



CENTRE OF
EXCELLENCE IN
PROCUREMENT

KSE

Kyiv
School of
Economics

Policy Brief

Додаткові угоди в Україні: причини виникнення та методи упередження

Автори: Наталя Шаповал, керівник Центру вдосконалення закупівель Київської школи економіки,
Інна Меметова, аналітик Центру вдосконалення закупівель Київської школи економіки

Редактори: Віктор Ханжин, професор Київської школи економіки,
Лілія Лахтіонова, заступник директора Департаменту регулювання державних закупівель МЕРТУ



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE



EURASIA FOUNDATION

створено в рамках проекту
"Прозорість та підзвітність у
державному управлінні та
послугах" USAID, UKAID

Резюме

Постановка проблеми. Можливість укладання додаткових угод спричиняє невизначеність результатів закупівель і, як наслідок, впливає на спроможність держави ефективно виконувати свої функції.

Контекст. Закон України "Про публічні закупівлі" визначає умови, за яких існує можливість модифікувати існуючий договір (внесення змін у початковий договір) не розпочинаючи нової закупівлі, та, незважаючи на законодавче регулювання, лишається багато білих плям і недоліків, які дозволяють зловживати цією можливістю. В Україні практика внесення змін в договори досить поширена, тому все частіше виникають сумніви з приводу підстав і правомірності рішень щодо внесення змін до початкового договору. Отже, подальше дослідження спрямоване на виявлення причини таких змін і пошук рішень, які дозволили б зменшити їх кількість.

Існуючі рішення. Механізми уникнення укладання додаткових угод варіюються в залежності від джерела ризику, що впливає на закупівлю і призводить до змін існуючого договору.

Ризики, що спричинені ринковими факторами, можуть бути враховані та зменшені через використання фінансових інструментів (ф'ючерсів, опціонів, свопів), вибір горизонту планування (для світових ринків, що мають сезонну зміну ціни) і через деталізоване та чітке визначення умов договору (із зазначенням пропорцій, згідно з якими можливі ризики будуть розподілятися між замовником і постачальником у випадку їх настання). Розповсюдженою світовою практикою, особливо на ринку нафтопродуктів, є використання формульного ціноутворення, що адаптується до зміни факторів, які здійснюють вплив на ціну.

Деталізоване та чітке визначення умов договору, точне планування потреб (бюджетування) і створення резервів (використання запасів) можуть потенційно зменшити внутрішні ризики замовника. Постачальник також може зменшити власні внутрішні ризики через укладання договору із зазначенням пропорцій розподілу можливих ризиків між ним та замовником.

Ризики, спричинені свідомою взаємодією учасників закупівлі поза системою, повинні регулюватись відповідно до законодавства (наприклад через визначення поняття "аномально низьких цін", перегляд довгострокових договорів і розширення можливостей використання нецінових критеріїв та різних видів договорів). Неринкова поведінка учасників також може бути обмежена через використання власних методів замовника - грошове забезпечення виконання договору (приклад Укртрансгазу¹) або унеможливлення додаткової угоди раніше ніж через 90 днів після підписання первинного договору (пропозиція "ОККО"²)

Вступ

Невизначеність і мінливість є істотними елементами української економіки. Вони стають перешкодою на шляху сталого розвитку, бар'єром посилення інвестиційної привабливості та інноваційного зростання. Публічні закупівлі становлять значну частину ВВП (10% за 2016 рік), тому зміни, особливо на стадії виконання договору, можуть мати значний вплив на економічну ситуацію в цілому.

В Україні укладання додаткових угод є розповсюдженою практикою. Окрім

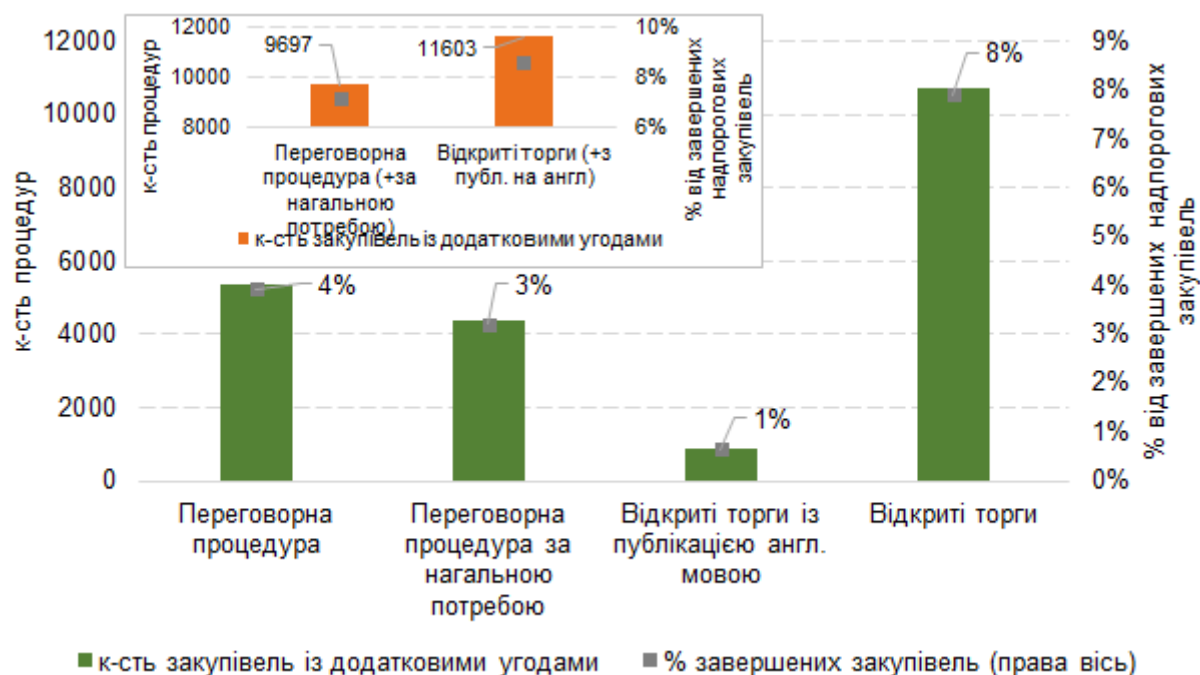
¹ див. Додаток Б

² див. Додаток Б

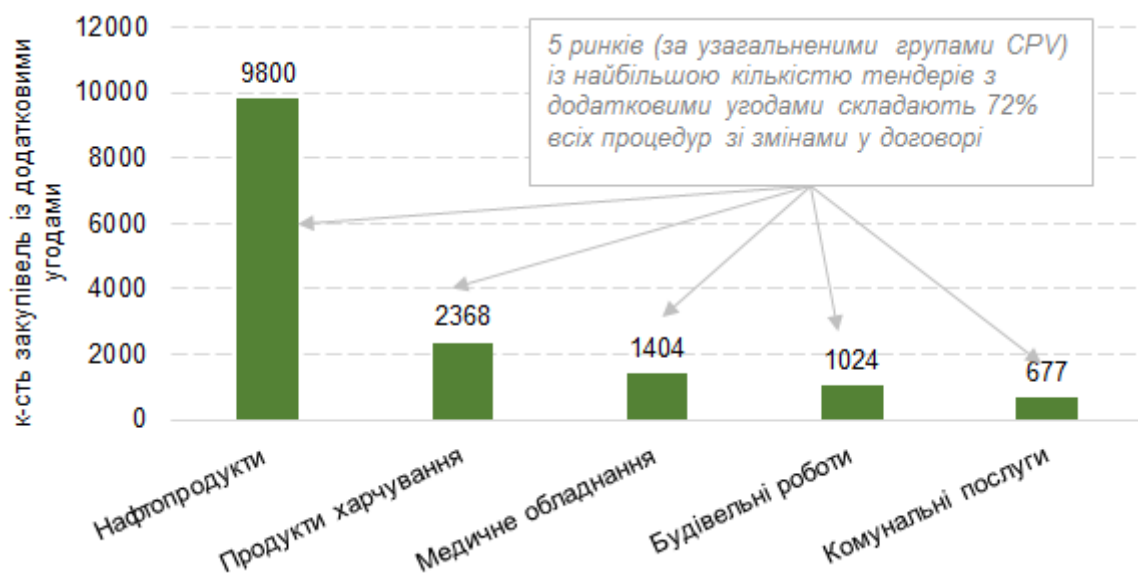
невизначеності остаточної суми витрат, додаткові угоди обмежують можливості замовників задовольняти власні потреби і продукувати суспільні блага на належному (запланованому) рівні. У глобальному масштабі, це може призвести до уповільнення економічного розвитку країни (недовиробництво).

Додаткові угоди в Україні

В Україні зміни у договори вносять доволі часто. Додаткові угоди присутні в кожній шостій надпороговій процедурі (зміни у договори вносились в 21300 з 135801 надпорогових процедурах). Додаткові угоди в два рази частіше зустрічаються в конкурентних процедурах, ніж в неконкурентних (переговорних) (діагр. 1). За поділом на ринки, найбільша кількість додаткових угод припадає на ринок нафтопродуктів, палива, електроенергії та інших енергоресурсів, а 5 ринків, що мають найбільшу кількість закупівель із додатковими угодами, складають близько 72% від загальної кількості процедур зі змінами (діагр. 2). Зміна ціни є причиною понад треті додаткових угод (38% або 8135 процедур станом на середину червня 2017 року). Згідно з загальною тенденцією, зміна ціни в три рази частіше стає причиною змін у договори в конкурентних процедурах, ніж в переговорних (діагр. 3).



Діаграма 1. Розподіл додаткових угод за типом процедури (станом на 16.06.2017)



Діаграма 2. Розподіл додаткових угод за узагальненими групами ринків згідно з CPV (Common procurement vocabulary — Growth — European Commission, 2017)



Діаграма 3. Розподіл додаткових угод у зв'язку зі зміною ціни за типом процедури

Причини додаткових угод

Будь-які зміни чинників, що впливають на учасників ринку, можуть спричинити внесення змін у договір. Слід розрізняти чинники, спричинені ринковими факторами, ті, що викликані діяльністю замовника, чинники, що залежать від постачальника, і чинники, що свідчать про свідому взаємодію між учасниками закупівлі поза системою.

Чинники, що визначають ринковий вплив, включають зміни ціни на сировину на світовому або внутрішньому ринку, коливання валютних курсів, інфляцію і зміни ціни у зв'язку зі збільшенням попиту на товари і послуги, що купуються.

Чинники, що визначають особливості діяльності постачальника, пов'язані з його здатністю виконувати договір. Ця здатність залежить (крім факторів, пов'язаних з ринком) від сталої операційної та фінансової діяльності протягом періоду виконання.

І нарешті, останніми, але не менш важливими, є чинники, що свідчать про свідому взаємодію між учасниками закупівлі поза системою: якщо всі учасники процесу закупівель не приділяють належної уваги перевірці кваліфікаційних документів та цінової пропозиції переможця, а фактично закупівля проведена з порушеннями, то існує значна ймовірність того, що переможець буде не в змозі виконати первинний договір.

Економічне обґрунтування

Договірне право ґрунтується на положенні про двосторонній добровільний обмін. В ринковій економіці такі обміни передбачають процес досягнення добровільної домовленості між сторонами з метою максимізації економічної вигоди на умовах, прийнятних для обох сторін (Smith, 1776). Вважається, що первинний договір веде до рівноваги і визначає "Ефективність за Парето" – стан, за якого принаймні одна сторона не може покращити своє положення без погіршення положення іншої сторони (Pareto, 1909).

Однак є фактори, які призводять до порушення економічної рівноваги і механізмів ефективності за Парето, а саме: вплив системних (ринкових) і несистемних (неринкових) ризиків (Mas-Colell, Whinston, & Green, 1995). Ринкові ризики, як правило, пов'язані з певними коливаннями, притаманними ринковій ціні будь-яких товарів/активів або цінних паперів, валютних курсів, процентних ставок. Неринкові ризики пов'язані з ситуацією конкретного учасника ринку, на відміну від ринку в цілому.

Такі ризики змушують замовників або модифікувати існуючий договір (укладати додаткову угоду) або розривати первинний договір і укладати новий. У першому випадку неможливо довести наявність рівноваги (оскільки замовник не має іншого вибору, ніж погодитись із запропонованими умовами). Крім того, існує невизначеність щодо розподілу ризиків між постачальником і замовником (можливо, всі ризики будуть покладені на замовника, бо постачальник в даному випадку виступає в якості монополіста). Згідно з другим сценарієм, конкурентна процедура встановить нову рівновагу, але з додатковими витратами на проведення нової процедури. За допомогою конкуренції (учасники тендеру знижують свої очікування щодо прибутку) ризик буде розподілений між замовником і постачальником, але співвідношення такого розподілу залежить від результатів аукціону і, в дійсності, є теж невідомим.

Обидві можливості (укладання додаткової угоди і нова процедура) призводять до невизначеності в розподілі ризиків між замовником і постачальником, тому існує ймовірність того, що приріст добробуту замовника не буде дорівнювати приросту добробуту постачальника.

Підходи до запобігання укладанню додаткових угод

Для того, щоб зменшити ризик невизначеності розподілу, можна завтосовувати різні методи: *хеджування за допомогою фінансових інструментів* (ф'ючерси, опціони, свопи), *деталізація та чітке визначення умов договору* (фіксація в договорі всіх можливих ринкових ризиків і їх розподілу між замовником і постачальником) і *вибір горизонту планування* (або створення запасів), пов'язаного зі змінами (або сезонністю) ціни на світовому ринку.

Фінансові інструменти (ф'ючерси, опціони, свопи) дають можливість (або накладають

зобов'язання) придбати певні товари пізніше, але за узгодженою ціною, і частково усунути ризик несподіваної волатильності ціни в майбутньому (Graves, & Levine, 2010). Однак цей інструмент не може бути повністю застосований в Україні через відсутність практики використання фінансових деривативів. Уніфікований нормативно-правовий акт, що здійснював би регулювання використання фінансових інструментів, наразі відсутній, оскільки проект Закону України "Про регулювання ринків і деривативів" (проект Закону України "Про регулювання ринків і деривативів") ще не прийнятий, і наразі операції з деривативами регулюються лише окремими частинами різних нормативних документів (наприклад, Закон України "Про цінні папери та фондовий ринок", Закон України "Про депозитарну систему України", Закон України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні"). Інша проблема полягає в тому, що український фондовий ринок слабкий, представлений в основному державними і корпоративними облігаціями; деривативи становлять менше 5% в структурі фінансових інструментів (Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку. Річний звіт, 2015). Слід зазначити, що в цілому українці не знайомі з механізмом роботи фондового ринку, деривативами та їх значенням для національної економіки; внутрішній рівень довіри до цієї системи досить низький.

Деталізоване та чітке визначення умов договору дозволяє встановити співвідношення розподілу ризиків у випадку змін на ринку. Відповідний підхід вимагає постійного аналізу ринку та ідентифікації ризиків, як з боку замовника, так і з боку постачальника.

Формульне ціноутворення не попереджує підписання додаткових угод, але робить їх виправданими та адаптованими до реальних змін ринкового середовища. Відповідний вираз повинен відображати зміну тих частин ціни, які зазнають змін за рахунок зміни кон'юнктури (валютна, сировинна складова тощо) і розраховуватись із певною визначеною частотою.

У випадку, коли на світовому ринку існують сезонні або передбачувані зміни, замовник може планувати і ділити свої закупівлі згідно з коливаннями на світовому ринку. Крім того, як замовник, так і постачальник можуть використовувати запаси для згладжування сезонних коливань цін протягом року (Graves, & Levine, 2010). Однак вітчизняне законодавство забороняє ділити закупівлі на частини, якщо ця потреба була ідентифікована раніше, тому в даний час така можливість відсутня.

Поряд з засобами, які учасники закупівель можуть застосовувати самостійно, є певні методи, що передбачають зміни в процес закупівель, які прямо/опосередковано впливають на частоту внесення змін у договори:

Вид договору, що відповідає ринковій потребі. Ціновий критерій як основа всіх закупівельних механізмів в Україні спрямований на вибір найбільш економічно вигідної цінової пропозиції, але з точки зору зменшення ризиків, договори стають негнучкими і неадаптованими (через однозначну ціну, визначену на дату укладення договору); таким чином, діапазон цін або інші критерії (наприклад, витрати) не враховуються електронною системою. Діюча наразі система аналогічна системі договорів з фіксованою ціною (але з можливістю внесення змін). Міжнародна методологія (Types of Procurement Contracts used in Project Management, 2013) розрізняє два види договорів: договір з фіксованою ціною і договір з відшкодуванням витрат (коли постачальник отримує оплату за виконану роботу плюс винагороду, яка становить його прибуток). Кожен вид (вид 1, вид 2) має безліч варіантів, які дозволяють покрити зміни ціни в залежності від характеристик певного економічного середовища.

<i>Договір з фіксованою ціною</i>	<i>Договір з фіксованою ціною і винагородою</i>
Ціна не може змінюватись. Покупець і продавець домовляються виконувати свої зобов'язання за зазначеною ціною, а ризик прибутків і збитків покладається виключно на постачальника.	Зазначаються заплановані витрати і запланований прибуток. Коли підрядник закінчує виконання, сторони обговорюють остаточні витрати, а остаточна ціна розраховується за допомогою формули. Якщо остаточні витрати менше запланованих витрат, то розрахований за формулою остаточний прибуток є більшим, ніж запланований прибуток; і навпаки, якщо остаточні витрати більше запланованих витрат, то розрахований за формулою остаточний прибуток є меншим, ніж запланований прибуток, або навіть наявний збиток.

<i>Договір з фіксованою ціною та поправкою на зміну ціни</i>	<i>Договір з коригуванням фіксованої ціни</i>	<i>Метод визначення ціни за обсягом роботи</i>
Дозволяє уточнювати ціну в напрямку збільшення або зменшення, виходячи з певних обставин, таких як наявні господарські або фінансові показники.	Використовується в тому випадку, якщо очікується, що ціни будуть змінюватись з часом, але розмір таких змін неможливо передбачити.	Використовується в таких ситуаціях, коли точний обсяг роботи або матеріалів невідомий, але сторони можуть узгодити базовий рівень і конкретну ціну.

Джерело: на основі Sollish F., Semanik J. The Procurement and Supply Manager's Desk Reference

<i>Договір відшкодування витрат плюс встановлений прибуток</i>	<i>Договір з відшкодуванням витрат плюс заохочувальна винагорода</i>	<i>Договір з відшкодуванням витрат плюс премії</i>
Дозволяє постачальнику покрити реальні витрати, а також отримати прибуток, обумовлений до початку дії договору.	Забезпечує обумовлену заздалегідь винагороду з можливістю уточнення, що розраховується за певною формулою і відображає співвідношення між сукупними витратами і сукупними запланованими витратами.	Передбачає додаткову премію постачальнику у випадку досягнення певних (значних) результатів за рахунок того, що покупець сплачує премію на додаток до покриття витрат і обумовленого прибутку.

Джерело: на основі Sollish F., Semanik J. The Procurement and Supply Manager's Desk Reference

Використання передового досвіду. Реформа державних закупівель є першим кроком на шляху до сталої системи закупівель, а нещодавно запроваджений закон має зібрати найкращий досвід з метою вирішення ключових проблем, включаючи укладання додаткових угод. Навіть непрямі заходи можуть бути корисними. Наприклад, законодавчий орган ЄС прийняв

ряд поправок до закону (ACT of 29 January 2004 PUBLIC PROCUREMENT LAW, 2016), які прямо/опосередковано впливають на частоту внесення змін у договори:

а) Для зменшення цінового демпінгу (що ставить під сумнів можливість суб'єкта господарювання виконати договір, а також підвищує ймовірність внесення змін у договір у майбутньому), у статтю 90 PPL введено термін "аномально низька ціна": якщо цінова пропозиція на 30 або більше відсотків нижче від очікуваної вартості закупівлі або середнього арифметичного всіх поданих заявок ("аномально низька"), замовник зобов'язаний запросити у потенційного постачальника додаткові роз'яснення щодо природи відповідної цінової пропозиції.

б) Для управління довгостроковими (більше 12 місяців) договорами, замовник зобов'язаний згідно з законом включати в них положення, що стосуються підстав для внесення змін в оплату послуг постачальника у випадку зміни ставки ПДВ, розміру мінімальної заробітної плати, тощо (ст. 142 (5))

в) Щоб уникнути завищених витрат і забезпечити належну якість товарів законодавчо обмежене використання цінового критерію: ст. 91 (2а) передбачає, що ціна може бути використана в якості єдиного критерію лише в тих випадках, коли предмет договору є стандартизованим із чітко визначеними стандартами якості.

Грейвз і Левін (Graves, & Levine, 2010) пропонують диверсифікувати методи хеджування шляхом поділу однієї закупівлі на кілька договорів з різними підходами до убезпечення від ризиків (створення запасів, використання фінансових інструментів і купівля за спот-цінами). Але в даний час "портфельну теорію" неможливо застосувати в Україні, оскільки українське законодавство забороняє ділити закупівлю на частини, якщо потреба була ідентифікована на етапі планування.

Рекомендації

- Розробляти та просувати використання фінансових інструментів для уникнення ризиків, спричинених ринковими факторами.
- Пояснювати важливість укладання договорів із деталізованими та чіткими умовами та належною оцінкою та хеджуванням ризиків для попередження можливих втрат, пов'язаних із ринковими змінами, та для уникнення неринкових ризиків.
- Вдосконалювати законодавство для попередження цінового демпінгу, запроваджувати різні правила оцінки договорів із різною тривалістю, заохочувати і надавати можливості для використання різних видів договорів, розширювати можливості застосування нецінових критеріїв для уникнення неринкових ризиків.
- Сприяти адаптивному бюджетуванню і мотивувати замовників робити закупівлі «про запас» на випадок внутрішніх ризиків.

Список літератури

Smith, A. (1776). *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. London: Methuen & Co.

Pareto, V. (1909). *Manuel D'economie Politique*. [Algérie]: Enag Editions.

Common procurement vocabulary — Growth — European Commission. (n.d.). Growth. Retrieved 27 March 2017, from https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/common-vocabulary_en

Проект Закону України "Про регульовані ринки та деривативи". W1.c1.rada.gov.ua. Завантажено 27 березня 2017 р. з http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57159

Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку. Річний звіт. (2015). Завантажено 27 березня 2017 р. з http://www.nssmc.gov.ua/user_files/content/58/1473066406.pdf

Types of Procurement Contracts used in Project Management. (2013). Retrieved 27 March 2017, from <https://pmstudycircle.com/2013/12/types-of-procurement-contracts-used-in-project-management/>

ACT of 29 January 2004 PUBLIC PROCUREMENT LAW. (2016). Retrieved 27 March 2017, from https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0008/33110/Public_Procurement_Law_2016_consolidated.pdf

DIRECTIVE 2014/24/EU. Eur-lex.europa.eu. Retrieved 27 March 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20160101&from=EN>

Закон України "Про публічні закупівлі". Zakon3.rada.gov.ua. Завантажено 27 березня 2017 р. з <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

Mas-Colell, A., Whinston, M., & Green, J. (1995). *Microeconomic theory* (1st ed.). New York: Oxford Univ. Press.

Graves, F., & Levine, S. (2010). *Managing Natural Gas Price Volatility: Principles and Practices Across the Industry*. <http://www.cleanskies.org>. Retrieved 3 April 2017, from <http://www.cleanskies.org/wp-content/uploads/2011/08/ManagingNGPriceVolatility.pdf>

Додаток А. Законодавство

Європейська практика державних закупівель була частково включена в Закон України "Про публічні закупівлі", тому ЄС і Україна мають схожі механізми регулювання додаткових угод; проте в Україні акцент робиться на регулюванні зміни цін у зв'язку з економічною ситуацією.

В Європі правові засади укладання додаткових угод протягом терміну його дії представлені Директивою 2014/24/ЄС (DIRECTIVE 2014/24/EU, n.d.) Європейського парламенту та Ради ЄС. Стаття 72 Директиви визначає п'ять випадків, коли до договорів можуть бути внесені зміни без запровадження нової процедури закупівлі: (а) зміни були передбачені первинними документами щодо закупівлі в чітких і недвозначних положеннях про перегляд умов; (b) для надання додаткових робіт, послуг або матеріалів тим же підрядником, якщо виникла така необхідність, але це не було включено в первинну закупівлю, причому заміна підрядника іншим не може бути виконана з причин, чітко визначених в Директиві; (с) якщо потреба у внесенні змін викликана обставинами, які замовник не міг передбачити, за умови, що ці зміни не змінюють загальний характер договору і не призводять до зростання цін більше ніж на 50% в порівнянні з початковою вартістю договору; (d) якщо новий підрядник заміняє іншого, з яким замовник мав укласти первинний договір; (е) якщо зміни не є суттєвими.

Стаття 36 Закону України "Про публічні закупівлі" (Закон України "Про публічні закупівлі", без дати) визначає, що зміни в договір можуть вноситись в наступних випадках: (а) зменшення обсягів (кількості) закупівлі; (b) зміна 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; (с) покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі; (d) продовження строку дії договору, у разі виникнення документально підтверджених об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження; (е) узгоджена зміна ціни в бік зменшення (без зміни кількості та якості товарів, робіт і послуг); (f) зміна ціни у зв'язку зі зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок; (g) зміни в індексі споживчих цін, встановленому органами державної статистики згідно з законодавством, зміни в курсі іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts; (h) зміни умов у зв'язку з застосуванням положень частини 5 статті 36.

Додаток Б. Приклади

Є декілька практичних підходів для вирішення проблеми додаткових угод.

"ОККО", який скаржився на цю проблему, [пропонує](#) "у разі коливання ринкових цін (зміни кон'юнктури ринку) більше ніж на 1%, Ціна Продукції, обсяги закупівлі зазначені у специфікаціях та сума договору змінюються сторонами шляхом підписанням додаткової угоди виключно у випадку передбаченому п. 2 ч. 4 ст. 36 ЗУ «Про публічні закупівлі», але не раніше ніж через 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій та не більше ніж на 10% протягом дії договору. Ціна за одиницю продукції, згідно з цим Договором, може змінюватися через 30 днів починаючи з дати розкриття тендерних пропозицій, у випадку зміни офіційного курсу долара США (курс НБУ) більше ніж на 3%, пропорційно зміни такого курсу...". Зараз додаткову угоду може бути укладена навіть на наступний день, після підписання основного контракту за результатами закупівлі. Тобто в "ОККО" пропонують

зробити часовий лаг не менший за три місяці, а якщо раніше, то тільки у випадку суттєвої зміни офіційного курсу валюти.

Ще одна ідея вирішення проблеми - грошове забезпечення, [як це було в квітневому тендері на закупівлю "Укртрансгазом" технологічного газу на 16,7 млрд грн.](#) Тоді замовник виставив вимогу забезпечення виконання договору про закупівлю (банківська гарантія виконання зобов'язань) 5% від суми договору протягом всієї дії договору. Ця новація допомагає у випадку коли постачальник фактично шантажує замовника зривом контракту (а на нову закупівлю в Prozorro не має часу), вимагаючи від того, щоб булакладена додаткова угода.

Ще одну ідею впроваджує "Укрзалізниця" - формульне ціноутворення. [На початку літа пройде перший тендер](#) залізниці на майже 2 млрд грн на закупівлю пального за новими умовами. "Впроваджується таке поняття, як "ціна тижня". Вона буде розраховуватися в день підписання додаткової угоди. Ціна тижні буде формуватися на основі ціни дизпалива в день проведення аукціону, помноженої на індекс зміни ціни. Індекс зміни ціни, в свою чергу, буде розраховуватися з застосуванням котирувань Platts і курсів валют в день аукціону і в день підписання додаткової угоди", - анонсував новацію голова "УЗ" Войцех Балчун на своїй сторінці у Facebook. Якщо тендер "УЗ" буде мати успіх, директор консалтингової групи А-95 Сергій Куюн вважає, [що формульний підхід](#) при закупівлі нафтопродуктів необхідно швидше і краще директивно впроваджувати повсюдно в держкомпаніях і бюджетних організаціях.