

# Підвищення ціни товару до 10 % у зв'язку з коливанням цін на ринку: «розривна» практика Верховного Суду літа 2021 року

«Правило 10 %» — можливість зміни ціни за одиницю товару не більш як на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, увійшло у практику закупівель 10 років тому з набранням чинності Законом України від 08.07.2011 № 3681-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань державних закупівель».

З того часу редакція «Правила 10 %» змінювалася тричі (див. хронологію нижче).

## Хронологія законодавчих змін «Правила 10 %»

Отже, істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків:...

2011 рік	<i>зміни ціни за одиницю товару не більш як на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі, та відбудеться не раніше трьох місяців з дня його укладення</i>
2012 рік	<i>зміни ціни за одиницю товару не більш як на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі</i>
2020 рік	<i>збільшення ціни за одиницю товару до 10 відсотків пропорційно збільшенню ціни такого товару на ринку у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що така зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, — не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю. Обмеження щодо строків зміни ціни за одиницю товару не застосовується у випадках зміни умов договору про закупівлю бензину та дизельного пального, газу та електричної енергії</i>

2021 рік	збільшення ціни за одиницю товару до 10 відсотків пропорційно збільшенню ціни такого товару на ринку у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що така зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, — не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю / <i>внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару</i> . Обмеження щодо строків зміни ціни за одиницю товару не застосовується у випадках зміни умов договору про закупівлю бензину та дизельного пального, природного газу та електричної енергії
----------	--

Протягом вказаного періоду змінювалася і роль Мінекономіки у тлумаченні законодавства про закупівлі. *До лютого 2016 року Мінекономіки було уповноважене на надання роз'яснень щодо застосування законодавства у сфері закупівель*. Однак з набранням чинності [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) ситуація змінилася, і з 19.02.2016 Мінекономіки замість офіційних роз'яснень почало видавати «узагальнені відповіді рекомендаційного характеру» та «безоплатні консультації рекомендаційного характеру».

Оскільки законодавство з питань публічних закупівель ніколи не вирізнялося чіткістю та зрозумілістю, а станом на сьогодні жоден з органів державної влади не уповноважений надавати роз'яснення у цій сфері, закупівельна громадськість за звичкою і сьогодні послуговується листами Мінекономіки як керівництвом до дії (небезпеку такого підходу яскраво демонструє літня судова практика Верховного Суду у сфері закупівель). Суди різних інстанцій також не гребували посилатися на позицію Мінекономіки, забуваючи про юридичний статус цих рекомендацій, аж допоки влітку цього року Верховний Суд не розійшовся в поглядах з Уповноваженим органом.

Також за останні 10 років відбулися принципові зміни в судовій системі України: рішення касаційної інстанції набули статусу джерела права, висновки Верховного Суду України, а надалі — Верховного Суду, стали обов'язковими для загального застосування (хоча суди нижчих інстанцій таки мають право відступити від них за певних обставин). При цьому в судовій практиці спостерігалася стійка тенденція до звуження можливостей застосування «Правила 10 %», про що ми писали на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статтях «**Чи можна збільшити ціну товару у зв'язку з ринковими коливаннями, якщо не було жодної поставки?**» та «**Як підтвердити коливання цін на ринку товару?**», у той час як позиція Уповноваженого органу залишалася в цілому незмінною (інакше кажучи, Мінекономіки і сьогодні тлумачить «Правило 10 %» так само, як і 10 років тому, з поправкою на відмінності у черговій редакції цієї норми).

Як наслідок, таки настав епохальний момент, коли позиція Верховного Суду, висновки якого обов'язкові до застосування, розійшлася з думкою Мінекономіки, статус Уповноваженого органу якого останні 5 років надає повноваження лише на формування «узагальнених відповідей рекомендаційного характеру». Тож що сказав Верховний Суд,

як його розуміти і як діяти — читайте далі.

## Новели від Верховного Суду

У постанові від 18.06.2021 у справі № 927/491/19 Верховний Суд у складі об'єднаної палати Касаційного господарського суду сформував кілька висновків щодо «Правила 10 %», які сколихнули закупівельну громаду, а саме:

Сама собою норма Закону, що дозволяє змінити ціну товару (тобто «Правило 10 %»), НЕ є достатньою підставою для внесення змін до договору про закупівлю. Постачальнику треба не лише довести підвищення ціни на певний товар на певному ринку за допомогою доказів, але й обґрунтувати для замовника самі пропозиції про підвищення ціни, визначеної в договорі. Постачальник повинен одночасно: 1) обґрунтувати, чому таке підвищення цін на ринку зумовлює неможливість виконання договору по запропонованій замовнику на тендері ціні; 2) навести причини, через які виконання укладеного договору стало для нього вочевидь не вигідним; 3) довести, що підвищення ціни є непрогнозованим (його неможливо було передбачити й закласти в ціну товару на момент подання постачальником тендерної пропозиції).

«Правило 10 %» — окремий випадок зміни умов договору про закупівлю у зв'язку з істотною зміною обставин відповідно до статті 652 Цивільного кодексу України у разі, якщо відбувається значне коливання (зростання) ціни на ринку, яке робить для однієї сторони договору про закупівлю його виконання вочевидь не вигідним, збитковим.

Відповідно до принципу прозорості торгів та стандартів добросовісної ділової практики сторони в договорі мали б закласти певну формулу та порядок перерахунку ціни (так зване «цінове застереження»). Це призвело б до прозорості закупівель, адже замовник би розумів, що ціна може бути перерахована.

Одразу зазначимо, що ця ідея не нова і вже неодноразово звучала в судовій практиці, однак чи не вперше сформульована Верховним Судом настільки чітко та однозначно.

Замовник публічних закупівель розпоряджається не власними грошима, а коштами держави, коштами платників податків, а тому його *свобода договору обмежена вимогою ефективного використання ввірених коштів.*

Слід очікувати, що цей постулат візьме на озброєння Держаудитслужба, яка багато років бореться за можливість критично оцінювати на перший погляд законні рішення підконтрольних установ. Це той випадок, коли певний договір про закупівлю замовника виглядає явно підозріло, однак на запитання замовника «Що я порушив?» державний аудитор не має чіткої відповіді.

Раніше суди, як правило, обмежувалися перевіркою спірних рішень / договорів про закупівлю замовників лише на предмет законності, у той час як абстрактне уявлення про ефективність того чи іншого рішення / договору про закупівлю залишалось «за кадром». Та відтепер для доведення законності укладеного договору про закупівлю / додаткової угоди (у разі спору) замовнику доведеться підтвердити не лише формальне дотримання конкретної процедури, але й власну добросовісність.

Обмеження 10 % застосовується як максимальний ліміт щодо зміни ціни, визначеної в договорі, незалежно від того, як часто відбуваються такі зміни (кількість підписаних додаткових угод).

Угоди, укладені всупереч вимогам «Правила 10 %» (пункт 2 частини 4 статті 36 Закону про закупівлі у редакції до 18.04.2020 включно та пункт 2 частини 5 статті 41 Закону в редакції з 19.04.2020 відповідно), є нікчемними в силу закону і не потребують визнання їх недійсними судом.

Нікчемність додаткової угоди про підвищення ціни товару у зв'язку з коливанням ціни на ринку відповідного товару (як такої, що укладена з порушенням «Правила 10 %») не є підставою для повернення сплачених за такою додатковою угодою коштів в порядку статті 1212 ЦК України, а спричиняє наслідки, передбачені статтею 670 ЦК України у зв'язку з передачею покупцю меншої кількості товару, аніж це встановлено договором.

Як застосовувати ці висновки Верховного Суду сьогодні, у яких випадках та чи мають вони взагалі юридичну силу в контексті тлумачення чинної редакції Закону про закупівлі (адже обставини [справи № 927/491/19](#) відбулися у 2018 році, тобто за часів дії попередньої редакції Закону про закупівлі) — читайте далі у статті.

## Головна новина

Висновки Верховного Суду, наведені в постанові від 18.06.2021 у [справі № 927/491/19](#), подекуди просто шокуючі.

Найбільш радикальним, на нашу думку, є **твердження, що «Правило 10 %» — окремий випадок зміни умов договору у зв'язку з істотною зміною обставин відповідно до статті 652 ЦК України**, адже такий підхід, по суті, **ставить хрест на застосуванні «Правила 10 %» у публічних закупівлях**.

Попередня десятирічна (!) практика розгляду спорів щодо застосування «Правила 10 %» зосереджувалася на питанні підтвердження самого факту наявності коливань на ринку відповідного товару у відповідному часовому інтервалі, що визнавався самостійною та достатньою підставою для перегляду умов договору про закупівлю. *Який ринок обрати?*

Що таке коливання? Хто може видати підтвердні документи і станом на яку дату вони мають бути складені? Чи допускається підвищення ціни у день укладення договору чи до початку його виконання? Відповідь на ці та багато інших запитань ми вже розкривали на теренах portalу RADNUK.COM.UA у статтях [«Як підтвердити коливання цін на ринку товару?»](#), [«Змінюємо ціну товару у зв'язку з коливанням цін на ринку до 10 %: чи потрібне звернення постачальника?»](#), [«Чи можна збільшити ціну товару у зв'язку з ринковими коливаннями, якщо не було жодної поставки?»](#).

Можливість переглянути ціну у зв'язку з ринковими коливаннями протягом попередніх років розглядалася сторонами договору про закупівлю як інструмент актуалізації ціни відповідно до поточних ринкових умов. Як наслідок, демпінг на аукціоні із задумкою підняти ціну щойно буде укладено договір про закупівлю став звичною практикою.

Однак відтепер Верховний Суд вважає, що **самого лише факту коливання цін на ринку недостатньо для застосування «Правила 10 %»**. На думку Верховного Суду, коливання цін на ринку стануть підставою для підвищення ціни, лише якщо *одночасно* виконуються ще дві умови:

коливання цін є непрогнозованим (непередбачуваним);

виконання договору про закупівлю на старих умовах робить контракт збитковим для переможця (постачальника).

Така позиція, у свою чергу, ґрунтується на положеннях частини 2 статті 652 ЦК України, яка визначає критерії істотності обставин як підстави для внесення змін до договору, а саме:

**у момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;**

зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися;

виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;

**із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.**

Інакше кажучи: **для правомірного застосування «Правила 10 %» повинні одночасно виконуватися умови, встановлені статтею 652 ЦК України**. Зрозуміло, що збіг



названих умов — доволі рідкісне, якщо не сказати неймовірне, явище. Де знайти договір про закупівлю, у якому коливання ціни на ринку, скажімо, у розмірі 2 % зробило б не вигідним (збитковим) такий договір для постачальника? Якщо додати до цього переконання Верховного Суду, що 10 % — максимальний сумарний розмір змін протягом усього строку дії договору, то стає очевидним, що «Правило 10 %» можна сміло викреслювати з підстав зміни договору про закупівлю: коливання до 10 % (у межах рентабельності договору) просто не будуть вважатися достатніми для зміни умов договору про закупівлю, а коливання понад 10 % призведуть до розірвання договору про закупівлю, адже дозволений ліміт змін не покриє збитки постачальника, і договір про закупівлю стане не вигідним (наприклад: закупівельна ціна зросла на 20 %, що спричинило пропорційні коливання на роздрібному ринку, у той час як договір про закупівлю дозволяє підняти ціну лише на 10 %).

Цікаво, що європейське законодавство, на якому ґрунтується Закон про закупівлі в силу статті 148 Угоди про асоціацію з ЄС, зовсім по-іншому трактує «Правило 10 %». За змістом пункту 2 статті 72 Директиви 2014/24/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 26.02.2014 про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС зміна ціни сумарно нижче 10 % від початкової вартості контракту для послуг і постачання матеріалів і нижче 15 % від початкової вартості контракту для виконання робіт за умови, що такі зміни не справляють принципового впливу на закупівлю в цілому (наприклад, не дозволили б залучити більше учасників у процедуру закупівлі чи змінюється економічний баланс контракту на користь підрядника), вважається неістотною і не потребує якихось особливих обґрунтувань чи підстав.

## Чи варто тепер застосовувати «Правило 10 %»?

Вище ми зазначили, що тлумачення, надане «Правилу 10 %» у постанові від 18.06.2021 у [справі № 927/491/19](#), практично виключає можливість застосування цього правила на практиці. Однак насправді не все так погано.

По-перше, зазначена позиція Верховного Суду сформульована щодо положень Закону про закупівлі в попередній редакції, тобто станом до 18.04.2020 включно. Це означає, що до відносин у сфері закупівель, що ґрунтуються на чинній редакції Закону про закупівлі, висновки, викладені в постанові Верховного Суду від 18.06.2021 у [справі № 927/491/19](#), прямо НЕ застосовуються, адже обставини [справи № 927/491/19](#) мали місце у 2018 році, тобто за часів дії попередньої редакції Закону про закупівлі загалом та «Правила 10 %» зокрема (див. хронологію вище).

Окрім того, позиція Верховного Суду може стати безапеляційним аргументом лише в судовій справі з практично ідентичними обставинами. В усіх інших справах висновки Верховного Суду — розумний довід, але не беззаперечний.

По-друге, з 19.04.2020 «Правило 10 %» зазнало принципових змін, тож позиція Верховного Суду щодо попередньої (що діяла до 18.04.2020 включно) редакції цього правила не може

служити безапеляційним керівництвом до дій у теперішньому. Нагадаємо, що чинна редакція «Правила 10 %» містить уточнення щодо частоти підвищення ціни — *не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю / внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару.*

Про шість основних способів тлумачення формули «один раз на 90 днів» ми писали на порталі RADNUK.COM.UA у статті **[«Обрахунок строків при підвищенні ціни за одиницю товару до 10 %»](#)**. А вкрай невдало приписку до правила обрахунку строків, яка як чергова стартова точка визначає дату внесення змін до договору про закупівлю, ми коментували у статті **[«З 26.06.2021 по-новому рахуємо строки на збільшення ціни товару до 10 %»](#)**.

Таким чином, на наш погляд, очевидно, що в чинній редакції Закону про закупівлі максимальний ліміт у 10 % має свій строк дії відповідно до обраного замовником способу тлумачення правила «один раз на 90 днів», за винятком закупівлі бензину та дизельного пального, природного газу та електричної енергії, — на закупівлі цих товарів обмеження щодо строків зміни ціни за одиницю товару не застосовується взагалі.

По-третє, при тлумаченні «Правила 10 %» Верховний Суд припустився суттєвої помилки, що ставить під сумнів усю позицію (адже де одна помилка — там і десять), а саме: у пункті 124 постанови від 18.06.2021 у справі № 927/491/19 Верховний Суд послався на Закон України «Про державні закупівлі», хоча обставини справи мали місце у 2018 році, коли вказаний законодавчий акт давно втратив чинність і не підлягав застосуванню.

На жаль, маємо зауважити, що державним аудиторам байдуже і до обставин **[справи № 927/491/19](#)**, і до помилок у судовому рішенні: висновки, наведені в постанові Верховного Суду від 18.06.2021, уже лягають в основу моніторингу договорів про закупівлю, укладених у 2021 році, тобто під час дії чинної редакції Закону про закупівлі. Як приклад, пропонуємо ознайомитися з висновком Північного офісу Держаудитслужби від 10.09.2021 у відкритих торгах з публікацією англійською мовою на закупівлю нафти і дистилатів **[UA-2021-02-22-002928-с](#)**.

Окрім того, складно спрогнозувати, якою буде в майбутньому позиція Верховного Суду щодо чинної редакції «Правила 10 %». Можливо, з часом Верховний Суд буде менш категоричний у своїх судженнях. Наприклад, визнає за переможцем закупівлі право продавати свій товар державному замовнику саме по ринкових цінах, а отже і право зберегти свій прибуток, закладений у ціну тендерної пропозиції, навіть у випадку цінових коливань; або ж визнає несправедливим обмеження на перегляд ціни товару в умовах, коли постачальник не в змозі ані підняти ціну до економічно обґрунтованого рівня, ані розірвати договір без втрати забезпечення виконання договору про закупівлю; або ж просто визнає, що в чинній редакції Закону «Правило 10 %» має свій строк дії (заразом дізнаємося і про те, який підхід до розуміння формули «один раз на 90 днів» обирає Верховний Суд).

Однак можливо й те, що Верховний Суд проявить послідовність, і цього разу вже без

помилку у посиланнях чітко вкаже, що 10 % від початкової ціни товару — максимально можливий сумарний поріг її зростання протягом усього строку дії договору про закупівлю.

А тому радимо замовникам уже сьогодні враховувати висновки, викладені у постанові Верховного Суду від 18.06.2021 у справі № 927/491/19, і передбачати у договорах про закупівлю:

Формулу (механізм) застосування «Правила 10 %», яка має включати щонайменше інструкцію щодо ринку, коливання цін на якому враховуються, порядок визначення розміру коливань (хто рахує та як рахує), часові інтервали перегляду ціни;

Застереження відповідно до статті 652 ЦК України приблизно такого змісту: «У момент укладення цього договору сторони виходять з того, що ціна на ринку товару (зазначити, на якому саме ринку) буде стабільною, тобто в будь-який момент строку дії договору коливання (зростання / зниження) цін, що визначається відповідно до пункту 10.2 цього договору, не перевищуватиме 1,5 % (зазначити максимальний відсоток, коливання в межах якого означатимуть стабільність ринку). Сторони визнають, що коливання ціни на ринку товару (зазначити, на якому саме ринку) у сторону збільшення в розмірі понад 1,5 % (ця величина визначається на розсуд сторін договору про закупівлю) вважається істотною зміною обставин виконання цього договору в розумінні статті 652 Цивільного кодексу України та є підставою для збільшення ціни товару в порядку, визначеному пунктом 10.2 цього договору».

## Наслідки недійсності додаткової угоди про підвищення ціни товару

Окремо звернемо увагу на правові наслідки недійсності, а точніше нікчемності додаткової угоди про підвищення ціни товару, укладеної з порушенням «Правила 10 %».

Раніше у постанові від 12.02.2020 у справі № 913/166/19 Верховний Суд дійшов висновку, що кошти, отримані за такою нікчемною додатковою угодою, підлягають поверненню платнику як безпідставно отримані відповідно до статті 1212 ЦК України.

Тепер Верховний Суд відступив від попередньої правої позиції і зазначив, що нікчемність угоди про підвищення ціни, а отже і про відповідне зменшення обсягу товару, означає, що постачальник недовиконав умови договору, тобто недопоставив певну кількість товару. Відповідно до частини 1 статті 670 ЦК України, якщо продавець передав покупцеві меншу кількість товару, ніж це встановлено договором купівлі-продажу, покупець має право:

або вимагати передання кількості товару, якої не вистачає,

або відмовитися від переданого товару та його оплати, а якщо він оплачений — вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми.



Але в контексті публічних закупівель ці наслідки не єдині, адже поставка неповної кількості товару означає порушення умов договору про закупівлю, а отже, **у замовника виникає право на застосування штрафних санкцій.**

Відповідно до частини 2 статті 231 [Господарського кодексу України](#), якщо порушено господарське зобов'язання, у якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту, штрафні санкції застосовуються, якщо інше не передбачено законом чи договором, у таких розмірах:

за порушення умов зобов'язання щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг) стягується штраф у розмірі двадцяти відсотків вартості неякісних (некомплектних) товарів (робіт, послуг);

**за порушення строків виконання зобов'язання стягується пеня в розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за прострочення понад тридцять днів додатково стягується штраф у розмірі семи відсотків вказаної вартості.**

Застосування санкцій до постачальника може за певних умов у майбутньому стати підставою для відхилення його тендерної пропозиції відповідно до частини 2 статті 17 Закону про закупівлі.

*[Детальніше читайте у статті «Відхилення тендерних пропозицій ненадійних учасників за новим Законом: бути чи не бути?».](#)*

Окрім того, **порушення умов договору про закупівлю постачальником виключає можливість повернення йому забезпечення виконання договору про закупівлю**, якщо таке надавалося, відповідно до статті 27 Закону про закупівлі.

*[Детальніше читайте у статті «Усе, що треба знати про \(не\)повернення забезпечення виконання договору про закупівлю».](#)*

## Замість висновків

Наостанок нагадаємо читачам, що **практика Верховного Суду лише дає певні орієнтири для розуміння конкретної норми законодавства, однак кінцевий вердикт завжди залежить від конкретних обставин справи.**

Наприклад, у справі № 927/491/19 Верховний Суд звернув увагу на незначну різницю в цінах переможця та двох інших учасників торгів — на 0,01 % та 5,59 % відповідно, на фоні чого здорожчання газу, поставленого переможцем торгів, на 45,81 % порівняно з ціною, зафіксованою за результатами аукціону, виглядало шокуючим. Уявімо іншу ситуацію: ціна

переможця за результатами аукціону відрізнялася від наступної економічно вигідної пропозиції на 15 % і зросла під час виконання договору про закупівлю на 13,5 %, тобто навіть збільшена ціна переможця закупівлі залишалася більш вигідною (нижчою), ніж пропозиції конкурентів. У такій ситуації аргументи про нівелювання результатів торгів та втрачену замовником можливість закупити товар дешевше звучатимуть уже геть непереконливо.

Головна думка, яка простежується у постанові Верховного Суду від 18.06.2021 у справі № 927/491/19 і вже дублюється в наступних судових рішеннях вищої інстанції (наприклад, у [постанові від 04.08.2021 № 912/994/20](#)), така: **перемога у тендері та укладення договору про закупівлю з однією ціною та її подальше підвищення шляхом так званого «каскадного» укладення кількох додаткових угод є нечесною і недобросовісною діловою практикою з боку продавця.**

Отже, станом на дату публікації цієї статті **для правомірного застосування «Правила 10 %» замовник має переконатися, що таке рішення є економічно ефективним** (тобто підняти ціну — найбільш вигідний для замовника хід, бо дешевше він все одно ніде не купить), а постачальник — діяти добросовісно, продемонструвавши, що підвищення ціни — вимушений хід, аби не «піти в мінус», а не банальна жага узаконеної наживи.

За тематикою цієї статті читайте на порталі RADNUK.COM.UA такі публікації:

[\*\*«Практика участі у публічних закупівлях ТОВ „ЕНЕРГОІНВЕСТПРОЕКТ“ як постачальника електричної енергії»;\*\*](#)

[\*\*«Коротко про актуальне: вагоме збільшення ціни на електричну енергію»;\*\*](#)

[\*\*«Постачальник електроенергії звертається щодо збільшення ціни: чи є підстави?»;\*\*](#)

[\*\*«Останні зміни НПА щодо закупівлі електроенергії у постачальника “останньої надії”»;\*\*](#)

[\*\*«Що робити з договорами про закупівлю постачальника “останньої надії” електричної енергії».\*\*](#)