

Бізнес-клуб «ПоРадник для Учасника»: «Ініціюємо підвищення ціни одиниці товару до 10 %. Нюанси та обмеження в Законі про публічні закупівлі та наявна судова практика»

*Вивчай усе не з марнославства,
а задля практичної користі.*
Георг Крістоф Ліхтенберг

У місті Києві 25 липня 2018 року відбулася зустріч учасників бізнес-клубу «ПоРадник для Учасника», заснованого редакцією журналу «Радник в сфері державних закупівель». Виходячи з практики попередніх зустрічей, ми з'ясували, що інтерес учасників публічних закупівель не обмежується тільки процедурою закупівлі. Дуже багато питань виникає і щодо етапу виконання договору, особливо щодо внесення змін до договору. Часовий формат подібних зустрічей обмежений півтора годинами, що дає можливість сконцентруватися на конкретній тематиці, тому, зважаючи на актуальність серед закупівельної спільноти питань, що стосуються внесення змін до договору про закупівлю, ми вирішили зупинитись на темі **«Ініціюємо підвищення ціни одиниці товару до 10 %. Нюанси та обмеження в Законі про публічні закупівлі та наявна судова практика»**.

Слід зазначити, що тема зацікавила не тільки учасників, а й замовників, завдяки чому її обговорення не було одностороннім. Представники обох сторін змогли обмінятися думками та порадами, пояснити мотивацію своїх дій.

Ми всі разом визначили основні проблемні питання внесення змін до істотних умов договору про закупівлю стосовно збільшення ціни одиниці товару до 10 відсотків та наявні законодавчі обмеження; обговорили нюанси документального підтвердження коливання ринкових цін на товар, а також ознайомились із судовою практикою із цього питання. Про актуальність теми вже було сказано, саме тому й вирішено звітувати за результатами проведеної зустрічі викласти на сторінках журналу «Радник в сфері державних закупівель». Тож далі розглянемо це все докладніше.

Як правильно ініціювати внесення змін до істотних умов договору про закупівлю в частині збільшення ціни одиниці товару до 10 відсотків: що для цього

потрібно і які існують законодавчі обмеження?

У частині 1 статті 36 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) сказано, що договір про закупівлю укладають відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, а також зважаючи на особливості, визначені цим Законом. Відповідно до частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі 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 в 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, визначених у частині 4 цієї статті, зокрема 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 договорі.**

Відповідно до статті 180 Господарського кодексу України господарський договір є укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода. **При укладенні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору.**

Таким чином, ціна договору є істотною умовою договору про закупівлю, яка може змінюватись виключно у випадках, передбачених частиною 4 статті 36 Закону.

Відразу зауважимо, що, згідно з пунктом 7 частини 2 статті 22 Закону, **тендерна документація містить проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.** Отже, відповідно до такого порядку і можливо вносити зміни до договору. Зазначимо, що в частині 4 статті 36 Закону наведено не порядок внесення змін, а підстави для зміни істотних умов договору, тож порядок замовник прописує самостійно.

У статті 188 Господарського кодексу України передбачено, що зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку неможливі, 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 ж договору, яка отримала пропозицію про зміну чи розірвання договору, у двадцятиденний строк після отримання пропозиції повідомляє другій стороні про результати її розгляду. Наприклад, погодитись на зміну договору, повернувши підписаний зі свого боку екземпляр додаткової угоди. У разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або в разі неодержання відповіді у встановлений строк (разом з часом поштового обігу), зацікавлена сторона має право передати спір на вирішення суду. Згідно зі статтею 654 Цивільного кодексу України, зміну або розірвання договору

вчиняють у такій самій формі, що й договір, який змінюють або розривають, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає зі звичаїв ділового обороту. Про вимогу Закону передбачати в проекті договору про закупівлю порядок зміни його умов у своєму листі рекомендаційного характеру (**листвих. № 3302-06/34317-07 від 27.10.2016**) щодо зміни істотних умов договору про закупівлю звернув увагу й Уповноважений орган з питань публічних закупівель (Мінекономрозвитку). Серед іншого у своєму листі Мінекономрозвитку зазначив також викладене далі.



Витяг з листа Мінекономрозвитку України(вих. № 3302-06/34317-07 від 27.10.2016) «Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю»

«<...> Виходячи зі змісту частини першої статті 653 Цивільного кодексу України, у разі зміни договору зобов'язання сторін змінюються відповідно до змінених умов. Таким чином, **у залежності від коливання ціни товару на ринку сторони протягом дії договору про закупівлю можуть вносити зміни декілька разів в частині ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків кожного разу з урахуванням попередніх змін, внесених до нього, сукупність яких може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару, визначеної сторонами на момент укладання договору про закупівлю** та за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної у договорі, і виконати свої зобов'язання відповідно до такого договору з урахуванням зазначених змін.

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

Водночас **внесення таких змін до договору про закупівлю повинно бути обґрунтованим та документально підтвердженим.** <...>».

З повним текстом даного листа можливо ознайомитися у випуску журналу № 12 (63) за грудень 2016 року на стор. 36-41.

Отже, виходячи з положень пункту 2 частини 4 статті 36 Закону та листа Мінекономрозвитку, **зазначену підставу для внесення змін до істотних умов договору про закупівлю застосовують у випадках:**



коли **предметом закупівлі договору є виключно товар** і коливання ціни відбувається саме на товар, який є предметом договору. Для договорів про закупівлю предметом закупівлі яких є послуги або роботи, цю підставу не застосовують. Також її не застосовують у випадку коливання ринкових цін на матеріали, запасні частини, інші товари, які є складовою частиною товару, що закупаються. Якщо, наприклад, закупаються меблі, то для застосування цієї підстави повинна коливатись ринкова ціна саме на меблі, а не, наприклад, на деревину, з якої ці меблі виготовляють;

змін ціни за одиницю товару, але таким чином, щоб **зазначена зміна не призвела до збільшення суми, визначеної в договорі**. Цього досягають у результаті зменшення кількості товару, що закупаються;

у Законі не встановлено обмеження щодо кількості змін, які можна вносити до істотних умов договору про закупівлю за цією підставою. Таким чином, залежно від коливання ціни товару на ринку сторони протягом дії договору про закупівлю можуть вносити зміни декілька разів у частині зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків. З усіма змінами, внесеними до договору, **сукупність таких змін може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару, визначеної сторонами на момент укладення договору про закупівлю** (ціни за одиницю в початковому договорі);

є **факт коливання саме ринкових цін на товар**, а не, наприклад, зміни ціни в постачальника товару внаслідок внутрішньофірмових процесів;

зміни до ціни одиниці товару вносять у межах коливання: якщо відбулось коливання ринкових цін (наприклад, збільшення) у межах 5 відсотків, то ціна за одиницю товару може збільшитись на 5 відсотків. Якщо відбулось коливання ринкових цін у межах 15 відсотків, то ціна за одиницю товару все одно може збільшитись лише на 10 відсотків *(варто зазначити, що коливання ціни на ринку може бути і в сторону зменшення. При цьому механізм внесення змін до договору на підставах, визначених у пункті 2 частини 4 статті 36 Закону, є аналогічним)*.

є документальне підтвердження факту коливання ціни, тобто зміни рівня цін протягом певного періоду. Наприклад, порівнюючи рівень ринкових цін станом на дату укладення договору та рівень цін станом на дату звернення постачальника з пропозицією внести зміни до договору про закупівлю. При цьому способу такого підтвердження та переліку органів/установ/організацій, які можуть надати таке підтвердження, у Законі не передбачено.

Як отримати документальне підтвердження коливання ринкових цін на товар, що для цього потрібно і скільки коштує?

Як уже було сказано, способу такого підтвердження та переліку органів/установ/організацій, які можуть надати таке підтвердження, у Законі не передбачено. У вже згаданому листі Мінекономрозвитку № 3302-06/34317-07 від 27.10.2016 зазначено, що **«Держстат України є спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі статистики, одним з основних завдань якого є реалізація державної політики у сфері статистики. Держстат України відповідно до покладених на нього завдань, зокрема, 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».**

Утім перелік органів, установ, організацій, які уповноважені надавати відповідну інформацію щодо коливання ціни товару на ринку, не є вичерпним».

На практиці документи, що підтверджують факт коливання ціни, видають Торгово-промислова палата України (і її територіальні відділення), ДП «Держзовнішінформ», ДП «Укрпромзовнішекспертиза». І цей перелік також не є вичерпним. Так, наприклад, про готовність надавати відповідні послуги повідомила державна установа «Професійні закупівлі».

Отже, отримавши документальне підтвердження про коливання ціни, сторони договору про закупівлю можуть внести зміни до ціни за одиницю товару в межах цих коливань.

Для обговорення цього питання до учасників зустрічі приєднався Олег Капштик, який обіймає посаду начальника Управління ділових заходів та ресурсного забезпечення ДП «Держзовнішінформ». Він звернув увагу присутніх на те, що, на відміну від Держстату, **організації та компанії, які спеціалізуються на ринкових дослідженнях (це, зокрема, названі вище організації), здійснюють саме експертні дослідження рівня ринкових цін, а не просто проводять статистичні спостереження.** Тому надають відповідні інформаційні послуги з дослідження ринкових цін на конкретний товар/групу товарів, **беручи до уваги й умови конкретного договору про закупівлю.**

Наприклад, ДП «Держзовнішінформ» надає повний спектр інформаційних, аналітичних, дослідницьких та експертних послуг, з переліком яких можна ознайомитись на офіційному [веб-сайті](#) підприємства в мережі Інтернет.

Так, **ДП «Держзовнішінформ» надає інформацію про ціни згідно з умовами, визначеними в запиті.** Зазвичай, запитують дві форми довідок про рівень цін на ринку: на одну дату чи на дві дати. Замовлення довідок саме на дві дати пов'язане з тим, що в

цьому випадкові **можна прослідкувати період, протягом якого відбулося відповідне коливання**. Крім того, клієнти можуть отримувати довідку на регулярній основі (інформація про рівень цін — довідка на одну дату) і бути поінформованими про рівень цін на ринку та його зміну.

При цьому вчасне звернення до спеціалізованих організацій по документальне підтвердження коливання цін на ринку убезпечить від можливих зловживань недобросовісних контрагентів та убезпечить від можливих підозр у корупційних діях, зловживанні службовим становищем, нецільовому використанні коштів тощо.

Розглянемо судову практику

Під час зустрічі було розглянуто кілька судових рішень, які висвітлюють проблемні питання, пов'язані зі зміною ціни за одиницю товару на підставі пункту 2 частини 4 статті 36 Закону, демонструють, що може стати підставою для претензій перевіряльників та підтверджують висвітлені вище тези.

Для детальнішого ознайомлення та використання в подальшій роботі **надаємо перелік та короткий зміст розглянутих на зустрічі судових рішень, а також приклади реагування громадськими організаціями на внесення змін до істотних умов договору в частині підвищення ціни одиниці товару до 10 відсотків.**

Звертаємо увагу, що повний зміст судової практики, до якої ми звернемося далі, можливо переглянути в Єдиному державному реєстрі судових рішень у відкритому доступі в мережі Інтернет.

Справа про визнання недійсною **додаткової угоди, укладеної без документально підтвердженого коливання ринкової ціни**, за позовом НАБУ до ПАТ «Українська залізниця» й ТОВ «ВОГ АЕРО ДЖЕТ» (доступ за [посиланням](#)).



Справа № 910/4474/173 від 27.07.2017

18.03.2016 р. — уклали договір на поставку 100 000 т ДП загальною вартістю 1 395 900 000 грн з розрахунку 13 959 за 1 т.

- 23.03.2016 уклали додаткову угоду № 1 — підвищено вартість 3 000 т до 15 333,00 за 1 т + 9,1 %.
- 25.03.2016 уклали додаткову угоду № 2 — підвищено вартість 85 292,153 т до 15 339,00 за 1 т + 9,1 %.
- 29.03.2016 уклали додаткову угоду № 3 — підвищено вартість 75 843,116 т до 16 849,00 за 1 т + 9,85 %.

Листи ДП «Держзовнішінформ» щодо рівня оптових цін на внутрішньому ринку на умовах FCA, з урахуванням ПДВ, на умовах 100 % передоплати з відтермінуванням оплати на 5 днів станом на:

- 19.02.2016 — 15 450–18 380 грн за 1 т.
- 21.03.2016 — 17 200–19 580 грн за 1 т.
- 28.03.2016 — 17 200–19 580 грн за 1 т.

НАБУ подано позов щодо недійсності додаткової угоди № 3, оскільки за період з укладення додаткової угоди № 2 ринкові оптові ціни на дизпаливо на внутрішньому ринку не змінились, отже сторони не мали підстав для підвищення ціни одиниці товару.

Суд першої інстанції задовольнив позов.

18.10.2017 Київський апеляційний господарський суд залишив без змін рішення Господарського суду м. Києва.

15.03.2018 **Верховний Суд України** прийняв постанову, якою рішення Господарського суду м. Києва і Київського апеляційного господарського суду залишено без змін.

Приклад **залучення Апеляційним господарським судом** при розгляді справи **роз'яснення МЕРТУ**, зокрема в частині можливості **вносити зміни кілька разів (і загальна сума таких змін може перевищити 10 відсотків від ціни за одиницю товару, визначеної сторонами на момент укладання договору)** ([доступ за посиланням](#)).



Справа № 918/12/17 від 04.07.2017

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/sudova-praktika/biznes-klub-poradnyk-dlia-uchasnyka-initsiiuemo-pidvyshchennia-tsiny-odynytsi-tovaru-do-10-niuansy-ta-obmezhenia-v-zakoni-pro-publichni-zakupivli-ta-naivna-sudova-praktyka/

Враховуючи положення ч. 4 ст. 36 Закону України «Про публічні закупівлі», суд апеляційної інстанції зазначає, що у залежності від коливання ціни товару на ринку сторони протягом дії договору про закупівлю можуть вносити зміни декілька разів в частині ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків **кожного разу з урахуванням попередніх змін, внесених до нього, сукупність яких може перевищувати 10 відсотків від ціни за одиницю товару**, визначеної сторонами на момент укладання договору про закупівлю та **за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної у договорі**, і виконати свої зобов'язання відповідно до такого договору з урахуванням зазначених змін. **При кожному внесенні змін до договору про закупівлю у вищезазначеному випадку шляхом укладання додаткової угоди до договору, сторони договору зобов'язані належним чином виконувати умови такого договору з урахуванням змінених його умов кожного разу.** Водночас **внесення таких змін до договору про закупівлю повинно бути обґрунтованим та документально підтвердженим** (роз'яснення Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 27.10.2016 р. №3302-06/34307-06).

Господарський суд задовольнив позов прокуратури про визнання недійсними п'яти з шести додаткових угод, **оскільки підтверджувальною підставою** для підписання кожної з них була **одна і та ж** довідка від ТПП. (доступ за [посиланням](#)). Апеляційний господарський суд своєю Постановою від 12.03.2018 у справі № 912/2313/17 залишив рішення суду першої інстанції без змін.



Справа № 912/2313/17 від 05.12.2017

28.03.2017 року Замовник і Переможець уклали договір про закупівлю вугілля. В період з 14.04.2017 по 17.05.2017 **сторони уклали 6 додаткових угод** про зміну істотних умов договору **на підставі п. 2 ч. 4 ст. 36 Закону**.

На підтвердження зростання ціни на вугілля постачальником надано експертний висновок Кіровоградської регіональної ТПП. Тобто, **підставою для внесення змін до Договору став один і той же висновок ТПП**.

Водночас, згідно роз'яснень МЕРТУ, **внесення таких змін до договору про**

закупівлю **повинно бути** обґрунтованим та **документально** підтвердженим. **Кожна зміна до договору має містити окреме документальне підтвердження.**

Після укладеної Додаткової угоди № 1 сторони вже врахували коливання ціни на ринку підтвержені висновком ТПП, тому при наступному внесенні змін до ціни товару необхідною умовою буде наявність коливання цін на ринку після укладення Додаткової угоди № 1 14.04.2017, та його документального підтвердження. При цьому, **документи, що підтверджують коливання ціни товару на ринку повинні бути наявні саме на момент внесення таких змін.**

Суд задовольнив позов прокуратури та визнав недійсними додаткові угоди №№ 2, 3, 4, 5 та 6.

Господарський суд прийняв рішення у справі, в якій фігурували **дві протилежні за змістом довідки про коливання ринкових цін на товар та заперечив дії** сторін договору **про залучення довідки** про коливання ринкових цін **станом на дату, що передує укладенню договору**, оскільки, виходячи зі змісту цієї довідки, постачальник, який її замовив, уже знав на дату укладення договору про несприятливі для себе зміни ринкової ціни, але не відмовився від підписання договору (доступ за [посиланням](#)).



Справа № 924/162/18 від 21.06.2018

Сторони уклали 14 та 21 лютого 2018 року дві додаткові угоди до договору про закупівлю (дата укладання договору — 12.02.2018) **на підставі п. 2 ч. 4 ст. 36 Закону через стрімке зростання закупівельних цін за одиницю товару, що підтверджується довідками ДП «Держзовнішінформ»** від 05.02.2018 та 19.02.2018. В позові щодо визнання недійсною зазначеної додаткової угоди прокурор вказав, що заперечує посилання відповідача 1, як на підставу для укладення сторонами додаткових угод № 1 та № 2 від 14.02.2018 та 21.02.2018, на п. 11.3 Договору № 3, відповідно до якого, зміни вносяться у зв'язку із зміною ціни товару на ринку нафтопродуктів, що не залежать від волевиявлення продавця, зумовленого зміною кон'юнктури ринку, стрімким зростанням закупівельних цін, оскільки вважає,

що відповідачем не підтверджено та не обґрунтовано підвищення ціни за одиницю товару саме у період з моменту укладення основного договору до моменту виникнення необхідності внесення змін до нього. Заперечує посилання відповідача 2 на інформативні довідки ДП «Держзовнішінформ» від 05.02.2018 р., яка складена до дати підписання та укладення основного договору та від 19.02.2018 р., оригінал чи належним чином завіреної копії якої до відзиву не долучено, оскільки останні істотні умови договору про закупівлю, якими є предмет та ціна договору, можуть змінюватися після підписання договору виключно у разі 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. Натомість вказує, що відповідач 2 посилається на стрімке зростання закупівельних цін за одиницю товару, так як згідно довідки Торгово-промислової палати у Хмельницькій області, середньоринкові ціни на бензин А-92 та дизельне паливо по Україні з 05.02.2018 та до моменту укладення додаткових угод змінилися тільки у бік зменшення.

Суд звертає увагу, що **на момент укладення договору (12.02.2018) сторони вже знали про зміни цін** на товар (довідка від 05.12.2018), тому вважає, що відповідачами повинно було бути доведено наявності коливання ціни у бік підвищення на ринку паливно-мастильних матеріалів за період з **дати укладення основного договору до дати укладення додаткових угод**. Суд також критично поставився до інформаційних довідок від ДП «Держзовнішінформ» з огляду на наявності довідки з ТПП.

Суд задовольнив позов прокуратури та визнав недійсними додаткові угоди.

Докладніше з питанням внесення змін до істотних умов договору також можна ознайомитись у попередніх випусках журналу «Радник в сфері державних закупівель»:

- стаття «Зміна істотних умов договору про закупівлю» — випуск журналу № 4 (55) за квітень 2016 року, стор. 8-11;
- стаття «Зміна істотних умов до договору відповідно до ст. 36 Закону України «Про публічні закупівлі» — випуск журналу № 10 (61) за жовтень 2016 року, стор. 35-37;
- стаття «Роз'яснення Мінекономрозвитку щодо зміни істотних умов договору про закупівлю» — випуск журналу № 12 (63) за грудень 2016 року, стор. 36-41;
- стаття «Роль ДП “Держзовнішінформ” у публічних закупівлях» — випуск журналу № 4 (79) за квітень 2018 року, стор. 8-13.

І щодо бонусудля присутніх особисто на цій зустрічі бізнес-клубу: усі присутні отримали іменні сертифікати від редакції журналу «Радник в сфері державних закупівель» про те, що вони брали участь у зустрічі бізнес-клубу «ПоРадник для Учасника», присвяченій темі «Ініціюємо підвищення ціни одиниці товару до 10 %. Нюанси та обмеження в Законі про публічні закупівлі та наявна судова практика».

Хто не отримав сертифікат цього разу — не засмучуйтесь. **Відтепер такі сертифікати видаватимуть після кожної зустрічі.**

Також нагадуємо, що для онлайн-спілкування між учасниками клубу створено групу «ПоРадник для Учасника» в мережі Facebook, яка доступна за посиланням <https://www.facebook.com/groups/poradnik/>.

На сторінці групи ви можете знайомитися з анонсами наших наступних зустрічей, звітами про зустрічі, що вже відбулись, а також з корисною інформацією щодо сфери публічних закупівель та порадами від фахівців журналу. Крім того, долучившись до групи, кожен матиме змогу ставити запитання та/або пропонувати для обговорення учасниками групи різні цікаві ситуації. До нових зустрічей!