення, як порука, гарантія, застава, завдаток, неустойка, депозит).

Разом із цим у договорах про закупівлю замовник обов'язково повинен визначити чіткі норми відповідальності сторін у разі невиконання або неналежного виконання своїх зобов'язань за договором.

Так, згідно з вимогами статті 546 ЦК України, виконання зобов'язання може забезпечуватись:

неустойкою (штрафом, пенею) — грошовою сумою або іншим майном, які боржник повинен передати кредиторіві в разі порушення боржником зобов'язання (стаття 549 ЦК України);

порукою — за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку (стаття 553 ЦК України);

гарантією — за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація

(гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку (стаття 560 ЦК України);

заставою — кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави);

притриманням — кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або вказаній боржником особі, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її в себе до виконання боржником зобов'язання;

завдатком — грошова сума або рухоме майно, яке боржник видає кредиторів в рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (стаття 570 ЦК України).

Від редакції:

З корисною статтею щодо того, як обрати ефективне забезпечення пропозиції учасника та виконання договору про закупівлю, ви можете ознайомитися в журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 10 (37) за жовтень 2014 року на сторінках 24–27.