

Судебные споры в контрактной системе, 22.12.2015



В. В. Кикавец

СУДЕБНЫЕ СПОРЫ В КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ ➔

Пособие будет интересно всем субъектам контрактной системы в сфере закупок:

- ✓ Заказчикам;
- ✓ Работникам контрактных служб;
- ✓ Контрактным управляющим;
- ✓ Специализированным организациям;
- ✓ Органам, уполномоченным на осуществление контроля в сфере закупок;
- ✓ Арбитражным судьям Российской Федерации.

Вводное слово автора



Уникальный бонус от экспертов «ЭЛКОД»

Подборка записей вебинаров по теме «Регулируемые закупки»

Обзор изменений внесенных в Федеральные законы №44-ФЗ и №223-ФЗ. Порядок применения

Рекомендации
ЭЛКОД: Почему это
нужно прочесть...



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка



ЭЛКОД
верные решения

Вводное слово автора

С 1 января 2014 года вступил в силу Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-ФЗ), начались первые закупки по новым правилам, возникли первые спорные вопросы правоприменения в контрактной системе в сфере закупок. Их причинами стали в том числе неоднозначное толкование отдельных положений Закона № 44-ФЗ, отсутствие единообразной правоприменительной практики, а также сложности, связанные с издержками заказчиков при осуществлении закупок, и т.д.

Развитие и становление контрактной системы в сфере закупок неизменно находит отражение в соответствующих судебных актах. Содержание судебных актов по спорам в сфере закупок значительно изменилось не только в связи со вступлением в действие Закона № 44-ФЗ, который конкретизировал отдельные моменты правоприменения, но и с упразднением ВАС РФ. Вместе с тем, по-прежнему остается массив неоднозначных норм, способных привести к правовым коллизиям в процессе взаимодействия всех субъектов контрактной системы, особенно с контролирующими органами.

«Судебные споры в контрактной системе» – это научно-методическое пособие, подготовленное в виде первого систематизированного издания, содержащего наиболее актуальные и уникальные с точки зрения правового содержания и значения судебные акты, по основным проблемам правоприменения, возникающим в процессе осуществления закупок.

Это пособие предназначено как для практического, так и для теоретического осмысления идеологии всего процесса осуществления закупок в рамках контрактной системы и представляет интерес не только для практикующих специалистов, имеющих достаточный опыт в сфере закупок, путем формирования алгоритма их аргументированного поведения и действий, но и для новичков, молодых специалистов, имеющих исключительно теоретическую подготовку. Для последних пособие дает практический взгляд на правоприменение тех или иных норм контрактной системы.

Представленные в пособии содержание и выводы актов судов различных инстанций наглядно демонстрируют формирование практики экстраполяции норм законодательства о контрактной системе на нормы действующего законодательства Российской Федерации в их сочетании и комплексном использовании в процессе осуществления закупок.

В целях выработки правовой позиции по определенным и неоднозначным вопросам достаточно выбрать интересующую тематику и рассмотреть процесс разрешения судебного спора. При необходимости также возможно ознакомиться с полным текстом судебных актов по номеру дела при помощи СПС «КонсультантПлюс» или на сайте: www.arbitr.ru.

Структурное содержание работы соответствует логике контрактной системы в сфере закупок и включает в себя пять глав: «Планирование и формирование закупок», «Определение поставщика (подрядчика, исполнителя)», «Контрактные отношения», «Контроль в сфере закупок» и отдельно «Контрактная система и конкуренция». В каждой главе выделены параграфы и тематические блоки, отражающие наиболее проблемные вопросы правоприменения в контрактной системе в сфере закупок.

Выражаем уверенность, что научно-методическое пособие станет полезным подспорьем в работе абсолютно всех субъектов контрактной системы, позволит более четко

сформировать их правовую позицию, а также привести к единообразию практику применения нормативных правовых актов, регулирующих контрактную систему.

В.В. Кикавец
1 ноября 2015 г.

Судебные споры в контрактной системе

Планирование и формирование закупок

Определение поставщика (подрядчика, исполнителя)

Контрактные отношения

Контроль в сфере закупок

Контрактная система и конкуренция

Планирование и формирование закупок

Использование факсимиле в контрактной системе

Обеспечение в контрактной системе

Обеспечение третьими лицами в контрактной системе

Банковская гарантия, как способ обеспечения в контрактной системе

Расчет и обоснование НМЦК

Участие СМП и СОНО в контрактной системе

Излишние требования к участникам закупок

Вопросы привлечения субподрядчиков, соисполнителей

Наименование предмета закупки

1.1. Использование факсимиле в контрактной системе

Многие заказчики хотя бы единожды, но сталкивались с ситуацией применения факсимиле в процессе осуществления закупки, начиная с возможности ее использования при подписании протоколов и контрактов, заканчивая документами, подтверждающими факт исполнения контрагентом обязательств по контракту, а также оформления первичных документов бухгалтерского учета. Насколько это правомерно и какие последствия может понести заказчик, применяя факсимиле самостоятельно или принимая документы контрагента, подписанные путем проставления факсимиле?

В переводе с латинского (facsimile) означает «делай подобное», то есть абсолютно полное и точное воспроизведение (с мельчайшими подробностями) любого графического оригинала, как-то рукописи, рисунка, подписи.

[Ч. 8 ст. 39](#) Закона № 44-ФЗ прямо предусмотрен запрет членам комиссии на проведение заочного голосования и делегирование своих полномочий иным лицам. Фактически проставление факсимиле это и есть один из вариантов делегирования своих полномочий (в данном случае по подписанию одного из протоколов, предусмотренных Законом № 44-ФЗ). Отдельные статьи [Закона № 44-ФЗ](#), регламентирующие порядок определения поставщика (подрядчика, исполнителя), в части оформления протоколов содержат прямую норму о том, что указанные протоколы подписываются всеми присутствующими на заседании членами комиссии.

Принимая во внимание норму [ч. 9 ст. 39](#) Закона № 44-ФЗ, определяющую то, что решение комиссии, принятое в нарушение требований Закона № 44-ФЗ, может быть обжаловано любым участником закупки установленным порядком и признано недействительным по решению контрольного органа в сфере закупок, рекомендуем заказчикам не применять факсимиле при подготовке подобных документов.

Согласно требованиям [ст. 9](#) Федерального закона от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» (далее – Закон № 402-ФЗ) оформлению первичными учетными документами подлежит каждый факт хозяйственной жизни, при этом в первичных документах должны содержаться все установленные [Законом № 402-ФЗ](#) реквизиты, среди которых – подпись лица, совершившего сделку, операцию и ответственного за ее оформление, либо подпись лица, ответственного за оформление свершившегося события (указание фамилии и инициалов обязательно). Иными словами [Закон № 402-ФЗ](#) не дает однозначного ответа какой быть подписи на первичных документах: «живой» или факсимиле. Примечательно, но в утратившем силу с 01.01.2013 Федеральном законе от 21.11.1996 № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете» легально было закреплено в качестве обязательного реквизита первичных документов «личные подписи должностных лиц, ответственных за совершение хозяйственной операции и правильность ее оформления». Именно поэтому исключение из [Закона № 402-ФЗ](#) слова «личная» многими специалистами стало трактоваться как предоставление возможности применять факсимиле.

С другой стороны, суды отмечают, что «прямого запрета» на использование факсимиле подписи в документах, влекущих финансовые последствия, нет. Указанная позиция согласуется с правовой позицией АС Московского округа, изложенной в постановлении от 04.04.2013 по аналогичному делу № А40-106210/12-46-13.

В п. 5 Инструкции о порядке составления, представления годовой, квартальной бухгалтерской отчетности государственных (муниципальных) бюджетных и автономных

учреждений установлено, что бухгалтерская отчетность подписывается руководителем и главным бухгалтером учреждения. Представляется, что федеральный орган исполнительной власти подразумевает под этим собственноручную подпись.

Аналогичная позиция прослеживается в информационных письмах федеральных органов исполнительной власти:

- в [письме](#) ФНС России от 19.10.2005 № ММ-6-03/886@ указано на невозможность вычета или возмещения суммы НДС на основании счета-фактуры, заверенного факсимильной подписью руководителя и главного бухгалтера организации;
- в [письме](#) Минфина России от 26.10.2005 № 03-01-10/8-404 указано на то, что законодательство о бухгалтерском учете не предусматривает возможность подписания счета-фактуры факсимильной подписью;
- в [письмах](#) Минфина России от 17.09.2009 № 03-07-09/48 и от 01.06.2010 № 03-07-09/33 соответственно указано на то, что поскольку НК РФ не предусматривает подписание счета-фактуры факсимильной подписью, основания у покупателя для вычета НДС отсутствуют по причине ненадлежащего оформления первичных документов;
- в [письме](#) Минфина России от 13.04.2015 № 03-03-06/20808 указано на то, что факсимильная, электронная копия либо иным образом воспроизведение подписи руководителя при поступлении документов, имеющих финансовое последствие, по мнению Минфина России, не являются оправдательными документами для целей учета по налогу на прибыль организаций. Аналогичная позиция отражена в [Постановлении](#) ФАС Поволжского округа от 20.06.2012 № А12-13422/2011.

Рассмотрим проблему с точки зрения НК РФ. Согласно [п. 1 ст. 172](#) НК РФ налоговые вычеты по НДС применяются только при наличии соответствующих первичных документов на основании счетов-фактур, оформленных в соответствии с требованиями [п.п. 5 и 6 ст. 169](#) НК РФ. Счет-фактура подписывается руководителем и главным бухгалтером организации либо иными лицами, уполномоченными на то доверенностью, приказом. Факсимиле представляет собой клише – точное воспроизведение подписи средствами фотографии и печати. Положениями [ст. 169](#) НК РФ не предусмотрено возможности факсимильного воспроизведения подписи при оформлении счета-фактуры. Указанная правовая позиция подтверждается [Постановлением](#) Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 № 4134/11 по [делу](#) № А33-20240/2009.

Стоит отметить, что до вышеуказанного Постановления ВАС РФ отдельные судебные инстанции выносили акты, согласно которым хозяйствующие субъекты вправе предъявлять к вычету или возмещению НДС на основании подписанного факсимиле счета-фактуры. Суды указывали на отсутствие в законодательстве о бухгалтерском учете и налогах норм, запрещающих использование факсимиле подписи, поскольку по факту она не является копией подписи физического лица, а лишь представляет собой способ выполнения оригинальной личной подписи, поэтому использование на счетах-фактурах факсимиле не является нарушением нормы, предусмотренной [ст. 169](#) НК РФ.

Дальнейшее развитие событий в арбитражной практике показало ориентацию судей на нормы прежде всего НК РФ и приведенного выше [Постановления ВАС РФ](#):

- [решением](#) АС Ульяновской области от 14.12.2012 по делу № А72-7108/2012, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, указано, что в случае замены счета-фактуры с факсимиле впоследствии на надлежащий счет-фактуру (с «живой» подписью) налоговый вычет правомерен полностью;
- [решением](#) АС Мурманской области от 15.02.2013 по № А42-делу3909/2012, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, указано, что использование факсимиле допускается для подтверждения расходов, в то время как для подтверждения вычета по НДС необходима собственноручная «живая» подпись руководителя и главного бухгалтера;

- [решением](#) АС Чувашской Республики – Чувашии от 28.06.2013 по делу № А79-13124/2012, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, отказали юридическим лицам в применении налоговых вычетов по НДС счета-фактуры по причине выполнения некоторых подписей руководителя и главного бухгалтера путем проставления факсимиле.

ГК РФ при совершении сделок допускает возможность использования факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования в случае и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон ([п. 2 ст. 160](#) ГК РФ). Принимая во внимание отсутствие закона о факсимиле и иных правовых актов, следует обратиться к соглашению о применении факсимиле.

Следовательно, в настоящее время подписывать факсимиле контракт, иные документы, оформляемые в процессе выполнения обязательств по контракту (счета, накладные, акты и проч.), возможно только после заключения соглашения об использовании факсимиле, предусмотрев при этом возможность использования факсимиле только одной стороны. Необходимо обратить внимание, что указанное соглашение должно быть подписано собственноручными подписями сторон, а его отсутствие может стать причиной признания судом контракта, подписанного факсимиле, недействительным или незаключенным. Указанное подтверждается [Постановлением](#) ФАС ЗСО от 27.01.2010 по делу № А02-413/2009.

Обратим внимание на московское законодательство. В [п. 7 приложения 1](#) к Регламенту Правительства Москвы легально закреплено понятие «факсимиле» - это штамп, обеспечивающий точное воспроизведение собственноручной росписи должностного лица и служащий для удостоверения его полномочий. Таким образом, законодательство Москвы с одной стороны приравнивает факсимиле к собственноручной подписи, с другой – определяет жесткие рамки оснований для ее использования.

Выводы:

Заказчик вправе использовать факсимиле при оформлении, согласовании внутренних документов, таких как: справочно-информационные, копии подписанных локальных актов. При этом рекомендовано закрепить локальным актом ограничения случаев использования факсимиле и не использовать факсимиле на финансовых документах и на всех документах, подлежащих размещению в единой информационной системе.

Вменить контрактной службе (контрактному управляющему) или иным сотрудникам заказчика, сопровождающим процесс исполнения контрактных обязательств, осуществлять контроль за правильностью оформления документов (без применения факсимиле), поступающих от контрагентов.

В качестве альтернативного варианта – оформить доверенность на совершение определенных действий одному или нескольким сотрудникам организации (за исключением передачи права голоса (подписи) членом комиссии по осуществлению закупок).

1.2. Обеспечение в контрактной системе

Согласно [п. 13 Постановления](#) Пленума ВАС РФ от 09.12.2002 № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» арбитражные суды не должны принимать обеспечительные меры, если заявитель не обосновал причины обращения с заявлением об обеспечении требований конкретными обстоятельствами, подтверждающими необходимость принятия обеспечительных мер, и не представил доказательства, подтверждающие его доводы.

Так, заявитель по [делу](#) № А40-169945/14, обжалуя результаты проведенного аукциона, обосновал свою позицию в отношении необходимости принятия обеспечительных мер в виде приостановления действия контракта действиями сторон указанного контракта по реализации своих обязанностей: заключение субподрядных договоров, аккумуляция ресурсов и накопление товарных и финансовых ресурсов, маневрирование денежными средствами. Указанные меры в случае признания электронного аукциона недействительным по решению суда могут стать причиной невозможности его неисполнения, так как значительная сумма обязательств в денежном выражении по контракту уже будет исполнена сторонами контракта до вступления решения суда в законную силу, что может сделать невозможным исполнение решения суда. Возврат товара и денежных средств по недействительному аукциону будет затруднителен или вовсе невозможен, что повлияет на платежеспособность заказчика, сделает новый аукцион потенциально убыточным для его возможных участников.

Вместе с тем [п.п. 9, 10 Постановления](#) ВАС РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» предусмотрено, что суд признает заявление стороны о применении обеспечительных мер обоснованным, если имеются доказательства, подтверждающие наличие хотя бы одного из оснований, предусмотренных [ч. 2 ст. 90 АПК РФ](#). При оценке доводов заявителя следует иметь в виду разумность и обоснованность таких требований, необходимость обеспечения баланса интересов заинтересованных сторон, предотвращения нарушения при принятии обеспечительных мер интересов третьих лиц.

Учитывая вышеизложенное, Определением АС города Москвы от 14.11.2014 по [делу](#) № А40-169945/14, оставленным без изменения [Постановлением](#) 9 ААС от 27.02.2015 № 09АП-1635/2015-ГК по тому же делу, отказано в обеспечительных мерах. По мнению судов двух инстанций, для принятия обеспечительных мер недостаточно чисто субъективного опасения лица о будущей невозможности или затруднительности исполнения судебного акта – для этого необходимо суду предоставить достаточные доказательства обоснованности таких опасений, а не просто доводы, носящие предположительный характер о невозможности исполнения судебного акта.

[Постановлением](#) 13 ААС от 26.04.2011 по делу № А56-52892/2010, оставленным без изменения [Постановлением](#) ФАС СЗО от 19.08.2011, установлено, что вопрос о возврате обеспечения контракта в форме передачи заказчику в залог денежных средств [Законом](#) № 94-ФЗ не регулируется. Следовательно, порядок и сроки возвращения участнику размещения заказа обеспечения исполнения контракта, внесенного в форме залога денежных средств, регулируются нормами [ст. 334 ГК РФ](#) о залоге. Залог возникает в силу договора и на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге. Учитывая, что залог прекращается с прекращением обеспеченного залогом обязательства ([ч. 1 ст. 352 ГК РФ](#)), прекращение обеспеченных залогом обязательств, с учетом условий контракта, прекращает залог.

Банк-клиент

Процесс формирования арбитражной практики в части использования электронных платежей формировался довольно неоднозначно, при этом с начала действия [Закона](#) № 44-ФЗ законодатель так и не предпринял меры по легальному закреплению

сформировавшейся в судебных актах правовой позиции. Достаточное количество споров вызывает вопрос о правомерности принятия заказчиками обеспечения заявок на участие в закупках и обеспечения исполнения контракта в форме платежных поручений, распечатанных из системы «Банк-клиент».

Начало формирования правовой позиции положили [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 22.05.2012 № 16083/11 и [Определение](#) ВАС РФ от 16.02.2011 № ВАС-425/11 об отказе в передаче [дела № А59-114/2010](#) на рассмотрение в Президиум ВАС РФ еще в период действия Закона № 94-ФЗ. Судами установлено, что платежное поручение, в котором отсутствуют штамп банка и подпись ответственного исполнителя, не является надлежащим документом, подтверждающим перечисление денежных средств в качестве обеспечения заявки.

Буквально с первых дней действия [Закона № 44-ФЗ](#) свое отношение по вопросу высказала ФАС России в письме от 23.01.2014 № ИА/2111/14, содержание приложения № 2 к которому фактически позволяет прийти к выводу, что платежное поручение о перечислении денежных средств на счет заказчика, сформированное посредством системы «Банк-клиент», не является документом, имеющим отметку банка о перечислении соответствующего размера денежных средств. Формально [Законом № 44-ФЗ](#) заявка на участие в закупке, в которой заказчиком установлено требование о соответствующем обеспечении, должна содержать платежное поручение, подтверждающее перечисление денежных средств в качестве обеспечения заявки, с отметкой банка или заверенную банком копию этого платежного поручения.

Исходя из логики и норм действующего законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок судами различных инстанций сформирована правовая позиция о том, что платежное поручение, сформированное системой «Банк-клиент», не соответствует положениям [Закона № 44-ФЗ](#) о предъявлении требований к документу, подтверждающему перечисление денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в закупке. Так, в [Постановлении](#) 9 ААС № 09АП-37985/2014 по делу № А40-78845/14 (кассационная жалоба возвращена – определение от 14.01.2015) отмечено, что согласно требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) в заявке должен быть представлен оригинал платежного поручения с отметкой банка или заверенная банком копия такого платежного поручения. Фактическое наличие платежного поручения, сформированного электронной системой «Банк-клиент», не освобождает участника закупки от предоставления оригинала платежного поручения или заверенной банком копии такого платежного поручения в соответствии с требованиями документации о закупке и [Закона № 44-ФЗ](#).

Аналогичная позиция высказана в [решении](#) АС города Москвы от 28.01.2015 по делу № А40-174745/14, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 07.05.2015) и кассационной (постановление от 19.08.2015) инстанций, а также в [постановлении](#) АС Дальневосточного округа от 07.05.2015 № Ф03-1088.

Логика судов предельно ясна и понятна – по формальным признакам они правильно трактуют норму закона. Более того, если мы обратимся к стандартам, например, ГОСТ Р 7.0.8-2013 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения», то под подлинником документа понимается документ, изготавливаемый в единственном виде либо в форме электронного документа, либо в форме документа на бумажном носителе. Следовательно, прикладывая в составе заявки документ, распечатанный из системы «Банк-клиент», участник закупки формирует заявку, которая содержит не оригинал электронного документа, а его печатную копию, которая все по тем же нормам [Закона № 44-ФЗ](#) должна быть заверена банком.

Иная точка зрения приведена в [решении](#) АС Московской области от 17.03.2015 по делу № А41-80373/14, оставленном без изменения апелляционной инстанцией, подтверждена

обязанность заказчика принимать платежные поручения из системы «Банк-клиент». Ранее аналогичная позиция нашла отражение в [решении](#) Арбитражного суда Челябинской области от 19.09.2013 по делу № А76-8244/2013, оставленном без изменения апелляционной инстанцией.

В приведенных актах суды ссылаются на [Положение](#) о правилах осуществления перевода денежных средств, утвержденное Банком России от 19.06.2012 № 383-П (далее – Положение), [п. 1.9](#) которого предусматривает осуществление безналичных расчетов по распоряжениям клиентов как на бумажных носителях, так и в электронном виде, в том числе с использованием электронных средств платежа. Согласно [п. 1.24](#) Положения распоряжение плательщика в электронном виде подписывается электронной подписью, аналогом собственноручной подписи или удостоверяется кодами, паролями и иными средствами, позволяющими подтвердить, что распоряжение составлено плательщиком или уполномоченным на это лицом. Подтверждение исполнения распоряжения плательщика в электронном виде согласно [п. 4.6](#) Положения подтверждается банком плательщика посредством направления исполненного распоряжения в электронном виде с указанием даты его исполнения. Штамп банка плательщика и подпись уполномоченного лица банка предусмотрены исключительно для платежного поручения на бумажном носителе.

Суды отмечают, что [Закон № 44-ФЗ](#) не запрещает участникам закупок осуществлять обеспечение заявок на участие в закупках с помощью электронных средств платежа, в том числе предоставлять подтверждение о произведенной оплате путем распечатки документа, подтверждающего перечисление денежных средств в форме электронного платежа. Императивных норм, требующих дополнительного подтверждения (удостоверения) электронных платежных документов, воспроизведенных на бумажном носителе, [Закон № 44-ФЗ](#) также не содержит.

Обеспечение в полном объеме не может быть заменено в процессе исполнения контракта без воли (согласия) заказчика

[Решением](#) АС города Москвы от 16.02.2015 по делу № А40-207793/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 06.05.2015) инстанции, подтверждена позиция того, что [Закон № 44-ФЗ](#) не содержит положений, позволяющих изменение способа обеспечения исполнения контракта с денежных средств на банковскую гарантию с размером обеспечения банковской гарантии, равным размеру изначально перечисленных в целях обеспечения исполнения контракта денежных средств контрагентом, принимая во внимание, что [Закон № 44-ФЗ](#) связывает возможность изменения способа обеспечения в связи с решением контрагента об уменьшении обеспечения исполнения контракта на объем выполненных обязательств. Право контрагента предоставить Заказчику обеспечение исполнения контракта, уменьшенное на размер выполненных обязательств, предусмотренных контрактом, взамен ранее предоставленного обеспечения исполнения контракта фактически не может быть реализовано в связи с отсутствием возможности проведения соответствующего расчета и отсутствием соответствующей методики расчета.

Также в [Законе № 44-ФЗ](#) отсутствуют нормы, которые обязывали бы Заказчика принять предоставление контрагентом нового обеспечения в полном объеме без уменьшения на размер выполненных обязательств в случаях, предусмотренных [ч. 3 п. 7 ст. 96 Закона № 44-ФЗ](#).

Обеспечение заявки при третьем отклонении второй части не подлежит возврату участнику аукциона

Решением АС Краснодарского края от 18.11.2014 по делу № А32-19609/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 12.03.2015) инстанции, подтверждена позиция того, что в случае признания второй части заявки не соответствующей требованиям об аукционе участник аукциона лишается обеспечения, которое перечисляется оператором электронной площадки заказчику.

Довод участника закупки о том, что направляя третью заявку, он не знал и не мог знать о том, что предыдущие заявки содержат недостатки ввиду одновременной подачи спорных заявок, судами отклонен, поскольку участник аукциона как хозяйствующий субъект должен был знать о несоответствии сведений об адресах, указанных в лицензии, и об адресах, указанных в выписке из ЕГРЮЛ. При надлежащей степени заботливости и добросовестности участник закупки должен был узнать о наличии недостатков при формировании пакета документов для участия в аукционах.

Обеспечение заявки не возвращается даже в случае невключения антимонопольным органом победителя-уклониста в РНП

Решением АС Пермского края от 01.10.2015 по делу № А50-15369/2015 подтверждено, что при непредоставления обеспечения исполнения контракта в соответствии с антидемпинговыми требованиями победитель признается уклонившимся от заключения контракта. При этом судом первой инстанции установлено, что невключение антимонопольным органом победителя-уклониста в РНП не свидетельствует об обязанности заказчика возвратить обеспечение заявки на участие в электронном аукционе.

Решение не включать сведения о победителе-уклонисте в РНП вследствие признания антимонопольным органом отсутствия в его действиях недобросовестного поведения или злонамеренного уклонения от заключения контракта не влечет автоматически признание незаконными действий заказчика и оператора электронной площадки по перечислению обеспечения заявки заказчику.

Кроме того, заявитель как участник закупки, принимая решение об участии в процедуре закупки, несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, а также, что уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении действий, осуществленных с указанной целью, так и в их совершении по неосторожности, либо в бездействии, когда участник закупки по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, чем создает условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Выводы:

Несмотря на то, что система «Банк-клиент» получила широкое распространение среди юридических и физических лиц на территории РФ, а формируемый данной системой электронный документ является надлежащим документом, подтверждающим перечисление денежных средств заказчику, в совокупности с возможностью последнего проверить фактическое наличие поступления указанных денежных

средств, распечатанные электронные платежные поручения в силу норм [Закона № 44-ФЗ](#) являются лишь копиями платежных поручений, которые также необходимо заверять банком.

На основании изложенного полагаем целесообразным участникам закупок вплоть до внесения соответствующих поправок в [Закон № 44-ФЗ](#) предоставлять либо оригиналы платежных поручений (в том числе в электронной форме, заверенной электронной подписью уполномоченного должностного лица банка), либо копии платежных поручений, распечатанных из системы «Банк-клиент» и заверенных банком.

Обеспечение исполнения контракта не может быть изменено до заключения контракта, при этом сам факт замены обеспечения исполнения контракта неразрывно связан с процессом его уменьшения пропорционально сумме выполненного обязательства, однако является правом заказчика, а не обязанностью.

1.3. Обеспечение третьими лицами в контрактной системе

В судебной практике довольно часто встречаются споры о праве третьих лиц вносить обеспечение заявок участников закупок, которые заинтересованы не только в участии, но и в заключении контракта. Ввиду отсутствия четкого правового регулирования данного вопроса нормами [Закона № 44-ФЗ](#), а также ранее действующего и утратившего силу с 01.01.2014 [Закона № 94-ФЗ](#) многие заказчики считают неисполненной обязанность участника закупки по внесению обеспечения заявки или исполнения контракта в случае, если такое обеспечение вносится не самим лицом, подавшим заявку, или победителем закупки.

Подобный вывод основывался на том, что внесение обеспечения третьими лицами правомерно только тогда, когда возможность такого обеспечения предусмотрена условиями извещения или документации о закупке, а правоотношения между участником закупки и третьим лицом надлежащим образом оформлены в соответствии с требованиями гражданского законодательства и соответствуют ГК РФ. Подобные доводы нашли свое отражение в Постановлении ФАС Центрального округа от 20.06.2007 № А14-6332-2006/323/5 и в Определении ВАС РФ от 18.10.2007 № 12960/07 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ.

Вместе с тем заказчик вправе устанавливать в извещении и документации о закупке только те требования, которые прямо предусмотрены [Законом № 44-ФЗ](#), в противном случае органом, уполномоченным на осуществление контроля в сфере закупок, может быть вменено нарушение в части установления излишних требований к участнику закупки, способных привести к ограничению конкуренции. Данная правовая позиция нашла подтверждение в [Постановлении](#) ФАС Северо-Западного округа от 17.05.2011 по делу № А66-6425/2010.

В настоящее время заказчик не вправе устанавливать ни возможность внесения обеспечения третьими лицами, ни запрет на подобные действия.

С нашей точки зрения, обеспечение заявки на участие в закупке равно как и обеспечение исполнения контракта в отношении победителя закупки невозможно третьими лицами согласно действующим нормам [Закона № 44-ФЗ](#). Однако судебная практика складывалась не столь однозначно.

Внесение обеспечения третьими лицами возможно в рамках [Закона № 94-ФЗ](#)

В соответствии с [ч. 1 ст. 313 ГК РФ](#) исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом.

В случаях обращения взыскания заказчиком на обеспечение, предоставленное третьими лицами, у последних в силу [ч. 5 ст. 313 ГК РФ](#) возникают права кредитора по обязательству согласно [ст. 387 ГК РФ](#).

[Ч. 5 ст. 448 ГК РФ](#) (в редакции Федерального закона от 08.03.2015 № 42-ФЗ) установлено,

что участники торгов вносят задаток в размере, в сроки и в порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их. При заключении договора с лицом, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору. Если иное не установлено законом, обязательства организатора и участников торгов по заключению договора по результатам торгов могут обеспечиваться независимой гарантией.

Согласно требованиям [ч. 6 ст. 447 ГК РФ](#) (в редакции Федерального закона от 08.03.2015 № 42-ФЗ) правила, предусмотренные ст. 448 ГК РФ, применяются также к торгам, проводимым в целях заключения договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг или приобретение имущественных прав, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений.

Согласно требованиям [ст. 96 Закона № 44-ФЗ](#) исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям [ст. 45 Закона № 44-ФЗ](#), или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством РФ учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц. Контракт заключается после предоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в соответствии с [Законом № 44-ФЗ](#). В случае непредоставления участником закупки, с которым заключается контракт, обеспечения исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта, такой участник считается уклонившимся от заключения контракта.

Следует ли из [Закона № 44-ФЗ](#) обязанность участника закупки лично перечислить средства в качестве обеспечения заявки на участие в закупках, обеспечения исполнения договора или же возможно участие третьих лиц?

Разъяснения Минэкономразвития России и ФАС России, содержащие прямое указание на то, что обеспечение исполнения контракта должно быть исполнено (внесено) лично участником закупки, отсутствуют.

Так, например, в совместном письме Минфина России от 01.07.2014 № 02-01-09/31807 и Федерального казначейства от 01.07.2014 № 42-74-05/57-400 указан лишь порядок учета поступающих денежных средств в качестве обеспечения заявок на участие в закупках без конкретизации, от кого и с каких счетов.

В [письме](#) Минэкономразвития России от 19.09.2014 № Д28и-1893 изложено мнение, что в [Законе № 44-ФЗ](#) возможность третьего лица предоставлять обеспечение исполнения контракта вместо участника закупки не предусмотрена. Вместе с тем указанное мнение не противоречит изложенной в настоящей работе правовой позиции, тем более, что согласно ч. 2 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации письма федеральных органов исполнительной власти не являются нормативными правовыми актами.

С одной стороны, ГК РФ и [Закон № 44-ФЗ](#) допускают возможность исполнения обязательства должника третьим лицом (в части обеспечения заявки на участие в закупке и обеспечения исполнения контракта) при условии, если эта обязанность должника не должна быть исполнена им лично. Перечисление денежных средств третьими лицами в обеспечение заявки не является нарушением, поскольку в платежных документах содержались данные об обеспечении заявки участника закупки. Указанная правовая позиция подтверждается не только [решением](#) Комиссии ФАС России от 12.09.2012 по делу № К-1746/12, но и Постановлением ФАС ВСО от 18.02.2008 по делу

№ А33-10911/2007-Ф02-246/2008, Постановлением 3 ААС от 28.08.2008 по делу № А33-10911/2007-03АП-1810/2008.

Как вариант – между победителем закупки и третьим лицом (третьими лицами) может быть заключен договор займа, по условиям которого заимодавец перечисляет (заимодавцы перечисляют) денежные средства не победителю, а заказчику на расчетный счет, указывая в платежном поручении то назначение платежа, которое предусмотрено извещением о закупке. Таким образом, участник закупки исполняет обязанность по обеспечению заявки на участие в закупке. К заявке на участие в закупке следует приложить не только платежное поручение о перечислении, но и заверенную копию договора займа. При этом ошибочным являются доводы о незаключении договора займа вследствие того, что денежные средства заимодавцем (заимодавцами) не были переданы заемщику (непосредственно участнику закупки) в силу требований [ст. 807 ГК РФ](#). Суд считает, что положения [ст. 807 ГК РФ](#) не ограничивают участников гражданско-правовых отношений, вытекающих из договора займа, в выборе способа передачи денежных средств заемщику по договору. Передача займа путем перечисления на расчетный счет третьего лица в счет исполнения обязательства заемщика перед третьим лицом не противоречит действующему законодательству и может расцениваться как один из способов исполнения заимодавцем своих обязательств по передаче денежных средств заемщику. Поэтому в силу [ч. 1 ст. 313 ГК РФ](#) заказчик обязан принять такое исполнение.

Возможность перечисления обеспечения заявки третьими лицами может быть легальна, поскольку основанием для отклонения участника закупки является отсутствие документа, подтверждающего факт внесения обеспечения, а не внесение такого обеспечения третьим лицом, подтверждается [решением](#) АС города Москвы от 01.11.2008 по делу № А40-45493/08-79-405, оставленным без изменений апелляционной и кассационной инстанциями, [определением](#) № ВАС-8056/2009 отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в надзорной инстанции и решением АС города Москвы от 24.01.2013 по делу № А40-143472/2012.

[Решение](#) Коми УФАС России от 27.03.2014 по делу № 04-02/2548 содержит правовую позицию антимонопольного органа, согласно которой заказчик не вправе признавать уклонившимся победителя закупки, предоставившего обеспечение исполнения контракта от третьего лица.

Вместе с тем содержание судебных актов кардинально изменилось в рамках [Закона № 44-ФЗ](#).

Внесение обеспечения третьими лицами в рамках [Закона № 44-ФЗ](#) не допускается

Согласно решению АС Камчатского края от 11.08.2015 по делу № А24-1306/2015, оставленному без изменения судом апелляционной инстанции (постановление от 24.09.2015), обеспечение заявки на участие в закупке третьими лицами не допускается.

Суды, исходя из буквального толкования норм [Закона № 44-ФЗ](#), пришли к выводу, что обеспечение предоставляется исключительно и непосредственно участником закупки. Возможность предоставления обеспечения заявки иным лицом указанными нормами не предусмотрена. Данный способ не отвечает требованиям безотзывности денежных средств (банковской гарантии), надежности лица, которое их внесло, а также иным требованиям, установленным [ч. 2 ст. 45 Закона № 44-ФЗ](#). Если участник закупки не может внести обеспечение заявки на участие в конкурсе самостоятельно, он вправе предоставить банковскую гарантию.

Порядок заключения и исполнения договора банковского счета установлен [гл. 45](#) ГК РФ. Согласно [ч. 1 ст. 845](#) ГК РФ по договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. Банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное ([ст. 848](#) ГК РФ).

Согласно [ч. 1 ст. 845](#) ГК РФ списание денежных средств со счета осуществляется банком на основании распоряжения клиента. В соответствии с [п. 2.14 Положения](#) о правилах осуществления перевода денежных средств, утвержденного Банком России 19.06.2012 № 383-П, отзыв распоряжения осуществляется до наступления безотзывности перевода денежных средств. Отзыв распоряжения, переданного в целях осуществления перевода денежных средств по банковскому счету, осуществляется на основании заявления об отзыве в электронном виде или на бумажном носителе, представленного отправителем распоряжения в банк.

Банк не позднее рабочего дня, следующего за днем поступления заявления об отзыве, направляет отправителю распоряжения уведомление в электронном виде или на бумажном носителе об отзыве с указанием даты, возможности (невозможности в связи с наступлением безотзывности перевода денежных средств) отзыва распоряжения и проставлением на распоряжении на бумажном носителе штампа банка и подписи уполномоченного лица банка.

Заявление об отзыве служит основанием для возврата (аннулирования) банком распоряжения.

Учитывая вышеуказанные нормы, суды пришли к выводу, что платежное поручение об оплате обеспечения может быть отозвано лицом, осуществившим перевод денежных средств за участника закупки, т.е. данное платежное поручение не является безотзывным.

Участник закупки, который подал заявку на участие в конкурсе (аукционе) и который внес обеспечение заявки самостоятельно, не заинтересован в отзыве распоряжения о перечислении денежных средств, поскольку заинтересован в том, чтобы участвовать в конкурсе (аукционе) и победить в нем. Однако у лица, которое не является участником закупки, такой интерес отсутствует, а в связи с этим отсутствуют и какие-либо факторы, ограничивающие его от отзыва распоряжения о перечислении денежных средств со своего счета в обеспечение заявки другого лица - участника закупки в том случае, если он в процессе хозяйственных отношений с этим лицом посчитал необходимым вернуть принадлежавшие ему денежные средства (например, если установил факт ненадлежащего исполнения этим лицом условий договора) либо по иным причинам решил произвести возврат денежных средств. При этом заказчик, учитывая, что указанное лицо не является участником аукциона, будет обязан произвести возврат денежных средств в силу отсутствия правовых оснований на их удержание.

В любом случае заказчик не обязан вникать в правоотношения между участником закупки и его контрагентом, перечислившим за участника закупки денежные средства в обеспечение заявки на участие в конкурсе. В связи с этим законодателем четко определен перечень лиц, имеющих право вносить обеспечение заявки на участие в конкурсе, и этот перечень органичен участником закупки и банком, соответствующим требованиям, установленным [Законом № 44-ФЗ](#). В силу изложенного фактическая оплата обеспечения иным лицом за участника указанного конкурса не может являться основанием для допуска такого участника к участию в конкурсе.

Доводы антимонопольного органа о том, что факт перечисления обеспечения заявки за участника иным лицом не несет для заказчика каких-либо негативных последствий, а также то, что участник закупки обеспечил поступление денежных средств в необходимом размере на счет заказчика, чем подтвердил свое намерение бороться за заключение контракта, и заказчику, конкурсной комиссии была известна информация, за какого именно участника поступили денежные средства в качестве обеспечения заявки, судами отклонены, как предположительные и не имеющие правового значения для рассмотрения настоящего дела.

Выводы:

До момента внесения уточнений законодателем в [Закон № 44-ФЗ](#) в части возможности заказчика устанавливать запрет на внесение обеспечения заявки на участие в закупке, обеспечения исполнения контракта заказчик не обязан принимать такие обеспечения.

Вместе с тем рекомендуем заказчикам в случае непредоставления участником закупки в заявке копии договора займа, поручения в части внесения соответствующего обеспечения в возможно кратчайшие сроки обратиться к юридическому (физическому) лицу, внесшему такое обеспечение, о фактическом (документарном в адрес заказчика) подтверждении совершенных действий либо отклонить заявку участника по причине непредоставления обеспечения. Аналогичные действия при заключении контракта и внесении обеспечения исполнения контракта третьими лицами прямо не запрещены, однако не нашли подтверждения в судебной практике.

1.4. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств в контрактной системе

Риски неисполнения или ненадлежащего исполнения стороной договора принятых на себя обязательств представляли и продолжают представлять одну из важнейших проблем договорных отношений, особенно в части реализации государственных и муниципальных закупок. Законодательством РФ легально установлены разнообразные инструменты, способствующие устранению либо минимизации неблагоприятных последствий, которые могут возникнуть в процессе реализации обязательств гражданско-правового характера. Основа обеспечительных мер исполнения обязательств представлена в [главе 23 ГК РФ](#).

В силу [статьи 368 ГК РФ](#) банковская гарантия представляет собой способ обеспечения обязательств, при котором банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. В зависимости от условий уплаты бенефициару денежной суммы можно различать гарантию по первому требованию (безусловную), где платеж производится по первому письменному требованию бенефициара в соответствии с условиями гарантии, и условную гарантию, где гарант также должен произвести платеж в соответствии с условиями гарантии по письменному требованию бенефициара, но уже сопровождаемому документами, доказывающими или

подтверждающими неисполнение (ненадлежащее исполнение) принципалом своих обязательств.

В [Законе № 94-ФЗ](#) отсутствовали четкие требования к содержанию банковской гарантии, данные требования содержатся в ГК РФ. Отсутствие четких требований к содержанию банковской гарантии дало возможность заказчикам по-своему трактовать условия банковской гарантии и отказывать в заключении контрактов по основаниям, имеющим субъективный характер.

Содержание банковской гарантии – одна из распространенных тем для споров при заключении и исполнении контрактов. Начиная с 2013 года стала формироваться арбитражная практика.

Банк обязан платить по требованию и представленным заказчиком доказательствам (даже если отсутствует оригинал банковской гарантии)

[Решением](#) АС города Москвы от 10.07.2013 по делу № А40-44874/2013, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 07.10.2013) и кассационной (постановление от 20.01.2014) инстанций, подтверждена обязанность банка выплатить сумму по выданной банковской гарантии в случае невыполнения обязательств принципалом по контракту.

Отказ банка после направления заказчиком оригинала банковской гарантии с прилагаемыми документами послужил основанием для обращения в суд в отсутствие у заказчика оригинала банковской гарантии.

Доводы банка о неназначении судебной экспертизы с целью проверки достоверности сделанного им заявления о фальсификации доказательств отклонены судами как необоснованные с учетом того, что нормы [ст. 161 АПК РФ](#) не устанавливают безусловной обязанности суда назначить экспертизу при наличии заявления участвующего в деле лица о фальсификации доказательства (в силу [п. 1 ст. 82 АПК РФ](#) назначение экспертизы является правом, а не обязанностью суда). Данная норма не носит императивного характера, а предусматривает рассмотрение ходатайства и принятие судом решения об удовлетворении либо отклонении ходатайства.

Кроме того, суд при проверке обоснованности заявления о фальсификации доказательств обязал ответчика совершить все необходимые действия для проведения экспертизы, в том числе представить подлинник банковской гарантии, который, как установлено судом и не оспаривается ответчиком, был направлен заказчиком банку при предъявлении требования о выплате суммы по банковской гарантии. Неоднократные требования суда о предоставлении подлинной банковской гарантии банком не выполнены.

Довод банка в кассационной жалобе о том, что судом не принято во внимание изъятие у банка ранее подлинной банковской гарантии, не принимается судом кассационной инстанции, как неосновательный. Суд первой инстанции указал на непредставление банком доказательств отсутствия у него подлинной банковской гарантии.

Согласно [ст. 71 АПК РФ](#) суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами. Никакие

доказательства не имеют для арбитражного суда заранее установленной силы.

Исследовав и оценив доводы лиц, участвующих в деле, и собранные по делу доказательства в соответствии с требованиями [ст. 67, 68, 71 АПК РФ](#), в том числе информационное письмо банка, подтверждающее факт предоставления банковской гарантии в пользу заказчика в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по контракту, правомерно применив нормы материального права, суды первой и апелляционной инстанций правильно определили правовую природу спорных правоотношений, с достаточной полнотой выяснили имеющие значение для дела обстоятельства и пришли к правильному выводу об удовлетворении заявленных требований.

Содержание и форма банковской гарантии

Говоря о форме банковской гарантии, необходимо понимать, что ее выдача является ярким примером односторонней сделки, совершаемой путем направления должником кредитору банковской гарантии посредством сети «Интернет». И если ранее суды отказывали в признании юридической силы банковской гарантии, выданной посредством электронной передачи документов системы SWIFT, то в настоящее время суды кардинально изменили точку зрения. Так, ВАС РФ в [Постановлении](#) от 23.03.2012 № 14 указал на возможность совершения односторонней сделки, совершаемой путем направления должником кредитору банковской гарантии посредством почтовой, электронной или любой иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего такую одностороннюю сделку. Аналогичная правовая позиция отражена в [Постановлении](#) ФАС Московского округа от 29.03.2012 по делу № А40-63658/11-25-407. [Определением](#) ВАС РФ от 16.12.2013 № ВАС-6040/12 в передаче дела в Президиум ВАС РФ отказано.

8 ААС не согласился с выводами заказчика и в [Постановлении](#) от 29.04.2013 по делу № А70-11134/2012, оставленном без изменения кассационной инстанцией, указал, что неуказание в банковской гарантии всех условий обязательства, обеспеченного гарантией, не является основанием для её оспаривания.

Комиссия УФАС по Тюменской области в [решении](#) от 04.04.2013 по делу № 95 указала следующее: «В Постановлении от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» ВАС РФ указал, что суды не вправе оценивать действительность сделок только с точки зрения наличия или отсутствия у них обеспечительной функции, так как, выдавая и принимая гарантию, гарант и бенефициар действуют своей волей и в своем интересе и они свободны в установлении своих гражданских прав и обязанностей... [Закон № 94-ФЗ](#) не предъявляет специальных требований к содержанию и условиям банковской гарантии. В этой связи несогласие заказчика с отдельными положениями (условиями) банковской гарантии не является достаточным и законным основанием для отказа в заключении контракта». АС Тюменской области в [решении](#) от 03.06.2013 по делу А70-3135/2013, подтвердив данную правовую позицию, отметил, что большая конкретизация документов, в частности, описание документов с указанием конкретных фактов нарушения принципалом своих обязательств по контракту, не требуется согласно нормам ГК РФ о банковской гарантии и [Закона № 94-ФЗ](#). Указание в тексте банковской гарантии на документы, которые необходимо приложить к требованию об уплате, способствует неисполнимости требования. Такие документы зависят от вида допущенного принципалом нарушения.

АС города Москвы [решением](#) от 02.08.2013 по делу А40-38429/2013, исходя из толкования содержания банковской гарантии, признал ее заведомо неисполнимой и, как следствие, ненадлежащим обеспечением исполнения контракта. Установление в качестве обязательного условия для выплаты по гарантии предоставления бенефициаром гаранту письменного согласия принципала с неисполнением/ненадлежащим

исполнением обязательств по контракту, письменного отказа принципала от исполнения обязательств и документа уполномоченного органа о наличии вины принципала в неисполнении обязательств является заведомо невыполнимым, ставит возможность получения денежных средств по гарантии в зависимость от обстоятельств, не зависящих от заказчика. Апогеем всего стало обязательное наличие отметки принципала на уведомлении, подтверждающее его получение. При этом в случае уклонения принципала от ведения письменной переписки с заказчиком, отказа от получения уведомления под подпись, а также в случае отсутствия документа уполномоченного органа заказчик лишается возможности предоставления документов, предусмотренных банковской гарантией.

[Законом № 44-ФЗ](#) предпринята попытка урегулировать данные спорные вопросы, требования к содержанию банковской гарантии установлены более подробно, поэтому уже в [Постановлении](#) ФАС СЗО от 18.06.2014 по делу № А56-54795/2013, чья правовая позиция подтверждена Определением ВС РФ от 27.10.2014 № 307-КГ14-1229, в котором отмечен запрет на установление дополнительных требований к форме и содержанию банковской гарантии, а также порядок ведения и размещения их в реестре неуполномоченными органами или субъектами РФ.

Поддельные банковские гарантии

В период действия [Закона № 44-ФЗ](#) выявлено значительное количество случаев поддельных банковских гарантий. В 2012 году ФАС России издала несколько разъяснений в части определения соответствия представляемого обеспечения исполнения контрактов.

Получение заказчиком информации о том, что лицом, с которым заключается контракт, представлено ненадлежащее обеспечение (поддельная банковская гарантия), является основанием для признания такого лица уклонившимся от заключения контракта с последующим рассмотрением вопроса о включении сведений о нем в РНП.

В случае выявления фактов представления поддельных банковских гарантий заказчик направляет соответствующие материалы в правоохранительные органы для рассмотрения вопроса о возбуждении уголовного дела. Кроме того, в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 05.11.2013 № 1123/13 по делу № А40-35039/11-8-304 указано, что очевидный факт подделки банковской гарантии согласно международной коммерческой практике дает гаранту право отказаться от платежа.

Ответственность за подлинность и достоверность представленных документов об обеспечении исполнения контракта несет участник размещения заказа. Во избежание неблагоприятных для себя последствий (потери контракта, включения сведений в РНП, утраты обеспечения заявки на участие в торгах) участникам размещения заказа рекомендуется до представления документов заказчику осуществлять проверку документов гаранта на предмет их соответствия законодательству, а также выбирать надежные источники финансового обеспечения. Уместна позиция, отраженная в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 № 15658/09 по делу № А60-13159/2008-С8, согласно которой при осуществлении субъектами предпринимательской деятельности выбора контрагентов по условиям делового оборота оцениваются не только условия сделки и коммерческая привлекательность, но и деловая репутация, платежеспособность контрагента, а также риск неисполнения обязательств, наличие у контрагента необходимых ресурсов (производственных мощностей, технологического оборудования, квалифицированного персонала) и соответствующего опыта.

ФАС России [письмом](#) от 22.04.2013 № АЦ/15888/13 в рамках действия [Закона № 94-ФЗ](#) разъяснила порядок действий заказчика в отношении проверки подлинности банковской гарантии. Контролирующим органом определено, что банковская гарантия,

используемая в качестве обеспечения исполнения контракта, должна соответствовать требованиям, установленным параграфом 6 гл. 23 ГК РФ. При представлении победителями торгов банковских гарантий заказчикам в сроки, установленные законодательством РФ о размещении заказов, рекомендовано направить в банк для подтверждения выдачи представленной банковской гарантии соответствующие документы победителя торгов. Также заказчикам рекомендовано в случае выявления несоответствия документов об обеспечении исполнения контрактов предложить победителю торгов предоставить новое обеспечение исполнения контракта в сроки, установленные законодательством РФ о размещении заказов.

Заказчики стали пользоваться данной рекомендацией. Например, АС Свердловской области в решении от 13.04.2012 по делу № А60-14479/2012, оставленном без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, поддержал заказчика и контролирующий орган о признании уклонившимся от заключения контракта победителя размещения заказа, представившего банковскую гарантию, приобретенную по почте посредника, найденного в сети Интернет. Суды всех инстанций пришли к выводу, что победитель при приобретении банковской гарантии через посредника действовал неосмотрительно и не предпринял всех надлежащих мер с целью исключения возможности наступления для него неблагоприятных последствий. [Определением](#) ВАС РФ от 20.12.2012 № ВАС-16740/12 в передаче дела № А60-14479/2012 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора было отказано.

ФАС России, развивая тему противодействия заказчиков поддельным банковским гарантиям, изготовила [письмо](#) от 18.12.2012 № ИА/42795/12, в котором перечислила признаки подделок банковских гарантий:

- контактные данные (телефоны, контакты ответственного лица, электронная почта), указанные на банковской гарантии, не совпадают с официальными контактами банка, указанными на официальном сайте данного банка;
- приложения к банковским гарантиям – верификационные письма содержат в себе также подложные контактные сведения о лицах, уполномоченных банком на подтверждение банковской гарантии;
- подписи должностных лиц банков выполнены нечетко, неуверенным почерком;
- оплата услуг по получению банковской гарантии поставщиком всегда происходит не на расчетный счет банка, а на счет платежного агента – юридического лица, фактически не связанного с деятельностью банка.

ФАС России также акцентировала внимание на то, что проверить подлинность банковской гарантии можно только путем направления заказчиком официального запроса (с указанием номера гарантии, срока, суммы, наименования принципала, предмета контракта) в адрес головного офиса кредитного учреждения по контактам и адресам, указанным на официальном сайте данного банка, независимо от наличия верификационных писем.

Решением АС Алтайского края от 04.07.2014 по делу № А03-8190/2014 достоверность банковской гарантии поставлена в зависимость от действия (бездействия) участника размещения заказа. Суд подтвердил правомерность включения заказчиком победителя размещения заказа в РНП на основании информационного письма банка о том, что предъявленная заказчику в качестве обеспечения исполнения контракта банковская гарантия не выдавалась.

Суд справедливо отклонил довод победителя размещения заказа о том, что ему не было известно о недостоверности банковской гарантии, так как смысл нормы ч. 11 ст. 41.12 [Закона № 94-ФЗ](#) заключается не в наличии некоего документа об обеспечении исполнения контракта как такового, а в его действительности. Уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении умышленных действий, так и в действиях по неосторожности либо в бездействии. Участник, не принимая мер по

соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, по небрежности создает условия, влекущие невозможность его подписания. Уклонение от заключения контракта было обусловлено субъективными причинами: небрежностью победителя аукциона при подготовке и подаче документов для заключения контракта, выбора посредника в целях получения банковской гарантии.

Принимая решение об участии в процедуре путем подачи заявки, участник размещения заказа несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, предусмотренных [Законом № 94-ФЗ](#), в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие установленным требованиям, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с ним как лицом, признанным победителем.

Победитель, не приняв необходимых и достаточных мер для проверки достоверности банковской гарантии, не выполнил требование ч. 4 ст. 41.12 [Закона № 94-ФЗ](#) о действительном обеспечении контракта.

При этом действия победителя, направленные на предоставление иного вида обеспечения исполнения контракта, суд определил как цель устранить наступившие неблагоприятные последствия в виде включения в РНП, а не действия, направленные на предотвращение таких последствий до предъявления банковской гарантии.

ФАС России подготовила [письмо](#) от 22.04.2013 № АЦ/15888/13 «О позиции ФАС России по вопросу определения соответствия представляемых банковских гарантий в качестве обеспечения исполнения контракта», содержащее следующие основные положения:

- не установлены требования к представляемой участником размещения заказа банковской гарантии;
- заказчику предоставлено право проверки представленной победителем торгов банковской гарантии (путем направления в банк соответствующего запроса).

Действующее законодательство РФ не содержит прямого запрета на использование банковской гарантии в электронной форме, но также не содержит норм, регулирующих гарантии. Пленум ВАС РФ в части рассмотрения вопроса о соблюдении стороной, выдавшей банковскую гарантию, требования закона о письменной форме обязательства гаранта определил, что ГК РФ не запрещает совершение односторонней сделки путем направления должником кредитору по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку ([ст. 156, п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434 ГК РФ](#)). Следовательно, требования [ст. 368 ГК РФ](#) о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ). При этом несоблюдение простой письменной формы банковской гарантии не влечет ее недействительности, а заинтересованные лица вправе приводить письменные и другие доказательства, подтверждающие сделку и ее условия ([п. 1 ст. 162 ГК РФ](#)).

[Постановлением](#) Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 14 поставлена точка в вопросе действительности банковской гарантии. Если из содержания банковской гарантии возможно определить должника по обеспеченному обязательству, указана сумма, подлежащая уплате гарантом по предъявлению бенефициаром соответствующего требования, содержится отсылка к контракту, являющемуся основанием возникновения обязательств принципала перед бенефициаром, либо указан характер обеспеченного обязательства, то требования ГК РФ при выдаче банковской гарантии соблюдены.

Включение в текст банковской гарантии условия о безакцептном списании денежных средств со счета гаранта противоречит положениям параграфа 6 гл. 23 ГК РФ относительно банковской гарантии. [Постановлением](#) Президиума ВАС РФ от 27.02.2001

№ 6437/00 признано незаконным условие банковской гарантии о возможности беспорного (безакцептного) списания средств со счета гаранта. Особо отмечено, что необходимость предъявления письменного требования об уплате денежной суммы гарантом связана с обязанностью последнего проверить обоснованность для использования в последующем своего права на регресс к принципалу. В действующей редакции ГК РФ письменная форма требования закреплена в ст. 374 ГК РФ.

Согласно ч. 3 ст. 45 Закона № 44-ФЗ в тексте банковской гарантии устанавливается условие о беспорном, а не о безакцептном списании бенефициаром денежных средств со счета гаранта.

Сроки и условия действия банковской гарантии

Постановлениями Президиума ВАС РФ от 22.06.1999 № 452/99 и от 15.10.1996 № 2997/96 установлено, что письменное требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана (ст. 374 ГК РФ). Само право на предъявление иска не ограничивается сроком действия гарантии, а сохраняется за бенефициаром в пределах общего срока исковой давности (при условии предъявления требования в пределах действия гарантии).

Согласно требованиям ст. 368, 374 ГК РФ платеж по банковской гарантии совершается на основании письменного требования бенефициара, соответствующего условиям гарантии, а также приложенных документов. При этом безусловным правом гаранта является право отказа в платеже в случае пропуска бенефициаром срока подачи требования по банковской гарантии. Судами всех инстанций по делу № А60-27412/2012 подтверждено, что срок гарантии является пресекательным и не может быть восстановлен, а требование, предъявленное по истечении срока гарантии, не влечет никаких правовых последствий. Определением ВАС РФ от 08.08.2013 № ВАС-7049/13 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ.

Законом № 44-ФЗ установлено, что банковская гарантия, выдаваемая в качестве обеспечения исполнения контракта, должна быть безотзывной. При этом действующее законодательство РФ не запрещает изменять банковскую гарантию. В общих чертах нормы ст. 96 Закона № 44-ФЗ предусматривают возможность изменения в части уменьшения размера обеспечения, однако законодательно алгоритм и порядок такого изменения не установлены, что представляет определенные трудности. Ранее, при действии Закона № 94-ФЗ, ФАС ВСО в Постановлении от 08.09.2011 по делу № А19-4800/2011 поддержал позицию апелляционного суда, указав, что увеличение срока действия банковской гарантии не противоречит сущности обязательства и не нарушает прав бенефициара. При этом суды апелляционной и кассационной инстанций исходили из возможности внесения изменений в банковскую гарантию исключительно в том случае, если такие изменения не ухудшают положения бенефициара.

Отзыв лицензии у банка, выдавшего гарантию, и его последствия

В законодательстве РФ отсутствует легально закрепленный статус банковской гарантии, имеющий весомое значение, как для заказчика, так и для контрагента, в случае отзыва лицензии у банка.

Изначально судебная практика основывалась на том, что выдача банком гарантии является банковской операцией, которая запрещается к осуществлению с момента отзыва банковской лицензии (ст. 5, 20 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»). После отзыва у кредитной организации лицензии

на осуществление банковских операций кредитная организация должна быть ликвидирована. Так как лицензия у банка отозвана, банк не имеет права исполнить обязательство по уплате предусмотренной банковской гарантией суммы при предъявлении бенефициаром соответствующего требования, поэтому у банка обязательства по банковской гарантии прекращаются. Таким образом, после отзыва лицензии банк уже не сможет исполнить свое обязательство перед бенефициаром даже после предъявления последним требования об уплате. Поэтому [Постановлением](#) АС города Москвы от 13.05.2003 по делу № А40-41246/02-29-428, оставленным без изменения [Постановлением](#) ФАС Московского округа от 30.07.2003 № КГ-А40/5144-03, применены нормы ст. 416 ГК РФ о том, что обязательство прекращается невозможностью исполнения, если оно вызвано обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Поэтому невозможность банка исполнить свои обязательства по банковской гарантии автоматически прекращает банковскую гарантию. Как вариант – требование об уплате по банковской гарантии заказчику возможно предъявить в процессе принудительной ликвидации либо банкротства кредитной организации как кредитору.

В ст. 45 [Закона № 44-ФЗ](#) установлен перечень оснований для отказа в принятии заказчиком банковской гарантии, в котором отзыв лицензии у банка не значится. Несмотря на это, существуют определенные риски и со стороны заказчика, и со стороны участников закупки. Самое распространенное основание (формальное), которое часто используют заказчики, – это принятие банковских гарантий, выданных банками, включенными в перечень, предусмотренный [ст. 74.1 НК РФ \(п.п. 1, 6 ст. 45 Закона № 44-ФЗ\)](#). Так как исключение банка из перечня происходит после отзыва лицензии, на момент отказа в принятии гарантии по данному основанию банк формально еще может состоять в перечне.

В случае отзыва у банка лицензии до момента заключения контракта возникает риск признания победителя закупки уклонившимся от заключения контракта по причине непредоставления обеспечения исполнения контракта в срок, установленный для заключения контракта ([п. 5 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#)). Следовательно, если участник закупки станет победителем, но на момент заключения контракта окажется, что банк, выдавший гарантию, в реестре уже не числится, это будет означать, что участник не предоставил надлежащее обеспечение, а значит, уклонился от заключения контракта и может попасть в РНП.

В случае отзыва у банка лицензии после выдачи банковской гарантии это влечет негативные последствия для контрагента, как-то: предоставление нового обеспечения, невозможность взыскания в части вознаграждения гаранта. При этом следует учесть правовую позицию судов:

- [Постановлением](#) 9 ААС от 07.12.2012 по делу № А40-41127/12-141-373 подтверждается право заказчика требовать предоставления нового обеспечения в том случае, если контракт прямо предусматривает такое последствие именно на случай отзыва лицензии у банка-гаранта;
- [Определениями](#) ВАС РФ от 21.06.2013 № ВАС-4125/13 и от 14.06.2013 № ВАС-4130/13 установлено, что если контракт не предусматривает никаких последствий на случай прекращения действия гарантии (в том числе по причине отзыва у банка лицензии), контрагент обязательство по предоставлению обеспечения выполнил и не обязан нести никаких негативных последствий.

Принимая во внимание отсутствие в настоящее время судебной практики по взысканию с банка-гаранта вознаграждения за выданную банковскую гарантию при условии отзыва лицензии (ликвидации банка), рассмотрим [Постановление](#) 9 ААС от 30.03.2005 по делу № А40-23472/04-58-239, в котором суд отказал принципалу в возврате уплаченного вознаграждения (включении соответствующего требования в реестр требований

кредиторов), поскольку условия договора о предоставлении банковской гарантии не предусматривали обязанность гаранта возратить вознаграждение. Суд отметил – истец не требовал возврата суммы неосновательного обогащения. Обратимся к норме, установленной [ст. 369 ГК РФ](#), буквальное толкование п. 2 которой позволяет предположить, что принципал уплачивает банку вознаграждение за сам факт выдачи гарантии (формальный подход). [Определением](#) ВАС РФ от 13.12.2012 № ВАС-16717/12 по делу № А33-1088/2012 установлено, что принципал выплачивает банку вознаграждение только за сам факт выдачи гарантии. А поскольку это обязательство исполнено, то вознаграждение не подлежит возврату, даже если принципал не смог использовать гарантию в течение всего срока ее действия. Суды всех инстанций оценили условия договора о предоставлении банковской гарантии, в котором стороны не предусмотрели и не согласовали основания о возврате вознаграждения в случае досрочного прекращения гарантии. Ниже мы рассмотрим подход судов по аналогичному случаю, но уже в рамках [Закона № 44-ФЗ](#).

Фактический же смысл банковской гарантии предполагает возможность использования в качестве обеспечительной меры в контрактной системе в сфере закупок в течение срока ее действия, а отзыв лицензии у банка фактически позволяет заявить о признаках неосновательного обогащения банка. Поэтому мы не исключаем, что если бы истец изначально в качестве способа правовой защиты избрал требование, основанное на нормах о неосновательном обогащении, то решение суда могло быть диаметрально противоположным.

В том случае, если договором о предоставлении банковской гарантии размер вознаграждения не фиксировался сторонами, а зависел от периода использования банковской гарантии (в процентах от суммы гарантии за каждый день срока ее действия), принципал имеет шансы вернуть часть вознаграждения за период, когда гарантия не использовалась. Например, [Постановлением](#) ФАС СЗО от 22.11.2012 по делу № А56-2614/2012 установлено, что вознаграждение взималось не только за выдачу, но и за использование гарантии. С нашей точки зрения, данный подход возможно применить в случаях невозможности использования гарантии в течение всего срока ее действия по причине отзыва у банка лицензии.

С другой стороны, принципал обязан заплатить за период пользования банковской гарантией вплоть до отзыва лицензии, причем такой оплаты банк может потребовать даже после отзыва лицензии (в рамках дела о банкротстве), так как в данный период до дня вступления в силу решения суда о признании банка банкротом или о его ликвидации банк имеет право получать доходы от ранее проведенных банковских операций и заключенных сделок. Так, ФАС Московского округа в [Постановлении](#) от 13.09.2013 по делу № А40-93249/12-78-261 указал, что с момента отзыва лицензии гарант не может исполнять свои обязательства по банковской гарантии, поэтому не вправе требовать вознаграждения за услугу, исполнение которой невозможно в силу законодательного запрета.

В силу [п. 1 ст. 369 ГК РФ](#) банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). Банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное. Принимая во внимание, что положения [ст. 378 ГК РФ](#) содержат исчерпывающий перечень оснований прекращения банковской гарантии, отзыв лицензии на осуществление банковских операций не является основанием для прекращения действия банковской гарантии.

[Постановлениями](#) 8 ААС от 22.11.2011 № 08АП-8477/11, 9 ААС от 30.05.2012 № 09АП-12910/12 по делу № А40-124796/10-70-597 и ФАС Московского округа от 03.10.2012 по делу № А40-9990/12-138-89 подтверждено, что даже при отзыве лицензии на осуществление банковских операций условия банковской гарантии остаются в силе, обязательства банка по исполнению условий банковской гарантии к иным лицам не

переходят.

Изложенная позиция нашла продолжение в [Постановлении](#) 9 ААС от 29.01.2014 № 09АП-44596/2013-АК по делу № А40-73509/13, в котором суд установил, что отзыв лицензии у банка не является основанием для безусловного и автоматического признания банковской гарантии недействительной.

Отметим [положения Федерального закона](#) от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации», в [ст. 114](#) которого установлено, что в случае отзыва лицензии банк исключается из реестра банков, иных кредитных организаций, обладающих правом выдачи банковских гарантий уплаты таможенных пошлин, налогов, однако такое исключение (в том числе и отзыв лицензии) не является основанием для прекращения выданных им банковских гарантий.

Несмотря на то, что положения вышеуказанного Закона распространяются только на банковские гарантии, обеспечивающие уплату пошлин, сборов и налогов, возникающих при осуществлении внешнеторговой деятельности, полагаем целесообразным распространить данный подход на все банковские гарантии, так как у них одна правовая природа независимо от того, какие обязательства они призваны обеспечить.

Добросовестность гаранта, бенефициара и принципала

Важно отметить проблему добросовестности сторон-участников процесса обеспечения исполнения контракта в форме банковской гарантии. Нередко в практике встречаются случаи злоупотребления правом как гаранта, так и бенефициара. И если первый всегда стремится снизить все возможные потери от кредитных рисков, то последний совсем в этом не заинтересован. Предпосылки подобного злоупотребления правом со стороны бенефициара заключаются в получении денежных сумм по неподтвержденным основаниям.

[Постановлением](#) ФАС СЗО от 06.03.2013 по делу № А56-71324/2011 установлено, что если гаранту стало известно о частичном или полном исполнении, прекращении либо признании недействительным основного обязательства, обеспеченного гарантией, гарант имеет право только лишь приостановить платеж, но не отказать в удовлетворении требования бенефициара.

[Определением](#) ВАС РФ от 19.07.2013 № ВАС-8626/13 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ. При этом отмечено, что согласно п. 4 Информационного [письма](#) Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования гаранту, суд вправе отказать в удовлетворении требований бенефициара на основании [ст. 10 ГК РФ](#), так как бенефициар получил уже оплату выполненного обязательства по контракту.

Наличие до недавнего времени (до 01.06.2015) в действующем законодательстве РФ неоднозначных и неконкретных формулировок, отсутствие ряда положений, регулирующих процессы выплат по банковским гарантиям, позволяют гаранту злоупотреблять правом, затягивать процесс и сроки выплат.

Уплата контрагентом неустойки по контракту не освобождает банк от выплаты заказчику суммы по банковской гарантии

Суды апелляционной (постановление от 18.01.2013) и кассационной (постановление от 06.05.2013) инстанций по делу № А40-115471/2012 признали не соответствующим закону вывод АС города Москвы о том, что при реализации одного из видов ответственности в отношении должника (исполнителя по контракту) в виде взыскания неустойки другой вид ответственности за то же самое нарушение в отношении должника применен быть не может, поскольку третье лицо может понести двойную ответственность за нарушение обязательства. Банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом обязательств перед бенефициаром (основного обязательства). [Ст. 370 ГК РФ](#) содержит принцип независимости банковской гарантии – предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на основное обязательство, а основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии.

Кассационная инстанция согласна и с доводами апелляционного суда о том, что как закон, так и судебная практика не связывает возможность признания действий бенефициара, требующего выплаты по банковской гарантии, злоупотреблением правом, с такими обстоятельствами, как наличие информированности бенефициара о прекращении основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением до предъявления письменного требования к гаранту ([п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 27](#)). Пределы обязательства гаранта перед бенефициаром установлены ст. 377 ГК РФ, согласно которой предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия, и прекращается окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана. Иные основания прекращения банковской гарантии, в том числе прекращение основного обязательства, законом не предусмотрены. Суды правильно установили, что неисполнение основного обязательства, на основании которого было предъявлено требование по банковской гарантии, имело место в период действия банковской гарантии, а требование бенефициара представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

Исключен довод возможной двойной ответственности третьего лица за нарушение обязательств. Во-первых, довод носит предположительный характер, во-вторых, оплаченная исполнителем неустойка не соразмерна сумме, на которую выдана банковская гарантия, тем более, что при предъявлении иска истец уменьшил требования на сумму полученной неустойки. При этом гражданское законодательство не содержит каких-либо ограничений в выборе способов обеспечения обязательств по гражданско-правовым договорам.

Также судами отмечено, что в случае установления злоупотреблений и незаконных действий как при заключении контракта, так и при подписании соглашения и выдаче банковской гарантии стороны вправе защитить свои права в рамках иных дел, в том числе уголовных.

Уплата контрагентом неустойки по контракту не освобождает банк от выплаты заказчику суммы по банковской гарантии

Решением АС города Москвы от 27.11.2014 по делу № А40-122484/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 24.02.2015) и кассационной (постановление от 27.05.2015) инстанций, пришли к выводу, что сумма, полученная заказчиком сверх установленного судом размера неустойки за допущенное истцом нарушение обязательства по контракту (одновременно и по банковской гарантии и неустойка по контракту), представляет собой неосновательное обогащение. Суды руководствовались положениями [ст. 329, 330, 333, 368, 369, 370, 376, 377, 421, 1102, 1103 ГК РФ](#), п. 1 ст. 105 Закона № 44-ФЗ и исходили из исполнения контрагентом обязательств по контракту и факта возмещения им третьему лицу уплаченной заказчику суммы банковской гарантии.

[Определением](#) ВС РФ от 27.08.2015 № 305-ЭС15-9585в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Заказчик не обязан устанавливать факт неисполнения обязательства по контракту для взыскания средств обеспечения, покрытого банковской гарантией

Решением АС города Москвы от 10.07.2015 по делу № А40-26782/2015, оставленным без изменения судом апелляционной ([постановление от 08.10.2015](#)) инстанции, подтверждена правовая позиция заказчика об отсутствии необходимости доказывания наличия нарушения подрядчиком сроков выполнения работ.

Судами установлен факт надлежащего исполнения банком требования о выплате банковской гарантии. В то же время в силу независимости банковской гарантии, предусмотренной в том числе [ст. 368, 370 ГК РФ](#), суд для удовлетворения требования о взыскании банковской гарантии не должен устанавливать факт неисполнения принципалом своего обязательства, в данном случае – своевременного выполнения работ.

С учетом независимости банковской гарантии бенефициару может быть отказано в случае злоупотребления правом при заявлении о выплате банковской гарантии, в том числе, когда бенефициар знает об отсутствии обеспечиваемого (основного) обязательства.

При рассмотрении настоящего спора заказчик заявлял о неисполненном обязательстве подрядчика по выплате неустойки, в связи с чем оснований для отказа заказчику в иске на основании [ст. 10 ГК РФ](#) не имеется. Также банк ссылаясь в жалобе на несоответствие представленного требования о платеже по банковской гарантии ее условиям, в нарушение п. 2.5 банковской гарантии приложенные к требованию документы были заверены не уполномоченным на то лицом, представленный контракт не содержал всех дополнений и приложений к нему. Согласно пункту 2.5 гарантии к требованию бенефициара прикладываются копии следующих документов: документы, подтверждающие полномочия лица, подписавшего требование; контракт со всеми

приложениями и дополнениями к нему; документы, подтверждающие предварительное обращение к принципалу с соответствующим требованием; документы, подтверждающие уведомление бенефициаром принципала о ненадлежащем исполнении условий контракта.

Суд первой инстанции установил, что требование заказчика о выплате банковской гарантии было оформлено в полном соответствии с условиями гарантии, к нему были приложены все необходимые документы, указанные в пункте 2.5 гарантии. Таким образом, заказчик не обязан доказывать факт нарушения подрядчиком сроков выполнения работ.

Кроме того, суды сочли, что в случае необходимости предоставления иных документов банк, выдавая гарантию, имел все возможности для указания таких документов в тексте гарантии.

Денежные средства за выдачу банковской гарантии, не принятой заказчиком, банком принципалу не возвращаются

Постановлением 9 ААС от 30.09.2015 по делу № А40-32526/2015 определено, что сумма, выплаченная банку принципалом за выдачу банковской гарантии, не возвращается в случае непринятия такой гарантии заказчиком по основаниям, предусмотренным законодательством о контрактной системе в сфере закупок.

Судами отклонены доводы принципала, фактически сводящиеся к тому, что банк не исполнил обязательство, поскольку представил ничтожные документы, в связи с чем у последнего возникло неосновательное обогащение. Документальных доказательств фальсификации банковской гарантии принципал не представил, соответствующих заявлений не поступило. Следовательно, банковская гарантия получена истцом, доказательств иного не представлено, факт неоказания услуг не доказан.

Вознаграждение, уплаченное банку за выдачу банковской гарантии, не может расцениваться как неосновательное обогащение, поскольку в соответствии с **п. 1 ст. 1102 ГК РФ** лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), за исключением случаев, предусмотренных **ст. 1109 ГК РФ**. Согласно **ст. 1103 ГК РФ**, поскольку иное не установлено ГК РФ, другими законами или иными правовыми актами и не вытекает из существа соответствующих отношений, правила подлежат применению также к требованиям:

1. о возврате исполненного по недействительной сделке;
2. об истребовании имущества собственником из чужого незаконного владения;
3. одной стороны в обязательстве к другой о возврате исполненного в связи с этим обязательством;
4. о возмещении вреда, в том числе причиненного недобросовестным поведением обогатившегося лица.

Денежные средства получены банком по основанию, установленному заключённым договором о предоставлении банковской гарантии, в виде вознаграждения за выдачу банковской гарантии; своё обязательство по сделке – выдать банковскую гарантию банк исполнил надлежащим образом; договор о предоставлении банковской гарантии расторгнут, не признан в установленном порядке незаключённым или

недействительным, в связи с чем сумма вознаграждения за выдачу банковской гарантии приобретена и удерживается банком по основанию, установленному сделкой.

Выводы:

Отзыв лицензии банка на осуществление банковских операций не является основанием для прекращения действия банковской гарантии. Обязательства банка уплатить кредитору принципала (бенефициару) денежную сумму при предъявлении бенефициаром соответствующего требования не прекращаются. Однако требования бенефициара к банку могут быть заявлены в процессе принудительной ликвидации либо банкротства кредитной организации.

Участникам закупок, оформляющим обеспечение в форме банковской гарантии, в целях минимизации финансово-правовых рисков в договоре о предоставлении такой гарантии следует указывать не фиксированный размер вознаграждения, а в процентах от суммы гарантии за каждый день срока ее действия. Кроме того, предусмотреть и согласовать основания о возврате вознаграждения в случае досрочного прекращения банковской гарантии.

Заказчикам в проекте контракта в целях минимизации финансовых рисков следует предусмотреть обязанность контрагента предоставить новое обеспечение в случае прекращения действия гарантии (в том числе по причине отзыва у банка лицензии).

Заказчику не нужно обосновывать причины и доказывать факт неисполнения контрагентом обязательств по контракту – достаточно указать, что срок исполнения обязательства истек, а обязательство не выполнено.

1.5. Расчет и обоснование НМЦК

Законодателем введена обязанность заказчика не только устанавливать в извещении и документации о закупке НМЦК, но и публично приводить ее расчет и обоснование. Указанная информация может быть использована всеми заинтересованными лицами. Для настоящего параграфа характерны споры, возникающие в процессе объема и содержания сведений о НМЦК.

Указание в документации коммерческих предложений без обоснования цены контракта со ссылкой на информацию или расчеты не соответствует требованиям Закона № 94-ФЗ

Решением АС Хабаровского края от 27.11.2011 по делу № А73-9161/2011, оставленным без изменения Постановлением 6 ААС от 06.12.2011, подтверждено право заказчика не раскрывать в документации о закупке конкретные источники получения ценовой информации. По мнению антимонопольного органа, использование в качестве источников информации таких терминов, как предложение № 1 (28000000), предложение № 2 (25000000), предложение № 3 (26000000), не является источником

информации в понимании положений [Закона № 94-ФЗ](#), поскольку не содержит обоснования цены контракта.

В свою очередь заказчик указал на то, что размещение в составе документации для всеобщего обозрения ценовых предложений потенциальных участников размещения заказа создает условия для предварительного ценового сговора возможных участников перед подачей заявок, а также определенные преимущества иным участникам при подаче ценового предложения, так как они заранее, до начала процедуры будут осведомлены о ценах потенциальных участников заказа. Таким образом, «анонимное» указание источников ценовой информации не противоречит нормам [Закона № 94-ФЗ](#).

Вместе с тем ФАС Дальневосточного округа [Постановлением](#) от 07.03.2012 № Ф03-373/2012 отменил акты первой и апелляционной инстанций. Суд кассационной инстанции установил, что указание уполномоченным органом в документации трех коммерческих предложений, в соответствии с которыми установлена НМЦК без обоснования цены контракта со ссылкой на информацию или расчеты о ценах товаров, работ, услуг, не соответствует требованиям ст. 19.1 Закона № 94-ФЗ. Наличие трех коммерческих предложений, из которых сформирована цена контракта по одному из них, свидетельствует не об обосновании цены контракта, в том смысле, в котором законодатель придает значение положениям [ст. 19.1](#) Закона № 94-ФЗ, а о выборе уполномоченным органом наименьшей цены, предложенной определенным хозяйствующим субъектом, что не отвечает целям регулирования Закона № 94-ФЗ. [Определением](#) ВАС РФ от 16.04.2012 № ВАС-4161/12 в передаче дела в Президиум ВАС РФ отказано.

В развитие данной позиции ВАС РФ в решении АС Омской области от 29.08.2011 по делу № А46-8744/2011, оставленном без изменения Постановлением 8 ААС от 23.11.2011, указано, что при обосновании НМЦК источники информации о ценах должны быть общедоступны для всех заинтересованных в размещении заказов лиц и проверяемы, то есть размещены на сайте вместе с документацией. Кроме того, обязанность заказчика по обоснованию НМЦК не исчерпывается исключительно указанием источника такого обоснования, так как должна включать также расчет цены контракта – по сути, арифметический способ ее получения.

Несколько иначе повернулся вектор судебных актов по раскрытию ценовой информации к началу 2012 года. Решением АС Челябинской области от 30.12.2011 по делу № А76-17508/2011, оставленным без изменений апелляционной и кассационной инстанциями, установлено, что [Закон № 94-ФЗ](#) не ограничивает заказчика в способах определения НМЦК, а устанавливает только необходимость указания ее обоснования. Судами установлено и материалами дела подтверждено, что поставщики-информаторы цен в целях предотвращения сговора между участниками обозначены без возможности их идентификации, а информация о таких поставщиках находится у заказчика. Поэтому заказчик выполнил все требования законодательства в части обоснования НМЦК, а отсутствие поименованных поставщиков в расчете НМЦК не нарушает прав и законных интересов участников размещения заказа.

НМЦК, полученная исключительно от одного потенциального поставщика, является достаточной и обоснованной

К такому выводу пришел АС Приморского края в [решении](#) от 19.09.2011 по делу № А51-12047/2011, оставленном без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций. Заказчик указал, что единственное коммерческое предложение, полученное от постоянного контрагента, не создает на рынке поставки периодической печатной

продукции для него привилегированных условий и дополнительных ограничений конкуренции. Является достаточным и отражает полностью объективную ситуацию на рынке.

Довод о несоответствии предложенной заказчиком цены уровню рыночных цен, сложившихся на рынке поставки периодических печатных изданий, и ее занижении, что явилось препятствием для участия заявителя в аукционе по причине отсутствия экономического эффекта, правомерно отклонен судами как противоречащий целям размещения заказа.

Основной задачей [Закона № 94-ФЗ](#) является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов. А документация разработана исходя из потребностей, специфики деятельности заказчика с учетом обеспечения наиболее эффективного использования бюджетных средств и содержала необходимую информацию для потенциальных участников аукциона, а также источник ее получения.

Указания в документации при обосновании НМЦК только лишь адреса портала, где была взята ценовая информация, недостаточно

Информацией о ценах товаров, работ, услуг, являющихся предметом заказа, могут быть данные государственной статистической отчетности, официальный сайт, реестр контрактов, информация о ценах производителей, общедоступные результаты изучения рынка, исследования рынка, проведенные по инициативе заказчика, уполномоченного органа, в том числе по контракту или гражданско-правовому договору, и иные источники информации. Решением АС Приморского края от 30.03.2012 по делу № А51-22790/2011, оставленным без изменения Постановлением 5 ААС от 04.07.2012, установлена недостаточность указания в конкурсной документации при обосновании НМЦК адреса портала (гиперссылки), особенно в тех случаях, когда при попытке открытия какого-либо официального документа, размещенного на портале, необходимо ввести логин и пароль пользователя.

[Постановлением](#) 11 ААС от 16.07.2012 по делу № А65-7297/2012 установлено, что указания ссылки на сайты в сети «Интернет» не может подменить необходимости указания собственно обоснования НМЦК или соответствующих расчетов. Одного лишь адреса страницы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», на которой размещена информация о ценах на соответствующие товары, недостаточно. [Закон № 94-ФЗ](#) требует отражения в документации об аукционе обоснования НМЦК, содержащего не только источники получения информации, но и полученные заказчиком информацию или расчеты. Указание источников получения информации также является требованием закона, обязательным для исполнения.

Завышенная заказчиком НМЦК может стать основанием для признания торгов недействительными и отмены размещения заказа

[Постановлением](#) ФАС Дальневосточного округа от 05.02.2013 № Ф03-6189/2012 о рассмотрении кассационных жалоб на [Постановление](#) 6 ААС от 04.10.2012 по делу №

A16-772/2011 (определением ВАС РФ от 27.08.2013 № ВАС-7383/13 отказано в передаче дел в Президиум ВАС РФ) о признании недействительными торгов установлено: документация, содержащая недостоверную информацию о цене торгов (НМЦК завышена на 55,5% от утвержденной стоимости работ на объекте), является нарушением [Закона № 94-ФЗ](#), что безусловно признается основанием для отмены размещения заказа.

По существу заказчиком было заявлено требование об оспаривании размещения заказа, при этом некорректная формулировка уточнения иска не исключила обязанности суда самостоятельно определить, из какого правоотношения возник спор и какие нормы права подлежат применению при разрешении дела ([ст. 133, 168 АПК РФ](#)).

Пленум ВАС РФ в [п. 27 Постановления](#) от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» разъяснил, что если судом апелляционной инстанции при рассмотрении апелляционной жалобы в порядке апелляционного производства будет установлено, что при рассмотрении дела в суде первой инстанции лицо заявляло ходатайство в соответствии со [ст. 49 АПК РФ](#) об изменении предмета или основания иска, увеличении или уменьшении исковых требований, и суд неправомочно отказал в удовлетворении такого ходатайства или рассмотрел заявление без учета заявленных изменений либо по какому-то другому требованию лица, участвующего в деле, не принял решения, и утрачена возможность принятия дополнительного решения, то суд апелляционной инстанции, исходя из положений [ч. 1 ст. 268 АПК РФ](#) о повторном рассмотрении дела, в силу [ч. 6.1 ст. 268 АПК РФ](#) переходит к рассмотрению дела по правилам, установленным АПК РФ для рассмотрения дела в суде первой инстанции, в рамках которого рассматривает не рассмотренные ранее требования, принимает измененные предмет или основание иска, увеличенные (уменьшенные) требования. При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции перешел к рассмотрению данного дела по правилам рассмотрения дела в суде первой инстанции.

Согласно аукционной документации НМЦК составляла 93124780 руб., в качестве обоснования цены имелась ссылка на экспертное заключение от 24.06.2011. Между тем приобщенным к материалам дела положительным заключением государственной экспертизы (повторным) от 31.01.2012 подтверждено, что в результате корректировки сметная стоимость объекта в текущих ценах уменьшилась по сравнению с заявленной на сумму 41411,93 тыс. руб. с учетом НДС 18%. Проектная документация на объект рекомендована к утверждению в том числе с показателем общей стоимости реконструкции в ценах на IV квартал 2011 г. (с учетом НДС) 975,38 тыс. руб. Следовательно, цена контракта, указанная в аукционной документации, определена на основании заключения, составленного с ошибками, повлиявшими на выводы о стоимости работ.

Суды апелляционной и кассационной инстанций исходили из того, что недостоверность цены контракта, указанной в документации, является существенным нарушением [Закона № 94-ФЗ](#), которое влечет неэффективное использование средств бюджета. Несогласие ответчика с оценкой судов представленных в дело доказательств не может служить основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

Ссылка ответчика (победителя торгов) на ненадлежащего ответчика или иные судебные акты арбитражных судов по делам, связанным с заключением контрактов в соответствии с [Законом № 94-ФЗ](#), как на примеры, подтверждающие нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права по настоящему делу, является необоснованной, поскольку в каждом деле имеются фактические обстоятельства, к которым применяются нормы названного Закона.

Взыскание по исполненному и оплаченному контракту

Постановлением Президиума ВАС РФ от 22.04.2014 № 19891/13 о пересмотре в порядке надзора решения АС города Москвы от 02.07.2013 по делу № А40-151181/12, постановления 9 ААС от 11.09.2013 и определения ФАС Московского округа от 03.12.2013 по тому же делу определено, что неосновательное обогащение возмещается потерпевшему независимо от того, являлось ли оно результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли, поскольку ст. 1102 ГК РФ установлена обязанность лица, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело имущество за счет другого лица, возвратить последнему неосновательно приобретенное имущество.

В п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда» указано, что наличие акта приемки работ, подписанного заказчиком, не лишает заказчика права предоставить суду возражения по объему и стоимости работ.

Поскольку контрольным обмером после приемки и полной оплаты подрядных работ было установлено завышение их объемов и стоимости в результате необоснованного применения (неприменения) расценок, а представитель подрядчика присутствовал при проведении проверки объемов выполненных работ и согласился с указанными нарушениями, подписав ведомость контрольного обмера объемов выполненных работ, судами был сделан правильный вывод о включении в цену контракта ошибочной оплаты работ, которые не были фактически выполнены либо не предусматривались к выполнению контрактом.

Выводы:

В документации о закупке необходимо указывать расчет НМЦК, в том числе арифметический (все составляющие НМЦК компоненты). Указывать источник ценовой информации – конкретное юридическое или физическое лицо – необязательно. Заказчик обязан иметь коммерческие предложения и информацию о таких юридических и физических лицах у себя и в случае проведения контрольных мероприятий предоставить их органу, уполномоченному на осуществление контроля в сфере закупок.

НМЦК, невыгодная иным участникам закупки, не может быть признана необоснованной или ниже рыночной.

Недостоверность НМЦК в документации о закупке свидетельствует о несоблюдении заказчиком порядка осуществления закупки, что по факту означает ее недействительность.

Заказчик вправе использовать ссылку на официальный сайт или портал, однако необходимо иметь в виду, что со временем данная ссылка может стать некорректной, что не позволит заказчику подтвердить выполнение требований Закона № 44-ФЗ об обосновании НМЦК, поэтому рекомендуем хранить также и графическое изображение снимка экрана («скриншот» соответствующей страницы) вместе с документацией о закупке.

1.6. Участие СМП и СОНО в контрактной системе

Поддерживая развитие малого и среднего бизнеса, законодатель предусмотрел определенные «льготы» участия подобных хозяйствующих субъектов в контрактной системе в сфере закупок. [Закон № 44-ФЗ](#), как и ранее действующий [Закон № 94-ФЗ](#), содержит значительную долю норм, обязывающих заказчиков не только осуществлять закупки непосредственно у СМП и СОНО, но и определяет особенности порядка осуществления таких закупок. Вместе с тем остается немало вопросов в части практики применения указанных норм, в том числе о порядке и способах отнесения хозяйствующего субъекта к СМП или СОНО.

Требование о декларировании соответствия нормам, установленным ст. 4 Закона № 209-ФЗ, является незаконным

Решением АС города Москвы от 24.02.2011 по делу № А40-111995/10-17-632, оставленным без изменения Постановлением 9ААС от 26.09.2011, установлено, что подача заявки на участие в электронном аукционе является одной из форм акцепта и означает подтверждение участником размещения заказа своего соответствия требованиям, установленным в аукционной документации, следовательно, дополнительного декларирования в составе заявки на участие своего соответствия указанным выше требованиям не требуется.

В аукционной документации установлено требование о представлении в составе заявки на участие в аукционе декларирования соответствия требованиям, установленным [ст. 4 Закона № 209-ФЗ](#). В случае если участник размещения заказа не продекларирует свое соответствие указанным требованиям, заказчик вправе отклонить его заявку на участие в аукционе. В [ч. 4 и 6 ст. 41.8 Закона № 94-ФЗ](#) содержится исчерпывающий перечень требований к участникам размещения заказа. При этом в соответствии с [ч. 7 ст. 41.8 Закона № 94-ФЗ](#) иные требования к участникам размещения заказа не допускаются. В связи с чем антимонопольный орган обоснованно пришел к выводу о наличии в действиях заказчика нарушения, предусмотренного [ч. 7 ст. 41.8 Закона № 94-ФЗ](#).

Судами отмечено, что в случае выявления факта несоответствия участника установленным законным требованиям, такой участник может быть отстранен от участия в аукционе на любом этапе его проведения.

Принадлежность к СМП подтверждается только декларацией

Решением АС Новосибирской области от 07.10.2014 по делу № А45-9548/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 17.12.2014) и кассационной (постановление от 04.03.2015) инстанций, определена необходимость подтверждения участником закупки принадлежности к СМП и СОНО путем предоставления в составе своей заявки декларации в простой письменной форме.

Опровергая доводы антимонопольного органа, суды отметили, что [Закон № 44-ФЗ](#), указывая на обязательность декларирования соответствия участника аукциона требованиям, установленным данным Законом, не содержит прямого указания на форму

декларирования при представлении второй части заявки. Учитывая, что отсутствие ясности по требованиям к составу второй части заявки нарушает требования [ст. 7 Закона № 44-ФЗ](#) в части обеспечения принципа открытости и прозрачности процедур закупок и полноты информации по закупкам, заказчик при разработке и утверждении документации об аукционе в инструкции по заполнению заявки указал на необходимость приложения к заявке декларации о соответствии участников закупки требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) (пп. 3-8 п. 13 документации).

Поскольку участником аукциона в составе второй части заявки на участие в аукционе не была приложена вышеназванная декларация в виде отдельного документа, подписанного усиленной электронной подписью в порядке [ч. 2 ст. 60 Закона № 44-ФЗ](#), суды обоснованно признали правильным вывод аукционной комиссии о несоответствии заявки этого участника требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) и документации об аукционе.

Доводы антимонопольного органа о нарушении комиссией и заказчиком (избыточность требования о представлении такой декларации в виде самостоятельного документа и право участника закупки продекларировать свое соответствие установленным требованиям с помощью аппаратно-программных возможностей на сайте ЭТП в момент подачи своей заявки) правомерно отклонены судами как основанные на ошибочном толковании действующего законодательства.

Иное толкование антимонопольным органом положений действующего законодательства, а также иная оценка обстоятельств спора не свидетельствует о неправильном применении судами норм права.

Правовая позиция о необходимости предоставления декларации о СМП в качестве отдельного документа также подтверждается решением АС Красноярского края от 13.08.2014 по делу № А33-10104/2014, оставленным без изменения [Постановлением 3 ААС](#) от 03.03.2015.

Аналогичное мнение содержится в письмах федеральных органов исполнительной власти: [письмо](#) Минэкономразвития России от 30.09.2014 № Д28и-1889 и совместное [письмо](#) Минэкономразвития России от 04.04.2014 № 7158-ЕЕ/Д28и и ФАС России № АЦ/13590/14.

Принадлежность к СМП может быть подтверждена техническими средствами интерфейса ЭТП

Решением АС Челябинской области от 10.11.2014 по делу № А76-17735/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 28.01.2015) и кассационной (постановление от 26.05.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция антимонопольного органа о достаточности подтверждения участником закупки принадлежности к СМП и СОНО путем проставления аппаратно-техническим способом «галочки» в интерфейсе ЭТП.

Суды всех инстанций трактуют, что [ст. 30 Закона № 44-ФЗ](#) установлено, что документом, подтверждающим право участника открытого конкурса, электронного аукциона, запроса котировок, запроса предложений на получение преимуществ, является декларация. Необходимость представления иных документов, подтверждающих статус такого участника как СМП, СОНО, [Законом № 44-ФЗ](#) не предусмотрена. Следовательно, ссылка заказчика на отсутствие какого-либо иного документа, свидетельствующего о принадлежности к СМП или СОНО, является несостоятельной.

[Закон № 44-ФЗ](#) не устанавливает каких-либо требований к форме и способу

предоставления декларации о соответствии участника аукциона требованиям [ст. 30](#) указанного Закона, то есть участник вправе определить их самостоятельно, в том числе непосредственно в содержании второй части заявки. [Ч. 6 ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#) установлено, что требовать от участника электронного аукциона предоставления иных документов и информации, за исключением предусмотренных [ч. 3 и 5](#) настоящей статьи документов и информации, не допускается.

Вторая часть заявки участника аукциона, сформированная на ЭТП и подписанная электронной подписью, содержит указание на то, что участник закупки – «СМП». Непосредственно в графе с указанной информацией проставлен значок «V», что подтверждает согласие общества на принадлежность к субъекту, указанному в [ст. 30 Закона № 44-ФЗ](#).

Выводы:

Заказчикам необходимо изначально не только грамотно планировать закупки у СМП и СОНО, но и проводить их. При осуществлении таких закупок вплоть до момента легального закрепления законодателем формы подтверждения такой принадлежности (отдельная декларация или техническими средствами) осуществлять допуск СМП и СОНО по всем возможным формам декларации.

Возможно и в документации установить порядок декларирования принадлежности к СМП и СОНО, однако, как показывает практика, это может быть воспринято антимонопольным органом как излишнее требование к участникам закупок. При этом вряд ли антимонопольный орган внятно и однообразно объяснит заказчику, как необходимо легально и в соответствии с требованиями [Закона № 44-ФЗ](#) реализовывать закупки у СМП и СОНО. Разъяснения по-прежнему остаются частным мнением отдельного должностного лица, а не нормативным правовым актом, руководством к действию.

1.7. Излишние требования к участникам закупок (документы, сведения, лицензии, СРО)

Значительное количество споров в контрактной системе составляют проблемы правоприменения, связанные с установлением излишних требований заказчиком к участникам закупок, в том числе прямо не предусмотренных [Законом № 44-ФЗ](#). Практику (административную) разрешения указанных споров составляет в основном антимонопольный орган, однако несогласные с выводами последнего субъекты контрактной системы обжалуют ненормативные правовые акты в судебном порядке.

Требовать в составе заявки копии документов согласно документации, ИНН, КПП, ОГРН, ОКАТО и т.д. правомерно

Решением АС Белгородской области от 16.06.2008 по делу № А08-7851/07-26, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций,

признано недействительным решение и предписание антимонопольного органа в части признания заказчика нарушившим [Закон № 94-ФЗ](#) путем включения в условия документации обязательных требований о представлении:

- копии регистрационного удостоверения Минздрава России, заверенной в установленном порядке;
- копии сертификата соответствия Госстандарта России;
- требования об указании сведений об учредителях, о сроке деятельности, о размере уставного капитала;
- о номере и почтовом адресе налогового органа;
- об ИНН, КПП, ОГРН, ОКАТО;
- банковских реквизитах;
- требования к габаритам/весу закупаемого оборудования.

Суды указали на ошибочное мнение антимонопольного органа, поскольку положения [ст. 22 Закона № 94-ФЗ](#) не содержат запрета на включение в документацию представления участником вышеперечисленных документов и сведений. Кроме того, ч. 3 ст. 22 Закона № 94-ФЗ уточнено, что конкурсная документация не должна содержать такие требования к товару, его производителю, информации, работам, услугам, которые влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа. В отношении конкретных требований по габаритам судами установлено наличие ссылки в документации на слово «или эквивалент», которое подразумевает соответствие эквивалентных товаров по качеству, техническим и функциональным характеристикам и не может повлечь ограничения количества участников размещения заказа.

В представленном случае необходимо отметить, что положения [ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#), так же как и положения [ст. 22 Закона № 94-ФЗ](#) не содержат прямого запрета на установление в документации о закупке подобных требований о предоставлении участниками закупки документов и сведений. При этом норму ч. 6 Закона № 44-ФЗ «Заказчики не вправе устанавливать требования к участникам закупок в нарушение требований настоящего федерального закона» не стоит рассматривать как прямой запрет на истребование указанных документов и сведений.

Более того [приказами Минфина России от 24.11.2014 № 136н](#) «О порядке формирования информации, а также обмена информацией и документами между заказчиком и Федеральным казначейством в целях ведения реестра контрактов, заключенных заказчиками» и Казначейства России от 28.11.2014 № 18н «Об утверждении Порядка формирования и направления заказчиком сведений, подлежащих включению в реестр контрактов, содержащий сведения, составляющие государственную тайну, а также направления Федеральным казначейством заказчику сведений, извещений и протоколов» установлено, что для осуществления заказчиком регистрационных действий по внесению сведений в реестр контрактов необходимо указать ИНН и КПП контрагента согласно свидетельству о постановке на налоговый учет, индекс адреса и классификацию по ОКТМО, адрес электронной почты, номера телефона, факса (при наличии). В отсутствие у заказчика вышеуказанных сведений контракт технически не сможет быть зарегистрирован в реестре контрактов.

Положительную перспективу дальнейшего развития в период действия [Законов № 94-ФЗ](#) и [№ 44-ФЗ](#) получила правовая позиция, отраженная в решении АС Кировской области от 20.07.2011 по делу № А28-3609/2011, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 19.10.2011) и кассационной (постановление от 11.01.2012) инстанций. Судами опровергнут довод антимонопольного органа об ограничении конкуренции заказчиком путем установления в аукционной документации условия о наличии у поставщика склада в городе заказчика.

Судами отмечено, что основной задачей [Закона № 94-ФЗ](#) является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, но и

выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов. При размещении заказов заказчик наделяется правом самостоятельно определять предмет торгов и условия поставки товаров с учетом соблюдения запретов на требования к товару, информации, работам и услугам, потенциально ограничивающим количество участников размещения заказа. В указанном случае место поставки определено путем установления географических и организационно-технических требований, что соответствует действующему законодательству.

Довод антимонопольного органа о том, что условие создает преимущества участникам, имеющим склады на территории местонахождения заказчика, отклонен судами, так как данное условие включено в аукционную документацию в интересах государственного заказчика, не нарушает требований действующего законодательства и не обеспечивает победу в аукционе конкретному хозяйствующему субъекту.

Следовательно, включение в аукционную документацию условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказов лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах.

Заказчик вправе устанавливать требование предоставления в составе заявки определенных документов, подтверждающих соответствие персонала, привлекаемого по контракту участником закупки, требованиям документации

Решением АС города Москвы от 23.08.2012 по делу № А40-49629/12 (не обжаловалось) подтверждено право заказчика требовать в составе вторых частей заявок на участие в электронном аукционе документы, подтверждающие наличие у обслуживающего персонала группы допуска по электробезопасности не ниже III, поскольку такое требование установлено на основании ПОТ Р М-016-2001. РД 153-34.0-03.150-00 «Межотраслевые правила по охране труда (Правила безопасности) при эксплуатации электроустановок», утвержденных [Постановлением Минтруда РФ от 05.01.2001 № 3](#), [Приказом Минэнерго РФ от 27.12.2000 № 163](#).

Решением АС города Москвы от 20.01.2015 по делу № А40-170991/2014 подтверждается правовая позиция заказчика о легитимности установления в документации требований о наличии у подрядчика обученного персонала по работе со специальным оборудованием и программным обеспечением (которое уже имеется у заказчика, поэтому и использовалось без сопровождения словами «или эквивалент»), о наличии собственной базы с необходимым запасом материалов, оборудования, приборов и инструментов в городе Москве и Московской области для возможности своевременного и оперативного устранения аварийной ситуации. Суд справедливо указал, что требования документации по смысловому содержанию относятся к требованиям по обслуживанию товара и никак не являются требованиями о наличии у участника размещения заказа производственных мощностей, технологического оборудования, трудовых, финансовых и других ресурсов.

Установление заказчиком нереальных сроков

выполнения обязательства по контракту - нарушение Закона № 44-ФЗ

Решением АС Ивановской области от 29.05.2015 по делу № А17-639/2015, оставленным без изменения Постановлением 2 ААС от 28.08.2015, подтверждена позиция антимонопольного органа, признавшего в действиях заказчика нарушения [Закона № 44-ФЗ](#), выразившегося в установлении нереальных сроков выполнения обязательства по контракту.

Несмотря на то, что заказчик вправе самостоятельно формировать объект закупок, описание объекта закупки должно носить объективный характер и быть мотивированным, основанным на реальных потребностях заказчика. Согласно извещению о проведении запроса котировок заказчиком установлен пятидневный срок выполнения работ с момента заключения контракта, однако заказчик не обосновывал установленный срок выполнения работ.

В обоснование удовлетворенной антимонопольным органом жалобы подрядчик представил расчет продолжительности строительства артезианской скважины для источника теплоснабжения, составленный на основании Единых норм и расценок на строительные, монтажные и ремонтно-строительные работы по бурению скважин на воду, утвержденных Государственным строительным комитетом СССР, и локального сметного расчета. Согласно представленному расчету для выполнения работ по строительству артезианской скважины для источника теплоснабжения потребуется не менее 8 дней. Данной ссылкой обоснованно указано количество рабочих, занятых на бурении скважины с учетом использования бурового оборудования УРБ ЗА 2, 1БА-15В, которое заложено в основу локального сметного расчета заказчика. Суды отклонили доводы заказчика о возможном сокращении сроков работ путем увеличения количества рабочих, занятых на бурении скважины.

Доводы заказчика о том, что пятидневный срок выполнения работ предыдущим опытом выполнения аналогичных работ со схожим объемом в соответствующий срок, не подтверждены, документов, подтверждающих, что строительство объекта закупки возможно в установленные сроки, заказчик не представил.

Таким образом, заказчик не обосновал свою потребность в установлении сроков выполнения работ по строительству артезианской скважины для источника теплоснабжения в течение 5 календарных дней с момента заключения контракта вместо положенных по строительным нормам 8 календарных дней.

Правомерность требования лицензии ФСБ

Решением АС Ростовской области от 22.04.2015 по делу № А53-1704/2015 подтверждена позиция заказчика о правомерности требования лицензии ФСБ при проведении открытого конкурса на исполнение функции технического заказчика (в том числе строительного контроля) по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию объектов капитального строительства и реконструкции, финансируемых за счет бюджета города Ростова-на-Дону, а также субсидий, субвенций и иных межбюджетных трансфертов, поступающих в бюджет города в 2015 году.

Суд указал контролирующему органу на необходимость учета при рассмотрении жалобы содержания Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне, утвержденного [Указом](#) Президента РФ от 30.11.1995 № 1203 «Об утверждении Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне». Согласно п. 42.1 Перечня сведения, раскрывающие схемы водоснабжения городов с населением более 200 тыс. человек или

железнодорожных узлов, расположение головных сооружений водопровода или водовода, их питающих, являются сведениями, составляющими государственную тайну.

Доступ к сведениям, раскрывающим схемы водоснабжения города Ростова-на-Дону, технический заказчик получает при выполнении услуг в рамках проектирования и строительства объектов в черте города, а также объектов, в процессе строительства которых техническими условиями предусмотрены перекладка и вынос сетей водовода со строительных участков с использованием схемы водоснабжения города Ростова-на-Дону.

Таким образом, действия заказчика по установлению требования о наличии у участников открытого конкурса лицензии УФСБ России признаны соответствующими действующему законодательству РФ.

Ограничение конкуренции в сфере здравоохранения

Решением АС Республики Тыва от 24.11.2014 по делу № А69-2678/2014 подтверждена позиция антимонопольного органа об ограничении конкуренции путем объединения в один лот лекарственных средств и наркотических средств и включения требования двух видов лицензий. [Постановлением](#) 13 ААС от 15.04.2015 подтверждена указанная правовая позиция.

Судами установлено, что деятельность по обороту наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, культивирование наркосодержащих растений и фармацевтическая деятельность имеют разные лицензии. При этом лицензию на оборот наркотическими средствами и психотропными веществами может получить только государственное унитарное предприятие и государственное учреждение, а лицензию на осуществление фармацевтической деятельности может получить любое юридическое лицо и (или) индивидуальные предприниматели.

Поскольку предметом аукциона является оказание услуг по приему от поставщиков, хранению и доставке лекарственных препаратов, изделий медицинского назначения и специализированных продуктов лечебного питания (в том числе наркотических средств и психотропных веществ) для льготных категорий граждан федерального регистра до аптечных организаций на второе полугодие 2014 года, включение в единый лот услуг, на осуществление которых требуется получение разных лицензий, ограничивает количество участников аукциона.

Довод органа о том, что совместная поставка наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров и обычных лекарственных средств отвечает интересам медицинских учреждений и является более удобной, не имеет правового обоснования, не принимается судами в связи с ее явной необоснованностью и противоречием нормам [Закона № 44-ФЗ](#).

Согласн.п. 2,о п 3 ст. 17 [Закона № 135-ФЗ](#) запрещается не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах; ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции, технологически и функционально не связанной с товарами, поставка которых является предметом торгов.

Вместе с тем судом апелляционной инстанции отмечено, что антимонопольный орган не проводил проверку на предмет нарушения антимонопольного законодательства по основаниям, установленным [ст. 18.1](#) Закона № 135-ФЗ, что не позволяет суду первой инстанции делать вывод о нарушении уполномоченным органом антимонопольного законодательства.

Отсутствие во второй части заявки свидетельства СРО (несмотря на то, что и в документации указания на СРО отсутствует) – основание для отклонения такой заявки

Решением АС Челябинской области от 19.06.2015 по делу № А76-24809/2014 отменено решение антимонопольного органа о том, что отсутствие во второй части заявки на участие в аукционе свидетельства СРО о допуске к работам по организации строительства не является основанием для отклонения такой заявки. [Постановлением 18 ААС от 18.08.2015](#) подтверждена указанная правовая позиция.

Суды справедливо указали, что условием допуска к участию в торгах на выполнение работ, предусмотренных аукционной документацией, должно являться обязательное наличие у участника закупки необходимого свидетельства СРО. Положениями [ст. 52, 55.8 ГрК РФ](#), [ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#) установлены специальные требования к лицу, выполняющему строительные работы, в связи с чем сам по себе факт отсутствия в аукционной документации требования к участнику о представлении свидетельства СРО не дает оснований для признания второй части заявки соответствующей такой документации.

Ссылка антимонопольного органа на то, что заключение контракта с учетом необходимости предоставления свидетельства СРО в случае, если такое свидетельство не предусмотрено документацией об аукционе, приведет к заключению контракта не на условиях извещения и документации об аукционе в нарушение [ч. 10 ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#), судами отклонена как не соответствующая предмету спора.

Требовать копию допуска СРО до начала работ законно

Решением АС Калужской области от 25.09.2015 по делу № А23-3476/2015 подтверждено, что установленное заказчиком в проекте контракта требование о предоставлении копии допуска СРО на генпроектирование до начала работ законно. Указанное не вводит в заблуждение потенциальных участников закупки, носит объективный и непротиворечивый характер. Данное требование не обязывает участника закупки предоставить такой допуск в составе заявки и представляет собой условие о порядке исполнения контракта.

Таким образом, суд первой инстанции подтвердил устоявшуюся правовую позицию высших судов о том, какие требования заказчика относятся к определению поставщика (подрядчика, исполнителя), а какие к порядку и способу выполнения контрактных обязательств.

Участник закупки, осуществляющий совместную деятельность с другим лицом (субподрядчик), обязан сам иметь соответствующие лицензии или

свидетельства (допуски) СРО

Решением АС Республики Хакасия от 11.07.2014 по делу № А74-810/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 25.09.2014) и кассационной (постановление от 23.01.2015) инстанций, подтверждена позиция антимонопольного органа о том, что участник закупки обязан иметь лицензии и допуски СРО, так как это прямо установлено документацией о закупке. Установленное заказчиком требование распространяется в равной степени на всех участников закупок. Следовательно, подавая заявку на участие в закупке, участник закупки (даже с учетом привлечения соисполнителя, субподрядчика) обязан иметь у себя в соответствии с требованиями и условиями документации о закупке лицензии, допуски СРО.

Выводы:

Необходимая заказчику информация (в том числе для регистрации контрактов), как-то: КПП, ОГРН, e-mail, факс, телефон, сведения о постановке победителя закупки на налоговый учет – не предусмотрена [Законом № 44-ФЗ](#). Антимонопольный орган зачастую расценивает это как нарушение требований законодательства со стороны заказчика. Полагаем, заказчик вправе устанавливать требования, прямо не предусмотренные [Законом № 44-ФЗ](#), в случае, если аргументирует необходимость таких сведений. Однако злоупотреблять данным правом не стоит.

Одновременно напоминаем заказчикам, что переговоры с участниками закупок согласно [ч. 1 ст. 46 Закона № 44-ФЗ](#) не допускаются исключительно до выявления победителя закупок (а это – подписание протокола, завершающего процедуру закупки). Таким образом, у заказчика есть в наличии время и легальная возможность истребовать у победителя всю необходимую для заключения контракта информацию и сведения.

Заказчикам следует устанавливать реально выполнимые требования, в том числе по срокам и порядку выполнения обязательства по контракту.

Не стоит забывать, что включение в единый лот услуг, на осуществление которых требуется получение разных лицензий, ограничивает количество участников аукциона. Однако следует разграничивать требования к участникам закупки, которые могут ограничить конкуренцию, и требования к условиям и порядку выполнения обязательств по контракту.

В случае если антимонопольный орган не проводил проверку на предмет нарушения антимонопольного законодательства по основаниям, установленным [ст. 18.1 Закона № 135-ФЗ](#), у последнего отсутствуют основания для признания заказчика нарушившим антимонопольное законодательство.

1.8. Вопросы привлечения субподрядчиков, соисполнителей

Возможность или запрет на привлечение контрагентом субподрядчиков, соисполнителей для выполнения обязательств по контракту вызывает определенные сложности,

формируемые преимущественно антимонопольным органом. Антимонопольный орган, несмотря на огромное количество судебных актов, определяющих возможность самостоятельного выбора заказчиком возможности или запрета субподряда, искренне полагает, что запрет на привлечение субподрядчиков и соисполнителей ограничивает конкуренцию и является нарушением законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок.

Запрет привлечения к исполнению контракта субподрядчиков

Постановлением Президиума ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10 о пересмотре в порядке надзора решения АС Астраханской области от 14.12.2009 по делу № А06-6611/2009 и постановления ФАС Поволжского округа от 11.05.2010 по тому же делу определено, что запрет привлечения к исполнению контракта субподрядчиков представляет собой условие о способе и порядке исполнения договора подряда после проведения торгов, а не требование к участникам размещения заказа о наличии у них производственных мощностей и других ресурсов, необходимых для выполнения работ, являющихся предметом контракта, на момент проведения аукциона и не противоречит нормам Закона № 94-ФЗ.

Надзорная инстанция отмечает, что согласно требованиям п. 1 ст. 706 ГК РФ в договор подряда может быть включено условие о личном выполнении работы подрядчиком. При этом ни ГК РФ, ни Закон № 94-ФЗ не содержат положений, исключающих применение названной нормы ГК РФ к отношениям, возникающим при заключении договора подряда путем проведения торгов.

Отдельно указано, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимального широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов. Принимая во внимание, что в торгах могут участвовать только те лица, которые соответствуют перечисленным целям, включение в документацию о торгах условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах и не является нарушением ст. 17 Закона № 135-ФЗ.

Запрет привлечения к исполнению контракта субподрядчиков может рассматриваться как нарушение Закона № 135-ФЗ только в том случае, если антимонопольный орган докажет, что это условие включено в документацию об аукционе специально для того, чтобы обеспечить победу в аукционе конкретному хозяйствующему субъекту. А это достаточно сложно.

Значительный интерес в данном аспекте представляет указание надзорной инстанции о том, что содержащееся в настоящем постановлении Президиума ВАС РФ толкование правовых норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

Аналогичная позиция нашла отражение в Постановлении 9 ААС от 25.11.2011 № 09АП-28722/2011 (оставленном без изменения кассационной инстанцией) по делу № А40-26382/11-93-204.

Развитие данной правовой позиции о возможности установления заказчиком запрета на привлечение субподрядчиков (соисполнителей) получило и в период действия **Закона № 44-ФЗ**

Так, решением АС Республики Татарстан от 21.11.2014 по [делу № А65-22809/2014](#), оставленным без изменения судами апелляционной (постановление 11 ААС от 10.02.2015) и кассационной (постановление от 17.04.2015) инстанций, признано незаконным решение и предписание антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований [Закона № 44-ФЗ](#) в части установления запрета контрагенту в процессе исполнения контракта привлекать соисполнителей. Суды исходили из того, что включение в техническое задание, являющееся приложением к документации, условия о запрете привлекать в процессе исполнения муниципального контракта соисполнителей не противоречит [ч. 6 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#), допускающей установление заказчиком требования к порядку и способу исполнения договора подряда.

В соответствии со [ст. 6 Закона № 44-ФЗ](#) контрактная система в сфере закупок основывается на принципах открытости и прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, а также обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок.

Нормой [ст. 8 Закона № 44-ФЗ](#) определено, что контрактная система в сфере закупок направлена на создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупок. Любое заинтересованное лицо имеет возможность в соответствии с законодательством РФ и иными нормативными правовыми актами о контрактной системе в сфере закупок стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

При этом согласно [ч. 2 ст. 8 Закона № 44-ФЗ](#) конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям [Закона № 44-ФЗ](#), в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

[Ч. 1 ст. 73 Закона № 44-ФЗ](#) определен перечень информации, которая должна содержаться в извещении о проведении запроса котировок. При этом в соответствии с [ч. 6 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#) заказчики не вправе устанавливать требования к участникам закупок в нарушение требований [Закона № 44-ФЗ](#).

Признавая незаконным доводы антимонопольного органа, суды пришли к выводу о том, что запрет о привлечении к исполнению контракта соисполнителей представляет собой условие о способе и порядке исполнения контракта после проведения торгов, а не требование к участникам закупок. Поэтому включение указанного условия в техническое задание не нарушает положения [ч. 6 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#).

Кроме того, согласно [ч. 1 ст. 706 ГК РФ](#), если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично, подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц

(субподрядчиков). Следовательно, в договор подряда может быть включено условие о личном выполнении подрядчиком работы. Соответственно, спорный пункт технического задания о запрете привлечения соисполнителя не противоречит нормам действующего законодательства РФ.

Суды всех инстанций также привели в качестве обоснования аналогичную правовую позицию, изложенную в [Постановлении Президиума ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10](#).

[Определением ВС РФ от 04.08.2015 № 306-КГ15-8173](#) в передаче жалобы антимонопольного органа на рассмотрение в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Участник закупки, осуществляющий совместную деятельность с другим лицом (субподрядчик, соисполнитель), обязан сам иметь соответствующие лицензии или свидетельства (допуски) СРО

[Постановлением АС Восточно-Сибирского округа от 23.01.2015 по делу № А74-810/2014](#) подтверждена правовая позиция о том, что участник закупки, намеренный привлечь иную организацию на субподряд (соисполнение), обязан сам иметь необходимые лицензии или свидетельства СРО. Подобное мнение также высказано Минэкономразвития России в [письме от 28.05.2015 № Д28и-1542](#).

Заказчик устанавливает единые требования к участникам закупки, в том числе соответствие требованиям, установленным в соответствии с законодательством РФ, к лицам, осуществляющим поставку товара, выполнение работы, оказание услуги, являющихся объектом закупки ([п. 1 ч. 1 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#)).

Таким образом, участник закупки представляет указанные в документации о закупке документы и сведения самого участника закупки, а не иных юридических лиц, с которыми участник закупки осуществляет совместную деятельность.

Требование согласования с заказчиком привлекаемых к исполнению контракта третьих лиц правомерно

[Постановлением ФАС Московского округа от 12.12.2011 № Ф05-12281/2011](#) отменены решение АС города Москвы от 19.07.2011 и [постановление 9 ААС от 27.09.2011 по делу № А40-41549/2011](#) в части обжалования решения антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований [Закона № 94-ФЗ](#) путем установления в контракте обязанности контрагента согласовывать с заказчиком привлекаемых третьих лиц для выполнения обязательств по контракту.

Отменяя акты нижестоящих судов, суд кассационной инстанции установил, что в проекте контракта, т.е. в документации об аукционе, предусмотрено требование о праве передачи сторонами (заказчик, исполнитель) своих прав и обязанностей по контракту любому третьему лицу только с письменного согласия другой стороны, а это представляет собой условие о способе и порядке исполнения договора, а не требование к участникам размещения заказа.

Таким образом, суды пришли к неправомерному выводу о нарушении заказчиком требований [ч. 4 ст. 11 Закона № 94-ФЗ](#).

Выводы:

Запрет о привлечении к исполнению контракта субподрядчиков и соисполнителей представляет собой условие о способе и порядке исполнения контракта после проведения закупки, а не требование к участникам закупок. Поэтому заказчик вправе самостоятельно решить, будут ли работы (услуги) выполнены (оказаны) непосредственно контрагентом лично или допустить возможность привлечения третьих лиц (субподрядчиков и соисполнителей).

Не стоит забывать, что не весь спектр работ может быть выполнено лично контрагентом (строительство крупного объекта) в силу отсутствия достаточного штата расширенного спектра специальностей. В таких случаях запрет заказчика о привлечении субподрядчика может быть расценен антимонопольным органом как ограничение конкуренции.

1.9. Наименование предмета закупки

Важное значение имеет наименование закупки и описание объекта закупки. [Закон № 44-ФЗ](#) содержит не только понятие «описание объекта закупки», но и раскрывает исчерпывающий перечень требований к описанию объекта закупки. С одной стороны, установление подобных требований позволило более конкретно понять всем участникам закупок запросы заказчика в товарах, работах, услугах, с другой стороны – порядок описания объекта закупки стал причиной многочисленных административных споров.

Наименование закупки должно соответствовать сведениям, содержащимся в извещении и документации о закупке

Решением АС города Москвы от 11.03.2012 по делу № А40-133490/11-93-1203, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, подтверждена позиция, что сведения, содержащиеся в документации об аукционе, в соответствии с [ч. 6 ст. 34 Закона № 94-ФЗ](#) должны соответствовать сведениям, указанным в извещении о проведении открытого аукциона. Согласно аукционной документации предметом закупки является «выполнение полного комплекса работ по строительству объекта «Окружной лицей информационных технологий (учебный корпус с общежитием) в г. Ханты-Мансийске (ХМАО)». В извещении об аукционе в графе «Полное наименование аукциона (предмет контракта)» указано: «АР-1571/11 на выполнение работ». Указанное, по мнению антимонопольного органа и судов, не позволяет участникам размещения заказа определить предмет размещаемых торгов.

Решением АС города Москвы от 11.08.2011 по делу № А40-31574/11-120-167, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, подтверждено, что наименование размещаемого заказа должно соответствовать предмету торгов. Установлено, что в наименовании заказа отсутствует должная

конкретика, определенность в постановке задач для участников: с одной стороны, усматривается необходимость разработать новую базу данных, с другой стороны – выполнить работы по модернизации и наполнению новыми данными уже имеющихся СДМЗ АПК. В связи с чем посчитали, что из имеющегося наименования заказа невозможно точно определить предмет торгов.

В силу [ч. 2 ст. 437 ГК РФ](#) размещенная заказчиком на официальном сайте в сети «Интернет» информация о размещаемом заказе является публичной офертой – предложением, которое должно содержать все существенные условия исполнения контракта, который может быть заключен на указанных в предложении условиях с любым лицом. Поэтому неразмещение на официальном сайте для размещения заказов информации об установленной системе СДМЗ АПК обоснованно расценено судами как нарушение прав участников размещения заказов на полноценное информационное обеспечение размещения заказа в предусмотренных законом формах и объеме и нарушение требований [Закона № 94-ФЗ](#).

Суды апелляционной и кассационной инстанций также отметили несостоятельность ссылки на невозможность размещения на сайте всей необходимой документации по СДМЗ АПК ввиду превышения технически допустимых лимитов размещения информации, поскольку не опровергает выводы суда о несоответствии размещенной информации требованиям [Закона № 94-ФЗ](#).

В части описания объекта закупки интересен вывод АС Дальневосточного округа в [Постановлении от 27.07.2015 № Ф03-3009/2015 по делу № А59-5926/2014](#), в котором разъяснено, что формулировка «под ключ», исходя из совокупного содержания разделов конкурсной документации, означает заложенный в документации объем работ.

Заказчик вправе установить конкретную упаковку продукции, исходя из потребностей

Судами апелляционной ([постановление 8 ААС от 04.07.2014](#)) и кассационной (постановление от 28.10.2014) инстанций по делу № А46-558/2014 обоснован вывод, что включение в аукционную документацию требования к поставке сока в упаковке «тетрапак» не влечет ограничение количества участников размещения заказа и соответствует природе аукциона и целям его проведения.

Заказчиком доказано, что требование к поставке сока в упаковке «тетрапак», исключающей попадание прямых солнечных лучей на продукт и безопасной при разливе сока в стаканы, обусловлено потребностями заказчика (местоположением и конструктивными особенностями складского помещения; дежурство учащихся в столовой). Также судами указано – потребности заказчика являются определяющим фактором при установлении им требований к поставляемому товару.

При описании объекта закупки заказчик обязан руководствоваться требованиями энергоэффективности

Решением АС Еврейской автономной области от 23.03.2015 по делу № А16-1683/2014 (не обжаловалось) подтверждена позиция антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований действующего законодательства, в том числе [ч. 1 ст. 26 Закона № 261-ФЗ](#), поскольку не были установлены требования к сантехническому оборудованию в целях соблюдения требований энергетической эффективности товаров, работ, которые

предусмотрены названным Законом.

Доводы заказчика о том, что вода не соответствует требованиям, предъявляемым к её качеству, что препятствует установке оборудования с соблюдением требований энергетической эффективности, судом отклонены как не нашедшие подтверждения в ходе рассмотрения дела.

Заказчик вправе указывать конкретные показатели, расходящиеся с требованиями технического регламента

Решением АС Кировской области от 14.05.2014 по делу № А28-3247/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 21.07.2014) и кассационной (постановление от 17.11.2014) инстанций, подтверждена правовая позиция заказчика об установлении требований, расходящихся со значениями технических регламентов, в силу того, что согласно нормам [ст. 1, 33 Закона № 44-ФЗ](#) заказчик вправе предъявлять к товару такие требования, которые позволяют достичь результатов, необходимых для эффективного обеспечения государственных нужд (указывать качественные параметры к объекту закупок, которые являются определяющими для него, но при этом не ограничивающими количество потенциальных участников закупок). Заказчик не лишен возможности более точно и четко указывать требования к закупаемому товару, в том числе и к его составу.

Судами не установлено фактов создания для участников закупки неравных условий и ограничения конкуренции. Особо отмечено, что заявитель не является производителем товара, а выступает как поставщик-продавец, приобретающий товары для покупателя, и не ограничен в выборе контрагентов, у которых он может приобретать товары, в том числе по характеристикам, предложенным заказчиком. Право на участие в аукционе было предоставлено заявителю на равных условиях с другими участниками. Доказательств того, что включение в аукционную документацию определенных параметров товара создало одним участникам закупок преимущество перед другими и привело к ограничению количества участников закупки, не представлено.

Аналогичная позиция отражена в решении АС Кировской области от 13.05.2014 по делу № А28-2624/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 21.07.2014) и кассационной (постановление от 20.11.2014) инстанций. Судами определено, что действующее законодательство в сфере закупок допускает самостоятельное формирование заказчиком своего заказа исходя из своих потребностей.

Заказчик вправе указывать конкретные показатели при описании объекта закупки, несмотря на расширенные диапазоны соответствующих ГОСТов

[16 ААС Постановлением от 30.07.2015](#) отменил решение АС Ставропольского края от 06.02.2015 по делу № А63-11154/2014 о признании незаконным решения и предписания антимонопольного органа, установившего нарушение заказчиком порядка описания объекта закупки путем установления диапазона характеристик товара меньше, чем это предусмотрено ГОСТами.

Судом указано, что из смысла нормы [ч. 2 ст. 33 Закона № 44-ФЗ](#), в которой законодателем использован союз «или», следует право заказчика в соответствии со своими потребностями самостоятельно определять и указывать в документации как альтернативные значения показателей предлагаемого к поставке товара, так и максимальные или минимальные показатели, а также показатели, значения которых не могут изменяться, то есть безальтернативные показатели. Из смысла [п.п. 1, 2 ч. 1 и 2 ст. 33 Закона № 44-ФЗ](#) в их взаимосвязи также следует, что заказчик при описании объекта закупки вправе в соответствии со своими потребностями определять максимальные или минимальные показатели объекта закупки, а также его показатели, значения которых не могут изменяться, и в тех случаях, когда общие требования к характеристикам определенных объектов закупки с широкими диапазонами показателей установлены государственными стандартами или техническими регламентами.

[Закон № 44-ФЗ](#) не содержит как норм, ограничивающих право заказчика включать в документацию об аукционе требования к объекту закупки, которые являются для него значимыми, так и норм, обязывающих заказчика устанавливать в документации, вопреки его потребностям, такие требования к характеристикам объекта закупки, которые соответствовали бы всем существующим видам товаров, работ, услуг. Также не предусматривает определение поставщика (подрядчика, исполнителя) только при условии наличия более чем одного производителя (подрядчика, исполнителя) товара, работы, услуги, необходимых заказчику, и не допускает определение, как участниками рынка, так и контрольными органами в сфере закупок потребности заказчика в товаре, работе, услуге и их характеристик (потребительских свойств).

Получение заказчиком товара, результатов выполненных работ, услуг, не отвечающих его потребностям, приведет не к повышению эффективности и результативности осуществления закупки, а к прямо противоположному результату и к нецелевому и неэффективному расходованию выделенных для нее средств.

[Ч. 1 и 2 ст. 17 Закона № 135-ФЗ](#) установлен запрет на совершение при проведении торгов и запроса котировок действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а также на не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, запросе котировок. Учитывая взаимосвязанные цели регулирования законодательства о контрактной системе и антимонопольного законодательства и принимая во внимание, что нормы [Закона № 44-ФЗ](#), содержащие требования к описанию объекта закупки, являются специальными по отношению к нормам [ч. 1 и 2 Закона № 135-ФЗ](#), установление заказчиком в документации характеристик объекта закупки в соответствии со своими потребностями и с соблюдением требований [Закона № 44-ФЗ](#), не является нарушением [Закона № 135-ФЗ](#).

Таким образом, установленные заказчиком в техническом задании документации показатели по содержанию в закупаемой смеси белковой композитной сухих белков, жиров, углеводов, а также показатели ее энергетической ценности находятся в пределах, предусмотренных ГОСТ Р 53861-2010, то есть они являются стандартными и объективными.

При этом судом отклонен довод о том, что продукция общества является некачественной, что подтверждено экспертным заключением, и оно неправомерно участвовало в аукционе.

Заключение касается отдельной партии и не может быть распространено на всю продукцию. Качество продукции подтверждено сведениями, содержащимися в Реестре свидетельств о государственной регистрации.

Аналогичная позиция отражена в решении АС Республики Башкортостан от 10.10.2014 по делу № А07-9320/2014, оставленном без изменения судами апелляционной

(постановление от 15.12.2015) и кассационной (постановление от 14.04.2015) инстанций. Судами сделан вывод о праве заказчика устанавливать, учитывая его потребности, не в широких диапазонах согласно ГОСТу, а в виде конкретных показателей в пределах этих диапазонов, с учетом конкретных потребностей заказчика.

Обоснованность данных выводов подтверждают полномочия, установленные [Законом № 44-ФЗ](#), которые предоставляют заказчику право самостоятельного определения параметров и характеристик товара, в наибольшей степени удовлетворяющих его потребности.

[Определением ВС РФ от 10.08.2015 № 309-КГ15-8591](#) в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Излишнее описание объекта закупки в документации не ограничивает возможность участников закупки предоставить надлежащее предложение

Решением АС Ставропольского края от 14.07.2015 по делу № А63-6164/2015, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции (постановление от 22.10.2015), подтверждена правовая позиция того, что хотя [Закон № 44-ФЗ](#) не обязывает участника закупки иметь в наличии товар, подлежащий описанию в соответствии с требованиями документации, а также то, что вышеприведенные примеры подробного изложения в документации требований к описанию участниками закупок состава веществ, используемых при изготовлении товаров, используемых при выполнении работ, ограничивают возможность участников закупок предоставить надлежащее предложение в составе заявок на участие в аукционе или служат для отклонения заявок впоследствии, установленное заказчиком требование не вводило участников в заблуждение и позволяло участнику предоставить значение, удовлетворяющее требованию документации.

Установленные антимонопольным органом нарушения не являются существенными и носят формальный характер. Также не доказано, что данные нарушения могли ввести участников аукциона в заблуждение.

Судами отмечено, что в соответствии с протоколом рассмотрения единственной заявки на участие в аукционе ни один из заявителей не воспользовался своим правом принять участие в аукционе. Это подтверждает отсутствие интереса у данных лиц к аукциону. В случае неясности заявитель мог воспользоваться правом получения разъяснений в соответствии с [Законом № 44-ФЗ](#).

Указание конкретного товарного знака без слов «или эквивалент» (поставка инсулина)

Решением АС Ростовской области от 30.07.2015 по делу № А53-99062/2015, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции (постановление от 08.10.2015), подтверждена позиция заказчика о возможности указывать конкретный товарный знак ввиду явной несовместимости товара. Установление указанного торгового наименования заказчиком обусловлено тем, что препараты инсулина различных торговых наименований несовместимы и не взаимозаменяемы. Кроме того, перевод пациентов с

препаратов инсулина одного производителя на препараты другого производителя сопровождается ухудшением течения сахарного диабета и снижением качества жизни больного.

Ответственность за публикацию плана-графика на ООС с нарушением сроков

Письмом ФАС России от 09.04.2015 № АК/17162/15 рассмотрены вопросы привлечения к административной ответственности по ч. 1.4 ст. 7.30 КоАП РФ должностных лиц заказчиков, ответственных за размещение на официальном сайте Российской Федерации в сети «Интернет» для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг www.zakupki.gov.ru (далее – ООС) планов-графиков.

Согласно ст. 21 Закона № 44-ФЗ заказчиком формируются планы-графики, которые содержат перечень закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд на финансовый год и являются основанием для осуществления закупок.

Вместе с тем в соответствии с ч. 2 ст. 114 Закона № 44-ФЗ положения частей 1-10, 12-15 ст. 21 Закона № 44-ФЗ вступают в силу с 01.01.2016.

Согласно ч. 2 ст. 112 Закона № 44-ФЗ заказчики размещают в ЕИС или до ввода в эксплуатацию указанной системы на ООС планы-графики размещения заказов на 2014-2016 годы по правилам, действовавшим до дня вступления в силу Закона № 44-ФЗ, а с учетом особенностей, которые могут быть установлены ФОИВ, осуществляющим нормативное правовое регулирование в сфере закупок, и ФОИВ, осуществляющим правоприменительные функции по кассовому обслуживанию исполнения бюджетов бюджетной системы Российской Федерации.

Следовательно, с 01.01.2014 планы-графики размещаются на ООС в порядке, утвержденном Приказом Минэкономразвития России № 544, Казначейства России № 18н от 20.09.2013 «Об особенностях размещения на официальном сайте планов-графиков размещения заказов на 2014 и 2015 годы» (далее – Приказ № 544/18н).

В соответствии с частью 1 статьи 107 Закона № 44-ФЗ лица, виновные в нарушении законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов о контрактной системе в сфере закупок, несут дисциплинарную, гражданско-правовую, административную, уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

За размещение должностным лицом заказчика, должностным лицом уполномоченного органа, должностным лицом уполномоченного учреждения, специализированной организацией в ЕИС в сфере закупок или направление оператору электронной площадки информации и документов, подлежащих размещению, направлению, с нарушением требований, предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок, либо нарушение указанными лицами порядка предоставления конкурсной документации или документации об аукционе, порядка разъяснения положений такой документации, порядка приема заявок на участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), окончательных предложений, за исключением случаев, предусмотренных частями 1-1.3 статьи 7.30 КоАП РФ, частью 1.4 статьи 7.30 КоАП РФ, предусмотрена административная ответственность.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона № 44-ФЗ законодательство РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд основывается на положениях Конституции РФ, ГК РФ, БК РФ и

состоит из настоящего Федерального закона и других федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в ч. 1 ст. 1 Закона № 44-ФЗ.

Вместе с тем Приказ № 544/18н является подзаконным нормативным правовым актом, который действует до вступления в законную силу изменений в Закон № 44-ФЗ.

Таким образом, антимонопольный орган считает, что до вступления в законную силу изменений в Закон № 44-ФЗ при нарушении сроков размещения планов-графиков отсутствует событие административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч. 1.4 ст. 7.30 КоАП РФ. Однако судебная практика складывается иначе...

Решение Верховного суда Республики Карелия от 01.07.2014 по делу № 21-271/2014. В силу ч. 1.4 ст. 7.30 КоАП РФ размещение должностным лицом заказчика в ЕИС в сфере закупок информации и документов, подлежащих размещению, с нарушением требований, предусмотренных законодательством РФ о контрактной системе, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 15 тыс. руб.

В соответствии с ч. 2 ст. 112 Закона № 44-ФЗ заказчики размещают на ООС планы-графики размещения заказов на 2014 и 2015 годы по правилам, действовавшим до дня вступления в силу Закона № 44-ФЗ, с учетом особенностей, которые могут быть установлены федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативное правовое регулирование в сфере закупок, и ФОИВ, осуществляющим правоприменительные функции по кассовому обслуживанию исполнения бюджетов бюджетной системы РФ.

Согласно п. 2 Приказа № 544/18н планы-графики подлежат размещению на ООС не позднее одного календарного месяца после принятия закона (решения) о бюджете.

Закон Республики Карелия от 20.12.2013 № 1759-ЗРК «О бюджете Республики Карелия на 2014 год и на плановый период 2015 и 2016 годов» принят 20.12.2013 и вступил в силу 01.01.2014.

Основанием привлечения должностного лица к административной ответственности послужили те обстоятельства, что не была выполнена в срок обязанность по размещению на ООС плана-графика размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд заказчиков на 2014 г. Данная обязанность была выполнена лишь 08.04.2014.

Обстоятельства, указанные в постановлении по делу, и вина должностного лица подтверждаются протоколом об административном правонарушении, в котором не изложено возражений в отношении вмененного ему административного правонарушения.

Не было оспорено и то обстоятельство, что вопреки требованиям законодательства на официальном сайте план-график размещен 08.04.2014. Доказательств, подтверждающих отсутствие возможности в установленный срок разместить необходимые сведения, не представлено, в связи с чем соответствующие доводы жалобы не могут быть приняты во внимание.

При таких обстоятельствах в действиях должностного лица обоснованно усмотрен состав указанного административного правонарушения.

Решение Свердловского областного суда от 24.09.2014 по делу № 72-722/2014. Судом отмечено, что Приказ № 544/18н подлежит применению в силу прямого указания закона, т.к. в соответствии с ч. 2 ст. 112 Закона № 44-ФЗ заказчики размещают на ООС планы-графики размещения заказов на 2014 и 2015 годы по правилам, действовавшим до дня вступления в силу Закона № 44-ФЗ, с учетом особенностей, которые могут быть установлены ФОИВ, осуществляющим нормативное правовое регулирование в сфере

закупок, и ФОИВ, осуществляющим правоприменительные функции по кассовому обслуживанию исполнения бюджетов бюджетной системы РФ. Особенности размещения на ООС планов-графиков размещения заказов на 2014 и 2015 годы установлены [Приказом № 544/18н](#).

Многие заказчики фактически не могут уложиться в установленный тридцатидневный срок. В связи с чем представляется интересным [Постановление 9 ААС от 17.03.2015 № 09АП-6510/2015 по делу № А40-116100/14](#).

Заказчик заключил контракт на оказание услуг по обеспечению закупочной деятельности, а именно: разработка планов закупок, плана-графика, размещение в ЕИС всей информации согласно [Закону № 44-ФЗ](#). Претензия по качеству оказанных услуг, оставленная без ответа исполнителем, послужила основанием для расторжения контракта.

Заявляя требование о расторжении контракта, заказчик указал, что исполнитель в полном объеме услуги, являющиеся предметом контракта, а именно: разработка и размещение в ЕИС плана закупок и плана-графика – не исполнил.

В соответствии со [ст. 309 ГК РФ](#) обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Согласно ст. 783 ГК РФ общие положения о подряде (ст. 702-729) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. 779-782 ГК РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг.

Если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков ([п. 2 ст. 715 ГК РФ](#)).

Требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии – в тридцатидневный срок.

Исполнитель от расторжения контракта по соглашению сторон уклонился. В соответствии со [ст. 450 ГК РФ](#) изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором.

Удовлетворяя иски, оценив относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности на основании [ст. 71 АПК РФ](#), суд первой инстанции исходил из того, что работы исполнитель обязан был выполнить качественно и в срок. Несвоевременное исполнение ответчиком обязательств по контракту является существенным нарушением его условий и основанием для его расторжения.

Учитывая изложенное, суды пришли к однозначному мнению о наличии оснований у заказчика для одностороннего расторжения контракта в связи с несвоевременным размещением исполнителем плана-графика в ЕИС.

Выводы:

Заказчикам необходимо понимать, что наименование закупки должно соответствовать сведениям, содержащимся в извещении и документации о закупке. При этом

заказчики обязаны руководствоваться требованиями энергоэффективности и вправе самостоятельно указывать конкретные показатели при описании объекта закупки, несмотря на расширенные диапазоны соответствующих ГОСТов, так как это исходит непосредственно из их потребностей.

Кроме того, излишнее описание объекта закупки в документации не ограничивает возможность участников закупки предоставить надлежащее предложение о товарах, работах или услугах, являющихся предметом закупки.

Несвоевременное размещение плана-графика в ЕИС является основанием для привлечения должностного лица заказчика к административной ответственности, однако в настоящее время, до введения в действие ЕИС, антимонопольный орган не возбуждает административные дела и не привлекает к административной ответственности за данное правонарушение в силу заложенного в [Законе № 44-ФЗ](#) механизма правового регулирования указанной проблемы, а также разъяснений Минэкономразвития РФ.

Определение поставщика (подрядчика, исполнителя)

Категория участников закупок

Способы определения поставщика (подрядчика, исполнителя)

Проблемы исчисления сроков в контрактной системе

Вопросы проведения электронного аукциона, основания для отклонения заявок

Актуальные вопросы проведения конкурсов

Актуальные вопросы проведения запроса котировок

Признание закупки (торгов), контракта недействительными

Авторские права и контрактная система

2.1. Категории участников закупок

[Закон № 44-ФЗ](#) подразумевает наличие расширенного круга субъектов контрактной системы в отличие от норм [Закона № 94-ФЗ](#). Разнообразие таких субъектов повлекло определенные сложности правоприменения в процессе реализации взаимоотношений, а также прав и обязанностей субъектов контрактной системы в сфере закупок.

Участие в закупках поверенных

Решением АС Ярославской области от 20.10.2008 по делу № А82-5970/2008-29, оставленным без изменения [Постановлением 2 ААС от 17.12.2008](#), подтверждена правовая позиция того, что участником размещения заказа может быть только юридическое лицо, то есть филиал не может самостоятельно принимать участие в размещении государственных и муниципальных заказов непосредственно от своего имени. Из смысла [ст. 5](#) и [8 Закона № 94-ФЗ](#) следует, что процесс размещения заказа завершается заключением контракта. Соответственно, контракт заключается именно с тем лицом, которое поименовано в качестве участника размещения заказов. В силу [ч. 3 ст. 55 ГК РФ](#) филиал не является юридическим лицом. Он наделяется имуществом создавшим его юридическим лицом и действует на основании утвержденного им положения. Следовательно, сам по себе филиал не может являться участником размещения заказов и претендовать на заключение контракта.

Судами установлено, что к анкете филиала приложена копия уведомления о постановке на учет в налоговом органе юридического лица, образованного в соответствии с законодательством РФ по месту нахождения обособленного подразделения – филиала, а совокупность всех документов подтверждает, что на участие в аукционе и на заключение контракта претендовал именно филиал, а не юридическое лицо.

Имеющаяся в деле доверенность юридического лица, которая предоставляет директору филиала право совершать операции от имени юридического лица, не свидетельствует о том, что заявка на участие в аукционе была подана филиалом от имени юридического лица. При подаче заявки от имени юридического лица заявка должна содержать наименование самого юридического лица в качестве участника размещения заказа, в заявке должны быть указаны реквизиты (адрес, почтовые, банковские) именно юридического лица, а не филиала. Спорная заявка была оформлена от имени филиала и не позволяла прийти к выводу о том, что на участие в аукционе претендует юридическое лицо. Доверенность предоставляет директору филиала право действовать от имени юридического лица, а в рассматриваемом случае последний, подписывая заявку, анкету участника, действовал от имени филиала.

Более того, право на подписание заявок на участие в аукционе от имени участника размещения заказа не свидетельствует о том, что таковым участником будет являться юридическое лицо.

Право директора филиала на подписание контрактов может быть оценено только в совокупности с пунктом 5 доверенности, по которому заключение договоров строительного подряда осуществляется директором филиала только по согласованию с генеральным директором.

Таким образом, директор филиала, обладая правом подписания договоров от имени юридического лица, не обладает правом их самостоятельного заключения без согласования с генеральным директором юридического лица, что может повлечь невозможность заключения контракта.

Принимая во внимание отсутствие полномочий директора филиала на самостоятельное заключение договоров подряда от имени юридического лица, апелляционный суд правомерно отклонил ссылки заявителя жалобы на разъяснения, данные в п. 20 совместного [Постановления Пленума ВС РФ № 6](#) и [Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996](#) «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», и положения [письма ВАС РФ № С1-7/ОП-742 от 02.11.1994](#) «О заключении договоров обособленными подразделениями».

Приложение к заявке участника размещения заказа выписки из ЕГРЮЛ само по себе не свидетельствует о подаче заявки от имени юридического лица, поскольку указанная выписка также содержит сведения и о наличии у фирмы филиала. Наименование участника размещения заказа (филиал юридического лица) было четко указано в заявлении, в анкете, что исключало иное понимание с учетом представленных документов. При этом аукционная комиссия не обладает полномочиями по толкованию представленных в составе заявки документов, она лишь рассматривает их на соответствие установленным требованиям.

Позиция юридического лица о том, что директор филиала, подписав заявку на участие в аукционе, действовал от имени участника размещения заказа – юридического лица, не основана на имеющихся в деле доказательствах и не может быть принята во внимание исходя из специальных требований, установленных [Законом № 94-ФЗ](#) к участникам размещения заказов.

Доверенное лицо вправе участвовать в закупках

Решением АС Московской области от 24.11.2014 по делу № А41-53748/14, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 11.03.2015) инстанции, подтверждено право представлять интересы участника закупки юридическим лицом по доверенности: заявка на участие в закупке может быть подана от лица, отличного от самого участника закупки.

Согласно [ч. 3 ст. 27 Закона № 44-ФЗ](#) участники закупки имеют право выступать в отношениях, связанных с осуществлением закупки, как непосредственно, так и через своих представителей. Полномочия представителей участников закупки подтверждаются доверенностью, выданной и оформленной в соответствии с гражданским законодательством.

[Ст. 182 ГК РФ](#) определяет понятие поручительства. Сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности..., непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого.

[Ст. 971 ГК РФ](#) определяет понятие договора поручения. По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. Таким образом, заявка на участие подается представителем или поверенным от лица представляемого или доверителя.

Для признания заявки представляемого или доверителя соответствующей требованиям извещения и документации о закупке в составе должны быть приложены документы, указанные в [ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#), на представляемого или доверителя, а также документ, на основании которого действует представитель или поверенный, а именно: доверенность или договор поручения.

В запросе котировок № 0148300050714000730 победителем было признано ООО «МИП «СГМУ», которое участвовало в закупке от лица ГБОУ ВПО «Северный государственный

медицинский университет» Министерства здравоохранения РФ по договору поручения от 18.02.2014. Контракт на оказание образовательных услуг был заключен между заказчиком и ООО «МИП «СГМУ», которое стало исполнителем по контракту. Судами указанная сделка признана законной, хотя ООО «МИП «СГМУ» не обладает лицензией на осуществление образовательной деятельности.

Отклонение заявки участника закупки за просроченные полномочия исполнительного органа участника недопустимо

В соответствии с положениями [Закона № 44-ФЗ](#) в состав заявок на участие в конкурсе или аукционе должен входить документ, подтверждающий полномочия лица на осуществление действий от имени участника – юридического лица (копия решения о назначении или об избрании либо копия приказа о назначении физического лица на должность, в соответствии с которыми такое физическое лицо обладает правом действовать от имени участника открытого конкурса без доверенности (далее – руководитель)).

В некоторых случаях участники закупок прикладывают в составе заявки такой документ, который на момент рассмотрения заявки является «просроченным», в данном случае у заказчика возникает вопрос о правомерности отклонения такой заявки в связи с отсутствием документа, подтверждающего полномочия.

Согласно [ст. 33 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ](#) «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – [Закон № 14-ФЗ](#)) как образование исполнительных органов общества, так и прекращение их полномочий относится к компетенции общего собрания участников общества или единственного участника общества.

Согласно [ст. 40 Закона № 14-ФЗ](#) единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор, президент и другие) избирается общим собранием участников общества (назначается решением единственного участника общества) на срок, определенный уставом общества.

При этом [Закон № 14-ФЗ](#) не содержит положений о том, что с истечением срока, определенного уставом общества, полномочия руководителя общества автоматически прекращаются.

В соответствии со [ст. 58 ТК РФ](#) трудовые договоры могут заключаться на неопределенный срок или на определенный срок не более пяти лет (срочный трудовой договор). Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения.

Согласно [ст. 275 ТК РФ](#) в случае, когда с руководителем организации заключается срочный трудовой договор, срок действия этого трудового договора определяется учредительными документами организации или соглашением сторон. При этом в силу [ч. 4 ст. 58 ТК РФ](#) в случае, когда ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением срока его действия и работник продолжает работу после истечения срока действия трудового договора, условие о срочном характере трудового договора утрачивает силу и трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок.

Таким образом, при рассмотрении заявки следует изучить учредительные документы участника, а именно устав общества, на предмет наличия положений о прекращении

полномочий единоличного исполнительного органа, и в случае отсутствия таких положений отклонение такой заявки неправомерно.

Данный вывод подтверждается АС Свердловской области от 28.05.2013 по делу № А60-11273/2013 и решением Московского областного суда от 27.02.2014 по делу № А-2006/12.

Учредительные документы согласно [ст. 52 ГК РФ](#) для всех юридических лиц это устав, а для хозяйственных товариществ – учредительный договор.

Обжалование действий (бездействия) должностных лиц заказчика после окончания срока подачи заявок только ограниченным кругом лиц либо в судебном порядке

В решении АС Орловской области от 10.04.2015 по делу № А48-653/2015, оставленном без изменения судом апелляционной инстанции (07.07.2015) проведен системный анализ положений [Закона № 44-ФЗ](#). Из данного анализа следует, что если обжалуемые действия (бездействие) совершены после начала рассмотрения заявок на участие в аукционе, обжалование данных действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в аукционе.

Согласно [ст. 105 Закона № 44-ФЗ](#) любое юридическое или физическое лицо вправе обжаловать положения документации, установленные заказчиком, до окончания установленного срока подачи заявок, даже если заявку на участие в закупке он не подает. Обжалование допускается только до окончания срока подачи заявок. В частности после окончания срока подачи заявок законодатель устанавливает определенный круг лиц, которые вправе обжаловать уже не положения документации, а конкретное действие или бездействие заказчика, комиссии.

Таким образом, в случае, если обжалуемые действия (бездействие) совершены при рассмотрении вторых частей заявок на участие в электронном аукционе или при заключении контракта, обжалование данных действий (бездействия) осуществляется до заключения контракта. По истечении указанных сроков обжалование данных действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, оператора электронной площадки, комиссии осуществляется только в судебном порядке.

Применение преференций к участнику, занявшему второе место, при уклонении победителя

В решении АС Свердловской области от 22.01.2013 по делу № А60-45173/2012, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 16.04.2013) и кассационной (постановление от 22.07.2013) инстанций, подтверждена правовая позиция заказчика о легитимности применения преференций к участнику, занявшему второе место, при уклонении победителя от заключения контракта.

В случае установления в документации о закупке требований приоритета товарам российского и (или) белорусского происхождения по отношению к товарам, происходящим из иностранных государств, контракт заключается с участником закупки, предложившим иностранный товар, по цене, сниженной на 15% от предложенной данным участником аукциона. При этом требование преференций распространяется в

равной степени на всех участников закупки, следовательно, при уклонении победителя от заключения контракта и согласия участника, занявшего второе место, на заключение контракта такой участник (в случае предложения им товаров иностранного производства) обязан заключить контракт с ценой, сниженной на 15%.

Истечение срока полномочий руководителя участника закупки - не основание для отклонения заявки

Многие заказчики отклоняют заявки участников закупок на основании установления по документам, представленным в составе заявки, истечения срока полномочий руководителя участника закупки. Вместе с тем законодательством о контрактной системе определен исчерпывающий перечень для отказа в допуске участника закупки. То есть по иным основаниям отказ не допускается. Необходимо отметить, что само по себе истечение установленного уставом срока не означает прекращения полномочий генерального директора, который в условиях фактического функционирования общества обязан был выполнять функции единоличного исполнительного органа.

Однако в документации о закупке, как правило, указаний на то, что в случае истечения срока полномочий генерального директора должны предоставляться сведения о переизбрании генерального директора не имеется, и обязанность участника подтверждать сведения путем приложения копий контрактов не установлена. Оснований для отклонений не имеется – противоречий нет.

Таким образом, генеральный директор обязан выполнять функции единоличного исполнительного органа до момента избрания нового руководителя. Данная правовая позиция подтверждается: определениями ВАС РФ от 07.07.2010 № ВАС-8874/2010 по делу № А50-17692/2009 и от 17.10.2012 № ВАС-13633/12 по делу № А53-15902/2011; решением АС Свердловской области от 28.05.2013 по делу № А60-11273/2013 (не обжаловалось); решением АС Новосибирской области от 21.02.2014 по делу № А45-18951/2013, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 19.05.2014) и кассационной (постановление от 28.08.2014) инстанций; решением АС Пермского края от 30.03.2015 по делу № А50-27247/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 07.07.2015) инстанции.

Выводы:

Участником закупки может быть только юридическое лицо. Филиал не может самостоятельно принимать участие в закупках непосредственно от своего имени.

Представлять интересы участника закупки возможно иным юридическим или физическим лицом или индивидуальным предпринимателем по доверенности. Таким образом, заявка на участие в закупке может быть подана от лица, отличного от самого участника закупки.

Отклонение заявки участника закупки за просроченные полномочия исполнительного органа участника недопустимо.

Обжалование действий (бездействия) должностных лиц заказчика после окончания срока подачи заявок возможно только ограниченным кругом лиц (кто подавал соответствующую заявку) либо в судебном порядке.

Преференции в равной мере распространяются на всех участников закупок.

2.2. Способы определения поставщика (подрядчика, исполнителя)

В соответствии с [Законом № 44-ФЗ](#) заказчик самостоятельно определяет и обосновывает способ выбора поставщика (подрядчика, исполнителя). Законодателем установлены императивные нормы, согласно которым заказчик обязан приобретать определенные товары, работы, услуги исключительно путем проведения электронного аукциона. Однако с учетом НМЦК указанные товары, работы, услуги возможно приобрести путем проведения запроса котировок или путем закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) на основании [п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ](#). Рассмотрим наиболее актуальные проблемы, возникающие на данной стадии осуществления закупок.

Аренда имущества - предмет регулирования Закона № 94-ФЗ

Определением ВАС РФ от 30.06.2011 № ВАС-7912/11 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ подтверждена позиция, что арендные отношения движимого или недвижимого имущества попадают в сферу регулирования [Закона № 94-ФЗ](#).

Договор аренды обособлен от группы договоров возмездного оказания услуг в ГК РФ, поэтому выделение в ГК РФ услуг и аренды в отдельные виды обязательств само по себе не является основанием для признания оспариваемых групп номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков, утвержденной приказом Минэкономразвития РФ от 01.12.2011 № 601, не соответствующими ГК РФ. Аренда имущества допускается и не противоречит ГК РФ.

Проанализировав положения ГК РФ, БК РФ, [Закона № 94-ФЗ](#) (в частности, положения [ч. 2 ст. 1](#), [ч. 1 и 2 ст. 3](#), [ч. 1 ст. 4](#)), суды сочли, что договор по предоставлению в аренду движимого имущества заказчиком будет являться предметом регулирования [Закона № 94-ФЗ](#) при наличии следующих условий:

- если он заключается в интересах РФ, соответствующего субъекта РФ либо соответствующего муниципального образования;
- целью его заключения выступает удовлетворение государственных (муниципальных) нужд;
- финансирование указанных потребностей осуществляется за счет средств бюджета РФ или бюджета субъекта РФ.

Услуги технического заказчика - конкурс, а не открытый аукцион

Решением АС Ростовской области от 22.04.2015 по делу № А53-1704/2015 опровергнуты доводы антимонопольного органа в части нарушения заказчиком нормы [ч. 2 ст. 59 Закона № 44-ФЗ](#) (неверный выбор способа осуществления закупки), поскольку предмет конкурса включен в Перечень товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме, под № 45 «Работы строительные».

Предметом конкурса является исполнение функций технического заказчика (в том числе строительного контроля) по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию объектов капитального строительства и реконструкции, финансируемых за счет средств бюджета города Ростова-на-Дону, а также субсидий, субвенций и иных межбюджетных трансфертов, поступающих в бюджет города в 2015 году.

Определение технического заказчика содержится в п. 22 ч. 1 ст. 1 ГрК РФ – физическое лицо, действующее на профессиональной основе, или юридическое лицо, которые уполномочены застройщиком и от имени застройщика заключают договоры о выполнении инженерных изысканий, о подготовке проектной документации, о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, подготавливают задания на выполнение указанных видов работ, предоставляют лицам, выполняющим инженерные изыскания и (или) осуществляющим подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства, материалы и документы, необходимые для выполнения указанных видов работ, утверждают проектную документацию, подписывают документы, необходимые для получения разрешения на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию, осуществляют иные функции, предусмотренные Кодексом. Застройщик вправе осуществлять функции технического заказчика самостоятельно.

При этом группировка 45 Перечня включает в себя:

1. работы строительные подготовительные и вспомогательные;
2. работы по строительству новых объектов, капитальному и текущему ремонту, реконструкции, реставрации жилых и нежилых зданий или инженерных сооружений.

В данной группировке классифицированы услуги (работы), являющиеся существенными составляющими процесса строительства зданий и сооружений различного типа, которые представляют собой продукцию строительной деятельности. Эта группировка не включает услуги по управлению строительными проектами.

Суд пришел к выводу о том, что заказчиком правомерно объявлен открытый конкурс на исполнение функций технического заказчика, так как услуги технического заказчика, содержание которых предусмотрено проектом контракта, относятся по ОКПД ОК 034-2007 к коду 74.20.60.0000 «Услуги по управлению проектами, связанными со строительством зданий и сооружений» и включает в себя услуги по управлению строительными или инженерно-техническими проектами в интересах собственника или заказчика с целью обеспечения гарантий проведения строительных работ в соответствии с рабочим проектом (при этом работы могут проводиться в офисе или непосредственно на месте):

1. надзор за ходом работ в процессе строительства, в том числе окончательную инспекцию и приемку работ;
2. подготовку отчетов о ходе строительства;
3. планирование и составление графиков работ;
4. подготовку стоимостных оценок различных этапов строительства;
5. подготовку и анализ заявок на подряд;
6. заключение контрактов на производство архитектурных, инженерно-технических и строительных работ;
7. контроль за документопотоками;
8. контроль уровня затрат;
9. рекомендации по вопросам управления, возникающим в процессе строительства, прочие;
10. приобретение материалов и оборудования по поручению заказчика или владельца.

Таким образом (учитывая предмет закупки), заказчик правомерно выбрал открытый конкурс как легальный способ осуществления закупки.

Аварийный ремонт – необходимы конкретные доказательства чрезвычайной ситуации

Решением АС Калужской области от 05.08.2015 по делу № А23-3216/2015 подтверждена позиция антимонопольного органа о привлечении должностного лица заказчика к ответственности за нарушение порядка выбора способа определения подрядчика ([ч. 1 ст. 7.29 КоАП РФ](#)).

В соответствии с [п. 9 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ](#) закупка у единственного подрядчика может осуществляться заказчиком в случае закупки определенных работ вследствие аварии, иных чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера, непреодолимой силы (при условии, что такие работы не включены в утвержденный Правительством РФ перечень работ, необходимых для оказания гуманитарной помощи либо ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера) и применение иных способов определения поставщика (подрядчика, исполнителя), требующих затрат времени, нецелесообразно. Заказчик вправе заключить в соответствии с настоящим пунктом контракт на выполнение работы в объемах, которые необходимы для ликвидации последствий, возникших вследствие аварии, иных чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера, непреодолимой силы, либо для оказания медицинской помощи в экстренной форме или неотложной форме. Исходя из понятия, данного в [статье 401 ГК РФ](#), непреодолимая сила – это чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства.

К квалифицирующим признакам понятия непреодолимой силы, содержащимся в [ст. 401 ГК РФ](#), относится чрезвычайность обстоятельств, делающих невозможным исполнение обязательства, и невозможность их предотвращения. Одновременно в ГК РФ содержится примерный перечень обстоятельств, не являющихся непреодолимой силой. Вместе с тем сведений о возникновении именно чрезвычайной ситуации, которая, в свою очередь, потребовала экстренного выполнения работ по ремонту участков теплотрасс, документы, на основании которых заключен муниципальный контракт, не содержат.

Основанием принятия решения о заключении муниципального контракта с единственным поставщиком послужил акт обследования теплотрассы, составленный комиссией. Из содержания акта установлено, что комиссия произвела обследование бесхозной теплотрассы по указанным улицам и установила, что на обследуемых участках теплотрассы отсутствует теплоизоляция, что создает аварийную ситуацию в результате размораживания системы и потери тепла на теплотрассе. На основании указанного акта обследования главой администрации городского поселения издано распоряжение, согласно которому необходимо произвести размещение заказа на выполнение вышеуказанных ремонтных работ у единственного подрядчика.

При этом действующим законодательством ухудшение состояния теплотрасс не отнесено к обстоятельствам непреодолимой силы, поскольку такое состояние возникло не одномоментно, стихийного характера не носило и являлось вполне прогнозируемым в заблаговременный период времени. Доказательств, подтверждающих характер острой необходимости выполнения поименованных работ, обусловленной возможным причинением вреда жизни и здоровью населения, не имеется.

Администрация городского поселения, реализуя надлежащим образом и своевременно свои полномочия, в том числе и в сфере проверки технического состояния бесхозных тепловых сетей, расположенных на территории городского поселения, и подготовки теплотрасс к отопительному сезону, имела возможность своевременно выявить все вышеперечисленные неисправности и предпринять меры по их устранению, в частности, путем заключения соответствующих муниципальных контрактов в порядке, установленном действующим законодательством.

Авария, исходя из п. 2 ч. 2 ст. 2 Федерального закона от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений», представляет собой опасное техногенное происшествие, создающее на объекте, определенной территории или акватории угрозу жизни и здоровью людей и приводящее к разрушению или повреждению зданий, сооружений, оборудования и транспортных средств, нарушению производственного или транспортного процесса, нанесению ущерба окружающей среде.

Правила горячего водоснабжения, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 29.07.2013 № 642, определяют аварию как повреждение или разрушение объектов централизованной системы горячего водоснабжения, приводящее к ограничению или прекращению горячего водоснабжения, создающее угрозу жизни и здоровью людей или наносящее вред окружающей среде (п. 2 Общих положений).

На основании ст. 1 Федерального закона от 21.12.1994 № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» следует, что чрезвычайная ситуация – это обстановка на определенной территории, сложившаяся в результате аварии, опасного природного явления, катастрофы, стихийного или иного бедствия, которые могут повлечь или повлекли за собой человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности людей.

Из обстоятельств дела наличия аварии и чрезвычайной ситуации как обстоятельств непреодолимой силы и оснований для заключения муниципального контракта с единственным подрядчиком не усматривается. Вместе с тем необходимость проведения аварийных работ по ремонту теплотрассы к обстоятельствам непреодолимой силы, исходя из положений ГК РФ, не может быть отнесена.

Кроме того, п. 9 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ, предоставляя право на заключение контракта, исходит из нецелесообразности использования иных способов размещения заказа в связи с временными затратами.

Доводы заказчика о том, что проведение процедуры торгов не представлялось возможным, поскольку указанная процедура занимает длительное время, не подтверждаются какими-либо доказательствами. Так, документы и доказательства тому, что проведение торгов в установленном Законом № 44-ФЗ порядке привело бы (могло привести) к наступлению обстоятельств, которые, в частности, могут повлечь причинение вреда, а также создать опасность, непосредственно угрожающую личности либо охраняемым законным интересам общества и государства, не представлены.

Заключение контракта с единственным подрядчиком в нарушение установленных требований ведет к нарушению прав и законных интересов неопределенного круга лиц (потенциальных участников торгов), а также приводит к нарушению публичных интересов в виде неполучения экономии бюджетных средств.

По мнению суда, обстоятельства рассмотренного антимонопольным органом дела об административном правонарушении с учетом разъяснений ВАС РФ, изложенных в п.п. 18, 18.1 Постановления Пленума ВАС РФ № 10 от 02.06.2004 и п. 21 Постановления Пленума ВС РФ № 5 от 24.03.2005, не позволяют сделать вывод о наличии исключительных причин, указывающих на малозначительность совершенного заявителем правонарушения.

Заключение контракта по п. 9. ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ в случае отсутствия возможности

спрогнозировать или спланировать заказчиком ситуацию

Решением АС Приморского края от 29.08.2012 по делу № А51-7057/2012, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 04.12.2012) и кассационной (постановление от 15.04.2013) инстанций, подтверждена позиция о том, что наличие возможности у заказчика прогнозировать и контролировать сложившуюся ситуацию в течение определенного периода времени является основанием признания контракта, заключенного с единственным исполнителем, недействительным. При этом обстоятельства, приведенные заказчиком в обоснование причин заключения контракта с единственным исполнителем, не обладают свойствами внезапности, чрезвычайности и непредотвратимости, поэтому не обуславливают правомерность заключения контракта избранным ответчиками способом, в связи с чем признали контракт недействительным (ничтожным) в силу [ст. 168 ГК РФ](#).

Определением ВАС РФ от 30.07.2013 № ВАС-9962/13 в передаче в Президиум ВАС РФ для пересмотра дела в порядке надзора отказано.

Письмом Минэкономразвития России от 15.07.2015 № Д28и-2188 нашла отражение данная правовая позиция.

Выводы:

Сдача в аренду движимого и недвижимого имущества подпадает под нормы [Закона № 44-ФЗ](#).

Прежде чем формировать план закупок и план-график заказчик обязан проверить предмет закупок на наличие товаров, работ, услуг в «аукционном перечне».

Отсутствие в данном перечне соответствующего кода (либо исключения) дает легальную возможность заказчику осуществить закупку иным способом, отличным от аукциона в рамках [Закона № 44-ФЗ](#).

При выборе заказчиком способа осуществления закупки у единственного поставщика (аварийный ремонт) необходимо иметь конкретные доказательства и факты того, что без оперативного вмешательства возможно возникновение чрезвычайной ситуации, создающей угрозу жизни и здоровью людей и приводящей к разрушению или повреждению зданий, сооружений, оборудования и транспортных средств, нарушению производственного или транспортного процесса, нанесению ущерба окружающей среде.

Таким образом, основания для заключения контракта без проведения конкурентной процедуры должны обладать свойствами внезапности, чрезвычайности и непредотвратимости. В иных случаях заказчик обязан предвидеть необходимость поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг и соответственно запланировать подобные нужды.

2.3. Проблемы исчисления сроков в контрактной

системе

Вопрос исчисления сроков в контрактной системе в сфере закупок довольно актуальный, если не сказать болезненный. Порядок определения сроков согласно [Закону № 44-ФЗ](#) значительно отличается от ГК РФ: сроки устанавливаются не только в календарных, но и в рабочих днях, устанавливаются хаотично – не позднее одного рабочего дня с даты размещения, в течение трех рабочих дней, за 20 календарных дней до окончания срока подачи заявок и т.д. Указанный «хаос» не позволяет сформировать единообразный подход административных и судебных органов к вопросу установления сроков. Вопросы переноса даты, выпадающей на выходные и праздничные дни, расчета срока подачи заявок с необходимостью учета выходных и праздничных дней и т.д. по настоящее время не имеют единства в правоприменении.

Срок выполнения работ, срок действия контракта и банковской гарантии

Согласно положениям [Закона № 44-ФЗ](#) в контракт включаются условия о сроках поставки товара или завершения выполнения работы, оказания услуги. Кроме того, исходя из требований [ст. 96 Закона № 44-ФЗ](#), еще одним обязательным условием является срок действия контракта. Многие заказчики в проектах контракта отождествляют сроки выполнения работ и срок действия контракта, хотя в силу ГК РФ и [Закона № 44-ФЗ](#) данные понятия не тождественны.

АС Челябинской области в решении от 31.07.2014 по делу № А76-11597/2014 указал, что сроки выполнения работ и срок действия контракта не являются тождественными, следовательно, могут не совпадать. Отсутствие в проекте контракта сроков приемки поставленного товара, выполненной работы или услуги, а также порядка и сроков оформления результатов такой приемки является нарушением [Закона № 44-ФЗ](#), поскольку создает заказчику возможность для злоупотреблений. Недопустимо устанавливать в проекте контракта следующее требование: «настоящий контракт действителен с момента его заключения и до полного выполнения сторонами всех обязательств, если иное не будет согласовано сторонами, подписавшими контракт».

Размещать электронный аукцион без учета срока новогодних каникул недопустимо

Решением АС Тверской области от 21.05.2010 по делу № А66-1568/2010, оставленным без изменения постановлением 14 ААС от 19.08.2010, а также Постановлением Президиума ВАС РФ от 16.04.2013 № ВАС-2823/2011 подтверждена позиция антимонопольного органа о нарушении департаментом конкуренции, выразившейся в сокращении срока подачи заявки на участие в электронном аукционе за счет новогодних каникул (аукциона на право заключения договора аренды лесного участка). Суды поддержали антимонопольный орган, которым установлено, что фактический (реальный) срок, установленный департаментом для подачи заявок, равен трем полным (28, 29, 30 декабря 2009 года) и двум неполным (31 декабря 2009 года, 11 января 2010 года) рабочим дням. При этом для подачи заявки необходимо совершить действия по ознакомлению с информацией об аукционе; по выбору представителя и выдаче ему доверенности на совершение требуемых действий; по обращению в департамент с заявлением о заключении соглашения о задатке; по заключению такого соглашения; по перечислению задатка на счет департамента; по получению банковской выписки о

зачислении задатка на счет департамента; по подаче в департамент документа в подтверждение внесения задатка. Кроме того, обращение в департамент с заявлением о заключении соглашения о задатке рассматривается в течение двух дней; у департамента отсутствует обязанность уведомить вторую сторону о заключении (подписании) им такого соглашения; в отсутствие реквизитов этого соглашения (номера и даты) невозможно перечисление задатка на счет департамента, поскольку упомянутые реквизиты необходимо указывать в платежном поручении; без оплаты задатка, то есть выполнения всех перечисленных действий, подача заявки на участие в аукционе невозможна. Установленный срок нельзя считать объективно достаточным.

П. 3 ч. 4 ст. 79 Лесного кодекса определено, что срок подачи заявок на участие в аукционе по продаже права на заключение договора аренды лесного участка должен составлять не менее чем 14 дней. Законодатель не указал, что названные дни должны быть рабочими, и не определил порядок исчисления такого срока, однако оценка соблюдения этого срока должна производиться исходя из цели его установления, направленной в том числе на защиту конкуренции, и с учетом того, что данный срок является гарантией участия в аукционе всех желающих, обеспечиваемой организатором торгов в качестве публичной обязанности в соответствии с законодательством.

Судами трех инстанций установлено, что потенциальным участникам аукциона из указанных 14 дней, определенных законодателем как минимальный срок для подачи заявки, фактически было предоставлено 5 дней (из них 3 полных и 2 сокращенных рабочих дня).

Таким образом, антимонопольным органом и судами сделан обоснованный вывод о том, что установленный департаментом срок на подачу заявки, фактически равный пяти дням, является недостаточным и недопустимым исходя из требований [Закона № 135-ФЗ](#).

Течение четырнадцатидневного срока, установленного для подачи заявки (как минимально возможного по закону), не может начинаться в нерабочие дни, поскольку в такие дни отсутствует возможность совершения как действий по подаче заявки, так и необходимых действий, предшествующих подаче заявки и сопутствующих ей. Это означает, что такой публичный срок не обеспечивает гарантированный законом разумный и достаточный период времени для подачи заявки на участие в открытом (публичном) аукционе. Организатор аукциона при установлении срока начала и окончания подачи заявок должен учитывать направленность такого срока на обеспечение доступа к торгам, то есть реальной возможности для потенциальных участников торгов подать заявку (гарантированное законом право), и не допускать в связи с этим наложения таких сроков на особые периоды времени в году, влекущие уменьшение количества рабочих дней, поскольку из предоставленных дней десять являлись нерабочими для всех возможных участников спорных правоотношений и иных лиц, с которыми связаны действия по подготовке к участию в аукционе: банков (невозможно совершить банковские операции, получить выписку), организатора аукциона (невозможно обратиться за разъяснением аукционной документации, заключить соглашение о задатке), потенциальных участников аукциона – юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (невозможно подготовить документы для участия в аукционе ввиду отсутствия сотрудников), а также уполномоченных по контролю за проведением торгов органов и судов (невозможно обжаловать действия, связанные с объявлением аукциона, содержанием аукционной документации, и прочие действия, нарушающие права, до окончания срока подачи заявок).

Учитывая изложенное, срок для подачи заявок на участие в аукционе составил менее минимально допустимых законом 14 дней.

Размещать извещение о проведении запроса предложений накануне выходных дней недопустимо

Решением АС Хабаровского края от 13.07.2015 по делу № А73-3430/2015, оставленным без изменения постановлением 6 ААС от 08.10.2015, подтверждена позиция антимонопольного органа о недопустимости осуществления запроса предложений путем публикации извещения накануне выходных дней.

Судами установлено, что из 5 установленных законом дней 3 дня (7, 8, 9 марта) являлись нерабочими днями, таким образом, для подачи документов осталось только 2 дня. Довод заказчика о том, что законодатель не указал на то, что 5 дней должны быть рабочими, отклонен, поскольку оценка соблюдения этого срока должна производиться исходя из цели его установления, направленной в том числе на защиту конкуренции, с учетом того, что данный срок является гарантией участия в запросе предложений всех участников.

Поскольку в настоящее время подача заявок на участие в запросе предложений не предусмотрена функционалом ЕИС, заявки на участие в запросе предложений могут быть поданы только в письменной форме. В документах рассматриваемых запросов предложений возможность подачи заявок в форме электронного документа не предусмотрена. С учетом изложенного, за два дня потенциальные участники, находившиеся в других городах, не могли своевременно подать заявки.

Заказчик при установлении срока начала и окончания подачи заявок должен учитывать направленность такого срока на обеспечение доступа к участию, то есть реальную возможность для потенциальных участников подать заявку, не допуская в связи с этим наложение таких сроков на особые периоды времени в году, влекущие уменьшение количества рабочих дней. Аналогичная позиция изложена в [Постановлении Президиума ВАС РФ от 16.04.2013 № 2823/11](#).

При признании победителя уклонившимся от заключения контракта необходимо внимательно считать сроки (ст. 190, 191 ГК РФ)

Решением АС Красноярского края от 07.07.2014 по делу № А33-7712/2014, оставленным без изменения постановлением 3 ААС от 26.09.2014, подтверждена необходимость правильного исчисления сроков заказчиком при признании победителя аукциона уклонившимся от заключения контракта. Позиция судов основана на том, что [Законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ](#) не определен порядок исчисления установленных им сроков, что согласно [ч. 1 ст. 2 Закона № 44-ФЗ](#) позволяет применить соответствующие положения гражданского права, в частности ГК РФ.

Согласно [ст. 190, 191 ГК РФ](#) установленный законом срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало. Таким образом, тринадцатидневный срок начинает течь не со дня размещения протокола в ЕИС, а со следующего за ним дня.

Судами установлено, что основанием признания победителя аукциона уклонившимся от

заключения контракта явилось направление протокола разногласий по истечении 13 (тринадцати) дней с даты размещения в ЕИС протокола подведения итогов электронного аукциона.

Выводы:

При осуществлении закупки заказчик обязан принимать во внимание наличие выходных и праздничных дней, поскольку они сокращают возможности участников закупки на реализацию своих прав и обязанностей по участию. По мнению антимонопольного органа, подобные действия заказчика ограничивают конкуренцию.

Заказчики обязаны знать, что сроки выполнения работ и срок действия контракта не тождественны, а значит могут не совпадать.

Окончательно снять вопросы об исчислении сроков в контрактной системе в сфере закупок позволит внесение изменений в [Закон № 44-ФЗ](#), согласно которым все сроки необходимо установить исключительно в рабочих днях. Не важна форма проведения закупки (электронная или в бумажной форме) – заказчики и участники закупок работают по рабочим дням, следовательно, выходные и праздничные дни необходимо исключить из порядка расчета сроков, как это установлено, например, в АПК РФ.

2.4. Вопросы проведения электронного аукциона, основания для отклонения заявок

Несмотря на то, что электронный аукцион как форма конкурентной закупки существует вот уже более пяти лет, проблемы правоприменения не исчерпали себя. Во многом это связано с неоднозначным подходом заказчиков к описанию объекта закупки с одновременными сложностями проверки характеристик, представленных участниками аукциона в первой части заявки на участие в электронном аукционе. С другой стороны, проблемными вопросами представляются: постоянное чередование рабочих и календарных дней в процессе реализации самой процедуры аукциона, неопределенности в механизме реализации прав заказчика в части обмена протоколами разногласий и признания победителя закупки уклонившимся от заключения контракта, а также иные вопросы...

Запросы на разъяснение положений аукционной документации

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 04.07.2014 по делу № А56-8358/2014 заказчик неправоммерно был признан уклонившимся от дачи разъяснений положений аукционной документации по причине неоднозначности содержания таких разъяснений. Суд первой инстанции установил, что разъяснения заказчика не устранили неясность по содержанию предмета запроса. [Закон № 94-ФЗ](#) не ограничивает право заказчика приобретать товары, работы, услуги в соответствии со своими нуждами и спецификой деятельности и устанавливать требования к техническим характеристикам товара исходя из своих потребностей. Вместе с тем используемые заказчиком термины должны позволять участникам размещения заказа

однозначно определить технические характеристики товара, требуемого заказчиком.

Постановлением 13 ААС от 24.10.2014 № 13АП-19211/2014 решение суда первой инстанции отменено. Апелляционная коллегия рассмотрела данный спор с точки зрения формулировки поставленного вопроса о разъяснении документации об аукционе. Таким образом, заказчиком с учетом ранее данных разъяснений был дан исчерпывающий ответ на сформулированный таким образом запрос о разъяснении документации об аукционе. Несогласие участника размещения заказа с содержанием разъяснений не может свидетельствовать об уклонении заказчика от дачи разъяснений и нарушении Закона № 94-ФЗ. Участник размещения заказа также не представил убедительных доводов относительно того, что полученные от заказчика разъяснения положений документации об аукционе воспрепятствовали подаче заявки на участие в аукционе, учитывая, что на аукцион было подано несколько заявок и аукцион не признан несостоявшимся.

Снижение цены при проведении аукциона

Один из наиболее сложных вопросов размещения заказа – чрезмерное снижение цены другими участниками размещения заказа, попытки демпинга, что в итоге иногда приводит к неблагоприятным последствиям для всех субъектов размещения заказов. Согласно ст. 32 Закона № 94-ФЗ под аукционом на право заключить контракт понимаются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену контракта. Однако не всегда заключение контракта по наименьшей цене является эффективным использованием бюджетных средств. Норма ч. 18 ст. 41.10 Закона № 94-ФЗ определяет, что в случае, если при проведении электронного аукциона цена контракта снижена до нуля, проводится открытый аукцион в электронной форме на право заключить контракт. Это и позволяет заключить контракт с ценой выполнения работ, составляющей 0 рублей.

В 2012-2013 гг. сложилась неоднозначная арбитражная практика по данному вопросу. Так, 8 ААС в Постановлении от 04.12.2012 по делу № А75-9237/2011 указал, что ст. 41.10 Закона № 94-ФЗ не содержит каких-либо специальных условий о том, что контракт может быть заключен за 0 рублей с платой за его заключение лишь по каким-либо видам контрактов или с соблюдением каких-либо особых условий, т.е. применима к любым видам контрактов. Однако п. 3 ст. 423 ГК РФ предусмотрена презумпция возмездности гражданско-правового договора. Аналогичный принцип следует и из содержания ст. 9 Закона № 94-ФЗ. В данном случае суд полагает применение ч. 18 ст. 41.10 Закона № 94-ФЗ как исключение: если лицо осуществляет демонтажные работы и впоследствии может извлечь выгоду из остатков демонтированных материалов.

Развитие проблемы отмечено в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 08.02.2013 по делу № А81-917/2012, в котором суд установил, что контракт при подобных обстоятельствах является недействительной ничтожной сделкой, противоречащей требованиям п. 4 ст. 575 ГК РФ о запрещении дарения в отношениях между коммерческими организациями, ст. 10 ГК РФ о недопущении использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Стоимость контракта по результатам торгов составила 1 руб., в том числе НДС – 15 коп. (НМЦК была установлена 1,5 млн. руб.). Суд первой инстанции ошибочно установил заключенность и действительность контракта. Суды апелляционной (постановление от 17.09.2012) и кассационной (постановление от 08.02.2013) инстанций, отменяя постановление АС Ямало-Ненецкого автономного округа, на основании вышеизложенной позиции признали данную сделку ничтожной и не порождающей прав и обязанностей с момента ее заключения.

Кроме того, судами признаны ошибочными доводы исполнителя по предложению столь

низкой цены контракта: полагает необходимым помочь округу, закон не содержит ограничений в определении цены работ, намереваясь выступить разработчиком по данному контракту – намерен в дальнейшем участвовать в иных программах, при которых вложения по данному аукциону в будущем компенсируются при условии участия в иных торгах, проводимых округом.

Суды апелляционной и кассационной инстанций подтвердили, что граждане и юридические лица приобретают и реализовывают свои гражданские права своей волей и в своем интересе (ст. 1 ГК РФ), в том числе осуществляют предпринимательскую деятельность с определенной степенью риска (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Особо отмечен один из основополагающих принципов гражданского права – принцип эквивалентности в хозяйственных взаимоотношениях между его участниками (ст. 423 ГК РФ). На основании ст. 423 ГК РФ договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное представление за использование своих обязанностей, является возмездным. Договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное.

Исполнитель по контракту – юридическое лицо, целью деятельности которого является извлечение прибыли. Следовательно, отношения между заказчиком и исполнителем должны носить возмездный характер, поскольку неравноценность нарушает указанный принцип.

Договор считается безвозмездным только в случае, если судом будет установлено намерение одной стороны сделки одарить другую. Признаком договора дарения служит отсутствие какого бы то ни было встречного удовлетворения.

Дарение между коммерческими организациями не допускается (п. 4 ст. 575 ГК РФ). Указанная норма, по мнению судов, распространяется на отношения, возникающие в процессе реализации Закона № 94-ФЗ, поскольку законодательство РФ о размещении заказов основывается в том числе и на нормах ГК РФ. Таким образом, предложение цены контракта в 1,5 млн. раз меньше НМЦК является основанием для признания сделки ничтожной.

С другой стороны, следует отметить, что Закон № 44-ФЗ вводит ограничения для необоснованного снижения цены, появляется такое понятие, как антидемпинговые меры.

Протоколы по электронным аукционам на ООС размещаются через оператора электронной площадки

Решением АС Хабаровского края от 28.08.2014 по делу № А73-9526/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 24.11.2014) и кассационной (постановление от 27.02.2015) инстанций, подтверждено, что несмотря на содержащуюся в Законе № 44-ФЗ обязанность заказчика размещать все протоколы, изготавливаемые в процессе проведения электронного аукциона, не только на электронной площадке, но и в ЕИС, у заказчика отсутствует техническая возможность на размещение протоколов в последнем случае. При этом до ввода в действие ЕИС вся информация, подлежащая размещению в ней, размещается на ООС, который в настоящее время не имеет необходимого функционала для выполнения заказчиком ряда требований, определенных Законом № 44-ФЗ.

В настоящее время отдельные контролирующие органы, допуская формальный подход при выявлении нарушения законодательства в сфере закупок без учета фактических обстоятельств дела, привлекают заказчиков за нарушение сроков размещения

протоколов на ООС.

Судами первой и апелляционной инстанции установлено, что [Законом № 44-ФЗ](#) предусмотрено направление документов и информации заказчиком участнику электронного аукциона или этим участником заказчику. Указанный документооборот осуществляется через электронную площадку, за исключением заключения контракта по результатам такого аукциона. Несвоевременное размещение протоколов на ООС оператором электронной площадки происходит по причине технологических сбоев процесса интеграции. При таких обстоятельствах, основанных на конкретных обстоятельствах дела, с учетом системного толкования положений [Закона № 44-ФЗ](#) заказчик не является нарушителем нормы закона о контрактной системе в силу причин технического характера.

[Постановлением АС Дальневосточного округа от 27.02.2015 № Ф03-6366/2014](#) подтверждена позиция судов, что протоколы рассмотрения первых частей заявок и подведения итогов аукциона были своевременно подписаны аукционной комиссией и размещены на электронной торговой площадке. При этом на ООС данные протоколы интегрируются автоматически. Однако в силу причин технического характера спорные протоколы размещены на ООС позже установленного [Законом № 44-ФЗ](#) срока.

С учетом конкретных обстоятельств дела суды пришли к обоснованному выводу о том, что в спорных правоотношениях имеет место формальное нарушение положений [Закона № 44-ФЗ](#), которое не привело к необоснованному ограничению круга участников закупки или неверному определению лица, с которым должен быть заключен контракт. Открытость и публичность закупки обеспечена путем размещения протоколов на сайте электронной торговой площадки, указанном в документации об аукционе.

Письмом ВС РФ от 25.05.2015 № 303-КГ15-7102 кассационная жалоба ГКУ Правительства Хабаровского края возвращена по причине пропуска срока на обжалование.

Достаточно согласия участника аукциона без конкретных показателей

Комиссия заказчика не вправе отклонять заявку участника закупки, содержащую только согласие на выполнение работ без конкретных показателей товаров, используемых в работе, в случае, если в самой документации об электронном аукционе отсутствует требование об указании участником закупки конкретных показателей такого товара. Например, в аукционной документации заказчик не установил конкретные требования к показателям товара: «Для изготовления сигнальных экземпляров заказчик передает поставщику текстовые и фотоматериалы в электронном и распечатанном видах в течение 5 рабочих дней со дня заключения государственного контракта. Заказчик получает сигнальный экземпляр в течение 7 дней со дня получения поставщиком текстовых и фотоматериалов в электронном и распечатанном видах. Поставщик приступает к брошюровочным работам (переплету) после согласия заказчика с сигнальным экземпляром. Поставка товара осуществляется в течение 10 рабочих дней со дня согласия заказчика с сигнальным экземпляром». Поэтому указание участником закупки только согласия в составе первой части заявки на участие в электронном аукционе является достаточным. Указанная правовая позиция подтверждена [постановлением 9 ААС от 12.05.2012 № 09АП-8099/2012](#), оставившим без изменения решение суда первой инстанции по делу № А40-105538/11-2-705.

Аналогичная позиция изложена в решении АС города Москвы от 25.11.2011 по делу № А40-101698/11-92-872, оставленном без изменения апелляционной инстанцией. Аукционная документация не содержала конкретных показателей или параметров товара, работ, услуг, в том числе сведений о качестве, технических характеристиках,

функциональных характеристиках (потребительских свойствах) указанных товаров. Суды пришли к обоснованному выводу о том, что заказчик, не установив в документации иные сведения о качестве, технических характеристиках, функциональных характеристиках (потребительских свойствах), то есть конкретные показатели или параметры товара, а указав только на наличие согласия участника размещения заказа на выполнение работ на условиях, предусмотренных аукционной документацией, неправомерно отклонил заявки участников размещения заказа, а участники размещения заказа, дав указанное согласие в составе первой части своей заявки на участие в электронном аукционе, приняли на себя обязательство по выполнению работ, оказанию услуг, для выполнения, оказания которых используется товар, на условиях, предусмотренных аукционной документацией, фактически предоставив сведения, согласно ч. 4 ст. 41.8 Закона № 94-ФЗ.

Отсутствие ИНН учредителей

В соответствии с п. 1 ч. 5 ст. 66 Закона № 44-ФЗ вторая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать следующие документы и информацию: наименование, фирменное наименование (при наличии), место нахождения, почтовый адрес (для юридического лица), фамилия, имя, отчество (при наличии), паспортные данные, место жительства (для физического лица), номер контактного телефона, ИНН участника такого аукциона, ИНН (при наличии) учредителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа участника такого аукциона. Заявка на участие в электронном аукционе признается не соответствующей требованиям, установленным аукционной документацией, в случае непредставления документов и информации, которые предусмотрены п.п. 1, 3-5, 7, 8 ч. 2 ст. 62, ч. 3 и 5 ст. 66 Закона № 44-ФЗ, несоответствия указанных документов и информации требованиям, установленным аукционной документацией, наличия в указанных документах недостоверной информации об участнике такого аукциона на дату и время окончания срока подачи заявок на участие в таком аукционе.

Принятие решения о несоответствии заявки на участие в электронном аукционе требованиям, установленным документацией о таком аукционе, по основаниям, не предусмотренным Законом № 44-ФЗ, не допускается.

В решении АС Волгоградской области от 04.07.2014 по делу № А12-13797/2014 установлено, что поскольку в аукционной документации предусмотрено, что вторая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать в том числе ИНН учредителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа участника такого аукциона, отклонение заказчиком заявки на участие в аукционе без указания такого ИНН правомерно.

Предлог «до» употребляется в значении «исключая»

Решением АС Челябинской области от 05.12.2014 по делу № А76-20634/2014 (решение не обжаловалось) подтверждено, что предлог «до» необходимо использовать в значении, исключающем граничное значение.

В приложении к документации об аукционе заказчик отразил требования к товару, используемому при выполнении работы: по позициям № 1.2, 2.2 – «наибольший размер минеральных зерен» указаны в качестве максимального показателя объекта закупки величина: до 20 мм и до 40 мм соответственно, что соответствует пункту 5.2.1 ГОСТа 9128-2009 «Смеси асфальтобетонные дорожные, аэродромные и асфальтобетон» и

[пункту 4.2.2 ГОСТа 8267-93](#) «Щебень и гравий из плотных горных пород для строительных работ».

Судом установлено, что предлог «до» употребляется для указания на предел чего-либо, в значении «раньше чего-нибудь» (С.И. Ожегов. Словарь русского языка, 1971, с. 162). Предлог «до» употребляется в значении «исключая» (Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 526).

Таким образом, суд поддержал вывод антимонопольного органа, что в первой части заявки заявителя по вышеуказанным позициям указаны величины – 20 мм и 40 мм – выходят за предел значения, установленного в заказчиком документации.

Разночтение в адресе местонахождения в заявке и документах аккредитации участника закупки на электронной площадке – не основание для отклонения

Комиссия заказчика не вправе отклонять заявку участника закупки (введение в заблуждение предоставлением недостоверной информации), содержащую два различных адреса местонахождения. Указанная правовая позиция подтверждена [постановлением 7 ААС от 18.08.2015](#), оставившим без изменения решение АС Томской области от 02.06.2015 по делу № А67-1217/2015.

Суды указали, что допущенные технические опечатки не свидетельствуют о наличии оснований у аукционной комиссии для признания недостоверными сведений, указанных в заявке о почтовом адресе и месте нахождения, а указание в Уставе иного почтового индекса само по себе не может служить основанием для признания заявки участника не соответствующей документации об аукционе. Согласно [ч. 2 ст. 4 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ](#) «Об обществах с ограниченной ответственностью» место нахождения общества определяется местом его государственной регистрации. [П. 3 Постановления Пленума ВС РФ № 90, Пленума ВАС РФ № 14 от 09.12.1999](#) «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» установлено, что при разрешении споров, затрагивающих вопросы определения места нахождения общества, необходимо руководствоваться [ст. 54 ГК РФ](#) и [п. 2 ст. 4 Закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ](#), согласно которым местонахождение юридического лица определяется местом его государственной регистрации.

Таким образом, [Закон № 44-ФЗ](#) не устанавливает каких-либо ограничений или запретов на участников закупки в отношении указания почтового адреса, совпадения его (либо несовпадения) со сведениями о почтовых адресах, содержащихся в документах участника закупки, заполняемых им при аккредитации. Законодательство не запрещает наличие нескольких почтовых адресов или их изменение. При этом доказательств того, что участник закупки не использует указанный в заявке адрес для получения и рассмотрения корреспонденции, не представлено. Доказательств, свидетельствующих о ненахождении участника закупки по указанному адресу, решение аукционной комиссии не содержит.

В заявке необходимо указывать ИНН не только

учредителей, но и ИНН участников юридического лица

В целях применения [ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#) понятия учредитель (участник) и участник (учредитель) являются равнозначными – к такому выводу пришли суды апелляционной (постановление от 01.12.2014) и кассационной (постановление от 23.03.2015) инстанций по делу № А05-8154/2014.

Судами установлено и материалами дела подтверждается, что единая комиссия признала заявку не соответствующей положениям [п. 1 ч. 5 ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#) и требованиям ч. 10 раздела I «Общие положения» документации об аукционе, поскольку информация об ИНН участника (учредителя) аукциона отсутствовала во второй части заявки. Согласно [ст. 7 Закона № 14-ФЗ](#) участниками общества могут быть граждане и юридические лица; общество может быть учреждено одним лицом, которое становится его единственным участником; общество может впоследствии стать обществом с одним участником; число участников общества не должно быть более пятидесяти.

Порядок учреждения общества установлен в [ст. 11 Закона № 14-ФЗ](#), в силу [ч. 8](#) которой сведения о размере и номинальной стоимости доли каждого участника общества вносятся в ЕГРЮЛ в соответствии с федеральным законом о государственной регистрации юридических лиц. При этом сведения о номинальной стоимости долей участников общества при его учреждении определяются исходя из положений договора об учреждении общества или решения единственного учредителя общества, в том числе в случае, если эти доли не оплачены в полном объеме и подлежат оплате в порядке и в сроки, которые предусмотрены названным Законом. Договор об учреждении общества не является его учредительным документом ([абз. 2 ч. 5 ст. 11 Закона № 14-ФЗ](#)), а уставный капитал общества составляется из номинальной стоимости долей его участников ([ч. 1 ст. 14 Закона № 14-ФЗ](#)).

Исходя из системного толкования вышеприведенных нормативных положений суды пришли к выводу о том, что в целях применения [ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#) понятия учредитель (участник) и участник (учредитель) являются тождественными ввиду отсутствия в [Закоме № 14-ФЗ](#) разграничений на участников-учредителей и просто участников общества с ограниченной ответственностью.

[Определением ВС РФ от 11.08.2015 № 307-КГ15-8680](#) отказано в передаче кассационной жалобы антимонопольного органа по делу № А05-8154/2014 для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ – тем самым поддержав выводы нижестоящих судов.

В заявке необходимо указывать ИНН не только учредителей, но и ИНН участников юридического лица

В целях применения [ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#) понятия учредитель (участник) и участник (учредитель) являются равнозначными – к такому выводу пришли суды апелляционной (постановление от 01.12.2014) и кассационной (постановление от 23.03.2015) инстанций по делу № А05-8154/2014.

Фирменного наименования производителя достаточно для определения конкретных показателей товара

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 15.10.2014 по делу № А56-52473/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 11.02.2015) и кассационной (постановление от 29.05.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция антимонопольного органа о том, что для определения конкретных показателей товара достаточно участнику аукциона указать фирменное наименование производителя.

Судами всех инстанций установлено, что в заявке были указаны все необходимые сведения, а также наименование производителя товара – «Panasonic». При этом суды правомерно, со ссылкой на [пп. «б» п. 1 ч. 3 ст. 66 Закона № 44-ФЗ](#), отклонили довод заказчика о том, что наименование «Panasonic» является лишь брендом и его указание в заявке не свидетельствует о месте происхождения товара или его производителе.

[Определением ВС РФ от 13.08.2015 № 307-КГ15-10905](#) в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Указание материала не в строке с товаром (опечатка) не является основанием для отклонения заявки участника

Решением АС Сахалинской области от 31.10.2014 по делу № А59-4102/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 29.01.2015) и кассационной (постановление от 07.05.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция антимонопольного органа о том, что у комиссии заказчика отсутствуют основания для признания заявки не соответствующей требованиям документации только по основанию указания материала не в строке с товаром.

Аукционная комиссия пришла к выводу о том, что участником закупки в сведениях о строительных материалах и изделиях, которые будут применяться при выполнении работ, указаны не все наименования и показатели строительных материалов, изделий, предусмотренные технической частью, а именно не указана труба 133×4.0. Кроме того, по мнению комиссии, заявка содержала не все характеристики строительных материалов, изделий, которые будут применяться при выполнении работ, в частности не указан материал (бетон марки W4) колец стеновых КС 10.9 и КС 10.3.

Проверяя обоснованность оснований отказа в допуске общества к участию в электронном аукционе, проанализировав сведения, содержащиеся в аукционной документации, в которую включен раздел № 3 Техническая часть (Техническое задание и разделы проектной документации), суды, не установив наличие в документации указания на изделие – трубу 133×4.0, пришли к обоснованному выводу об отсутствии у комиссии оснований для признания заявки не соответствующей требованиям документации.

[Определением ВС РФ от 17.07.2015 № 303-КГ15-8844](#) в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Выводы:

Ответы на запросы о разъяснении положений аукционной документации не должны менять суть ее положений и не противоречить друг другу.

Указание в заявке фирменного наименования предлагаемых к поставке товаров достаточно для их идентификации заказчиком, который самостоятельно определяет параметры, которые необходимо указывать участником закупки для определения соответствия заявленным в документации требованиям.

НМЦК снижается участником аукциона исходя из разумности и объективности, в противном случае контракт может быть признан ничтожной сделкой. Однако антимонопольный орган полагает, что цена контракта может быть снижена в «0» рублей и более того, участник закупки вправе предложить деньги в целях заключения контракта с заказчиком.

Заказчику в силу обязанности по [Закону № 44-ФЗ](#) необходимо контролировать процесс размещения всех протоколов оператором электронной площадки в ЕИС. Несмотря на то, что у заказчика отсутствует техническая возможность самостоятельно размещать такие протоколы в ЕИС, именно на заказчика возложен административный штраф за несвоевременное размещение таких протоколов, а также за соблюдение сроков заключения контракта по итогам электронного аукциона.

В процессе отклонения первых и/или вторых частей заявок участников электронного аукциона заказчик обязан досконально проверить все основания и изучить административную и арбитражную практику своего региона, поскольку в каждом регионе «своя практика», а ФАС России не обобщает и не систематизирует правовую позицию территориальных управлений по правоприменению в контрактной системе.

Заказчикам необходимо внимательно отнестись к вопросу проверки не только ИНН участника, но и его учредителей, в том числе о нахождении учредителей участника закупки в РНП.

Рекомендуем в документации разграничить понятия недостоверной информации, а также то, что заказчик вправе считать технической ошибкой.

2.5. Актуальные вопросы проведения конкурсов

С даты вступления в силу [Закона № 44-ФЗ](#) конкурс, по сути, стал основной формой реализации заказчиком конкурентных закупок. Вместе с тем заказчики не так часто проводят открытые конкурсы, конкурсы с ограниченным участием и двухэтапные конкурсы. Указанное связано со сложностями в выборе и установлении критериев оценки конкурсных заявок, а также незначительным выбором основания для проведения конкурса и длительностью процедуры по срокам проведения.

Отсутствие звуков речи на аудиозаписи при

вскрытии конвертов с заявками не является нарушением

Постановлением ФАС Северо-Кавказского округа от 27.07.2009 по делу № A53-20928/2008 о рассмотрении кассационной жалобы на постановление 15 ААС от 27.04.2009 по делу о признании незаконным решения антимонопольного органа установлено, что аудио-, видеозапись являются лишь одним из доказательств, позволяющим установить либо опровергнуть факт нарушения законных интересов участников конкурса. Заказчиком велась аудиозапись, однако по техническим причинам звуки речи на ней отсутствуют, что в данном случае не является существенным нарушением порядка проведения конкурса, поскольку все участники конкурса присутствовали при процедуре и также имели возможность вести аудиозапись, подать замечания на протокол вскрытия конвертов, жалобу на действия конкурсной комиссии на данной стадии конкурса.

С целью обеспечения законных прав и интересов участников конкурса законодательством установлен ряд гарантий, которые выражаются в обеспечении открытости, доступности проводимого конкурса. При этом в подтверждение факта соблюдения процедуры проведения конкурса, а именно на стадии вскрытия конвертов с заявками, содержащими условия исполнения контракта, одновременно являющиеся критерием оценки заявок на участие в конкурсе, ведется протокол вскрытия конвертов; обеспечивается доступ и возможность присутствовать представителям участников размещения заказов при вскрытии конвертов. При проведении процедуры вскрытия конвертов, содержащих условия выполнения государственного контракта заказчиком, ведется аудиозапись, такая возможность предоставлена и представителям участников размещения заказа, присутствующим непосредственно при вскрытии.

Кроме того, результаты вскрытия конвертов отражены в протоколе вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе и открытия доступа к поданным в форме электронных документов заявкам на участие в конкурсе.

Материалами дела подтверждается и не отрицается сторонами по делу, что протокол вскрытия конвертов составлен без нарушений, а его содержание подтверждает, что в ходе проведения процедуры вскрытия были полностью зачитаны наименование участника размещения заказа, его почтовый адрес, заявка на участие в конкурсе, предложение о функциональных и качественных характеристиках товара, о качестве работ, услуг, что, в свою очередь, подтверждает факт оглашения заявок участников размещения заказа.

Судом отмечено, что антимонопольный орган, помимо довода о том, что отсутствие звуков речи ставит под сомнение факт оглашения заявок участников размещения заказа, не представил доказательств, свидетельствующих о существенности заявленного нарушения, каким образом оно повлияло на объективность проводимого конкурса и какое право участника размещения заказа было затронуто таким нарушением.

Подтверждение квалификации участником закупки за последние три года не подразумевает обязательного наличия одного из выполненных

контрактов с ценой не менее 20% от НМЦК

Решением АС Орловской области от 10.04.2015 по делу № А48-653/2015, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 07.07.2015) инстанции, признано недействительным решение антимонопольного органа, который счел, что при проведении конкурса стоимость только одного контракта, подтверждающего опыт (квалификацию) участника, должна превышать 20% НМЦК по предмету проводимого конкурса.

Судами установлено, что одним из дополнительных требований, предъявляемых к участникам закупки отдельных товаров, работ, услуг, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации, является наличие опыта исполнения контракта, договора на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг в течение 3 лет до даты подачи заявки на участие в конкурсе. При этом стоимость ранее исполненного контракта (договора) составляет не менее 20% НМЦК, на право заключить который проводится конкурс с ограниченным участием. Участником конкурса должна быть предоставлена «копия (копии) ранее исполненного (исполненных) контракта (контрактов), договора (договоров) и акта (актов) выполненных работ», – участник конкурса может представить копии нескольких ранее исполненных контрактов, договоров, суммарная стоимость которых составляет не менее 20% НМЦК, на право заключить который проводится конкурс с ограниченным участием.

Выводы судов согласуются с выводами, изложенными в [постановлении АС Центрального округа от 23.03.2015 по делу № А48- 2043/2014](#).

Отдельно отмечено, что доводы относительно того, что право участника конкурса представить несколько копий ранее исполненных контрактов (договоров) в подтверждение своего опыта не подразумевает возникновения у него правовых оснований просуммировать стоимость таких контрактов (договоров) для целей подтверждения необходимого объема такого опыта, не опровергают выводов суда, а выражают лишь несогласие с ними, что не может являться основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

Отклонение заявки за отсутствие отметки банка на платежном поручении правомерно

Решением АС Самарской области от 09.10.2014 по делу № А55-13468/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 19.01.2015) инстанции, подтверждена правовая позиция, что отсутствие отметки банка на платежном поручении является хоть и формальным, но законным основанием для отклонения заявки на участие в конкурсе.

[П. 5 ч. 2 ст. 51 Закона № 44-ФЗ](#) устанавливает, что заявка на участие в открытом конкурсе должна содержать в своем составе документы, подтверждающие внесение обеспечения заявки на участие в открытом конкурсе (платежное поручение, подтверждающее перечисление денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в открытом конкурсе с отметкой банка, или заверенная банком копия этого платежного поручения либо включенная в реестр банковских гарантий банковская гарантия).

В случае если участник выбрал в качестве способа обеспечения заявки перечисление

денежных средств, то в составе заявки участник обязан представить платежное поручение, подтверждающее перечисление денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в открытом конкурсе с отметкой банка, или заверенную банком копию этого платежного поручения.

Согласно п. 5.4 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств, утвержденного Банком России 19.06.2012 № 383-П, платежное поручение составляется, принимается к исполнению и исполняется в электронном виде, на бумажном носителе. П. 45 приложения 1 к указанному Положению Банка России определяет понятие «отметка банка»: в платежном поручении на бумажном носителе проставляются штамп банка плательщика и подпись уполномоченного лица банка плательщика, штамп банка получателя средств и подпись уполномоченного лица банка получателя средств. В платежном поручении в электронном виде и на бумажном носителе банк получателя средств указывает дату исполнения в порядке, установленном для реквизита «дата».

Таким образом, заявка на участие в закупке, содержащая платежное поручение без отметки банка, проставленной в указанном порядке, правомерно отклонена комиссией заказчика как не соответствующая ч. 3 ст. 53 Закона № 44-ФЗ.

Услуги технического заказчика - конкурс, а не открытый аукцион

Решением АС Ростовской области от 22.04.2015 по делу № А53-1704/2015 опровергнул доводы УФАС по Ростовской области в части нарушения заказчиком нормы ч. 2 ст. 59 Закона № 44-ФЗ (неверный выбор способа осуществления закупки), поскольку предмет конкурса включен в Перечень товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме под № 45 «Работы строительные».

Выводы:

Отсутствие звука речи на аудиозаписи не является нарушением заказчиком требований Закона № 94-ФЗ.

Отклоняя заявку на участие в конкурсе, заказчик обязан убедительно сформулировать свою правовую позицию и в протоколе конкретно указать причины отклонения согласно документации и нормам Закона № 44-ФЗ.

В качестве подтверждающих квалификацию участника конкурса документов возможно представить не один, а несколько контрактов, суммарная стоимость которых должна превышать 20% НМЦК заключаемого контракта.

2.6. Актуальные вопросы проведения запроса котировок

Размещение заказа путем проведения запроса котировок в период действия Закона № 94-ФЗ было самым простым и быстрым способом заключения контракта. На практике не

так часто встречались неоднозначные моменты правоприменения, которые становились основаниями для обжалования действий заказчика и котировочных комиссий.

Котировочные заявки возможно принимать только в письменном виде.

Постановлением ФАС Московского округа от 01.07.2013 по делу № А40-93983/12-153-970 оставившим без изменения акты судов первой (14.11.2012) и апелляционной (01.03.2013) инстанций, подтверждена позиция заказчика о невозможности принятия котировочных заявок в электронной форме в случае отсутствия технической возможности сайта zakupki.gov.ru.

Судами принята позиция, отраженную в письме Минэкономразвития и торговли РФ от 31.05.2007 № 76-98-АЩ/Д04 о праве заказчика указывать прием заявок только в бумажной форме в виду отсутствия возможности принимать заявки в форме электронных документов.

Ограничение на подачу заявок в форме электронного документа не является нарушением законодательства и прав участников запроса котировок, если у заказчика отсутствует возможность осуществления приема таких заявок.

Выводы:

Заявку на участие в запросе котировок до ввода в эксплуатацию ЕИС возможно подавать исключительно в письменном виде.

2.7. Признание закупки (торгов), контракта недействительными

Постановлением 6 ААС от 04.10.2012 № 06АП-4350/2012 по делу № А16-772/2011 установлено, что недостоверность НМЦК, указанной в документации о закупке, является существенным нарушением законодательства и влечет неэффективное использование средств бюджета. Законом № 94-ФЗ допускается оспаривание в суде размещения заказа в том случае, когда аукцион не состоялся. В этом случае возможно оспаривание содержащихся в протоколе решений комиссии, которыми лицо признано участником аукциона, а аукцион признан несостоявшимся, и контракта, заключенного на основании решений комиссии. Данная правовая позиция подтверждена Определением ВАС РФ от 27.08.2013 № ВАС-7383/13 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ. При этом отмечено, что ссылка заявителя на иные судебные акты арбитражных судов по делам, связанным с заключением контрактов в соответствии с Законом № 94-ФЗ, как на примеры, подтверждающие нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права по настоящему делу, является необоснованной, поскольку в каждом деле имеются фактические обстоятельства, к которым применяются нормы названного Закона.

Признание контракта недействительной сделкой

Постановлением ФАС Московского округа от 22.03.2011 № КГ-А41/946-11 о рассмотрении кассационной жалобы на постановление 10 ААС от 02.11.2010 по делу № А41-385/10 о признании недействительным контракта, применении последствий недействительности ничтожной сделки установлено, что размещение заказа на право заключить контракт на выполнение работ по капитальному ремонту автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией людей при пожаре проведено с нарушением требований Закона № 94-ФЗ, заключенный по результатам проведения аукциона контракт является недействительной сделкой.

Вместе с тем апелляционная и кассационная инстанции пришли к выводу о недопустимости реституции или взыскания неосновательного обогащения по контракту, несмотря на его заключение с грубыми нарушениями Закона № 94-ФЗ.

По смыслу ст. 449 ГК РФ, с учетом положений, предусмотренных ст. 167 ГК РФ, торги, признанные судом недействительными, не порождают правовых последствий. Поскольку заключенный контракт исполнен сторонами в полном объеме, приведение сторон в первоначальное положение с возвращением полученного по сделке невозможно.

Суды пришли к удивительному выводу, что взыскание в доход федерального бюджета неосновательного обогащения в форме полученной прибыли не приведет к восстановлению прав РФ в лице заказчика.

Исполнение контракта влечет невозможность восстановления нарушенных прав и законных интересов

Решением АС Калининградской области от 02.12.2011 по делу № А21-6617/2010, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, победителю конкурса было отказано в иске к заказчику о понуждении к заключению контракта, поскольку участник, занявший второе место, исполнил обязательства по контракту в полном объеме, следовательно, удовлетворение заявленных требований не приведет к восстановлению нарушенного права. При этом установление судом факта незаконного уклонения заказчика от заключения контракта с истцом не повлияло на резолютивную часть актов судов всех инстанций.

С другой стороны, вовремя принятые обеспечительные меры позволили суду признать недействительным контракт, заключенный со вторым участником размещения заказа, и обязать заказчика заключить контракт с победителем, так как второй участник не успел приступить к исполнению обязательств по контракту. Данная позиция отражена в решении АС Тюменской области от 03.06.2013 № А70-3135/2013, оставленном без изменения судом апелляционной инстанции.

В настоящее время сформирована практика, согласно которой факт исполнения контракта, даже с незаконно определенным победителем торгов, влечет невозможность восстановления прав истца путем удовлетворения заявленных им в порядке статьи 449 ГК РФ требований, поскольку восстановление положения, существовавшего на момент рассмотрения спора, не может быть осуществлено (определение ВАС РФ от 22.03.2013 № ВАС-2846/2013). Исполнение заключенного контракта лишает истца возможности воспользоваться единственным надлежащим способом защиты своих прав ввиду утраты возможности их восстановления посредством этого способа.

АС Краснодарского края в решении от 03.10.2014 по делу № А32-18733/2014 отказал в признании контракта недействительным по причине исполнения его в значительной части, опираясь на фактические обстоятельства и с учетом сформировавшейся судебной практики.

Контракт с ценой, несоразмерно сниженной победителем, является недействительным (злоупотребление правом со стороны участника закупки)

К данному выводу пришли суды апелляционной (постановление от 17.09.2012) и кассационной (постановление от 08.02.2013) инстанций, отменившие решение АС Ямало-Ненецкого автономного округа от 18.05.2012 по делу № А81-917/2012. Суды признали контракт с ценой 1 рубль (НМЦК 1,5 млн. руб.) недействительной сделкой, а также установили наличие злоупотребления правом у победителя торгов.

В соответствии с [п. 1 ст. 166 ГК РФ](#) сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом, в силу признания её таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка). Согласно [ст. 168 ГК РФ](#) сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения. В силу [ст. 1 ГК РФ](#) граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Субъекты предпринимательской деятельности осуществляют предпринимательскую деятельность с определенной степенью риска ([абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ](#)).

На основании [п.п. 1, 3 ст. 423 ГК РФ](#) договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным. Договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Исполнитель работ по контракту – юридическое лицо, целью деятельности которого является систематическое извлечение прибыли. Отношения между исполнителем и заказчиком по контракту должны носить возмездный характер, поскольку неравноценность нарушает указанный принцип. Договор считается безвозмездным только в том случае, если судом будет установлено намерение одной стороны сделки одарить другую. Признаком договора дарения служит отсутствие какого бы то ни было встречного удовлетворения. Дарение в отношениях между коммерческими организациями не допускается ([п. 4 ст. 575 ГК РФ](#)). Данное законоположение распространяется также на отношения, возникающие в процессе исполнения сторонами договоров на оказание услуг, что следует из [ч. 1 ст. 2 Закона № 94-ФЗ](#), которой предусмотрено, что законодательство о размещении заказов основывается в том числе на положениях ГК РФ.

Квалифицирующим признаком дарения является его безвозмездность, в частности, намерение одной стороны сделки освободить контрагента от встречного (равнозначного) имущественного предоставления. Именно отсутствие встречного предоставления служит признаком договора дарения, что следует из правовой позиции, изложенной в [Постановлении Президиума ВАС РФ от 19.12.2006 № 11659/06](#). Оценив фактические обстоятельства проведения конкурса и подписания по итогам его проведения спорного контракта, суды установили, что намерение сторон данного контракта состояло *de facto* в совершении сделки дарения. Данный вывод основывается, в частности, на сведениях о предложенных участниками конкурса условиях, которые имеют существенное различие только по цене. Представитель заказчика в своих

пояснениях подтвердил, что именно предложенная цена контракта – 1 рубль сыграла решающую роль при подведении итогов конкурса и определении победителя. При сопоставлении предложенной цены контракта – 1 рубль с первоначальной ценой контракта (1 500 000 рублей) видно, что цена контракта в полтора миллиона раз меньше первоначальной цены и в 500 000 раз меньше предложенной цены контракта участником, занявшим второе место.

Судами отмечено, что согласно условиям контракта о цене данная цена (1 рубль) включает в себя все затраты исполнителя, включая командировочные расходы сотрудников исполнителя, затраты по гарантийному обслуживанию, что противоречит здравому смыслу, поскольку указанная цена не может в силу объективно сложившихся на рынке оплаты труда и перевозок условий ценообразования покрыть собой затраты исполнителя. Как не может покрыть и затрат на гарантийное обслуживание, учитывая техническую сложность результата работ. Давая публичную оценку действиям по заключению контракта, директор исполнителя мотивировала участие в конкурсе на подобных условиях тем, что «было только одно правильное решение – минимально возможный срок (10 дней) и минимально возможная цена (1 рубль), так как эта работа для нас дороже денег». Соответственно изложенному спорный контракт с ценой 1 рубль противоречит требованиям [п. 4 ст. 575 ГК РФ](#) о возмездности договора, следовательно, в силу [ст. 168 ГК РФ](#) является ничтожным.

Цена контракта 1 рубль в условиях технической сложности и объема предусмотренных конкурсной документацией работ не может признаваться несоразмерной – данная цена настолько имеет символический характер, что её величиной, исходя из предмета контракта, следует пренебречь. Таким образом, исполнитель фактически публично подтвердил безвозмездный характер заключенного контракта.

и злоупотреблением правом...

Учитывая установленные по делу и изложенные выше мотивы, которыми руководствовались стороны контракта при его заключении, суды усмотрели в действиях сторон контракта злоупотребление правом. Допущение злоупотребления правом при заключении договора является основанием для признания его недействительным применительно к [п. 2 ст. 10](#) и [ст. 168 ГК РФ](#) ([п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127](#)). В соответствии с [п. 9 ст. 4 Закона № 135-ФЗ](#) под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. При этом неправомерное ущемление интересов конкурентов одновременно посягает и на публичные интересы в виде конкуренции как таковой, а создание любых препятствий для равной состязательности может повлечь ограничение конкуренции. Как указал Пленум ВАС РФ в [п. 1 Постановления от 30.06.2008 № 30](#) «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», арбитражные суды должны иметь в виду, что требования антимонопольного законодательства применяются к гражданско-правовым отношениям, в частности, к нормам ГК РФ, на которых основано антимонопольное законодательство, относятся, в частности, [ст. 1 ГК РФ](#), которой установлен запрет на ограничение гражданских прав и свободы перемещения товаров, кроме случаев, когда такое ограничение вводится федеральным законом (при этом к числу законов, вводящих соответствующие ограничения, относится и [Закон № 135-ФЗ](#)), и [ст. 10 ГК РФ](#), запрещающая использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке. В частности, навязывание цены

при заключении договора может квалифицироваться как злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, о чем разъяснено в [пункте 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30](#), применяемого к рассматриваемой ситуации по аналогии. Предложив цену контракта в 1 рубль (в полтора миллиона раз меньше первоначальной цены), исполнитель фактически способствовал тому, чтобы именно данная организация была признана победителем конкурса. Подобное волеизъявление участника конкурса не только противоречит обычаям делового оборота и разумности, но и свидетельствует о недобропорядочности участника конкурса, преследовавшего цель любыми способами получить право на заключение контракта для обеспечения в перспективе возможности выигрывать иные конкурсы, проводимые на территории Ямало-Ненецкого автономного округа, о чем, собственно, пояснял представитель исполнителя суду.

Согласно статье 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 (ратифицированной СССР 01.07.1965) актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Как следует из [ч. 1 ст. 14 Закона № 135-ФЗ](#), не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе: распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами; продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг; незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Таким образом, запрет на недобросовестную конкуренцию является императивно установленным. Согласно правовой позиции, изложенной ВАС РФ в Определении № 1063 от 12.05.2012 о передаче дела в Президиум ВАС РФ, при отсутствии доказательств совершения действий, прямо не предусмотренных [ст. 14 Закона № 135-ФЗ](#), квалификация деяния в качестве недобросовестной конкуренции возможна лишь при наличии всех признаков таковой, сформулированных в [п. 9 ст. 4 Закона № 135-ФЗ](#). По убеждению суда апелляционной инстанции, сформированному на основании всестороннего исследования обстоятельств настоящего дела, в действиях исполнителя при участии в конкурсе усматриваются признаки недобросовестной конкуренции. В связи с чем контракт является недействительной сделкой на основании [п. 2 ст. 10, ст. 168 ГК РФ](#).

Отсутствие ЛБО не является основанием для отказа в заключении контракта

Решением АС Новосибирской области от 29.11.2012 по делу № А45-124254/2012, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, заказчика обязали заключить контракт, поскольку отсутствие у последнего лимитов бюджетных обязательств не является основанием для отказа в заключении контракта. Судами принята во внимание обеспеченность заказчика бюджетными средствами на момент проведения конкурса и определения победителя, а [Закон № 94-ФЗ](#) не предусматривает права заказчика отказаться от заключения контракта в случае отсутствия бюджетного финансирования.

Отклонение заявки за неверный способ расчета ценового предложения - не основание для признания торгов недействительными

Отклонение заказчиком заявки страховой компании с расчетом цены в соответствии с указанием ЦБ РФ, не вступившим в силу на дату подачи и рассмотрения заявок, правомерно и не является основанием для признания торгов недействительными. К такому выводу пришел АС Московской области в решении от 30.06.2015 по делу № А41-35274/15.

В соответствии с [п. 1 ст. 449 ГК РФ](#) торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. При этом не любое нарушение правил проведения торгов может являться основанием для признания торгов недействительными, а лишь те нарушения, которые существенно повлияли на права участников торгов, – необоснованный отказ в принятии заявки на участие в торгах, отсутствие должной информации о месте и времени проведения торгов, нарушение правил оценки и сопоставления заявок. К таким нарушениям, влекущим признание торгов недействительными, может быть отнесено проведение торгов при отсутствии в конкурсной документации условий, раскрывающих систему оценки и содержание критериев выбора победителя.

Суд подчеркнул, что объектом судебного исследования по требованию о признании недействительными итогов торгов могут выступать лишь обстоятельства, касающиеся формальных правил процедуры, но не вопросы, связанные с существом решения, принятого комиссией, мотивами, которыми она руководствовалась при определении победителя конкурса.

Согласно правовой позиции ВАС РФ ([Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101](#) «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства») при рассмотрении иска о признании публичных торгов недействительными суд должен оценить, являются ли нарушения, на которые ссылается истец, существенными и повлияли ли они на результат торгов. В случае если допущенное нарушение являлось незначительным и не оказало влияния на результат торгов, отсутствуют основания для удовлетворения требований истца, ссылавшегося только на формальные нарушения.

В силу [ст. 1 ГК РФ](#) основополагающим принципом гражданского законодательства является принцип обеспечения восстановления нарушенных прав, а согласно [ст. 4 АПК РФ](#) обращение в суд должно быть обусловлено необходимостью защиты нарушенных прав и иметь целью их восстановление. Суд не установил нарушения прав в процессе торгов, которые могут быть восстановлены в случае признания его недействительным. Кроме того, судом не установлено нарушение процедуры и порядка ее, повлекшие за собой неправильное определение победителя. В силу [п. 2 ст. 449 ГК РФ](#) признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги.

Согласно правовой позиции Президиума ВАС РФ ([Постановление от 20.01.2004 № 10623/03](#)) применение [п. 1 ст. 449 ГК РФ](#) в отношении торгов, проведенных с нарушением правил, установленных законом, в случае признания их недействительными по иску заинтересованного лица должно повлечь восстановление его нарушенных прав.

Суд подчеркнул, что в качестве последствий нарушения правил проведения торгов

возможность проведения повторных торгов не установлена. Действующим законодательством не предусмотрена возможность заключения договора с другими лицами, подавшими заявки на участие в закупке, в случае признания торгов недействительными.

Исполненный контракт невозможно признать недействительным

Решением АС Новосибирской области от 10.08.2015 по делу № А45-4249/2014 (не обжаловалось) подтверждена правовая позиция о невозможности признать недействительным и применить последствия недействительности сделки к заключенному и исполненному контракту.

В соответствии с [п. 1 ст. 449 ГК РФ](#) торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. Предъявление любого иска должно иметь своей целью восстановление нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов обратившегося в суд лица.

Согласно правовой позиции, изложенной в [п. 1 Информационного письма ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с признанием недействительными публичных торгов»](#), нарушения проведения торгов не могут являться основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи права и интересы не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенной на торгах сделки. Согласно [Определению Конституционного Суда РФ от 16.07.2009 № 739-О-О](#) положение [п. 1 ст. 449 ГК РФ](#) о том, что торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица, по существу воспроизведенное применительно к процедуре размещения заказов в [ч. 5 ст. 10 Закона № 94-ФЗ](#), направлено – в системной связи с [п. 2 ст. 449 ГК РФ](#), предусматривающим, что такое признание влечет недействительность договора, заключенного с выигравшим торги лицом, – на реальное восстановление нарушенных прав заинтересованного лица.

Ввиду того, что контракт на момент рассмотрения дела в суде исполнен, потребности заказчика в предмете контракта удовлетворены, приведение сторон контракта в первоначальное положение невозможно – суд пришел к выводу, что удовлетворение заявления заявителя о признании недействительным аукциона и признании недействительным заключенного по его результатам контракта не могут привести к восстановлению нарушенного права, к проведению повторных торгов и повторной реализации нужды заказчика.

Выводы:

Исполненный контракт с незаконно определенным победителем закупки или в случае установленного факта уклонения заказчика от заключения контракта влечет невозможность восстановления прав и законных интересов, поскольку восстановление положения, существовавшего на момент рассмотрения спора, не может быть фактически осуществлено.

Признание торгов недействительными должно повлечь восстановление нарушенных прав истца (заявителя), вместе с тем в качестве последствий нарушения правил проведения торгов возможность проведения повторных торгов [Законом № 44-ФЗ](#) не установлена, также не предусмотрена возможность заключения контракта с иными лицами, подавшими заявки на участие в закупке, в случае признания торгов недействительными.

Необоснованно сниженная цена контракта является основанием для признания контракта недействительной сделкой (с учетом злоупотребления правом сторон сделки).

Отсутствие лимитов бюджетных обязательств не является основанием для незаключения контракта.

2.8. Авторские права и контрактная система

Многие заказчики в процессе осуществления закупок «забывают» о существовании части 4 ГК РФ. Указанная часть содержит основные положения, регламентирующие права и обязанности, в том числе в связке заказчик-исполнитель, по результатам выполнения обязательств возникает объект авторского права.

Несмотря на то, что решение АС города Москвы от 20.03.2012 по делу № А40-125277/11-92-1097 (обязанность заказчика размещать проектно-сметную документацию в составе аукционной документации) отменено последующими инстанциями, доводы относительного авторского права суды не проверяли. Поэтому представляется любопытной позиция суда первой инстанции относительно авторских прав на проектно-сметную документацию.

АС города Москвы не счел графическую часть проектно-сметной документации объектом авторского права. В соответствии со ст. 1259 ГК РФ произведения архитектуры, градостроительства, в том числе в виде проектов, чертежей, изображений и макетов, являются объектами авторского права. Однако, по мнению Президиума ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 27.09.2011 № 5816/11 по делу № А32-47315/09-48/723-10-68/15), объектом авторского права признается не вся проектно-сметная документация, а только архитектурный проект, в котором выражено архитектурное решение его создателя. Согласно ст. 2 Закона об архитектурной деятельности в РФ архитектурное решение – авторский замысел архитектурного объекта – его внешнего и внутреннего облика, пространственной, планировочной и функциональной организации, зафиксированный в архитектурной части документации для строительства и реализованный в построенном архитектурном объекте; архитектурный проект – архитектурная часть документации для строительства и градостроительной документации, содержащая архитектурные решения, которые комплексно учитывают социальные, экономические, функциональные, инженерные, технические, противопожарные, санитарно-эпидемиологические, экологические, архитектурно-художественные и иные требования к объекту в объеме, необходимом для разработки документации для строительства объектов, в проектировании которых необходимо участие архитектора. Следовательно, графические части иных подразделов проектно-сметной документации не имеют никакого отношения к объектам авторского права.

Суд отметил, что строительство зданий и сооружений ведется по типовым и индивидуальным проектам. Типовой проект предназначен для многократного использования, на основании таких проектов возводят школы, детские сады, жилые дома. Индивидуальный проект предназначен для возведения уникальных зданий (музеи, театры и т.д.). Нормативное регулирование по разработке и составу типовой проектной документации осуществляется СНиП 11-03-2001, утвержденными положением Госстроя. Согласно указанному нормативному акту типовой документацией признаются

разработанные на основе унификации и типизации объемно-планировочных решений и включенные в Федеральный фонд документации в строительстве комплекты документов на создание зданий и сооружений, конструкций, изделий и узлов для многократного применения в строительстве, содержащие текстовые и графические материалы. Таким образом, к объектам авторского права относятся индивидуальные проекты.

Согласно СНиП 11-03-2001 решение о присвоении разработанной проектной документации статуса «типовая» принимает Федеральный орган по архитектуре и градостроительству независимо от источников финансирования разработки, форм собственности и подчиненности организаций-разработчиков. Далее сведения о такой документации вносятся в реестр типовых проектно-сметных документов. В соответствии с [Постановлением Правительства РФ](#) от 27.09.2011 № 791 утвержден порядок формирования реестра типовых проектных документов.

Стороной по делу не были представлены доказательства, подтверждающие индивидуальность разработанного проекта, следовательно, у суда отсутствовали основания сделать вывод о принадлежности такого проекта к объектам авторского права.

Выводы:

Заказчикам следует четко установить объем прав (исключительные или неисключительные) на создаваемую в процессе выполнения обязательств по контракту вещь, использование которой без разграничения прав может быть запрещено или ограничено автором или иным правообладателем.

Контрактные отношения

Подготовка проекта контракта

Порядок и особенности оплаты цены контракта

Отказ участника закупки / заказчика от заключения контракта

Заключение, исполнение, изменение, расторжение контракта

Ответственность сторон за нарушение обязательств по контракту

Упущенная выгода, неосновательное обогащение в контрактной системе

Контрактная система и налоги

Вопросы возмещения судебных расходов

3.1. Подготовка проекта контракта

В период действия [Закона № 94-ФЗ](#) в части подготовки проекта контракта в части соотношения норм ГК РФ и [Закона № 94-ФЗ](#) интерес представляет решение АС Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 27.05.2013 по делу № А56-5686/2013, оставленное без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций. Судами всех инстанций подтверждена правовая позиция о том, что отношения по заключению, исполнению и прекращению договоров, выделенных законодателем в особую группу – государственные и муниципальные контракты, регулируются [Законом № 94-ФЗ](#), в результате чего нормы [Закона № 94-ФЗ](#) являются специальными по отношению к нормам ГК РФ о порядке заключения, исполнения и прекращения (расторжения) договоров.

Таким образом, в регулировании отношений по заключению, исполнению и прекращению (расторжению) государственных и муниципальных контрактов общие нормы ГК РФ должны применяться в части, не противоречащей специальным нормам закона.

Актуальными представляются судебные акты по арбитражным спорам, одной из сторон которых являются суды, федеральные органы исполнительной власти. В данном случае предлагаем рассмотреть подход судов в отношении порядка и способа установления неустойки в проекте контракта.

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 04.07.2014 по делу А56-36250/2014, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, опровергнута правовая позиция УФАС по Санкт-Петербургу в отношении неуставления заказчиком в контракте обязательного условия об ответственности заказчика и поставщика в соответствии с законодательством РФ, регулирующим контрактную систему в сфере закупок ([ч. 5, 8 и 27 ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#)). По мнению контролирующего органа, заказчик обязан установить штраф в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством РФ.

Суды двух инстанций пришли к выводу, что отсутствие утвержденного компетентным федеральным органом исполнительной власти (в соответствии с [ч. 11 ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#)) типового контракта, размещенного в ЕИС, не позволяет заказчику исполнить требования указанной статьи. При этом в данном конкретном случае ошибочное указание в проекте контракта размера санкции не лишает заказчика возможности предъявить требование о взыскании штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств по контракту в соответствии с нормами действующего законодательства РФ, регулирующего контрактную систему. При этом контролирующий орган не привел доводов в обоснование того, каким образом допущенная ошибка повлияла или могла повлиять на проведение конкурса и его результат (в том числе с учетом законодательно установленных основных принципов закупки). Принимая во внимание выдачу оспариваемого предписания УФАС об аннулировании закупки, применительно к рассматриваемым обстоятельствам, принятие Управлением ненормативных актов следует признать как чрезмерную меру административного реагирования.

Вменяя заказчику нарушение части [27 статьи 34 Закона № 44-ФЗ](#), УФАС указывает на отсутствие в проекте контракта обязательных сведений о сроках возврата подрядчику денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта.

В [Определении Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ](#) от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115 по делу № А41-60951/13 подтверждается правовая позиция о том, что требования [Закона № 94-ФЗ](#) являются специальными по отношению к общим нормам ГК РФ о договорах, в том числе договорах, заключаемых в обязательном порядке. Эти специальные требования состоят, в частности, в том, что контракт с победителем

конкурса заключается на условиях, названных в поданной им заявке и в документации. Контракт с победителем заключается на условиях, указанных в извещении о проведении закупки и документации о закупке, по цене, предложенной победителем.

Проект контракта в силу прямого указания [Закона № 94-ФЗ](#) является элементом процедуры размещения заказа, и оспорить его условия можно только путем оспаривания документации о торгах либо запроса котировок, то есть по основаниям, в порядке и в сроки, установленные непосредственно Законом. Не оспоренный на стадии размещения заказа проект контракта подлежит безоговорочному подписанию лицом, победившим на торгах или по результатам запроса котировок, с возможностью последующего оспаривания в судебном порядке.

Составление протокола разногласий к проекту контракта предусматривается [Законом № 94-ФЗ](#) лишь при проведении открытого аукциона в электронной форме. Однако участник аукциона, с которым заключается контракт, вправе составить протокол разногласий только к тем положениям проекта контракта, которые не соответствуют извещению и документации и заявке на участие в нем самого участника.

Таким образом, определяя основную содержательную часть условий контрактов на стадии размещения заказов, [Закон № 94-ФЗ](#) по существу устанавливает правила их исполнения.

Возможность включения в проект контракта условий гарантийного и постгарантийного обслуживания

Решением АС Республики Татарстан от 17.11.2011 по делу № А65-19918/2011, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 26.01.2012) и кассационной (постановление от 03.05.2012) инстанций, подтверждена правовая позиция, реализующая возможность изменения условий (несущественных) проекта контракта, не отраженных в извещении о закупке и документации о закупке.

Суды всех инстанций признали несостоятельным довод антимонопольного органа о нарушении заказчиком [Закона № 94-ФЗ](#) путем включения в проект контракта условия о гарантийном и постгарантийном обслуживании поставляемого оборудования, которое отсутствует в извещении и документации о закупке. Осуществление гарантийного и постгарантийного обслуживания является важным условием при покупке оборудования, поскольку любой современный прибор является технически сложным оборудованием, содержащим дорогостоящие комплектующие, в связи с чем быстрота и доступность сервиса важна при его эксплуатации.

Заказчик предусмотрел в проекте контракта возможность осуществления комплекса мероприятий по обслуживанию и поддержке оборудования после окончания гарантийного срока, так как полагает, что в подобном случае срок службы оборудования увеличивается, время простоя сокращается, соответственно происходит более эффективное расходование бюджетных средств.

Суды тем самым подтвердили, что потребности заказчика являются определяющим фактором при установлении соответствующих требований. Одновременно указано, что поскольку ни в извещении, ни в документации данные условия не содержатся – нет нарушения [Закона № 94-ФЗ](#), поэтому победитель, получивший проект контракта, вправе подписать его с протоколом разногласий ([ст. 528 ГК РФ](#)).

Неправомерно устанавливать в проекте контракта требования о предоставлении контрагентом сведений об уплате налогов, а также приостанавливать оплату по контракту до погашения контрагентом задолженности по налогам

Решением Новосибирского областного суда от 08.09.2014 по делу № 3-34/2014, оставленным без изменения [Определением ВС РФ от 17.12.2014 по делу № 67-АПГ14-14](#), по заявлению прокурора признаны недействительными требования заказчика о приостановлении оплаты по контракту в случае установления задолженности контрагента по налогам и сборам.

Судами установлено, что действующее законодательство не позволяет обосновать допустимость включения в контракт в качестве одного из условий для оплаты наличие сведений об исполнении контрагентом обязанности по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджеты бюджетной системы РФ по состоянию на момент оплаты по контракту.

Оспариваемые положения Условий предоставления и расходования субсидий местным бюджетам из областного бюджета Новосибирской области не соответствуют требованиям [Закона № 44-ФЗ](#), поскольку фактически принуждают контрагента представлять сведения об исполнении своих обязанностей по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджеты бюджетной системы РФ, которые не связаны с исполнением заключенного контракта, при наличии у государственных органов других правовых инструментов для выполнения вышеназванных обязанностей, в том числе под угрозой приостановления оплаты до погашения задолженности, чем ущемляются права контрагента на получение оплаты по исполненному контракту.

Установление требований по возложению обязанности на получателей субсидии, согласно которым заказчики осуществляют закупки, источником финансового обеспечения которых являются субсидии из бюджета субъекта РФ, в проектах контрактов предусматривают в качестве одного из оснований для оплаты по договору наличие сведений об исполнении контрагентом обязанности по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджеты бюджетной системы РФ по состоянию на момент оплаты по контракту, а равно предусматривают право заказчика приостанавливать оплату до погашения контрагентом недоимки по платежам в бюджеты бюджетной системы РФ, находится в прямом противоречии с требованиями [ст. 31, 34, 94 Закона № 44-ФЗ](#), положения которых исключают возможность установления таких требований в контрактах. Данные требования также противоречат положениям ГК РФ, регулирующим отношения, связанные с заключением и исполнением договоров выполнения работ, предоставления услуг, в том числе связанных с обеспечением государственных и муниципальных нужд.

Суды подтвердили то, что, реализуя предоставленные [п. 3 ст. 139 БК РФ](#) полномочия, органы государственной власти субъектов РФ вправе определять цели и условия предоставления и расходования субсидий местным бюджетам из бюджета субъекта РФ, однако они не вправе понуждать заказчиков и иные организации, осуществляющие заключение контрактов, для получения субсидий включать в проекты контрактов не соответствующие федеральным законам условия, ущемляющие права контрагента как стороны в договоре по сравнению с установленными федеральным законодательством

нормами заключения и исполнения таких договоров. Иное означало бы допустимость регулирования органом государственной власти субъекта РФ правоотношений в сфере гражданского права, что отнесено к ведению РФ. Условия предоставления и расходования субсидий не могут противоречить действующему федеральному законодательству.

В извещении заказчик обязан указывать все существенные условия контракта

В Постановлении 19 ААС от 30.01.2015 по делу № А35-4611/2014 суд поддержал позицию антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований Закона № 44-ФЗ, выразившемся в неуказании части положений проекта договора, являющегося неотъемлемой частью аукционной документации, в извещении о проведении аукциона в электронной форме.

Согласно ч. 1 ст. 34 Закона № 44-ФЗ контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке, заявкой победителя. Согласно п. 2 ст. 42 Закона № 44-ФЗ извещение об осуществлении закупки должно содержать краткое изложение условий контракта, содержащее наименование и описание объекта закупки с учетом требований, предусмотренных ст. 33 Закона № 44-ФЗ, информацию о количестве и месте доставки товара, являющегося предметом контракта, месте выполнения работы или оказания услуги, являющихся предметом контракта, а также сроки поставки товара или завершения работы либо график оказания услуг, НМЦК, источник финансирования. Ч. 4 ст. 64 Закона № 44-ФЗ установлено, что к документации об аукционе прилагается проект контракта, который является неотъемлемой частью документации.

Вместе с тем в извещении, аукционной документации по определению поставщика не содержатся следующие положения проекта договора: «Исполнитель обязан:

- провести мероприятия по подготовке пищеблока к началу оказания услуг;
- обеспечить работу буфета (буфетов-лотков) на территории Заказчика в соответствии с действующими СанПиН;
- организовать питание работников и обучающихся за счет их собственных денежных средств и/или денежных средств их родителей (законных представителей) по составу, качеству и цене, соответствующим примерному двенадцатидневному меню настоящего договора, а также обеспечить реализацию пищевых продуктов, блюд и кулинарных изделий (сверх примерного десятидневного меню), ассортимент которых должен соответствовать требованиям санитарных правил и нормативов, и иметь согласование Заказчика;
- согласовать примерное двенадцатидневное меню в порядке и в соответствии с СанПиН 2.4.5.2409-08 в срок, установленный Заказчиком».

Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что, перечислив в абз. 10, 11, 12, 14 п. 5.1 проекта контракта обязанности исполнителя контракта, заказчик посчитал их существенными условиями исполнения контракта и характеристики объекта закупки, как и указанные в п. 7 «описание объекта закупки, объем, сроки (график) и место оказания услуг» информационной карты аукционной документации. Неуказание условий контракта в извещении, аукционной документации является нарушением положений ч. 1 ст. 34 Закона № 44-ФЗ.

В проекте контракта возможно устанавливать требования подтверждения легального оборота товаров на территории РФ

Постановлением АС Уральского округа от 06.05.2015 № Ф09-2364/15 по делу № А76-17760/2014, отменившего акты судов первой и апелляционной инстанций, опровергнуто мнение антимонопольного органа об ограничении заказчиком конкуренции путем включения в проект контракта обязанности контрагента документально подтверждать введение в гражданский оборот на территории РФ поставляемых товаров непосредственно правообладателем товарного знака, размещенного на товаре, или с его согласия.

Суд кассационной инстанции признал ошибочным мнение антимонопольного органа, согласно которому законодательством РФ не предусмотрена обязанность потенциальных поставщиков (начиная с 3-го и последующих звеньев в цепочке правообладатель – импортер – поставщик) запрашивать у импортера (который и является лицом, вводящим товар в гражданский оборот на территории РФ) или у правообладателя справки и/или коммерческие документы, подтверждающие законность введения указанными субъектами товара в гражданский оборот на территории РФ и предоставление указанных документов заказчику. Возложение на поставщика такой обязанности ставит его в зависимость от действий импортера или правообладателя, связанных с предоставлением таких документов. Кроме того, необходимость получения заказчиком таких документов является необязательной, поскольку заказчик является конечным потребителем спорного товара и дальнейший оборот товара этим потреблением заканчивается. Документы же необходимы для подтверждения законности именно оборота ввезенного на территорию РФ товара, имеющего товарный знак.

Суд кассационной инстанции, отменяя акты нижестоящих судов, указал, что спорное условие контракта не является требованием к участникам торгов (ст. 31 Закона № 44-ФЗ), подавшим заявку на участие, а представляет собой условие о способе и порядке исполнения договора после проведения торгов и определения победителя. При этом само по себе условие о необходимости сопровождения поставщиком (победителем аукциона) поставляемых медицинских изделий документами, подтверждающими введение в гражданский оборот на территории РФ поставляемых товаров непосредственно правообладателем товарного знака, размещенного на товаре, или с его согласия, действующему законодательству не противоречит.

В силу позиции, содержащейся в [Определении Конституционного Суда РФ от 22.04.2004 № 171-О](#), использование товарного знака путем предложения к продаже (и фактической купли-продажи) товаров, ввезенных на территорию РФ без согласия правообладателя, противоречит действующему законодательству и представляет собой нарушение исключительных прав.

Во избежание вышеуказанных последствий покупатель вправе не согласиться принять товар, относительно которого он не имеет информации об отсутствии его обременения правами (в данном случае правом на защиту интеллектуальной собственности) третьих лиц. И соответственно вправе потребовать от поставщика исполнения обязанности подтвердить, что передаваемый товар свободен от прав третьих лиц.

Таким образом, спорное условие проекта контракта предложено на стадии доведения до потенциальных участников торгов документации об аукционе, является одинаковым для всех участников и действующему законодательству не противоречит.

Определением ВС РФ от 02.09.2015 № 309-КГ15-9572 в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Выводы:

При подготовке проекта контракта заказчику необходимо понимать, что поскольку Закон № 44-ФЗ является специальным по отношению к ГК РФ, контракт с победителем заключается на условиях, указанных в извещении и документации о закупке, по цене, предложенной победителем. Таким образом, в проект контракта необходимо включать полные сведения о размере и порядке расчета и взыскания неустойки. Кроме того, в извещении заказчик обязан установить все существенные условия контракта.

Неправомерно устанавливать в проекте контракта требования предоставления документов, подтверждающих уплату налогов контрагентом. И, наоборот, возможно устанавливать требование о подтверждении легальности оборота поставляемого товара (или предлагаемого у использованию при выполнении работ, оказании услуг по контракту) на территории РФ.

3.2. Порядок и особенности оплаты цены контракта

Вопрос сроков и порядка оплаты цены контракта представляет собой краеугольный камень, поскольку является основным показателем коррупционных проявлений или иных злоупотреблений, как правило, со стороны заказчика.

Во многих решениях антимонопольный орган указывал, что условия проекта контракта об установлении сроков оплаты работ, зависящих от неопределенных фактов и обстоятельств, могут являться невыгодными (кабальными) для контрагента и повлечь за собой существенное ограничение круга потенциальных участников закупок, в связи с чем в действиях заказчика могут усматриваться признаки коррупции, что приводит к монополизации и устранению конкуренции на торгах.

При установлении нереально длительных сроков и неоднозначного порядка оплаты контрагент обязан иметь достаточные средства для несения расходов и затрат при выполнении обязательств по контракту (заработная плата, расходы на материалы и т.д.), в том числе на уплату налогов, страховых выплат и отчислений. Указанное существенно ограничивает круг потенциальных участников закупок.

Оплата только за фактически оказанные услуги

Постановлением Президиума ВАС РФ от 13.05.2014 № 19371/13 о пересмотре в порядке надзора постановления ФАС СЗО от 25.09.2013 по делу АС Новосибирской области № А45-27060/2012 определено, что требование исполнителя о взыскании с заказчика платы за услуги, которые не были оказаны по контракту, удовлетворению не подлежит. Плата по договору оказания услуг осуществляется за фактически оказанные услуги и в случае, если исполнителем по факту не оказаны услуги на всю заявленную в контракте сумму, то требование исполнителя об оплате всей цены контракта не подлежит удовлетворению как необоснованное, незаконное, недобросовестное.

Отдельно отмечено, что ошибочной является позиция о том, что цена контракта является твердой и подлежит оплате в изначально согласованном размере независимо от объема оказанных услуг, поскольку цена контракта определяется применительно к согласованному в нем объему услуг. В связи с этим уменьшение объема оказываемых по контракту услуг влечет соразмерное уменьшение цены контракта. Иной подход противоречит принципам возмездности гражданско-правовых договоров и возмездного оказания услуг, нарушая баланс прав и интересов сторон, и нарушает публичные интересы при оплате услуг на основании контракта ввиду необоснованного расхода бюджетных (публичных) денежных средств.

Оплата по контракту не должна ставиться в зависимость от определенного момента (события)

Решением АС Тюменской области от 17.07.2013 по делу № А70-5475/2013, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 22.10.2013) и кассационной (постановление от 17.04.2014) инстанций, подтверждена неправомерность установления заказчиком в контракте зависимости срока оплаты от определенного события: например, по проектным работам – после получения положительного заключения государственной экспертизы. Указанное не соответствует требованиям [ст. 190 ГК РФ](#).

Согласно [п. 13. ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) в контракт включается обязательное условие о порядке и сроках оплаты товаров, работ, услуг, изменение которых не допускается. Согласно [ст. 190 ГК РФ](#) установленный законом или сделкой срок определяется календарной датой или истечением периода времени. Срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

Оплата работ сверх условий и цены контракта не допустима

В решении АС Республики Коми (решение не обжаловалось) от 13.03.2015 по делу № strong суд поддержал позицию заказчика об отсутствии оснований для выплаты исполнителю стоимости услуг, оказанных сверх норм (объема) услуг, предусмотренных контрактом.

Факт оказания выполнения работ исполнителем подтвержден и заказчиком не оспаривается. Однако суд считает, что взыскание неосновательного обогащения за фактически выполненные работы при отсутствии государственного контракта открывало бы возможность для недобросовестных исполнителей и заказчиков приобретать незаконные имущественные выгоды в обход [Закона № 44-ФЗ](#). Вместе с тем никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения.

С учетом фактических обстоятельств дела выполнение обязательств сверх установленного в контракте объема, предъявление дополнительных объемов, не определенных в контракте, без контракта, подлежащего заключению в случаях и в порядке, предусмотренных [Законом № 44-ФЗ](#), свидетельствует о том, что истец не мог не знать, что объем работ (сверх установленного в контракте) выполняется им при очевидном отсутствии обязательства перед ответчиком.

Положения [п. 3 ст. 723 ГК РФ](#) дают право заказчику на отказ от исполнения договора в определенных случаях, а [ст. 753 ГК РФ](#) предусмотрена как возможность одностороннего подписания акта выполненных работ со стороны подрядчика, так и право заказчика на отказ от приемки результата работ. Таким образом, действующим законодательством

установлены права заказчика на отказ от подписания актов приемки выполненных работ, а также права исполнителя в случае необоснованного уклонения заказчика от их подписания.

Заказчик не имеет права смешивать средства бюджета и сторонние источники, оплата из которых не входит в предмет регулирования данного контракта

В [Постановлении 19 ААС от 30.01.2015 по делу № А35-4611/2014](#) суд поддержал позицию антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований [Закона № 44-ФЗ](#), выразившемся в смешении источников средств за оказание услуг питания.

В силу [п. 1 ст. 15 Закона № 44-ФЗ](#) бюджетные учреждения осуществляют закупки за счет субсидий, предоставленных из бюджетов бюджетной системы РФ, и иных средств в соответствии с требованиями [Закона № 44-ФЗ](#), за исключением случаев, предусмотренных [ч. 2 и 3 ст. 15](#). Судом установлено, что п. 5.1 проекта контракта буквально определяет, что питание организовывается за счет собственных средств работников, обучающихся или их родителей. Таким образом, собственные денежные средства работников и обучающихся и/или их родителей (законных представителей) в данном случае являются источником оплаты за услуги по организации питания, которые победитель аукциона обязан будет оказывать им, и к средствам, указанным в [ст. 15 Закона № 44-ФЗ](#) не отнесены, поскольку в данном случае не являются расходными обязательствами заказчика.

Поставщик сам выбирает единичную цену каждой позиции лота при заключении контракта

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 30.10.2013 № А56-31799/2013, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 11.03.2014) инстанции, подтверждена правовая позиция правомерности установления победителем аукциона единичной стоимости каждой позиции поставляемого товара в составе лота.

Суды указали, что [Закон № 94-ФЗ](#) содержит четкие требования к формированию общей цены контракта и не предусматривает установление возможности заказчика при заключении контракта формировать цены единиц товаров, входящих в общую поставку, а расчет НМЦК содержит примерный уровень цен за каждую единицу товара.

Суды обоснованно отклонили довод заказчика о том, что участник размещения заказа, понижая общую цену контракта, соответственно пропорционально понижает и цену каждой единицы товара. Также указали, что поскольку [Закон № 94-ФЗ](#) не содержит требования к порядку установления цены товара по позициям, то указанный заказчиком порядок ограничивает права участников, цены на товары которых отличаются от использованных заказчиком в расчетах. В результате участник, который может предложить товар, отвечающий потребностям заказчика, за низкую общую цену, не будет иметь возможности заключить договор с заказчиком по корректным ценам за единицу товара в случае победы. В связи с тем, что цена единицы товара, рассчитанная заказчиком при формировании НМЦК, может отличаться от цены единицы товара, предлагаемой участником размещения заказа, победитель аукциона, с которым заключается контракт, вправе самостоятельно устанавливать цену единицы товара,

входящей в лот, а понуждение участника к заключению контракта по определенным ценам в отношении каждой позиции является вторжением в его коммерческую деятельность.

Таким образом, участник аукциона обязан исходить из условий заключения контракта, установленных заказчиком в извещении, что является нарушением его прав на определение цены исходя из финансово-хозяйственной деятельности.

Выводы:

Заказчик обязан оплачивать только фактически выполненные обязательства по контракту вне зависимости от его цены, поскольку в противном случае у контрагента может возникнуть неосновательное обогащение. При этом необходимо отметить, что оплата сверх цены контракта не допускается.

Заказчик не вправе устанавливать условие оплаты по контракту в зависимости от определенного момента, который может наступить или не наступить. Кроме того, недопустимо смешивать в контракте средства бюджета с внебюджетными источниками финансирования.

3.3. Отказ участника закупки/заказчика от заключения контракта

Как показывает практика применения норм законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок, сторонам контракта важно правильно реализовывать свои права в процессе заключения контракта.

И заказчик, и победитель закупки, и участник закупки, занявший второе место, вправе отказаться от заключения контракта. При этом грамотно обоснованная правовая позиция позволит избежать административных и судебных споров, а также обязанности возместить противной стороне понесенные убытки.

Отказ заказчика от подписания контракта

Заказчик вправе отказаться от заключения контракта по итогам электронного аукциона в случае, если обеспечение исполнения контракта в форме договора поручительства к нему поступило только на бумажном носителе ввиду отсутствия технической возможности прикрепления указанных документов на сайте оператора электронной площадки. [Постановлением ФАС Московского округа от 17.04.2012 по делу № А40-86213/11-139-730](#) установлено, что отсутствие технической возможности прикрепления копий бухгалтерских отчетностей поручителя, представленных в налоговый орган в установленном порядке, а также документов в отношении поручителя, указанных в п. 3 и 5 ч. 2 ст. 41.3 Закона № 94-ФЗ, не является оправданием добросовестного поведения участника размещения заказа. Так как в соответствии с ч. 22 ст. 41.12 Закона № 94-ФЗ в случае, если обеспечением исполнения контракта является договор поручительства, контракт может быть заключен только после предоставления участником аукциона, с которым заключается контракт, одновременно с договором поручительства соответствующих копий бухгалтерских отчетностей

поручителя, представленных в налоговый орган в установленном порядке, а также документов в отношении поручителя, указанных в п. 3 и 5 ч. 2 ст. 41.3 Закона № 94-ФЗ и подтверждающих его полномочия. Следовательно, победитель аукциона, представивший заказчику все в бумажном виде, но не вложивший в формат электронного документа через оператора электронной площадки, может быть признан заказчиком уклонившимся от заключения контракта по формальным признакам Закона № 94-ФЗ.

В Постановлении ФАС ЗСО от 10.07.2012 по делу № А75-9237/2011 установлено, что уклонение участника размещения заказа от заключения контракта было обусловлено его заблуждением, в равной степени как и всех участников данного аукциона, в процедуре его проведения и последствиях таких действий как осуществление аукциона на повышение цены, что не может являться безусловным основанием для включения в РНП ввиду недостаточности степени вины предприятия. В данном случае причиной неподписания контракта стало заблуждение о порядке проведения аукциона в случае снижения НМЦК до нуля.

В постановлениях ФАС ЗСО от 17.08.2012 по делу № А70-8487/2011 и от 10.04.2013 по делу № А75-6139/2012 определено, что уклонение победителя закупки от заключения контракта может быть выражено как в совершении умышленных действий, так и в совершении таких действий по неосторожности либо в бездействии.

Участник аукциона, не принимающий по небрежности необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, создает тем самым условия, влекущие невозможность подписания контракта.

Заказчик вправе признать победителя аукциона уклонившимся от заключения контракта и направить сведения для включения в РНП на основании информации из банка о том, что предъявленная заказчику в качестве обеспечения исполнения контракта банковская гарантия банком не выдавалась. Данная позиция представлена в решении АС Алтайского края от 04.07.2014 по делу № А03-8190/2014. Суд указал, что уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении умышленных действий, так и в действиях по неосторожности либо в бездействии. Не принимая мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, по небрежности, участник создает условия, влекущие невозможность подписания контракта. Уклонение от заключения контракта обусловлено субъективными причинами: небрежностью победителя конкурса при подготовке и подаче документов для заключения контракта, выбора посредника в целях получения банковской гарантии. Принимая решение об участии в процедуре путем подачи заявки, участник размещения заказа несет ответственность за риск наступления неблагоприятных для него последствий в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие установленным Законом № 94-ФЗ требованиям, в том числе приведших к невозможности заключения контракта с ним как с лицом, признанным победителем конкурса. Суд отметил, что смысл обеспечения обязательства – не предоставление некоего документа, а его действительность.

Кроме того, действия победителя конкурса, направленные на предоставление иного вида обеспечения исполнения контракта, не являются действиями, направленными на предотвращение неблагоприятных последствий до предъявления банковской гарантии, а имеют целью устранить уже возникшие негативные для победителя конкурса последствия.

При несостоявшемся аукционе и недостаточности

финансирования заключение контракта заказчиком возможно требовать по суду

Решением АС Мурманской области от 18.03.2015 по делу № А42-8181/2014 (решение не обжаловалось) определено, что несмотря на недостаточность финансирования и несостоявшийся аукцион, заказчик обязан заключить контракт с единственным участником аукциона.

Судом указано, что в силу [ч. 1 ст. 421 ГК РФ](#) граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством.

Согласно [ст. 527 ГК РФ](#) контракт заключается на основе заказа на поставку товаров для государственных или муниципальных нужд, размещаемого в порядке, предусмотренном законодательством о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

Для заказчика, разместившего заказ, заключение контракта является обязательным, если иное не установлено законом. В силу [ч. 4 ст. 445 ГК РФ](#), если сторона, для которой в соответствии с кодексом или иными законами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Отношения, связанные с заключением контракта, регулируются [Законом № 44-ФЗ](#), в котором установлен исчерпывающий перечень оснований для отказа заказчика от заключения контракта.

Следовательно, в данных условиях заказчик обязан заключить контракт.

Однако...

При несостоявшемся аукционе заключение контракта – право, а не обязанность заказчика

[Постановлением АС Центрального округа от 05.03.2015 по делу № А48-2490/2014](#) отменено постановление суда апелляционной инстанции и оставлено в силе решение АС Орловской области, подтверждающее право заказчика отказаться от заключения контракта по итогам несостоявшегося электронного аукциона.

Суды первой и кассационной инстанций пришли к выводу, что признание несостоявшимся электронного аукциона при соответствии заявки единственного участника требованиям [ст. 69 Закона № 44-ФЗ](#) не порождает обязательное юридическое последствие – заключение заказчиком контракта с участником закупки, признанным единственным участником аукциона.

Целью аукциона является приобретение товаров, работ, услуг для нужд заказчиков по максимально возможно наименьшей цене контракта.

В силу [ч. 1 ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#) по результатам электронного аукциона контракт заключается с победителем аукциона, а в случаях, предусмотренных [ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#), с иным участником аукциона, заявка которого на участие в аукционе в соответствии со [ст. 69](#) признана соответствующей требованиям, установленным документацией об аукционе.

Из правового анализа указанных правовых норм [Закона № 44-ФЗ](#) не следует, что

заказчик в любом случае обязан заключить контракт с единственным участником аукциона, оставшимся после рассмотрения первых частей заявок, заявка которого на участие в таком аукционе признана соответствующей требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) и аукционной документации.

[Определением ВС РФ от 10.08.2015 № 310-ЭС15-5426](#) в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в ВС РФ отказано. В определении отмечено, что, отказывая в удовлетворении иска и подтверждая правильность этого вывода, суды первой и кассационной инстанций проанализировали нормы, содержащиеся в [п. 4 ч. 2 ст. 71](#) и [п. 25 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ](#), и указали, что признание несостоявшимся электронного аукциона при соответствии заявки единственного участника требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) и аукционной документации не порождает обязанность заказчика в любом случае заключить договор с заявителем.

Установив, что причиной отказа в заключении контракта являлось в том числе проведение новой конкурентной процедуры определения подрядчика, уточнение описания объекта закупки, изменения условий договора, а также что целью аукциона является определение подрядчика, предлагающего наименьшую цену контракта, суды пришли к выводу о правомерности действий заказчика.

Смена директора - не уважительная причина для уклонения от подписания контракта

Решением АС Республики Алтай от 09.06.2015 по делу № А02-662/2015, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 24.09.2015) инстанции, установлено, что уведомление заказчика о смене руководителя и замене лица, имеющего усиленную электронную подпись для подписания контракта и банковских реквизитов, не являются безусловными основаниями для непризнания победителя уклонившимся от заключения контракта.

Суды пришли к выводу о том, что учредитель при должной степени заботливости и осмотрительности имел возможность своевременно передать необходимые документы в регистрирующий орган для государственной регистрации указанных выше изменений, в свою очередь, новый директор хозяйствующего субъекта не имел объективных препятствий для своевременного получения выписки из ЕГРЮЛ, банковской гарантии и подписания государственного контракта.

Директор и единственный участник организации-победителя электронного аукциона не мог не знать, что данное общество признано победителем электронного аукциона и имеет соответствующие обязанности, в том числе по подписанию государственного контракта.

Судом обоснованно отмечено, что исполнительный орган общества, подав жалобу на действия заказчика, связанные с заключением контракта на строительство пешеходного моста, и при наличии решения заказчика о приостановлении его заключения, обладал информацией о дате и месте рассмотрения жалобы и был обязан своевременно узнать результат ее рассмотрения.

Выводы:

В случае непредставления победителем закупки обеспечения в размере, установленном документацией о закупке, в том числе с учетом антидемпинговых мер при необходимости, заказчик обязан признать такого победителя закупки уклонившимся от заключения контракта и направить материалы в антимонопольный орган для включения сведений о таком хозяйствующем субъекте в РНП.

При несостоявшемся аукционе у заказчика отсутствует прямо установленная [Законом № 44-ФЗ](#) обязанность подписать контракт.

Участникам закупок необходимо учесть, что все мероприятия, связанные со сменой директора или учредителей, не являются уважительными причинами при неподписании контракта в установленные [Законом № 44-ФЗ](#) сроки. Данное будет расценено как уклонение от подписания контракта.

3.4. Заключение, исполнение, изменение, расторжение контракта

Законом № 44-ФЗ в понятие «осуществление закупки» входят непосредственно контрактные отношения, вплоть до исполнения обязательств, принятых на себя сторонами контракта. Таким образом, вопросы заключения, исполнения, изменения или расторжения контракта имеют важное значение в работе каждого субъекта контрактной системы.

Условия договора поставки считаются согласованными, если возможно определить наименование и количество товара

К такому мнению пришел 7 ААС, который постановлением от 25.09.2014 отменил решение АС Новосибирской области от 02.07.2014 по делу № А45-5242/2014.

Апелляционная инстанция указала, что согласно [ст. 432 ГК РФ](#) договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто дополнительное соглашение.

Договор поставки является разновидностью договора купли-продажи. Правила [ст. 506 ГК РФ](#) не устанавливают каких-либо требований к существенным условиям договора поставки, следовательно, согласно [ч. 3 ст. 455 ГК РФ](#) условия договора поставки считаются согласованными, если договор позволяет определить наименование и количество товара. При этом наименование, количество, ассортимент, стоимость поставляемого товара в рамках контракта согласованы сторонами в спецификации, являющейся неотъемлемой частью контракта.

Изменение лимитов бюджетных обязательств является безусловным основанием для изменения условий контракта

Решением АС Тамбовской области от 04.07.2014 по делу № А64-2715/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 07.10.2014) инстанции, подтверждено право внести изменения в контракт в порядке [ст. 767 ГК РФ](#), [ч. 6 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#) и [ч. 6 ст. 161 БК РФ](#) (основание – уменьшение лимитов бюджетных обязательств). Судом отмечено, что самостоятельным основанием для изменения или расторжения контракта в соответствии с [ч. 1 ст. 451 ГК РФ](#) является существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили на момент заключения контракта.

Согласно действующему законодательству РФ у сторон при уменьшении в установленном порядке средств соответствующего бюджета, выделенных для

финансирования контракта, возникает обязанность согласовать новые сроки, а если необходимо - и иные условия выполнения работ. При этом условие о сроках подлежит изменению всегда, а иные условия работ, к которым возможно отнести: изменение объема работ, требования к качеству используемых материалов, – изменяются по соглашению сторон. Поэтому в случае недостижения сторонами соглашения об изменении договора на основании изменившихся обстоятельств согласно норме [ч. 2 ст. 451 ГК РФ](#) контракт может быть изменен на основании решения суда по требованию заинтересованной стороны.

Суд выделяет норму [ч. 1 ст. 451](#) как исключительное обстоятельство, позволяющее в отличие от общего правила о расторжении контракта в связи с существенным изменением обстоятельств изменить контракт, поскольку расторжение такого контракта будет противоречить общественным (публичным) интересам ([ч. 4 ст. 451 ГК РФ](#)). Уменьшение финансирования контракта само по себе является существенным изменением обстоятельств, то есть, если бы стороны контракта могли это предвидеть до его заключения, то контракт не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Нормой [ч. 6 ст. 161 БК РФ](#) в случае уменьшения государственному (муниципальному) заказчику ранее доведенных лимитов бюджетных обязательств, приводящего к невозможности исполнения бюджетных обязательств, вытекающих из контрактов, государственный (муниципальный) заказчик обязан обеспечить согласование новых условий контракта, в том числе по цене и (или) срокам их исполнения и (или) количеству (объему) товара (работы, услуги), в соответствии с требованием законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок.

Необходимо отметить, что [ст. 767 ГК РФ](#) предусмотрена возможность при необходимости изменять условия выполнения подрядных работ и право требования подрядчиком от заказчика возмещения убытков, причиненных изменением сроков выполнения работ. Следовательно, изменение контракта допустимо в случае наличия обстоятельств, прямо определенных не только [Законом № 44-ФЗ](#), но и действующим законодательством РФ.

Несоответствие документации требованиям законодательства – основание для отказа в согласовании заключения контракта с единственным поставщиком

Решением АС Волгоградской области от 04.07.2014 по делу № А12-13866 поддержаны доводы УФАС по Волгоградской области в части отказа согласования возможности заключения контракта с единственным поставщиком ввиду существенных нарушений [Закона № 44-ФЗ](#), несоответствия документации об электронном аукционе действующему законодательству о закупках. В частности, такими нарушениями обозначены:

- отсутствие в документации требования о предоставлении участниками закупки в составе второй части заявки на участие в электронном аукционе конкретных документов, подтверждающих право участника аукциона на получение преимущества, установленного такой документацией, указания на такие документы, которые бы подтверждали право участника аукциона на получение преимущества;
- отсутствие в проекте контракта условия о фиксированной сумме штрафа за ненадлежащее исполнение заказчиком и поставщиком обязательств, предусмотренных контрактом (указания конкретного процента от цены контракта).

При согласовании возможности заключения контракта с единственным поставщиком антимонопольный орган не вправе выносить предписания

Постановлением 10 ААС от 08.08.2014 по делу № А41-18249/14 о рассмотрении апелляционной жалобы на решение АС Московской области от 15.05.2014 по делу № А41-18249/14 (кассационная жалоба возвращена по причине пропуска срока) установлено, что вынесение УФАС по Московской области предписания по результатам рассмотрения возможности заключения контракта с единственным участником закупки не предусмотрено законодательством, выходит за пределы компетенции территориального антимонопольного органа, предусмотренные [Законом № 135-ФЗ](#) и [Законом № 44-ФЗ](#). При этом существо и последствия ненормативных актов, вынесенных без нормативно установленного основания, влияют на законные права и обязанности лица, осуществившего процедуру закупки.

Приказом Минэкономразвития России от 13.09.2013 № 537 утвержден Порядок согласования применения закрытых способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), возможности заключения (заключения) контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) (далее – Порядок).

В соответствии с п. 12 Порядка по результатам рассмотрения обращения контрольный орган принимает решение о согласовании или об отказе в согласовании возможности заключения (заключения) контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Решение оформляется письмом, которое направляется заказчику в срок, не превышающий 10 рабочих дней со дня поступления обращения.

Исходя из положения п. 12 Порядка по результатам рассмотрения обращения в полномочия контрольного органа входит принятие решения о согласовании и применении закрытого способа определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), возможности заключения (заключения) контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Таким образом, Правила содержат исчерпывающий перечень действий, которые может осуществлять антимонопольный орган при рассмотрении обращения о согласовании возможности заключения контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Вынесение предписаний по итогам рассмотрения обращений о согласовании Порядком не предусмотрено.

Анализ норм [ст. 23, 39, 50 Закона № 135-ФЗ](#) определяет, что антимонопольный орган правомочен вынести предписание после возбуждения и по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Таким образом, основания для проведения антимонопольным органом плановых и внеплановых проверок определены законодательно, при этом законодатель буквально не допускает в качестве самостоятельного основания для плановой и внеплановой проверки обнаружения контролирующим органом признаков нарушения законодательства обращение заказчика о согласовании возможности заключения контракта с единственным поставщиком.

В рассматриваемом случае установлено, что проверка, по результатам которой составлено оспариваемое предписание, проведена заинтересованным лицом по собственной инициативе при рассмотрении вопроса о согласовании возможности заключения контракта с единственным поставщиком. При этом несогласие антимонопольного органа с выводами суда первой инстанции не является основанием

для отмены обжалуемого решения.

Проблемы изменения реквизитов сторон контракта

Согласно постановлением ФАС СЗО от 25.05.2007 по делу № А56-18227/2006и ФАС СЗО от 01.07.2005 по делу № А56-35431/04в случае изменения стороной банковских реквизитов заключение дополнительного соглашения к договору не требуется – достаточно сообщить об этом контрагенту в уведомительном порядке. Действующее законодательство не содержит какого-либо запрета на заключение дополнительного соглашения в подобной ситуации.

В данной ситуации стороны могут сами предусмотреть в договоре, что изменение реквизитов, включая банковские реквизиты, местонахождение, а также наименование юридического лица, оформляется путем дополнительного соглашения к договору – в таком случае заключение дополнительного соглашения является обязательным.

Для энергоснабжающих организаций установлен специальный порядок прекращения или изменения обязательств по договору энергоснабжения

Решением АС Саратовской области от 24.06.2015 по делу № А57-9020/2015 удовлетворены иски прокурора о признании недействительным пункта договора на подачу тепловой энергии.

В соответствии с п. 3.2.3 договора теплоснабжающая организация имеет право прекратить полностью или частично с предварительным (не менее чем за сутки) письменным уведомлением абонента в случаях: при систематическом невыполнении заказчиком обязательств по оплате. В соответствии со ст. 422 ГК РФ договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Согласно п. 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами, ст. 422 ГК РФ.

В силу положений абз. 2 п. 1 ст. 546 и п. 3 ст. 523 ГК РФ энергоснабжающая организация наделена правом на односторонний отказ от исполнения договора энергоснабжения только в случае неоднократного нарушения абонентом, являющимся юридическим лицом, сроков оплаты полученной энергии (при этом законом или иными правовыми актами данное право энергоснабжающей организации на односторонний отказ может быть отклонено или ограничено путем установления порядка реализации данного права. В пунктах 2 и 3 ст. 546 ГК РФ закреплен исчерпывающий перечень оснований, при которых допустимо ограничение режима подачи энергии в одностороннем порядке (без согласования с абонентом).

В силу ст. 426 ГК РФ договор энергоснабжения является публичным договором и в случаях, предусмотренных законом, Правительство РФ может устанавливать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров. Постановлением Правительства РФ от 05.01.1998 № 1 «О Порядке прекращения или ограничения подачи электрической и тепловой энергии и газа организациям-

потребителям при оплате поданных им (использованных ими) топливно-энергетических ресурсов» установлен специальный порядок прекращения или ограничения подачи тепловой энергии и газа отдельным категориям потребителей при нарушении ими обязательства по оплате. Данный порядок является льготным и распространяется на организации-потребители, прекращение или ограничение подачи которым топливно-энергетических ресурсов может привести к опасности для жизни людей и тяжелым экологическим последствиям, а также на медицинские учреждения, организации связи, объекты ЖКХ, объекты вентиляции, водоотлива и основные подъемные устройства угольных и горнорудных организаций и метрополитена.

Основания для прекращения подачи тепловой энергии абоненту установлены законодательством и не могут быть расширены или изменены по усмотрению сторон. П. 95 Правил организации теплоснабжения в РФ, утвержденных [Постановлением Правительства РФ от 08.08.2012 № 808](#), установлено, что в отношении социально значимых категорий потребителей применяется специальный порядок введения ограничения режима потребления. В отношении таких потребителей в обязательном порядке в договоре теплоснабжения определяются режимы введения ограничений.

Следовательно, п. 3.2.3 договора на подачу тепловой энергии противоречит требованиям законодательства.

П. 6.9 договора предусматривает, что в случае, если платежи или суммы предоплаты не поступают на счет исполнителя в указанные сроки либо поступают неполностью, исполнитель имеет право выставить платежные требования в соответствии с действующим законодательством РФ, а также производить начисление пени в размере 0,1% от суммы долга за каждый просроченный день.

Судом установлено, что к рассматриваемым правоотношениям подлежат применению положения, регулирующие отношения в сфере закупок, исходя из субъектного состава и характера правоотношения. Положения гражданского законодательства в рассматриваемом случае применяются в части, не противоречащей специальному нормативному регулированию. Согласно [ст. 168 ГК РФ](#) сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки. [Ст. 180 ГК РФ](#) установлено, что недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части.

На основании изложенного суд пришел к правильному выводу: поскольку признание недействительным оспоренного пункта гражданско-правового договора бюджетного учреждения снабжения тепловой энергией не повлияет на исполнение сторонами обязательств по договору, признание его недействительным не влечет ничтожности прочих условий договора.

По результатам приемки товара (картриджи) поставщик привлечен к административной ответственности

АС Мурманской области в решении от 10.03.2015 по делу № А42-8740/2014 подтвердил позицию заказчика о противодействии недобросовестным поставщикам, поставляющим контрафактный товар (неоригинальные картриджи с оригинальными маркировками).

По результатам приемки заказчиком картриджей составлен акт о несоответствии товара

техническому заданию и контракту. К проверке подлинности был официально привлечен представитель компании-правообладателя, вывод которого о контрафактной природе спорной продукции был обусловлен тем, что, хотя на внешней упаковке нанесен логотип и товарные знаки, свойственные подлинным продуктам компании, и внешний вид похож на вид упаковок подлинных, существуют многочисленные отклонения от признаков подлинных продуктов, предоставленных компанией.

На всех перечисленных картриджах имеются защитные голографические марки (далее – ЗГМ) с нанесенным на них товарным знаком компании. Исследованные ЗГМ, хотя и произведены компанией, использованы вторично, что является недопустимым для оригинального изделия. Изучение способа удаления ЗГМ с оригинального, бывшего в употреблении, изделия показывает, что оно выполнено с помощью остро отточенного режущего инструмента, предположительно бритвы, и нанесено на поддельную упаковку с незаконным использованием товарных знаков компании с помощью неустановленного клеящего вещества. Об этом свидетельствует тот факт, что ЗГМ легко отделить от места нанесения без повреждения, так как её прочностные характеристики усилены волокнами материала, на который ЗГМ была нанесена изначально в условиях промышленного предприятия компании. Применение оригинальной ЗГМ на оригинальном изделии это исключает, поскольку ЗГМ изготовлена из тонкого, легко деформирующегося материала и при незначительном воздействии на неё разрушается. Исследованные ЗГМ нанесены кустарным способом, на что указывают следы клеящегося вещества в непосредственной близости от места нанесения ЗГМ. ЗГМ также не имеют плотного прилегания к точке нанесения, присутствует их вспучивание, что является недопустимым для оригинального изделия.

Исследование самих картриджей показало, что они также содержат признаки вторичного использования. В частности, на фотобарабане имеются следы тонера (мелкодисперсный порошок черного цвета), что характерно для кустарного способа заправки картриджа. На пластиковом корпусе картриджа имеются характерные следы повреждений в виде потертостей и царапин, что также может указывать на его повторное использование. Кроме того, серийные номера на картонных коробках с товарными знаками компании не совпадают с серийными номерами, нанесенными на корпуса картриджей печатающих, что является недопустимым для оригинального готового изделия.

Вторичное использование в коммерческих целях коробки, защитной голографической марки, картриджа с нанесенными на них изображениями товарных знаков компании без надлежащей маркировки («перезаправлено», «вторичное использование» и т.п.) под видом оригинальной продукции запрещено и является незаконным использованием товарных знаков компании.

Учитывая, что все перечисленные исследованные образцы компанией не производились и являются контрафактными, по факту поставки заказчику в рамках контракта компетентным органом вынесено определение о возбуждении в отношении поставщика дела об административном правонарушении по признакам административного правонарушения, предусмотренного [ч. 2 ст. 14.10 КоАП РФ](#), и проведении административного расследования.

Вопросы одностороннего расторжения контракта.

Законодательное урегулирование вопроса возможности одностороннего расторжения в контрактной системе в сфере закупок шло довольно длительное время. Потребовалось восемь лет со дня вступления в силу [Закона № 94-ФЗ](#) для того, чтобы легально вывести «фактический запрет [Закона № 94-ФЗ](#)» на право заказчика или контрагента расторгнуть контракт в одностороннем порядке. Антимонопольный орган всеми силами, путем проведения плановых и внеплановых проверок отменял торги, выносил предписания об

изменении проекта контракта, содержащего право заказчика на односторонний отказ, а также постановления о привлечении к административной ответственности за утверждение документации, не соответствующей [Закону № 94-ФЗ](#).

Судебная практика все же увенчалась успехом, подтвердившим правовую позицию заказчика об одностороннем расторжении.

[Постановлением Президиума ВАС РФ](#) от 25.10.2011 № 9382/11 по делу № 56-43217/2010 поддержана правовая позиция всех судов в части легальной возможности использования заказчиком права на одностороннее расторжение договора подряда.

Судами установлено, что к отношениям сторон не подлежит применению [ч. 8 ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#), согласно которой расторжение контракта допускается исключительно по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством, вследствие чего контракт не может быть расторгнут путем одностороннего волеизъявления заказчика.

Согласно [п. 2 ст. 715 ГК РФ](#), если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков. Аналогичное правило содержится в [п. 6.2](#) заключенного сторонами контракта.

В силу [п. 3 ст. 450 ГК РФ](#) в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным. На основании изложенного суды признали, что заказчик правомерно отказался от исполнения контракта в одностороннем порядке, вследствие чего контракт расторгнут.

Согласно [ст. 768 ГК РФ](#) к отношениям по контрактам на выполнение подрядных работ в части, не урегулированной ГК РФ, применяется закон о подрядах для государственных или муниципальных нужд. Названная статья предусматривает принятие отдельного закона о подрядах для государственных и муниципальных нужд, однако соответствующий закон до настоящего времени не принят. При таких обстоятельствах в регулировании подрядных работ для государственных и муниципальных нужд приоритетное значение остается за нормами ГК РФ: в части, не урегулированной [ст. 763-767 ГК РФ](#), должны применяться в зависимости от вида подрядных работ положения параграфа 3 или 4 [гл. 37 ГК РФ](#), а затем – общие положения о договоре подряда ([параграф 1 гл. 37 ГК РФ](#)).

Ни [ст. 763-767](#), ни положения [параграфов 3, 4 гл. 37 ГК РФ](#) не регулируют вопросы одностороннего отказа заказчика от исполнения договора, в связи с чем подлежат применению общие положения о подряде.

Так как отказ заказчика от исполнения контракта мотивирован ненадлежащим исполнением подрядчиком своих обязательств, а факт ненадлежащего исполнения установлен судами на основании исследования и оценки представленных в материалы дела доказательств, применение судами к отношениям сторон [п. 2 ст. 715 ГК РФ](#) обоснованно, а вывод о том, что односторонний отказ заказчика от исполнения контракта влечет его расторжение в силу [ч. 3 ст. 450 ГК РФ](#), является правильным.

Ссылка подрядчика на нормы [Закона № 94-ФЗ](#) отклоняется, поскольку его [ч. 1 ст. 1](#) регулирует отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных, муниципальных нужд, а не вопросы исполнения и расторжения контрактов на выполнение подрядных работ.

Бремя доказывания основания для одностороннего расторжения контракта отнесено на заказчика

Решением АС Ямало-Ненецкого автономного округа от 24.04.2015 по делу № А81-772/2015, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, установлено, что отказ антимонопольного органа о включении сведений о победителе электронного аукциона в РНП в связи с односторонним отказом заказчика от исполнения обязательств по контракту не является подтверждением добросовестности контрагента по устранению недостатков в установленный [Законом № 44-ФЗ](#) десятидневный срок. Судами отмечено, что в силу [ст. 69 АПК РФ](#) преюдициальное значение для дела могли иметь обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, в котором участвовали те же лица, вступившим в законную силу решением суда общей юрисдикции, приговором суда по уголовному делу. Обстоятельства, установленные решением антимонопольного органа, могут приниматься во внимание, однако преюдициального значения не имеют.

Перед односторонним расторжением необходимо осуществить приемку результатов и доказать основания для такого расторжения

[Определением ВС РФ](#) от 18.08.2015 № 305-ЭС14-8022 по делу № А40-55724/2012 установлена обязанность стороны подтвердить факты, послужившие принятию решения об одностороннем расторжении контракта.

В силу [п. 3 ст. 450](#) и [п. 2 ст. 715 ГК РФ](#) заказчик имеет право в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора в связи с тем, что подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным.

Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ определила, что для того, чтобы отказаться от договора в связи с ненадлежащим исполнением подрядчиком его обязанностей, заказчик должен провести проверку работ и доказать, что при данном темпе выполнения работы будут нарушены сроки ее выполнения. Кроме того, исходя из содержания [ст. 715 ГК РФ](#), немотивированный отказ заказчика от подписания акта приема-передачи не дает ему права ссылаться на то, что работы не были приняты, и отказываться от договора в связи с ненадлежащим исполнением подрядчиком его обязанностей.

Также отмечена необходимость исследования вопросов о причинах невыполнения работ по этапам, о возможности выполнения этапов работ, минуя последовательность, установленную календарным планом спорного договора субподряда.

Для одностороннего расторжения почтовое уведомление «Почтой России» обязательно!!!

Решением АС города Москвы от 10.03.2015 по делу № А40-6623/2015, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 02.06.2015) и кассационной (постановление от 09.09.2015) инстанций, подтверждено, что решение об

одностороннем расторжении вступает в силу исключительно, если стороной контракта соблюдено обязательное условие по уведомлению контрагента посредством заказного письма с уведомлением, отправленного «Почтой России».

В соответствии с [ч. 21 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#) решение об одностороннем отказе от исполнения контракта вступает в силу и контракт считается расторгнутым через десять дней с даты надлежащего уведомления контрагента об одностороннем отказе от исполнения контракта. Таким образом, подрядчику требовалось не позднее чем в течение трех рабочих дней с даты принятия решения об одностороннем отказе от исполнения контракта направить в адрес заказчика данное решение по почте заказным письмом с уведомлением о вручении, а также телеграммой, либо посредством факсимильной связи, либо по адресу электронной почты, либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование данного уведомления и получение заказчиком подтверждения о его вручении.

Судами установлено – действия подрядчика (передача решения курьером), выраженные в ненадлежащем уведомлении заказчика о решении об одностороннем отказе от исполнения контракта, нарушают положения [ч. 19 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#), в связи с чем, по решению подрядчика, контракт не считается расторгнутым.

Односторонний отказ в случае несоответствия товара требованиям документации

Решением АС Республики Башкортостан от 16.12.2014 по делу № А07-17597/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 25.02.2015) и кассационной (постановление от 11.06.2015) инстанций, подтверждено, что поскольку рассматриваемый контракт заключен на условиях в том числе конкурсной документации, предусматривающей требования к поставляемому товару в части сроков его изготовления, а сам товар не соответствовал определенным при заключении контракта техническим требованиям, заказчик имел право в одностороннем порядке отказаться от его исполнения.

Судами всех инстанций установлено, что требование к сроку изготовления товара являлось требованием документации о закупке и не могло быть изменено заказчиком на стадии заполнения проекта контракта и его заключения или поставщиком на стадии его исполнения в силу императивных запретов действующего законодательства. Следовательно, нарушения, допущенные при исполнении контракта, могут признаваться существенными, влекущими его расторжение по инициативе заказчика ([ч. 9 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#)).

Поскольку товар поставлен с нарушением условия о качестве (сроке изготовления товара, который влияет на срок годности), нарушением срока поставки, а также учитывая, что замену товара ненадлежащего качества поставщик не осуществил, суды всех инстанций отказали в удовлетворении заявленных поставщиком требований о признании незаконным одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта.

[Определением ВС РФ от 25.09.2015 № 309-ЭС15-12018](#) отказано в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Изменение курса валют не является основанием

для расторжения контракта

К такому выводу пришел 8 ААС в [Постановлении от 15.10.2015 № 08АП-8773/2015 по делу № А81-772/2015](#), отменивший решение АС Ямало-Ненецкого автономного округа.

Суд апелляционной инстанции отметил, что повышение курса иностранной валюты в РФ нельзя расценивать как непреодолимые обстоятельства, поскольку изменение курса иностранной валюты – это коммерческие риски. Финансово-экономический кризис нельзя отнести к обстоятельствам непреодолимой силы ввиду отсутствия такого квалифицированного признака, как непредотвратимость. Рост рыночных цен стороны могли предвидеть при заключении договора, к тому же изменение рыночных цен в сторону увеличения является естественным следствием экономических процессов.

При этом к моменту заключения контракта контрагенту были известны такие факторы, как: отсутствие на складе достаточного количества товара, являющегося объектом поставки; возможное отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, в том числе по цене, удовлетворяющей истца; отсутствие предварительного договора поставки с партнерами по фиксированным (рублевым), а не валютным ценам либо отсутствие на счете истца достаточного количества денежных средств в валюте страны, по которой предполагалось совершить закупку.

Следовательно, повышение курса иностранной валюты в РФ само по себе нельзя расценивать как существенное изменение обстоятельств, повлекших для контрагента последствия, установленные в [ст. 451 ГК РФ](#), поскольку данное обстоятельство является коммерческим риском.

Выводы:

В процессе заключения, изменения, исполнения или расторжения контракта стороны обязаны руководствоваться [Законом № 44-ФЗ](#), являющимся специальным законом по отношению к ГК РФ. В частности, [Законом № 44-ФЗ](#) установлен ряд императивных норм, не позволяющих сторонам контракта воспользоваться диспозитивными нормами ГК РФ частично или в полном объеме.

Для одностороннего расторжения контракта сторона-инициатор обязана иметь в наличии доказательства и факты, являющиеся безусловным основанием для такого расторжения.

Изменение курса валют не является основанием для расторжения контракта (не форс-мажор).

Инициатору одностороннего расторжения контракта необходимо в обязательном порядке соблюсти все требования [ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#).

3.5. Ответственность сторон за нарушение обязательств по контракту

В соответствии с [Постановлением Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»](#)

ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки. Кредитор для опровержения такого заявления вправе представить доводы, подтверждающие соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства.

Диспозиция [ст. 333 ГК РФ](#) и указанные разъяснения по ее применению свидетельствуют о наличии у суда права, а не обязанности применения положений вышеназванной статьи при установлении указанных в ней обстоятельств.

Чрезмерная неустойка снижена, поскольку неустойка не есть способ обогащения заказчика

[Постановлением ВАС РФ](#) от 17.12.2013 № 12945/13 дело № А68-7334/2012 о взыскании заказчиком с контрагента неустойки отправлено на новое рассмотрение ввиду ее чрезмерности. Решением АС Тульской области от 03.06.2014 по делу № А68-7334/2012 определено, что чрезмерная неустойка не может быть применена к контрагенту безосновательно.

ВАС РФ поддержал подрядчика, которому суды неправоммерно отказали в заявлении о снижении на основании [ст. 333 ГК РФ](#) неустойки, которая в 442 раза превышает ставку рефинансирования Банка России. Такая неустойка не может считаться соразмерной последствиям нарушения обязательства и носит карательный характер. Подрядчик полагает, что суды должны были учесть баланс ответственности сторон, при котором более длительная по времени просрочка заказчика в оплате работ влечет несоизмеримо меньшую его ответственность перед подрядчиком.

Заказчик объяснял соразмерность установленных контрактом пеней и штрафа возможным последствиям нарушения обязательства непосредственно его предметом – гербовыми бланками, несвоевременное изготовление которых могло бы затруднить работу Правительства Тульской области.

По смыслу [п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ](#) от 22.12.2011 № 81 суд рассматривает вопрос о применении [ст. 333 ГК РФ](#) по заявлению должника, если нарушение с его стороны имело место и отсутствуют основания для освобождения или уменьшения ответственности, предусмотренные [ст. 401, 404 ГК РФ](#).

Заказчик не опроверг доводы подрядчика ни о наличии оснований для снижения неустойки, ни о том, что задержка по передаче гербовых бланков в принципе не повлекла убытки, иные неблагоприятные последствия либо угрозу их возникновения. К тому же подрядчик выполнял работы по изготовлению гербовых бланков без получения аванса.

Несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства, наступление которых в виде затруднения работы Правительства Тульской области государственным заказчиком не подтверждено, подрядчик не мог доказать ни при каких условиях.

В таком случае в качестве обоснования можно приводить в том числе доводы о чрезмерности санкций по сравнению с законной неустойкой либо обычно взимаемой по государственным контрактам неустойкой. Подрядчик приводит аргументы о том, что по иным государственным контрактам санкции за просрочку изготовления гербовых бланков предусматривались в многократно меньшем размере. К тому же сам заказчик уплачивает за просрочку платежа пени в размере 1/300 действующей на день оплаты ставки рефинансирования Банка России за каждый день просрочки.

Получение в рамках исполнения контрактов денежных средств с контрагентов за счет завышения санкций не отнесено к целям принятия [Закона № 94-ФЗ](#) и может воспрепятствовать этим целям, дискредитировав саму идею размещения государственных и муниципальных заказов на торгах, обеспечивающих прозрачность, конкуренцию, экономию бюджетных средств и направленных на достижение антикоррупционного эффекта.

Учитывая вышеизложенное, незначительный период просрочки и то, что предусмотренная контрактом неустойка (штраф и пени) явно несоразмерна последствиям неисполнения ответчиком обязательств, размер неустойки, определенной условиями контракта, является значительным и не отвечает компенсационной природе неустойки, суд уменьшил ее размер.

Суды также установили, что п. 3.3 контракта, предусматривающий, что датой окончания оказания услуг является дата утверждения заказчиком акта сдачи-приемки услуг без претензий, – не соответствует действующему законодательству, поскольку это условие делает возможность отсрочки оплаты работы по сути бессрочной; ставит оплату в зависимость исключительно от усмотрения заказчика и превращает возмездный договор в безвозмездный, что противоречит правовой природе договора подряда ([ст. 702 ГК РФ](#)). Принцип свободы договора не позволяет определять его условия с нарушением требований закона ([ст. 422 ГК РФ](#)).

Заказчик обязан указывать в контракте штраф в фиксированной сумме

Решением АС Удмуртской Республики от 20.08.2014 по делу № А71-6214/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 27.11.2014 № 17АП-1306/2014) и кассационной (постановление от 10.03.2015 № Ф09-733/2015) инстанций, установлено, что на момент подготовки заказчиком конкурсной документации неизвестна цена договора, которая будет предложена победителем конкурса, заказчик не может фактически установить в проекте контракта фиксированный процент штрафных санкций от твердой цены договора в соответствии с [Постановлением Правительства РФ от 25.11.2013 № 1063](#).

Однако при заключении контракта по итогам проведенной закупки заказчик обязан включить в контракт фиксированную сумму штрафа за неисполнение или ненадлежащее исполнение сторонами обязательств, предусмотренных контрактом. Указанное является нарушением [ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#).

Нарушение порядка установления в проекте контракта размера неустойки

Решением АС Волгоградской области от 04.07.2014 по делу № А12-13866/2014 подтверждена позиция антимонопольного органа о нарушении заказчиком [Закона № 44-ФЗ](#), выразившемся в отсутствии в проекте контракта, подлежащего заключению по результатам проведения электронного аукциона, условия о фиксированной сумме штрафа за ненадлежащее исполнение заказчиком и поставщиком обязательств, предусмотренных контрактом (указания конкретного процента от цены контракта). В соответствии со [ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом. В случае просрочки исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения заказчиком обязательств,

предусмотренных контрактом, поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе потребовать уплаты неустоек (штрафов, пеней).

Пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения обязательства, предусмотренного контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного контрактом срока исполнения обязательства. Такая пеня устанавливается контрактом в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ставки рефинансирования Центрального банка РФ от не уплаченной в срок суммы. Штрафы начисляются за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством РФ. Согласно [ч. 8 ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) штрафы начисляются за неисполнение или ненадлежащее исполнение поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством РФ.

На основании [ч. 4 ст. 64 Закона № 44-ФЗ](#) к документации об электронном аукционе прилагается проект контракта, который является неотъемлемой частью этой документации.

Как следует из положений [ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#), по итогам проведения электронного аукциона контракт заключается путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе. Тем самым, обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, в том числе в форме указания фиксированной суммы штрафа, должно быть включено заказчиком в проект контракта на стадии формирования документации об электронном аукционе и при заключении контракта остается неизменным, поскольку положения [Закона № 44-ФЗ](#) не предусматривают возможности установления такого условия впервые при заключении контракта, производимого по результатам проведения электронного аукциона, в случае если соответствующее условие не было оговорено в документации об электронном аукционе, а именно в проекте контракта.

По смыслу [ч. 1 ст. 432 ГК РФ](#) условие о неустойке, установленное [Законом № 44-ФЗ](#), признается существенным условием гражданско-правового договора (контракта), а отсутствие указанного условия влечет незаключенность самого гражданско-правового договора (контракта). Суд признал несостоятельными доводы об урегулировании указанного условия путем указания на [Постановление Правительства РФ от 25.11.2013 № 1063](#) «Об утверждении Правил определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем)), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом».

Положения [ч. 5, 8 ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) прямо обязывают заказчика самостоятельно определить контрактом (проектом контракта) фиксированную сумму штрафа в соответствии с действующими подзаконными актами, а не осуществлять лишь указание в тексте контракта (проекта контракта) наименования подзаконного акта, определяющего порядок определения размера штрафа. Однако...

Отсутствие в контракте условия о неустойке (конкретный размер) лишает заказчика права на ее взыскание

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 07.04.2015 по делу № А56-73983/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 24.07.2015) и кассационной (постановление от 14.10.2015) инстанций, установлено отсутствие легальной возможности взыскания неустойки с контрагента по причине отсутствия в тексте контракта условия о ее конкретном размере и порядке расчета.

В силу [п. 1 ст. 330 ГК РФ](#) неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. Согласно [ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) в контракт включается обязательное условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом.

Условие о неустойке может быть признано согласованным сторонами или установленным в законе только в том случае, когда в договоре или законе четко определены размер такой неустойки и конкретное правонарушение, совершение которого влечет наступление гражданско-правовой ответственности в виде взыскания неустойки; в ином случае основания для начисления неустойки отсутствуют.

В [ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) содержится только общее указание на взыскание штрафа за неисполнение или ненадлежащее исполнение исполнителем обязательств по контракту, не связанное с просрочкой, что не позволяет установить конкретное правонарушение, влекущее начисление неустойки, более того, в [п. 8](#) названной статьи прямо указано, что такой штраф должен устанавливаться в контракте.

Между тем в тексте контракта содержится лишь общая фраза об ответственности в соответствии с действующим законодательством РФ.

Все суды отметили, что при указанном положении нельзя считать условие об ответственности ни согласованным сторонами, ни установленным законом, в связи с чем основания для удовлетворения требований заказчика о взыскании неустойки отсутствуют.

Ответственность за нарушение обязательств по контракту

Переходный период от [Закона № 94-ФЗ](#) к [Закону № 44-ФЗ](#) одновременно сопровождался многочисленными арбитражными спорами по контрактам, заключенным по «старым» правилам, но действующим с января 2014 года. Суды, исходя из содержания контракта, на основании внутреннего убеждения и норм [ст. 333 ГК РФ](#) уменьшали размер неустойки, мотивируя общим смыслом гражданского законодательства, действия института ответственности которого за определенные нарушения предназначены для восстановления имущественной сферы потерпевшего, а не для неосновательного обогащения за счет нарушителя. Так, в решении АС города Москвы от 04.07.2014 по делу № А40-55993/2014, несмотря на установление судом фактов нарушения условий договора исполнителем (при этом стороны не оспаривали данные нарушения), суд значительно снизил рассчитанный заказчиком размер неустойки до значения,

приблизительно равного двойной ставке рефинансирования, по причине ее чрезмерности и несоответствия последствиям нарушения обязательств по контракту.

Изложенный наглядно пример показывает, что [Законом № 94-ФЗ](#) и иными подзаконными нормативными правовыми актами размер и порядок начисления неустойки не были урегулированы, именно поэтому заказчики устанавливали самостоятельно размеры неустойки, порой ставя участников размещения заказа в кабальные условия.

Действительно, согласно [ст. 333 ГК РФ](#), если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе ее уменьшить.

Аналогичная позиция отражена в решении АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 04.07.2014 по делу № А56-3500/2014, оставленном без изменения [Постановлением 13 ААС от 18.05.2015 № 13АП-8775/2015](#).

В соответствии с [п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81](#) «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» исходя из принципа гражданских прав своей волей и в своем интересе ([ст. 1 ГК РФ](#)) неустойка может быть снижена судом только при наличии заявления со стороны ответчика. При этом ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки. Кредитор для опровержения такого заявления вправе представить доводы, подтверждающие соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства.

Поскольку в силу [п. 1 ст. 330 ГК РФ](#) по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, он может в опровержение заявления о снижении неустойки представить доказательства, свидетельствующие о том, какие последствия имеют подобные нарушения обязательства для кредитора, действующего в гражданском обороте разумно и осмотрительно при сравнимых обстоятельствах, в том числе основанные на средних показателях по рынку (изменение процентных ставок по кредитам или рыночных цен на определенные виды товаров в соответствующий период, колебания валютных курсов и т.д.).

Доводы о невозможности исполнения обязательства вследствие тяжелого финансового положения; о неисполнении обязательств контрагентами; о наличии задолженности перед другими кредиторами; о наложении ареста на денежные средства или иное имущество; о непоступлении денежных средств из бюджета; о добровольном погашении долга полностью или в части на день рассмотрения спора; о выполнении социально значимых функций; о наличии обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами (например, процентов по договору займа) сами по себе не могут служить основанием для снижения неустойки на основании [ст. 333 ГК РФ](#).

Судами отмечено, что получение в рамках исполнения контрактов денежных средств с поставщиков (исполнителей, подрядчиков) за счет завышения санкций не отнесено к целям принятия [Закона № 94-ФЗ](#) и может воспрепятствовать этим целям, дискредитировав саму идею размещения заказов на торгах, обеспечивающих прозрачность, конкуренцию, экономию бюджетных средств и направленных на достижение антикоррупционного эффекта. Аналогичная позиция высказана в [Постановлении Президиума ВАС РФ от 17.12.2013 № 12945/13](#).

Вместе с тем для обоснования иной величины неустойки, соразмерной последствиям нарушения обязательства, каждая из сторон вправе представить доказательства того, что средний размер платы по краткосрочным кредитам на пополнение оборотных средств, выдаваемым кредитными организациями субъектам предпринимательской деятельности в месте нахождения должника в период нарушения обязательства, выше или ниже двукратной учетной ставки Банка России, существовавшей в тот же период.

Снижение судом неустойки ниже определенного размера допускается в исключительных случаях, при этом присужденная денежная сумма не может быть меньше той, которая была бы начислена на сумму долга исходя из однократной учетной ставки Банка России.

В [Постановлении Президиума ВАС РФ от 17.12.2013 № 12945/13](#) указано, что нормы [ч. 9 и 11 ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#) предусматривают равную ответственность заказчика и исполнителей за просрочку исполнения обязательств. Равные начала предполагают сбалансированность мер ответственности, предусмотренных для сторон одного договора при неисполнении ими обязательств. Получение в рамках исполнения контрактов денежных средств с поставщиков (исполнителей, подрядчиков) за счет завышения санкций не отнесено к целям принятия [Закона № 94-ФЗ](#) и может воспрепятствовать этим целям, дискредитировав саму идею размещения заказов на торгах, обеспечивающих прозрачность, конкуренцию, экономию бюджетных средств и направленных на достижение антикоррупционного эффекта.

В [Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.07.2014 № 5467/14](#) по делу № А53-10062/2013, несмотря на то, что выводы суда основаны на [Закоме № 94-ФЗ](#), вектор судебной практики при разрешении спорных вопросов закупок направлен на поддержку участников закупок. В постановлении указано, что включение в текст контракта условия о возможности начисления неустойки на общую сумму контракта, а не на стоимость просроченного обязательства неправомерно. Подобное начисление неустойки на общую сумму без учета надлежащего исполнения части работ противоречит принципу юридического равенства, создает преимущественные условия кредитору, которому, следовательно, причитается компенсация не только за не исполненное в срок обязательство, но и за те работы, которые были выполнены надлежащим образом. Превращение института неустойки в способ обогащения кредитора недопустимо и противоречит ее компенсационной функции.

Также отмечено, что, включая в проект контракта заведомо невыгодное для контрагента условие, от которого победитель не может отказаться, заказчик нарушает закон. Победитель размещения заказа, будучи введенным в заблуждение авторитетом заказчика, внешней правомерностью этого требования и невозможностью от него отказаться, мог посчитать себя связанным им и добросовестно действовать вопреки своим интересам.

[Постановлением ФАС Северо-Кавказского округа от 25.08.2014 по делу № А32-31802/2013](#) неустойка за несвоевременное выполнение обязательств контрагентом по контракту снижена в несколько раз по причине неверного расчета заказчиком неустойки (не от всей цены контракта, а от части невыполненного обязательства). Кроме того, размер неустойки от стоимости невыполненного обязательства невозможно рассчитать в силу отсутствия в контракте промежуточных или дополнительных сроков выполнения таких обязательств.

Основываясь на актах арбитражной практики, преследуя цель развития национальной экономики, в том числе в рамках государственно-частного партнерства, которое невозможно без создания баланса прав и обязанностей участников рынка, законодатель предусмотрел в [Закоме № 44-ФЗ](#) обязательное требование о наличии в проекте контракта условия об ответственности как исполнителя, так и заказчика.

Постановлением 2 ААС от 27.12.2013 оставлено без изменения решение АС Республики Коми от 24.09.2013 по делу № А29-706/2013 в части расторжения контракта, однако отказано заказчику в получении неустойки с подрядчика в силу того, что заказчик не подготовил объект к работам, а в материалах дела отсутствовали доказательства возможности выполнения подрядчиком качественно и в установленные сроки работ без согласия всех собственников жилых помещений многоквартирного дома.

Взыскание неустойки за счет обеспечения исполнения контракта правомерно

Решением АС Краснодарского края от 01.09.2014 по делу № А32-24092/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 17.03.2015) и кассационной (постановление от 10.07.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция о законности удовлетворения суммы неустойки по контракту за счет обеспечения исполнения контракта.

Судами отклонены доводы контрагента о том, что контрактом не предусмотрено удержание неустойки из обеспечения исполнения контракта. Руководствуясь [ст. 309, 310, 506, 525, 526, 530 ГК РФ](#), признали доказанной просрочку поставки товара, являющуюся основанием для возникновения ответственности в виде компенсации договорной неустойки.

Аналогичная правовая позиция отражена в решении АС Пермского края от 25.02.2015 по делу № А50-25268/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 20.05.2015) и кассационной (постановление от 20.08.2015) инстанций.

Судами отмечено, что установление требования об обеспечении исполнения контракта служит средством минимизации рисков неисполнения или ненадлежащего исполнения контрагентом своих обязательств по контракту. Обеспечение исполнения контракта призвано упростить процедуру удовлетворения требований заказчика, возникших у него к контрагенту в ходе исполнения контракта. Оно также является средством, за счет которого заказчик получит удовлетворение своих определенных требований, возникших при исполнении контракта, в частности, требований о взыскании неустойки, убытков и пр. Следовательно, обеспечение исполнения контракта носит компенсационный характер.

Одновременно суды акцентировали внимание на то, что в процессе обращения взыскания на средства, покрытые обеспечением исполнения контракта, заказчик обязан доказать факт причинения ему убытков, факт того, что им понесены или заказчик должен будет понести необоснованные расходы для восстановления нарушенного права.

Вместе с тем должностные лица Минэкономразвития России в своих письмах (от 16.01.2015 № Д28и-65, от 15.07.2015 № Д28и-2157) продолжают настаивать на том, что неустойка не может быть оплачена за счет средств обеспечения исполнения контракта, так как она (неустойка) является неосновным обязательством, исполнение которого обеспечено денежными средствами, внесенными на указанный заказчиком счет.

Требование заказчика о взыскании неустойки по контракту одновременно с требованиями выплаты по банковской гарантии неправомерно

[Постановлением 17 ААС от 23.09.2015 № 17АП-10849/2015-ГК по делу № А50-1678/2015](#) отменено решение АС Пермского края от 22.06.2015, подтверждающее правомерность действий заказчика по удержанию обеспечения исполнения контракта в связи с односторонним расторжением.

По результатам проверки поставленного товара заказчик составил акт об установлении расхождения по количеству и качеству при приемке товарно-материальных ценностей,

оформил претензию с требованием об устранении выявленных замечаний в 10-дневный срок. После чего заказчик принял решение об одностороннем отказе от исполнения контракта и возвратил поставленный товар.

Решением антимонопольного органа в действиях заказчика установлены признаки нарушения [ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#), выразившиеся в ненаправлении поставщику решения об одностороннем отказе от исполнения контракта по почте заказным письмом с уведомлением о вручении по адресу общества, указанному в контракте.

Контролирующим органом принято решение не включать в РНП сведения о поставщике.

В системе действующего правового регулирования установление требования об обеспечении исполнения контракта в виде банковской гарантии или перечисления на счет заказчика денежных средств, в первую очередь, служит средством минимизации рисков неисполнения или ненадлежащего исполнения контрагентом своих обязательств по контракту. Обеспечение исполнения контракта призвано упростить процедуру удовлетворения требований заказчика, возникших у него к контрагенту в ходе исполнения контракта, в частности в связи с применением мер гражданско-правовой ответственности.

Иными словами, обеспечение исполнения контракта является средством, за счет которого заказчик получит удовлетворение своих определенных требований к контрагенту, возникших при исполнении контракта, например, о взыскании неустойки, убытков, возврате аванса и проч. Удерживая денежные средства, внесенные контрагентом в качестве обеспечения исполнения контракта, заказчик ссылается на ненадлежащее исполнение контрактных обязательств.

Судом апелляционной инстанции принято во внимание, что ни положениями ГК РФ, ни положениями [Закона № 44-ФЗ](#) не предусмотрено, что неисполнение или ненадлежащее исполнение контрагентом обязательств по контракту является безусловным основанием для полного удержания заказчиком денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта.

Напротив, в соответствии с [ч. 8 ст. 42 Закона № 44-ФЗ](#) размер обеспечения, порядок его предоставления и требования к такому обеспечению устанавливаются заказчиком в извещении о закупке.

Следовательно, вопрос об основаниях удержания предоставленного контрагентом обеспечения должен разрешаться заказчиком на стадии формирования извещения о закупке и подготовки проекта контракта с включением в него соответствующих условий. Однако в заключенном между сторонами спора контракте каких-либо условий, предусматривающих, что неисполнение или ненадлежащее исполнение поставщиком своих обязательств предоставляет заказчику право удержать в полном объеме обеспечение исполнения контракта, не содержится.

Вопреки выводам суда первой инстанции и доводам заказчика, положениями пункта 7.3 контракта основания для удержания обеспечения исполнения контракта не установлены; содержанием названного пункта во исполнение [ч. 27 ст. 34 Закона № 44-ФЗ](#) установлен лишь срок возврата поставщику денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта.

При таких обстоятельствах разрешение вопроса о возможности удержания предоставленного поставщиком обеспечения и размере такого удержания может осуществляться лишь исходя из объема имеющихся у заказчика имущественных требований к поставщику.

По условиям контракта в случае полного (частичного) невыполнения условий контракта поставщик обязался возместить заказчику причиненные убытки (п. 8.3); в случае просрочки обязательств – выплатить неустойку на основании направленного заказчиком

требования (п. 8.4); а в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения иных обязательств, за исключением просрочки, – уплатить заказчику штраф в размере 10% от цены контракта (п. 8.5). Доказательств наличия у заказчика имущественных требований к поставщику в размере удерживаемого обеспечения не установлено. Апелляционным судом принято во внимание, что контрактные обязательства сторон прекращены; авансовый платеж по контракту заказчиком не выплачивался; требования об уплате неустойки и (или) возмещении убытков к поставщику не предъявлялись; в ходе рассмотрения дела о наличии таких требований также не заявлено (ст. 9, ч. 2 ст. 65, ст. 70 АПК РФ).

В силу ч. 4 ст. 329 ГК РФ прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства. Поскольку основные обязательства сторон по контракту прекращены, а наличие у заказчика имущественных требований к поставщику материалами дела не подтверждено, суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отсутствии у заказчика правовых оснований для удержания денежных средств, внесенных поставщиком в качестве обеспечения исполнения контракта.

Неправомерно удерживаемые заказчиком денежные средства образуют на его стороне неосновательное обогащение и подлежат возвращению контрагенту в порядке ст. 1102 ГК РФ. Кроме того, на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими средствами с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств.

Привлечение подрядчика уполномоченным органом к административной ответственности по результатам проверки КСП законно

Решением АС Свердловской области от 02.09.2015 по делу №

А60-34377/2015

подтверждена правовая позиция о законности привлечения подрядчика к административной ответственности на основании результатов проверки КСП.

КСП установлено, что срок выполнения подрядных работ по муниципальному контракту неоднократно изменялся, что является нарушением требований ч. 2 ст. 34 Закона № 44-ФЗ. Материалы проверки, переданные в орган, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок, послужили основанием для вынесения постановления о привлечении подрядчика к административной ответственности в соответствии с ч. 4 ст. 7.32 КоАП РФ в виде наложения штрафа в размере 200 тыс. руб. Учитывая отсутствие реальных доказательств невозможности исполнить обязательства по контракту в установленные сроки, арбитражный суд отказал подрядчику в удовлетворении заявления об оспаривании постановления о привлечении к административной ответственности.

Выводы:

Взыскание неустойки и обеспечения исполнения контракта одновременно правомерно в тех случаях, когда заказчик прямо установил эту возможность непосредственно в проекте контракта.

Стороны контракта обязаны помнить, что неустойка есть способ обеспечения

- | обязательства по контракту, а не обогащения.
- | Заказчик обязан устанавливать в контракте конкретный размер штрафных санкций.

3.6. Упущенная выгода, неосновательное обогащение и проценты за пользование чужими денежными средствами в контрактной системе

Согласно [ст. 15 ГК РФ](#) лицо, право которого нарушено, вправе требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Под убытками гражданское законодательство понимает расходы, которое лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Норма [ст. 16 ГК РФ](#) определяет, что убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, подлежат возмещению РФ, соответствующим субъектом РФ или муниципальным образованием. В соответствии со [ст. 1064 ГК РФ](#) вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. При этом законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить компенсацию потерпевшим сверх возмещения вреда.

Возможно взыскать упущенную выгоду при расторжении контракта

Решением АС города Москвы от 16.11.2011 по делу № А40-92345/11-29-817 (решение не обжаловалось) удовлетворены требования заказчика о взыскании убытков, причиненных неисполнением обязательств по контракту. Поскольку контрагент не приступил к оказанию услуг, заказчик вынужден был заключить договор на оказание услуг по уборке образовательного учреждения на один месяц.

В соответствии со [ст. 393 ГК РФ](#) должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, при определении убытков принимаются во внимание цены, существовавшие в том месте, где обязательство должно было быть исполнено, в день добровольного удовлетворения должником требования кредитора, а если требование добровольно удовлетворено не было, – в день предъявления иска. Исходя из обстоятельств, суд может удовлетворить требование о возмещении убытков, принимая во внимание цены, существующие в день вынесения решения. При определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

Таким образом, убытки определены заказчиком и судом как разница стоимости услуг за месяц по заключенному контракту с контрагентом и договором на оказание услуг на один месяц.

Возможно взыскать с победителя закупки, уклоняющегося от заключения контракта, упущенную выгоду

Решением АС Томской области от 27.05.2015 по делу № А67-1211/2015 (решение не обжаловалось) удовлетворены требования заказчика о взыскании убытков за уклонение от заключения контракта. Величина убытков заказчиком и судом определена как разница между ценой контракта, предложенной победителем-уклонистом, и ценой контракта, заключенного с участником закупки, занявшим второе место.

В силу [ст. 15 ГК РФ](#) лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере (п. 1). Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (п. 2).

Истец, заявляющий требование о возмещении убытков, обязан в соответствии со [ст. 65 АПК РФ](#) доказать факт причинения ему убытков, их размер, виновность и противоправность действий причинителя, наличие причинной связи между допущенным нарушением и возникшими убытками.

Факт уклонения ответчика от заключения контракта подтвержден представленными в материалы дела доказательствами. Размер причиненных убытков подтверждается представленными в материалы дела доказательствами и определен исходя из разницы предложенных цен контрактов первого и второго места за вычетом размера обеспечения заявки, перечисленной победителем-уклонистом.

Возможно взыскать с заказчика упущенную выгоду в случае незаконного отклонения заявки

Решением АС Липецкой области от 27.05.2015 по делу № А36-6879/2014 (решение не обжаловалось) удовлетворены требования ИП о взыскании упущенной выгоды ввиду неправомерного отклонения котировочной заявки. Так как убытки в виде упущенной выгоды являются по сути неполученными доходами ИП по контракту, который не заключен в результате неправомерных действий заказчика, суд констатировал в данном случае, что под упущенной выгодой понимается неполученная прибыль от исполнения контракта.

ИП одновременно привел аргумент, что после подтверждения комиссией антимонопольного органа факта необоснованного отклонения заказчиком котировочной заявки в адрес последнего направлена претензия с требованием признать сделку недействительной и прекратить действие контракта, заключенного с иным участником запроса котировок. Однако заказчик мгновенно перечислил всю предусмотренную контрактом сумму контрагенту и заявил о нецелесообразности признания сделки недействительной.

Указанные действия заказчика в форме незаконного отклонения заявки на участие в запросе котировок, заключение контракта ранее установленного Законом № 44-ФЗ срока и перечисление денежных средств ранее положенного контрактом срока в совокупности признаны судом фактическими доказательствами причинения вреда ИП в виде упущенной выгоды от реализации контракта. Судом также установлено намерение ИП заключить и исполнить контракт на условиях технического задания с целью извлечения прибыли, а отклонение котировочной заявки нанесло убытки в виде неполученной прибыли.

Для расчета размера упущенной выгоды (неполученной прибыли) судом были исследованы возможные затраты ИП на выполнение обязательств по контракту с учетом предложенной цены контракта. При расчете учтены Федеральный закон от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации», Приказы Минэкономразвития России от 20.07.2007 № 255 «Цель оценки и виды стоимости (ФСО № 2)» и от 20.07.2007 № 256 «Общие понятия оценки, подходы к оценке и требования к проведению оценки (ФСО № 1)».

Установление причинно-следственной связи между незаконными действиями заказчика (незаконное отклонение котировочной заявки с наилучшим ценовым предложением) и нарушением прав ИП на заключение и исполнение контракта с целью извлечения прибыли позволили суду применить нормы [ст. 1064 ГК РФ](#) «Общие основания ответственности за причинение вреда» в части взыскания с заказчика не полученной ИП прибыли (упущенной выгоды).

Особенности взыскания неосновательного обогащения

Представляется интересным порядок разрешения арбитражных споров в части взыскания неосновательного обогащения по [ст. 395 ГК РФ](#) с заказчика в развитии от [Закона № 94-ФЗ](#) к [Закону № 44-ФЗ](#).

Решением АС Чеченской Республики от 07.11.2013 по делу № А77-602/2013 удовлетворен иск к заказчику о взыскании неосновательного обогащения за услуги по вывозу ТБО в период отсутствия между сторонами заключенного контракта. Несмотря на то, что указанное решение было отменено как не соответствующее закону судами апелляционной (постановление от 01.04.2014) и кассационной (постановление от 01.04.2014) инстанций, Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ поддержала правовую позицию суда первой инстанции, отменив судебные акты двух нижестоящих судов.

Суд первой инстанции, руководствуясь [ст. 8, 1102, 1105 ГК РФ](#), правильно пришел к выводу о том, что в отсутствие заключенного контракта при сложившихся между сторонами фактических отношениях по вывозу ТБО неуплата заказчиком стоимости принятых услуг привела к образованию на его стороне неосновательного обогащения за счет оказавшего услуги исполнителя.

[Определением ВС РФ](#) от 25.05.2015 № 140-ПЭК15 в передаче надзорной жалобы заказчика для рассмотрения в судебном заседании Президиума ВС РФ отказано.

Аналогичная позиция отражена в решении АС Республики Северная Осетия – Алания от 12.12.2014 по делу № А61-1624/14, которым отказано в иске о взыскании с заказчика неосновательного обогащения ввиду отсутствия заключенного с соблюдением требований, предусмотренных [Законами № 94-ФЗ](#) и [№ 44-ФЗ](#), контракта на поставку тепловой энергии, несмотря на фактическое оказание спорных услуг. Однако [Постановлением 16 ААС от 10.02.2015](#) решение суда первой инстанции отменено как

ошибочное, исковые требования к заказчику удовлетворены в полном объеме. Отказывая в иске, суд первой инстанции, сославшись на положения [Закона № 94-ФЗ](#), пришел к ошибочному выводу о том, что оказание обществом услуг в отсутствие контракта, заключение которого являлось в данном случае обязательным, свидетельствует о том, что общество не могло не знать, что услуги оказываются им при очевидном отсутствии обязательства со стороны учреждения, а фактическое оказание обществом услуг учреждению не может повлечь возникновения на стороне последней неосновательного обогащения.

Суд ошибочно мотивировал решение на установленной [Постановлениями Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 18045/12](#), от [04.06.2013 № 37/13](#). В названных постановлениях указывается, что согласование сторонами выполнения подобных работ без соблюдения требований [Закона № 94-ФЗ](#) и удовлетворение требований о взыскании неосновательного обогащения, по существу, открывает возможность для недобросовестных исполнителей работ и заказчиков приобретать незаконные имущественные выгоды в обход [Закона № 94-ФЗ](#), тогда как никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения. Поставка товаров, выполнение работ и оказание услуг без контракта, подлежащего заключению в случаях и в порядке, предусмотренных [Законом № 94-ФЗ](#), свидетельствует о том, что лицо, поставившее товары, выполнявшее работы или оказывавшее услуги, не могло не знать, что работы выполняются им при очевидном отсутствии обязательства, в связи с чем в этом случае требование об оплате товаров, работ или услуг в качестве неосновательного обогащения не подлежит удовлетворению в силу [п. 4 ст. 1109 ГК РФ](#).

Суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что продолжительность и содержание отношений сторон, а также иные фактические обстоятельства споров, применительно к которым была сформулирована изложенная правовая позиция, существенно отличаются от приведенных в постановлениях обстоятельств: в названных делах спорные работы носили разовый характер, а работы могли и должны быть отложены до заключения сторонами в установленном порядке соответствующих контрактов. В настоящем случае истец продолжал поставлять тепловую энергию в течение всего периода времени.

Таким образом, отказ в иске о взыскании неосновательного обогащения с заказчика со ссылкой на несоблюдение требований [Закона № 94-ФЗ](#), принятого в обеспечение одних публичных интересов, в том числе для предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов, по существу, противопоставлялся бы другим публичным интересам – закрепленным в [Законе от 29.12.2012 № 273-ФЗ](#) «Об образовании в Российской Федерации» гарантиям благополучия населения, обеспечивающих реализацию конституционных прав граждан. Такое противопоставление при отсутствии в действиях подрядчика намерения обойти закон либо признаков недобросовестности или иного злоупотребления при осуществлении спорной деятельности в отсутствие контракта противоречит задачам судопроизводства в арбитражных судах, закрепленным в [ст. 2 АПК РФ](#).

Данная правовая позиция обобщена в [п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165](#) «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными». Обозначена совокупность условий, при которых иски о взыскании по работам и услугам без контракта не подлежат удовлетворению: недоказанность согласованной воли сторон на выполнение работ (оказание услуг), надлежащей приемки работ и факта их выполнения. Указанный подход к разрешению споров об оплате товаров, работ и услуг для государственных (муниципальных) нужд в отсутствие контракта соответствует целям и [Закона № 94-ФЗ](#) и [Закона № 44-ФЗ](#), а значит подлежит применению всеми участниками гражданского оборота.

Однако при рассмотрении споров судам необходимо исходить из установленных по делу фактических обстоятельств, которые в определенных случаях могут свидетельствовать

о том, что отсутствие контракта не является достаточным основанием для отказа в иске.

Основанием для взыскания неосновательного обогащения в отсутствие заключенного между сторонами контракта (договора) может стать социальная значимость услуги, в том числе в сфере обороноспособности и безопасности государства. Решением АС Нижегородской области от 14.11.2014 по делу № А43-18042/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 02.02.2015) и кассационной (постановление от 02.06.2015) инстанций, удовлетворены требования ОАО «Ростелеком» о взыскании с заказчика неосновательного обогащения за фактически оказанные услуги связи единой дежурно-диспетчерской службы (ЕДДС) в отсутствие заключенного государственного контракта.

По смыслу содержания норм [ст. 60](#) и [1102 ГК РФ](#) обязательства из неосновательного обогащения возникают при наличии трех условий: факта неосновательного сбережения денежных средств ответчиком за счет истца; отсутствия правовых оснований для получения денежных средств ответчиком; размера неосновательного обогащения.

Судами установлено, что ЕДДС муниципальных образований как составные части единой государственной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций в круглосуточном и непрерывном режиме обеспечивают на уровне муниципального образования информационное взаимодействие и координацию сил и средств, в том числе для обеспечения общественного порядка при проведении аварийно-спасательных и других неотложных работ. В силу [п. 4 ст. 51.1 Закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»](#) при исполнении государственного контракта на оказание услуг связи для нужд органов государственной власти, нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка оператор связи, заключивший указанный государственный контракт, не вправе приостанавливать и (или) прекращать оказание услуг связи без согласия в письменной форме государственного заказчика.

Суды установили, что в спорный период услуги связи ЕДДС оказывались. Заказчик не направлял истцу письменного отказа от спорных услуг либо согласия на их прекращение. При таких обстоятельствах суды сделали правильный вывод о наличии права требовать оплаты стоимости оказанных услуг (неосновательное обогащение заказчика).

Определением ВС РФ от 24.09.2015 № 301-ЭС15-11821в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Ранее подобные дела о взыскании неосновательного обогащения с заказчика в силу отсутствия заключенного контракта арбитражные суды разрешали в пользу исполнителя. Особенно ярко выделялись дела о предоставлении услуг связи (решения АС Саратовской области от 27.11.2013 по делу № А57-6879/2013, АС Хабаровского края от 29.11.2013 по делу № А73-9962/2013, АС Свердловской области от 06.02.2014 по делу № А60-36795/2013, оставленные без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций).

Схожая правовая позиция изложена в решении АС Хабаровского края от 08.05.2014 по делу № А73-2113/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 29.07.2014) и кассационной (постановление от 21.11.2014) инстанций. Суды пришли к выводу о наличии у заказчика обязанности по оплате спорных работ, поскольку они были выполнены в условиях чрезвычайной ситуации с целью ликвидации ее последствий, следовательно, отсутствовали основания для применения правовой позиции Президиума ВАС РФ ([постановления № 18045/12](#), [№ 37/13](#)) и положений [п. 4 ст. 1109 ГК РФ](#).

Совершенно иное развитие проблема взыскания неосновательного обогащения получила после рассмотрения связанных с ней споров в ВС РФ после упразднения ВАС РФ. Суды

применили положения [ст. 1102, 1109 ГК РФ](#), [Закона № 94-ФЗ](#), [Закона № 44-ФЗ](#) и сделали выводы об отсутствии у государственного (муниципального) заказчика обязанности оплачивать оказанные услуги без заключенного контракта.

Так, в [Определении ВС РФ](#) от 03.08.2015 № 309-ЭС15-26 по делу № А60-7371/2014 указано, что государственные органы, органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, казенные учреждения и иные получатели средств федерального бюджета, бюджетов субъектов РФ или местных бюджетов могут вступать в договорные отношения только посредством заключения государственного или муниципального контракта.

В соответствии с [п.п. 1 и 2 ст. 72 БК РФ](#) закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных (муниципальных) нужд осуществляются в соответствии с законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд с учетом положений БК РФ. Контракты заключаются в соответствии с планом-графиком закупок и оплачиваются в пределах лимитов бюджетных обязательств. Поскольку оказываемые услуги оказывались за счет соответствующего бюджета – заключение такого контракта для сторон являлось обязательным.

Учитывая норму [п. 4 ст. 1109 ГК РФ](#), согласно которой не подлежат возврату в качестве неосновательного обогащения денежные суммы и иное имущество, предоставленные во исполнение несуществующего обязательства, если приобретатель докажет, что лицо, требующее возврата имущества, знало об отсутствии обязательства либо предоставило имущество в целях благотворительности, суды пришли к выводу о том, что плата за фактически оказанные услуги для государственных и муниципальных нужд в отсутствие заключенного контракта не подлежит взысканию в качестве неосновательного обогащения.

Иной подход противоречил бы целям регулирования данных правоотношений и означал бы допущение согласования осуществления поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг без соблюдения требований, установленных [Законом № 94-ФЗ](#), что открывало бы возможность для приобретения имущественных выгод недобросовестными поставщиками (исполнителями) и государственными или муниципальными заказчиками в обход закона ([ст. 10 ГК РФ](#)).

Однако ВС РФ отметил в данной ситуации два исключения:

- непреодолимая сила, при которой применение иных способов размещения заказа нецелесообразно в связи с затратой времени ([п. 6 ч. 1 ст. 55 Закона № 94-ФЗ](#));
- случаи, в которых поставка товаров, выполнение работ или оказание услуг является обязательным для соответствующего исполнителя вне зависимости от волеизъявления сторон правоотношения, в связи с чем он не мог отказаться от выполнения данных действий даже в отсутствие контракта или истечения срока его действия.

Например, в соответствии с Указом Президента РФ от 23.11.1995 № 1173 «О мерах по осуществлению устойчивого функционирования объектов, обеспечивающих безопасность государства» ресурсоснабжающие организации не вправе прекратить или приостановить отпуск топливно-энергетических ресурсов, оказание услуг связи и коммунальных услуг воинским частям, учреждениям, предприятиям и организациям федеральных органов исполнительной власти, в которых предусмотрена военная служба. Обязанность ресурсоснабжающей организации или организации услуг связи не зависит от волеизъявления этих организаций, а предусмотрена нормативным актом в обеспечение публичного интереса в виде обеспечения безопасности государства.

Развитие указанная правовая позиция получила в [Определении](#) от 04.09.2015 № 307-ЭС15-5998 по делу № А56-68331/2013. Дополнительно отмечено, что оказывая услуги без контракта, подлежащего заключению в соответствии с [Законом № 94-ФЗ](#), контрагент не

мог не знать, что услуги оказываются им при очевидном отсутствии обязательства и в нарушение принципов и норм законодательства о государственных закупках. Следовательно, плата за фактически оказанные услуги для государственных и муниципальных нужд в отсутствие заключенного государственного (муниципального) контракта не подлежит взысканию.

Проценты за пользование государственным (муниципальным) заказчиком чужими денежными средствами не начисляются в течение 3 месяцев с даты предъявления исполнительного листа

Решением АС Ростовской области от 13.08.2014 по делу № А53-12302/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (16.10.2014) и кассационной (04.02.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция о возможности применения нормы [ст. 395 ГК РФ](#) в части взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания. Суды всех инстанций сочли, что установленные БК РФ особенности порядка исполнения судебных актов, предусматривающие взыскание средств за счет бюджетов по предъявлении исполнительного листа, не регулируют имущественные гражданско-правовые отношения, не затрагивают соотношения прав и обязанностей их участников и сами по себе не изменяют оснований и условий применения гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств.

Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ [определением от 06.08.2015 № 308-ЭС15-3667](#) отменила акты всех судов вышеуказанных инстанций в силу допущения существенных нарушений норм материального права, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов в сфере бюджетных отношений. В определении указано на императивное регулирование порядка и срока исполнения судебных актов согласно [главе 24.1 БК РФ](#), нормы которой не предусматривают добровольного исполнения судебных актов до подачи заявления взыскателем. В силу [п. 6 ст. 242.2 БК РФ](#) срок исполнения судебных актов устанавливается в течение трех месяцев со дня поступления исполнительных документов на исполнение.

Таким образом, проценты за пользование чужими денежными средствами в период исполнения судебного акта, предусмотренный [п. 6 ст. 242.2 БК РФ](#), не начисляются.

Выводы:

При уклонении победителя от заключения контракта заказчик вправе взыскать упущенную выгоду с организации-уклониста. Участник закупки, которого заказчик незаконно отстранил от участия в закупке, вправе взыскать с заказчика упущенную выгоду. При этом такому участнику необходимо конкретно и четко рассчитать и обосновать размер упущенной выгоды.

Применение нормы о неосновательном обогащении стороны кардинально изменилось. В настоящее время позиция ВС РФ звучит следующим образом: «Нет контракта – нет оплаты!». Все обязательства, выполненные или невыполненные, попадают в раздел благотворительности или коммерческих рисков стороны, не подлежащей судебной защите.

Вместе с тем ВС РФ обозначил несколько исключений, допускающих легальную возможность оплаты исполненных обязательств в отсутствие заключенного

контракта.

Применение нормы [ст. 395 ГК РФ](#) в рамках обязательств по исполнительному листу допускается исключительно по истечении 90 дней с даты его предъявления в финансовый орган для оплаты.

3.7. Контрактная система и налоги

Вопросы налогообложения, правил исчисления и уплаты налогов в контрактной системе представляют значительный интерес. Заказчики обязаны знать, что действующее законодательство РФ не ограничивается [Законом № 44-ФЗ](#), есть еще и НК РФ, а также иные федеральные законы, нормы и требования которых необходимо учитывать в процессе осуществления закупок.

Правовые основания для включения НДС при получении заказчиком сумм штрафов, пеней, иных санкций по контракту отсутствуют

Нормами НК РФ определено, что суммы полученных штрафных санкций за нарушение договорных обязательств признаются в целях исчисления налога на прибыль внереализационным доходом ([ч. 3 ст. 250 НК РФ](#)). Датой признания дохода в виде штрафных санкций за нарушение условий договора является дата признания должником либо дата вступления в законную силу решения суда ([п. 4 ч. 4 ст. 271 НК РФ](#)).

В настоящий момент НК РФ не содержит четкого требования, обязывающего налогоплательщика исчислять НДС с сумм штрафных санкций. В соответствии с [п. 2 ч. 1 ст. 162 НК РФ](#) налоговая база по НДС увеличивается на суммы, полученные в счет увеличения доходов либо иначе связанные с оплатой реализованных товаров (работ, услуг).

По мнению Минфина РФ (письмо от 13.03.2007 № 03-07-05/11), штрафные санкции, полученные за нарушение условий договора, увеличивают налоговую базу по НДС.

Анализ судебной практики ([постановления ФАС Уральского округа](#) от 07.11.2007 № Ф09-9025/07-С2 по делу № А07-26534/06, [ФАС Восточно-Сибирского округа](#) от 14.11.2005 № А19-4125/04-30-Ф02-5651/05-С1, [ФАС Дальневосточного округа](#) от 12.04.2006 № Ф03-А73/06-2/671 по делу № А73-10185/2005-16 и от 05.04.2006 № Ф03-А73/06-2/311 по делу № А73-4909/2005-50) показывает, что требования о включении сумм штрафных санкций в налоговую базу по НДС признаются судами необоснованными.

Представители налоговых органов настаивают на том, что суммы штрафов, напрямую связанные с расчетами по оплате товаров, включаются в налогооблагаемую базу по НДС у налогоплательщика – поставщика товаров (работ, услуг), получающего эти средства (письма Минфина РФ от 11.03.2009 № 03-07-11/56, УФНС России по городу Москве от 07.02.2008 № 19-11/11309).

Согласно [ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#) под контрактом понимается договор, заключенный заказчиком от имени и в целях обеспечения нужд. Из [ч. 9](#) указанной статьи следует, что

в случае просрочки исполнения заказчиком обязательства, предусмотренного контрактом, другая сторона вправе требовать уплаты неустойки (штрафа, пеней).

Согласно [п. 1 ст. 330 ГК РФ](#) неустойкой (штрафом, пени) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

[П. 2 ст. 153 НК РФ](#) предусмотрено, что налоговая база по НДС определяется исходя из выручки от реализации товаров (работ, услуг), включающей все доходы налогоплательщика, связанные с расчетами по оплате указанных товаров (работ, услуг), полученные им в денежной и (или) натуральной формах, включая оплату ценными бумагами.

Из [пп. 2 п. 1 ст. 162 НК РФ](#) следует, что налоговая база, определяемая в соответствии со [ст. 153 НК РФ](#), определяется в этом случае с учетом сумм, полученных за реализованные товары (работы, услуги) в виде финансовой помощи, на пополнение фондов специального назначения, в счет увеличения доходов либо иначе связанных с оплатой реализованных товаров (работ, услуг). Таким образом, суммы штрафных санкций, полученные налогоплательщиком, связанные с расчетами по оплате товаров (работ, услуг), включаются в налогооблагаемую базу по НДС у налогоплательщика – поставщика товаров (работ, услуг), получающего эти средства.

Правовых оснований для включения НДС при расчете заказчиком (покупателем) сумм штрафов, пеней и иных санкций за нарушение обязательств по контракту не имеется. Указанное подтверждается [письмом ФНС России](#) от 09.08.2011 № АС-4-3/12914@. Аналогичный вывод изложен в письме Минфина России от 07.10.2008 № 03-03-06/4/67, а также в арбитражной практике ([постановление ФАС Московского округа](#) от 26.01.2010 № КА-А40/15269-09-2-Б по делу № А40-78155/08-117-359, оставленное без изменения в части начисления НДС Постановлением Президиума ВАС РФ от 23.11.2010 № 6029/10).

Заказчик не имеет права на одностороннее снижение цены контракта на размер НДС

Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 18.07.2013 по делу № А45-19019/2013 отменены акты судов первой и апелляционной инстанций о признании недействительным решения и предписания антимонопольного органа в части прекращения нарушения [Закона № 94-ФЗ](#) путем исключения из проекта контракта требования к контрагенту – неплательщику НДС обязательно заключить дополнительное соглашение о снижении цены контракта на размер НДС.

Кассационная инстанция, отказывая в удовлетворении жалобы заказчика, указала на то, что выводы судов о правомерности обязательного снижения цены контракта на размер НДС для контрагентов – неплательщиков НДС основаны на неправильном применении ими норм права. Согласно [ч. 4.1 ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#), разъяснениям ФАС России, изложенным в [письме от 06.10.2011 № АЦ/39173](#), цена контракта является твердой и не может изменяться в ходе его исполнения. Установленная в контракте стоимость оплаты выполнения работ является обязательством заказчика оплатить контракт в установленном размере при надлежащем его исполнении. Контракт заключается и оплачивается заказчиком по цене победителя торгов вне зависимости от применения системы налогообложения у победителя.

Цена контракта может быть снижена по соглашению сторон без изменения предусмотренных контрактом количества товаров, объема работ, услуг и иных условий исполнения контракта, в том числе на сумму НДС. Сумма, предусмотренная контрактом,

должна быть уплачена победителю торгов в установленном контрактом размере. Соответственно, снижение цены контракта допускается в ходе его исполнения по соглашению сторон (взаимному и добровольному) без изменения количества товаров, объема работ, услуг и иных условий исполнения контракта. [Закон № 94-ФЗ](#) состоит из норм императивного характера, ограничивающих свободу заказчика при размещении заказа и составлении условий проекта контракта, который подписывает победитель.

Довод заказчика о выходе антимонопольного органа за пределы установленных полномочий кассационной инстанцией отклоняется, поскольку основан на неверном понимании норм права. Формулирование условий контракта о цене в спорном варианте направлено на ограничение конкуренции при определении победителя аукциона – при такой формулировке заказчику всегда выгодно с точки зрения цены заключать контракт с субъектом, не являющимся плательщиком НДС.

[Определением ВС РФ](#) от 12.11.2014 № 304-КГ14-3239 заказчику отказано в передаче заявления о пересмотре постановления суда кассационной инстанции для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

НДС 18% в проекте контракта - не нарушение

[Постановлением АС Уральского округа](#) от 24.12.2014 № Ф09-8814/14 по делу № А76-11597/2014 подтверждено, что наличие в проекте контракта значения НДС 18% не нарушает [Закон № 94-ФЗ](#) и не ограничивает конкуренцию. В соответствии с [п.п. 3, 4 ст. 346.11 НК РФ](#) организации, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются плательщиками НДС. Индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную систему налогообложения, не признаются плательщиками НДС.

Оценив вышеназванное спорное условие проекта контракта, правильно применив поименованные правовые нормы, суды всех инстанций обоснованно констатировали, что рассматриваемое условие проекта контракта не содержит положений, ограничивающих участие в аукционе в зависимости от применяемой участником закупки системы налогообложения. Требования об обязательном указании участником закупки, не являющимся плательщиком НДС, суммы НДС, учитываемой в цене контракта, документация об аукционе не содержит.

Применительно к данной ситуации сумма НДС является прибылью победителя торгов, не являющегося плательщиком такого налога, и он самостоятельно несет ответственность за осуществляемые действия, в том числе за соответствие ценового предложения требованиям нормативных актов. Кроме того, по соглашению сторон цена контракта может быть снижена без изменения предусмотренных контрактом объема работы, качества выполняемой работы и иных условий контракта, в том числе и на сумму НДС (ч. 1 ст. 95 [Закона № 94-ФЗ](#)).

Оплата по контракту не должна быть поставлена в зависимость от уплаты контрагентом налогов

Решением Новосибирского областного суда от 08.09.2014 по делу № 3-34/2014, оставленным без изменения [Определением Судебной коллегии по административным делам ВС РФ](#) от 17.12.2014 № 67-АПГ14-14, удовлетворены требования прокурора о признании недействующими норм Условий предоставления и расходования субсидий местным бюджетам из областного бюджета Новосибирской области. Спорные условия субсидирования заключаются в установлении дополнительного условия для оплаты работ по заключаемым за счет региональных субсидий контрактам, а также дополнительных условий для приостановления оплаты по договору. Оспариваемыми

положениями вводится требование о необходимости предоставления контрагентом сведений об исполнении им обязанности по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджеты бюджетной системы РФ на момент оплаты по контракту.

Выводы:

Заказчик не обязан начислять НДС на полученную с контрагента неустойку. Уплата и расчет налогов имеют важное значение в процессе исполнения контракта.

До момента внесения соответствующих изменений в [Закон № 44-ФЗ](#) заказчик не имеет права в одностороннем порядке снижать цену контракта на размер НДС в случае заключения такого контракта с хозяйствующим субъектом, не являющимся плательщиком НДС.

При этом необходимо помнить, что оплата по контракту не может быть поставлена заказчиком в зависимость от наличия задолженности контрагента по налогам и сборам перед соответствующим бюджетом.

3.8. Вопросы возмещения судебных расходов

Каждое рассматриваемое в суде дело имеет свои особенности и уровень сложности вопросов, подлежащих разрешению. Зачастую суды, отказывая в удовлетворении заявленных требований об оплате судебных расходов или их соразмерном снижении, указывают, что такие расходы, в том числе оплата услуг представителя, не отвечают принципу разумности и обоснованности.

Например, как по обычному, вполне несложному делу, которое не требует значительных усилий и затрат в подготовке и поиске обоснования правовой позиции, которое, кроме того, может быть рассмотрено в порядке упрощенного производства, так и по весьма сложному и неоднозначному спору каждая из сторон процесса может неограниченно пользоваться правом на квалифицированную юридическую помощь, используя все имеющиеся ресурсы. Именно поэтому предусмотрен механизм, исключающий злоупотребление правом на привлечение судебных представителей, ограничение их количества принципом разумности расходов.

Факт того, что сторона оплатила какие-либо услуги, которые ей были оказаны в полном объеме, еще не означает автоматического взыскания понесенных расходов с противной (не в пользу которой принят судебный акт) стороны без соответствующего обоснования необходимости, документального подтверждения, относимости и соразмерности рассматриваемому спору.

Сторона обязана доказать разумность понесенных ею расходов на восстановление нарушенного права

[Постановлением 10 ААС](#) от 23.07.2009 по делу № А41-6074/09 было отменено решение суда первой инстанции в части взыскания с заказчика судебных расходов на оплату

услуг представителя (сумма услуг уменьшена со 150 тыс. руб. до 50 тыс. руб.) и оплаты госпошлины.

В соответствии с [ч. 2 ст. 110 АПК РФ](#) расходы на оплату услуг представителя, понесенные лицом, в пользу которого принят судебный акт, взыскиваются арбитражным судом с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах.

Согласно [п. 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ](#) от 13.08.2004 № 82 «О некоторых вопросах применения АПК РФ» при определении разумных пределов расходов на оплату услуг представителя могут приниматься во внимание нормы расходов на служебные командировки, установленные правовыми актами, стоимость экономных транспортных услуг, время, которое мог бы затратить на подготовку материалов квалифицированный специалист, сложившаяся в регионе стоимость оплаты услуг адвокатов, имеющиеся сведения статистических органов о ценах на рынке юридических услуг, продолжительность рассмотрения и сложность дела. Доказательства, подтверждающие разумность расходов на оплату услуг представителя, должна представить сторона, требующая возмещения указанных расходов ([ст. 65 АПК РФ](#)).

В качестве доказательств наличия у подрядчика расходов на оплату услуг представителя в сумме 150 000 руб. суду представлены договор оказания услуг, квитанции к приходному кассовому ордеру на общую сумму 150 000 руб. Доказательств, подтверждающих разумность расходов на оплату услуг представителя подрядчика, не представлено.

В [п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ](#) от 05.12.2007 № 121 «Обзор судебной практики по вопросам, связанным с распределением между сторонами судебных расходов на оплату услуг адвокатов и иных лиц, выступающих в качестве представителей в арбитражных судах» предусмотрено, что лицо, требующее возмещения расходов на оплату услуг представителя, доказывает их размер и факт выплаты, другая сторона вправе доказывать их чрезмерность.

Поскольку заказчиком представлены доказательства о средних расценках юридических фирм и адвокатов в Московском регионе, судом с учетом разумности и доказанности понесенных расходов скорректирован размер взыскания расходов на оплату услуг представителя.

Также признан необоснованным вывод суда первой инстанции о взыскании с заказчика расходов по госпошлине. В соответствии с [ч. 1 ст. 110 АПК РФ](#) судебные расходы, понесенные лицами, участвующими в деле, в пользу которых принят судебный акт, взыскиваются судом со стороны.

[Пп. 1.1 п. 1 ст. 333.37 НК РФ](#) установлено, что государственные органы, органы местного самоуправления, выступающие по делам, рассматриваемым в арбитражных судах, в качестве истцов или ответчиков, освобождены от уплаты государственной пошлины.

Подача трех исков по идентичным контрактам к одному заказчику не является злоупотреблением правом в целях взыскания расходов на оплату услуг представителя по трем делам

Определением АС Тюменской области от 08.11.2013 по делу № А70-5475/2013, оставленным без изменения [Постановлением 8 ААС от 11.02.2014](#) и ФАС ЗСО от 08.05.2014, установлено, что согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в [Определении от 21.12.2004 № 454-О](#), следует, что обязанность суда

взыскивать расходы на оплату услуг представителя в разумных пределах является одним из предусмотренных законом правовых способов, направленных против необоснованного завышения размера оплаты услуг представителя, и тем самым – на реализацию требования [ст. 17 \(ч. 3\) Конституции РФ](#). Именно поэтому в [ч. 2 ст. 110 АПК РФ](#), речь идет по существу, об обязанности суда установить баланс между правами лиц, участвующих в деле.

Доводы заказчика о том, что действия контрагента направлены на причинение вреда заказчику с целью взыскания судебных расходов на оплату услуг представителя за три судебных производства (дела № А70-5473/20130, № А70-5474/2013, № А70-5475/2013), что в силу [п. 1 ст. 10 ГК РФ](#) не допускается, всеми судами признаны несостоятельными, поскольку из материалов дела не усматривается злоупотребление истцом правами.

По поводу указания заказчика на то, что имеются основания для объединения дел в одно производство, поскольку иски связаны между собой как основанием заявленных требований, так и представленными доказательствами, судами указано следующее.

На основании [ч. 2 ст. 130 АПК РФ](#) суд вправе объединить несколько однородных дел, в которых участвуют одни и те же лица, в одно производство для совместного рассмотрения. Согласно [ч. 2.1 ст. 130 АПК РФ](#) суд, установив, что в его производстве имеются несколько дел, связанных между собой по основаниям возникновения заявленных требований и (или) представленным доказательствам, а также в иных случаях возникновения риска принятия противоречащих друг другу судебных актов, по собственной инициативе или по ходатайству лица, участвующего в деле, объединяет эти дела в одно производство для их совместного рассмотрения.

Объединение дел в одно производство должно отвечать требованиям целесообразности, которая, в свою очередь, в каждом конкретном случае устанавливается, исходя из обстоятельств дела. Целесообразно, если это соответствует целям эффективного правосудия, не допускающего принятия противоречащих друг другу судебных актов, что соответствует принципу стабильности гражданского оборота.

Объединение в одно производство для совместного рассмотрения однородных дел с одинаковым кругом участвующих в них лиц является не обязанностью, а правом суда, которое он может использовать при наличии процессуальной целесообразности объединения дел для выполнения задач арбитражного судопроизводства, предусмотренных [ст. 2 АПК РФ](#).

Кроме того, заказчик мог заявить соответствующее ходатайство об объединении дел в одно производство, однако не воспользовался данным процессуальным правом, в силу чего на основании [ч. 2 ст. 9 АПК РФ](#) несет риск наступления последствий несовершения им процессуальных действий.

Использование судебных актов царской России о разумности судебных расходов

Представляет интерес ссылка в Определении АС города Москвы от 25.08.2014 по делу № А40-162831/09-142-1356 на Постановление кассационного департамента Правительствующего сената № 446 1867 г., в котором было указано, что проигравшая сторона не несет ответственности за убытки, которые причинены не ее действиями или упущениями, ибо наем поверенного, а тем более размер вознаграждения последнего зависит от воли и желания тяжущегося, воспользовавшегося предоставленным им законом правом прибегнуть к помощи представителя. Законодательством того периода было определено, что расходы за ведение дела взыскиваются с проигравшей стороны по таксе, как за наем присяжного поверенного, в соответствии со ст. 867 Устава

гражданского судопроизводства. Таким образом ранее в процессуальном законодательстве России решался вопрос о разумности судебных расходов, поскольку всегда взыскание было в установленном размере.

Кроме того, пределы разумности на оплату услуг представителя могут быть скорректированы с учетом правовой оценки фактических обстоятельств дела, сложностью и объемом оказанных услуг. Судом в данном определении также указано на недостаточность доказательств, подтверждающих количество реального времени (в часах), затраченного представителями на подготовку документов. В прилагаемых документах подробного описания работ не представлено. Часть работ фактически задвоена, представители либо не являлись на судебные заседания, либо заявляли ходатайства о переносе заседаний в связи с необходимостью подготовки ходатайств и проч., что свидетельствовало о намерении затянуть процесс и количество заседаний, от которых зависел их гонорар. Значительный объем работы представителей зависит не от объема материалов дела, так как большую часть представляют документы налоговой проверки, а не процессуальные документы, подготовленные сторонами. Интересен вывод суда о том, что такое действие, как ознакомление с материалами дела не обладает признаками юридической услуги, поскольку не требует анализа нормативно-правовой базы, выработки правовой позиции по существу спора, а представляет собой по факту действия технического или организационного характера, осуществляемые, как правило, посредством использования фотоаппаратуры. Подобные действия не могут квалифицироваться как юридические услуги, поскольку не требуют профессиональной подготовки, квалификации исполнителя услуги, поэтому не могут быть включены в качестве юридических услуг в состав судебных расходов. Одновременно суд считает, что составление ходатайства об ознакомлении с материалами дела не может быть рассмотрено как подготовка правовой позиции по спору, так как не предполагает под собой необходимость анализа нормативно-правовой базы и судебной арбитражной практики. Все, что необходимо составителю ходатайства – это обращение к суду со ссылкой на [ст. 41 АПК РФ](#), которой установлено право сторон на ознакомление с материалами дела, а также указание номера дела.

Разумность судебных расходов и «гонорар успеха»

[Постановлением 3 ААС от 03.03.2015](#), оставившим без изменения Определение АС Красноярского края от 24.12.2014 по делу № А33-10104/2014 о частичном удовлетворении требования о взыскании судебных расходов с антимонопольного органа, подтверждена правовая позиция об отсутствии оснований для взыскания «гонорара успеха». Судами отмечено, что вознаграждение за положительный результат не относится к судебным издержкам в смысле [ст. 106 АПК РФ](#).

В [Определении Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 № 454-О](#) указано, что при определении величины взыскиваемых расходов подлежит применению принцип разумности с учетом объема оказанных представителем услуг. Размер взыскиваемых судом расходов должен соотноситься с объемом защищаемого права, степенью сложности дела, оказанными по делу услугами. Обязанность суда взыскивать расходы на оплату услуг представителя, понесенные лицом, в пользу которого принят судебный акт, с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах является одним из предусмотренных законом правовых способов, направленных против необоснованного завышения размера оплаты услуг представителя и тем самым – на реализацию требования [ст. 17 \(части 3\) Конституции РФ](#).

Для установления критерия разумности рассматриваемых расходов суд оценивает их соразмерность применительно к условиям договора на оказание услуг, характер услуг, оказанных в рамках этого договора для целей восстановления нарушенного права, а также принимает во внимание доказательства, представленные другой стороной и

свидетельствующие о чрезмерности заявленных расходов. При этом при определении разумных пределов расходов на оплату услуг представителя могут приниматься во внимание такие факторы, как: нормы расходов на служебные командировки, установленные правовыми актами; стоимость экономных транспортных услуг; время, которое мог бы затратить на подготовку материалов квалифицированный специалист; сложившаяся в регионе стоимость оплаты услуг адвокатов; имеющиеся сведения статистических органов о ценах на рынке юридических услуг; продолжительность рассмотрения и сложность дела. Оценка разумности судебных расходов осуществляется судом по внутреннему убеждению исходя из конкретных обстоятельств дела.

При оценке разумности судебных расходов на оплату услуг представителя суд исходит из сложности спорного правоотношения, количества времени, необходимого профессиональному юристу для подготовки и участия в рассмотрении дела, объема доказательств по делу, длительности рассмотрения спора в арбитражном суде.

Апелляционный суд полагает, что величина взысканных расходов (47 тыс. руб.) с учетом фактических обстоятельств дела, времени, которое могло бы быть затрачено на подготовку искового заявления и иных процессуальных документов квалифицированным специалистом, отвечает критериям разумности. Антимонопольным органом не представлено доказательств того, что взыскиваемая сумма судебных расходов на оплату услуг представителя является чрезмерной.

Довод антимонопольного органа о том, что стоимость на аналогичные услуги в иных юридических компаниях значительно ниже той суммы, которую заплатило общество своему представителю, отклонен судом в силу следующего.

Законодательством РФ установлен принцип свободы в заключении договоров, в том числе и на оказание юридических услуг. При этом гонорар представителя зависит от многих факторов, а сумма вознаграждения не может быть ограничена.

Действующее законодательство не содержит правовых норм, ограничивающих право лица, обращающегося за правовой помощью, на выбор представителя критерием квалификации специалиста, оказывающего юридическую помощь. Право выбора такого специалиста принадлежит лицу, непосредственно обращающемуся за помощью, и определяется не наименьшей стоимостью оказываемых им услуг, а степенью квалифицированности специалиста, наличием положительных отзывов о его деятельности, если это не выходит за рамки обычаев делового оборота и не носит признаков чрезмерного расхода.

Таким образом, заявитель (общество) вправе заключить договор с представителем на любую сумму. Экономическая целесообразность таких расходов оценке судом не подлежит. В то же время при отнесении судебных издержек на другую сторону по делу суд оценивает их разумность и обоснованность в целях соблюдения баланса интересов лиц, участвующих в деле. Ссылки на расценки других юридических фирм не могут быть приняты судом в качестве доказательства чрезмерности судебных расходов, поскольку расценки юридических услуг в указанных фирмах не являются общеобязательным ориентиром при определении размера судебных расходов на оплату услуг представителя.

Суд учитывает, что стоимость оказанных заявителю юридических услуг соответствует рекомендуемым минимальным ставкам стоимости некоторых видов юридической помощи, оказываемой адвокатами Красноярского края (протокол № 15/11 от 29.09.2011).

Суд обоснованно не взыскал с антимонопольного органа «гонорар успеха» в размере 50 тыс. руб., поскольку из договора на оказание юридических услуг не следует, что «гонорар успеха» зависит от решения суда, которое будет принято в будущем.

Буквальное толкование п. 4.4 договора (юридические услуги) позволяет прийти к выводу

о том, что «гонорар успеха» в размере 50 тыс. руб. выплачивается заказчиком исполнителю только в случае удовлетворения иска, поскольку «качество оказанных услуг и эффективность работы» оценивается по положительному решению суда; иных критериев оценки «качества оказанных услуг и эффективности работы» (кроме положительного решения суда), а равно как иных условий (случаев) выплаты «гонорара успеха» (кроме положительного решения суда) стороны не предусмотрели.

Удовлетворение требований о компенсации судебных расходов, основанных на положениях договоров возмездного оказания правовых услуг о выплате вознаграждения в зависимости от самого факта принятия положительного для истца решения суда без совершения определенных действий или осуществления определенной деятельности со стороны исполнителя, противоречит публичному порядку, поскольку расходится с являющимися элементами такого порядка основными началами гражданского законодательства, допускающего свободу договора в определении любых условий договора, если они не противоречат законодательству ([Постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П](#) «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ в связи с жалобами ООО «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева»).

Особенности взыскания госпошлины с государственного органа

[Постановлением АС Северо-Кавказского округа от 25.08.2014 по делу № А32-31802/2013](#) с заказчика взыскана часть государственной пошлины (далее – госпошлина) по апелляционной жалобе.

Суд кассационной инстанции установил, что министерство как государственный орган, выступающий по делам, рассматриваемым в арбитражных судах, в качестве истца и ответчика, освобождено от уплаты госпошлины в силу [пп. 1.1 п. 1 ст. 333.37 НК РФ](#). Между тем с министерства взысканы расходы по уплате госпошлины, поскольку судебные расходы, понесенные лицами, участвующими в деле, в пользу которых принят судебный акт, взыскиваются арбитражным судом со стороны ([ч. 1 ст. 110 АПК РФ](#)). Соответствующие разъяснения даны в [п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.03.2007 № 117](#) «Об отдельных вопросах практики применения главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации» (действовавшего на дату рассмотрения спора судом апелляционной инстанции) и в [пункте 21 Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2014 № 46](#) «О применении законодательства о государственной пошлине при рассмотрении дел в арбитражных судах».

С другой стороны, АС Уральского округа в [Постановлении от 24.12.2014 № Ф09-8814/14 по делу № А76-11597/2014](#) определил правовую позицию, что если судебный акт принят не в пользу государственного органа, расходы по уплате государственной пошлины подлежат возмещению этим органом в составе судебных расходов ([ч. 1 ст. 110 АПК РФ](#)). Кассационная инстанция отметила, что [гл. 24 АПК РФ](#) не установлено каких-либо особенностей в отношении судебных расходов по делам об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц; вопрос о судебных расходах, понесенных заявителями и заинтересованными лицами, разрешается судом по правилам, установленным [гл. 9 АПК РФ](#) в отношении сторон по делам искового производства.

В то же время, учитывая неимущественный характер требований, к данной категории дел не могут применяться положения [ч. 1 ст. 110 АПК РФ](#), регламентирующие распределение судебных расходов при частичном удовлетворении заявленных требований. В случае признания обоснованным полностью или частично заявления об

оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц судебные расходы подлежат возмещению соответственно этим органом в полном размере.

Таким образом, поскольку заявленное заказчиком требование о признании недействительными оспариваемых решения и предписания антимонопольного органа частично удовлетворено, судебные расходы по уплате государственной пошлины правомерно взысканы судом с последнего в пользу заказчика.

Выводы:

Возместить расходы, затраченные на восстановление нарушенного права, сторона судебного спора имеет право в случае принятия в ее отношении судебного акта (пропорционально удовлетворенным требованиям). Вместе с тем расходы должны быть не только подтвержденными, но и разумными. «Гонорар успеха» не может быть предметом рассмотрения в части возмещения судебных расходов.

Государственная пошлина не входит в состав судебных расходов, однако распределяется также в зависимости от объема удовлетворения заявленных в суд требований. Также существуют особенности взыскания государственной пошлины с государственных органов.

Контроль в сфере закупок

Третейские суды и контрактная система

Цессия и контрактная система в сфере закупок

Обжалование актов контролирующих органов

Обжалование актов контрольно-счетных органов

Участие прокурора в контрактной системе

Обеспечительные меры при обжаловании актов
антимонопольного органа

Общественный контроль в контрактной системе

РНП

Вопросы обжалования административного наказания

4.1. Третейские суды и контрактная система

В [Постановлении Президиума ВАС РФ](#) от 05.11.2013 № 1123/13 по делу № А40-35039/11-8-304 установлено отсутствие нормативных положений, препятствующих третейскому суду квалифицировать обязательство как не существующее и не исполнимое в рамках рассмотрения заявленного иска о возврате авансовых платежей, в российском законодательстве не имеется.

Достаточно длительное время продолжались споры по поводу полномочий и возможностей третейских судов участвовать в разрешении споров, вытекающих из правоотношений по контрактам, заключенным по итогам размещения заказов согласно [Закону № 94-ФЗ](#).

Окончательную точку в данном вопросе поставил Президиум ВАС РФ в [Постановлении от 28.01.2014 № 11535/13](#) о пересмотре в порядке надзора Определения АС города Москвы от 01.02.2013 по делу № А40-14581/12, А40-160147/12 и Постановления ФАС Московского округа от 07.05.2013 по тому же делу. Определено, что споры из контрактов, заключаемых в соответствии с [Законом № 94-ФЗ](#), не могут рассматриваться третейскими судами в силу специфики характера этих правоотношений и совокупности требований, предъявляемых к ним указанным Законом, а также ввиду несовместимости законодательных принципов третейского разбирательства и законодательных принципов размещения заказов, иное толкование нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции).

Аналогичные выводы содержатся в [Определении Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ](#) от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115 по делу № А41-60951/13. Отмечено, что споры из контрактов, заключаемых в соответствии с [Законом № 94-ФЗ](#), не могут рассматриваться третейскими судами в силу специфики характера этих правоотношений и совокупности требований, предъявляемых к ним, а также ввиду несовместимости законодательных принципов третейского разбирательства и законодательных принципов размещения заказов.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, последовательно выраженной в [постановлениях от 26.05.2011 № 10-П](#) и от [18.11.2014 № 30-П](#), [определениях от 09.12.2014 № 2750-О](#), от [15.01.2015 № 5-О](#), от [05.02.2015 № 233-О](#), Конституция РФ не исключает возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов.

Между тем отношения, возникающие при размещении заказов, отличается совокупность следующих особенностей: контракт заключается в публичных интересах, специальным публичным субъектом (государственным или муниципальным образованием, казенным учреждением), целью его заключения выступает удовлетворение государственных или муниципальных потребностей, финансирование этих потребностей осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов.

Таким образом, оформляемые по процедуре [Закона № 94-ФЗ](#) контракты имеют публичную основу, преследуют публичный интерес и направлены на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, достигаемого за счет траты бюджетных средств. Наличие в едином правоотношении концентрации общественно значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами. Также [Закон № 94-ФЗ](#) наделяет заказчиков правом на обращение в суд с иском о понуждении к заключению контракта победителей конкурса, аукциона, проведения

запроса котировок, если те уклонились от заключения контракта.

Признание размещения заказа недействительным, понуждение заказчиков и организаторов торгов к совершению действий, а победителей торгов – к заключению контрактов по их результатам находятся за рамками компетенции третейских судов. Учитывая предмет регулирования [Закона № 94-ФЗ](#), определение им порядка рассмотрения споров в сфере размещения заказов, не требует дополнения этого порядка специальным запретом, исключающим компетенцию третейских судов. Следовательно, третейские суды не обладают компетенцией на рассмотрение споров ни при заключении государственных и муниципальных контрактов, ни по вопросам их недействительности, определяемой по законодательству, действующему на момент подписания.

[Закон № 94-ФЗ](#) запрещает переговоры между участником размещения заказа и заказчиком. Это означает, что лицо, подписывающее контракт с третейской оговоркой, лишено возможности выразить собственное волеизъявление в отношении третейского разбирательства и вынуждено принять это условие путем присоединения к контракту в целом. В силу [п. 3 ст. 5](#) Закона о третейских судах третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), недействительно, если такое соглашение заключено до возникновения оснований для предъявления иска.

Таким образом, включая в проект контракта заведомо недействительное условие о рассмотрении связанных с этим контрактом споров в конкретном третейском суде, от которого победитель размещения заказа не может отказаться, заказчик нарушает закон. Однако победитель размещения заказа, введенный в заблуждение авторитетом заказчика, внешней правомерностью этого требования и невозможностью от него отказаться, может посчитать себя связанным им и добросовестно действовать вопреки закону, своим и публичным интересам.

Определяя основную содержательную часть условий контрактов на стадии размещения заказов, [Закон № 94-ФЗ](#), по существу, устанавливает правила их исполнения. Помимо этого, [Закон № 94-ФЗ](#) определяет специальные основания, случаи и пределы изменения, расторжения контрактов по соглашению сторон, решению суда или в одностороннем порядке, а также виды и пределы ответственности. Наличие у третейских судов компетенции по этим вопросам не предусмотрено, оснований для расширительного толкования понятия «суд» не имеется.

В связи с этим императивные требования [Закона № 94-ФЗ](#) не допускают возможность рассмотрения в третейских судах не только споров, возникающих при размещении заказов, но и споров, связанных с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью контрактов, несмотря на подчинение последних требованиям гражданского законодательства.

Компетенцию третейских судов по рассмотрению споров, связанных с исполнением и нарушением условий контрактов, не представляется возможным признать и на том основании, что вопросы заключения, изменения, исполнения, расторжения и недействительности одного и того же контракта связаны между собой единством правоотношения и подчинены единому правовому регулированию.

Немотивированный выбор государственным заказчиком и внесение им в проект контракта конкретного постоянного действующего третейского суда является нарушением требований [Закона № 94-ФЗ](#) и Закона о третейских судах, не способствует прозрачности и противодействию коррупции при размещении заказов, обеспечивает такому третейскому суду необоснованные преференции в его деятельности, связанной с извлечением третейскими судьями дохода.

Преследуемые [Законом № 94-ФЗ](#) общественно полезные цели сопряжены с мониторингом и общественным контролем, своевременность, обоснованность контрактов, экономность и достоверность понесенных на их исполнение расходов, учетом, аудитом государственным, позволяющим оценить законность, эффективность, результативность. Поскольку основной целью заключения контрактов является в конечном счете обеспечение публичных нужд, контракты должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Поэтому все этапы указанных правоотношений, включая заключение, исполнение, расторжение контрактов и применение ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение, должны быть полностью прозрачны и доступны для проверочных мероприятий вплоть до их завершения, в том числе посредством разрешения споров системой государственного правосудия.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить цели, для достижения которых вводилась система размещения заказов.

Рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, самостоятельно устанавливаемых каждым постоянно действующим третейским судом, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

С учетом изложенного споры, возникающие из контрактов, заключенных на основании [Закона № 94-ФЗ](#), являются неарбитрабельными, а третейские соглашения о передаче подобных споров в третейские суды – недействительными. Рассмотрение таких споров третейскими судами и исполнение решений третейских судов, вынесенных в результате рассмотрения таких споров, нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции).

Таким образом, вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что специальные требования, предъявляемые законом и в целом публичным порядком РФ к отношениям в сфере государственных закупок, обусловленные их общественной значимостью и, соответственно, необходимостью публичного контроля, соответствуют требованию правовой определенности, а, значит, являются предсказуемыми для участников гражданского оборота, в том числе в части использования процессуальных возможностей для защиты своих прав.

При этом, как указывал неоднократно Конституционный Суд РФ, в частности в [Определении от 05.02.2015 № 233-О](#), сам отказ в принудительном исполнении решения третейского суда не может рассматриваться как нарушающий конституционное право предпринимателя на судебную защиту, поскольку третейское разбирательство является одной из альтернативных форм защиты гражданских прав, третейский суд не относится к органам осуществления правосудия и, соответственно, отмена решения третейского суда или отказ в его принудительном исполнении не препятствует сторонам третейского разбирательства впоследствии обратиться за защитой нарушенных прав или законных интересов в компетентный государственный суд РФ.

Развивая данную правовую позицию, надзорная инстанция отмечает, что контракты имеют публичную основу, преследуют публичный интерес и направлены на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, достигаемого за счет траты бюджетных средств. Наличие в едином правоотношении

такой концентрации общественно значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами.

[Закон № 94-ФЗ](#), так же, как и [Закон № 44-ФЗ](#) представляет собой комплексный законодательный акт, содержащий нормы и публичного, и частного права, а используемый в нем термин «суд» не может рассматриваться в качестве собирательного понятия, охватывающего третейские суды.

Вместе с тем согласно [п. 3 ст. 5 Федерального закона](#) от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – [Закон № 102-ФЗ](#)) третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), недействительно, если такое соглашение заключено до возникновения оснований для предъявления иска. Следовательно, наличие в контракте заведомо недействительного условия о рассмотрении споров по контракту в конкретном третейском суде, от которого контрагент (победитель размещения заказа) не может отказаться, является нарушением законодательства РФ. В такой ситуации победитель размещения заказа, введенный в заблуждение авторитетом заказчика, внешней правомочностью такого требования и невозможностью от него отказаться, может посчитать себя связанным им и добросовестно действовать вопреки закону и своим интересам.

Немотивированный выбор заказчиком и внесение им в проект контракта конкретного постоянного действующего третейского суда является нарушением требований [Закона № 94-ФЗ](#) и [Закона № 102-ФЗ](#), не способствует прозрачности и противодействию коррупции при размещении заказов, обеспечивает такому третейскому суду необоснованные преференции в его деятельности, связанной с извлечением третейскими судьями дохода. Соответственно, то же самое о третейском суде мы можем сказать и по отношению к [Закону № 44-ФЗ](#).

[Проект федерального закона № 788159-6](#) о внесении изменений в АПК РФ и ГПК РФ в части запрета рассматривать третейскими судами споры, вытекающие из контрактов, заключенных на основании [Закона № 44-ФЗ](#) и [Закона № 223-ФЗ](#), принят в первом чтении 01.07.2015.

Выводы:

Заказчики в силу закона и сложившейся судебной практики не могут отнести спор, вытекающий из отношений в рамках контрактной системы, на разрешение в третейском суде.

4.2. Цессия и контрактная система в сфере закупок

Развитие и становление системы закупок в РФ началось в момент резкой трансформации структурного управления экономикой СССР в результате перестройки и рыночных преобразований, направленных, прежде всего, на формирование институтов частной собственности и конкуренции. Отлаженный в процессе длительного периода работы четкий механизм Госплана экстренно остановился по причине фактического

упразднения плановой экономики, прекращения экономических связей союзных республик и неустойчивого финансового состояния государства. Фактически упразднение Госплана стало возможным после принятия [Постановления Совета Министров РСФСР](#) от 23 октября 1991 года № 558 «Об организации материально-технического обеспечения народного хозяйства России в 1992 году», которым фактически введены контрактные возмездные (по рыночным ценам) отношения между поставщиками (подрядчиками, исполнителями) и государством, представляющим общественные интересы.

Несмотря на значительные экономические трудности в процессе развития и формирования системы закупок, стремительный переход от размещения заказов к контрактной системе в сфере закупок, отсутствие отлаженных механизмов и правил проведения закупочных процедур, законодатель уделял повышенное внимание решению таких задач, как полное удовлетворение общественных потребностей в товарах, работах, услугах, эффективное распределение ресурсов, предупреждение коррупции в закупках, совершенствование правового регулирования закупок и анализ правоприменительной практики, использование государственных закупок в качестве инструмента экономической поддержки отдельных категорий юридических лиц, модернизация финансирования государственных потребностей, в том числе в процессе закупок.

Уместно привести содержание раздела X Распоряжения Правительства РФ от 30.06.2010 № 1101-р «Об утверждении Программы Правительства РФ по повышению эффективности бюджетных расходов на период до 2012 года», согласно которому регулирование имущественных отношений с участием публично-правовых образований должно быть основано не на административном или ином властном подчинении, а на нормах гражданского законодательства. Вместе с тем необходимо отметить, что до настоящего времени легально так и не урегулирован вопрос реализации цессии в контрактной системе в сфере закупок.

Вопрос реализации цессии в контрактной системе в сфере закупок важен не только с точки зрения ограничения вывода средств бюджетов различных уровней за пределы российской юрисдикции, но и противодействия отмыванию доходов и финансового терроризма.

[Постановлением ФАС Московского округа](#) от 30.06.2010 по делу № КГ-А41/6148-10 о рассмотрении кассационной жалобы на решение АС Московской области от 30.12.2009, [Постановление 10 ААС](#) от 18.03.2010 по делу № А41-34430/09 о взыскании денежных средств с заказчика установлено, что в соответствии с требованиями ГК РФ уступка права требования (цессия) возможна без согласия заказчика и не поставлена в зависимость от норм [Закона № 94-ФЗ](#).

По результатам выполненных обязательств по контракту исполнитель не получил своевременно оплату, вследствие чего заключил с истцом договор уступки прав требования (цессии) и уведомил заказчика. Суд подчеркнул, что поскольку права требования, которые были переданы третьим лицом истцу, не относятся к отношениям, регулируемым нормами [ст. 383 ГК РФ](#), то они подлежат передаче в порядке цессии.

Довод заказчика о том, что договор цессии не заключен, т.к. нет его согласия на заключение указанного договора, подлежит отклонению, поскольку отсутствуют основания согласования для заключения указанного договора с должником.

Кроме того, несвоевременная оплата задолженности новому кредитору, в т.ч. по причине отсутствия средств на лицевом счете, является основанием взыскания с заказчика неустойки.

Согласно [п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 № 21](#) «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и

муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации» в случае предъявления кредитором требования о применении к учреждению мер ответственности за нарушение денежного обязательства суду при применении [ст. 401 ГК РФ](#) необходимо иметь в виду, что отсутствие у учреждения находящихся в его распоряжении денежных средств само по себе нельзя расценивать как принятие им всех мер для надлежащего исполнения обязательства с той степенью заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота. Недофинансирование учреждения со стороны собственника его имущества само по себе не может служить обстоятельством, свидетельствующим об отсутствии вины учреждения.

Отметим содержание [п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120](#) – уступка права (требования) по обязательству, в котором уступающий требование кредитор является одновременно и лицом, обязанным перед должником, не влечет перевода на цессионария соответствующих обязанностей cedenta, cedent не освобождается от исполнения продолжающих лежать на нем обязанностей. Таким образом, уступка контрагентом финансового требования по контракту не приводит к смене поставщика, с которым у заказчика сохраняются обязательственные правоотношения по контракту. Происходит смена именно получателя денежных средств, а не контрагента как такового.

Актуальные аспекты правоприменения цессии в гражданских правоотношениях в РФ

[Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120](#) подтверждено, что уступка права требования, предмет которой – еще не возникшее обязательство, не противоречит законодательству, которое не только не содержит запрета на оборот будущих прав, а, наоборот, в ряде случаев прямо регламентирует сделки, имеющие предметом исполнения будущее право. Так, предусмотрена возможность залога требований, которые законодатель приобретет в будущем. Норма о том, что кредитором может быть передано только принадлежащее ему право, в данном случае не применяется: по соглашению будущее право (требование) перейдет к цессионарию только после его возникновения у cedenta.

Решением АС Нижегородской области от 10.07.2009 по делу № А43-3650/2009, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 17.09.2009) и кассационной (постановление от 21.12.2009) инстанций, установлено, что цессионарий вправе требовать уплаты должником неосновательного обогащения (передача права по недействительной сделке) заключили договор подряда.

Суды, вынося решение в пользу цессионария, учли, что работа принята должником. При признании сделки недействительной каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре – возместить его стоимость. Нормы о неосновательном обогащении применяются к требованиям о возврате исполненного по недействительной сделке ([ст. 1103 ГК РФ](#)). Возврат выполненных работ и использованных при их исполнении материалов невозможен. Однако, если для заказчика результат работ имеет потребительскую ценность, принят им и используется, он должен оплатить их стоимость подрядчику. Цессионарий приобрел все права cedenta по договору подряда, в том числе и связанные с его недействительностью. Недействительность договора подряда не влечет недействительность договора цессии. Первоначальный кредитор, уступивший требование, отвечает перед новым кредитором только за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником. В данном случае иск основан на неисполнении обязательств должником.

Следует обратить внимание на возможность цессионария требовать уплаты процентов, неустойки (включая случай, когда основной долг погашен). Решением АС Волгоградской области от 03.11.2009 по делу № А13-9900/2009, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 14.01.2010) и кассационной (постановление от 14.04.2010) инстанций, подтверждено право цессионария на взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами.

Действующее законодательство не содержит нормы, запрещающей кредитору уступать право требования уплаты процентов в случае, когда основное обязательство исполнено. Право на взыскание начисленных процентов представляет собой самостоятельное денежное требование и может быть уступлено отдельно. Размер процентов за пользование чужими денежными средствами, которые взыскиваются с должника-организации, определяется существующей в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК РФ). Ставка, действующая на момент принятия иска к производству или на момент вынесения судом решения, может применяться, только если об этом заявлено в исковом требовании. Но в иске такого требования не было.

Определением ВАС РФ от 24.06.2010 № ВАС-7677/10 в передаче данного дела в порядке надзора отказано.

Постановлением ФАС Центрального округа от 04.03.2010 № Ф10-400/10 по делу № А62-1656/2009 подтверждено право цессионария требовать с должника уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами. Отмечено, что поскольку стороны договора цессии не включили в договор оговорку о том, что к новому кредитору не переходят права требования уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами, цессионарий имеет право на проценты по ст. 395 ГК РФ. По общему правилу право первоначального кредитора (цедента) переходит к новому кредитору (цессионарию) в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права (ст. 384 ГК РФ). В частности, к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие связанные с требованием права, в том числе право на неуплаченные проценты. Данное правило может быть изменено соглашением сторон. Аналогичные выводы содержатся в п. 15 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120.

В решении АС Московской области от 01.12.2010 по делу № А41-20105/2010, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 24.03.2011) и кассационной (постановление от 01.06.2011) инстанций, подтверждено, что право на неустойку является связанным с переданным требованием правом, данное право следует считать перешедшим к цессионарию вместе с требованием уплаты суммы основного долга. Что касается процентов, право на взыскание которых, по мнению должника, не уступалось цессионарию, то они взыскиваются не на основании договора, а по ст. 395 ГК РФ. Проценты начислены после направления ответчику уведомления об уступке права требования с предложением оплатить имеющуюся задолженность, что не противоречит нормам ГК РФ об оплате товара и при отсутствии согласованных условий об оплате товара.

АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области в решении от 22.10.2010 по делу № А56-27039/2010, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 10.02.2011) и кассационной (постановление от 26.05.2011) инстанций, установлено, что условие о конфиденциальности информации не может препятствовать договору цессии. Допуская возможность уступки права требования задолженности без согласия должника, суды указали на отсутствие в договоре оказания услуг (право требования задолженности по которому было уступлено) условия об обязательности его получения, а также на отсутствие оснований для применения ст. 383 ГК РФ. Согласно указанной норме не допускается переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного

жизни или здоровью.

Условие в договоре оказания услуг о конфиденциальности коммерческой, служебной и финансовой информации, которая может стать известна сторонам по договору, не может препятствовать уступке права требования денежного обязательства.

В решении АС города Москвы от 19.12.2011 по делу № А40-115102/2010, оставленном без изменения судом кассационной (постановление от 01.06.2011) инстанции, отмечено, что цессионарий не обязан соблюдать претензионный порядок урегулирования спора, предусмотренный основным договором, по которому цессионарию передано право требования. В силу [ст. 384 ГК РФ](#) право первоначального кредитора переходит к новому кредитору на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права, если иное не предусмотрено законом или договором. Фактически цессионарию передано право требования долга по конкретным актам о приемке выполненных работ, перечисленным в договоре цессии.

[Определениями ВАС РФ от 09.09.2011](#) и от [23.05.2012 № ВАС-11723/11](#) отказано в передаче данного дела в президиум в порядке надзора.

Необходимо отметить, что требования заказчика по качеству товара в случае заключения поставщиком договора цессии, должны быть адресованы к новому кредитору, одновременно заказчик может не оплачивать товар на спорную сумму. К такому выводу пришел АС Владимирской области в решении от 12.09.2011 по делу № А11-1680/2011, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 28.11.2011) и кассационной (постановление от 22.03.2012) инстанций. Бракованная продукция возвращена поставщику. В силу [ст. 386 ГК РФ](#) возражать против требований нового кредитора является правом, а не обязанностью должника. Претензия по качеству поставленной продукции предъявлена в разумный срок и в пределах общего срока исковой давности. Спорная продукция оплачена заказчиком в полном объеме. Претензии по качеству у покупателя возникли до заключения договора цессии, по условиям которого продавец уступает новому кредитору права требования уплаты долга. Согласно [ст. 386 ГК РФ](#) должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору.

Согласно [Постановлению ФАС Уральского округа от 15.04.2010 № Ф09-2568/10-С5 по делам № А47-2323/2009, № А47-4263/2009](#) цессионарий не обязан предоставлять должнику в качестве доказательства перемены кредитора договор цессии. Достаточно уведомить должника о состоявшейся уступке права (требования) либо предъявить ему акт, которым оформляется исполнение обязательства по передаче права (требования).

В то же время в обоснование своих требований цессионарий не может предоставить только договор цессии. ФАС Уральского округа в [Постановлении от 20.05.2010 № Ф09-3770/10-С5 по делу № А60-51527/2009-С2](#) обратил внимание на то, что цессионарий не представил документы, подтверждающие основания возникновения долга и его размер (договор подряда, акты выполненных работ, платежные документы и пр.). Не потребовав от цедента передачи истцу документов, удостоверяющих право требования, последний принял на себя риск негативных последствий в виде невозможности доказывания наличия у ответчика долга и его размера.

Так или иначе, арбитражная практика делает возможным правомерность уступки права требования по государственным контрактам. В [Постановлении 4 ААС от 18.10.2010 по делу № А19-12020/2010](#), оставленном без изменения Постановлением ФАС ВСО от 09.12.2010 № Ф02-6670/2010, указано, что в [ч. 5 ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#) установлен исчерпывающий перечень норм, предусматривающих условия контракта, изменение которых не допускается при заключении и исполнении контракта ни по соглашению сторон, ни в одностороннем порядке, тем самым определен перечень императивных

норм, представляющих собой согласно [ч. 1 ст. 422 ГК РФ](#) обязательные для сторон правила, установленные законом и иными правовыми актами, которым должен соответствовать договор. В иных случаях стороны вправе руководствоваться положениями статьи [421 ГК РФ](#) о свободе договора. Такое основание, как уступка права требования в [ч. 5 ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#) отсутствует. Таким образом, действующее законодательство не содержит запрет на уступку права требования оплаты к заказчику согласно требованиям [параграфа 1 гл. 24 ГК РФ](#).

Определением ВАС РФ от 09.03.2011 № ВАС-1928/11 в передаче данного дела для пересмотра в порядке надзора отказано.

Постановлением ВАС РФ от 13.01.2011 № 11680/10 по делу № А41-13284/09

подтверждена правовая позиция допустимости не только договора цессии, но и взыскания неустойки, возникшей вследствие несвоевременного платежа должником денежных средств. Правила [ст. 333 ГК РФ](#) предусматривают право суда уменьшить подлежащую уплате неустойку в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства. Учитывая компенсационный характер гражданско-правовой ответственности, под соразмерностью суммы неустойки последствиям нарушения обязательства ГК РФ предполагает выплату кредитору такой компенсации его потерь, которая будет адекватна и соизмерима с нарушенным интересом. Снижение неустойки судом возможно только в одном случае – в случае явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения права.

Судами отмечено, что иные фактические обстоятельства (финансовые трудности должника, его тяжелое экономическое положение и т.п.) не могут быть рассмотрены судом в качестве таких оснований. Уменьшение неустойки судом в рамках своих полномочий не должно допускаться, так как это вступает в противоречие с принципом осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе ([ст. 1 ГК РФ](#)), а также с принципом состязательности ([ст. 9 АПК РФ](#)).

Кроме того, необоснованное уменьшение неустойки судами с экономической точки зрения позволяет должнику получить доступ к финансированию за счет другого лица на нерыночных условиях, что в целом может стимулировать недобросовестных должников к неплатежам и вызывать крайне негативные макроэкономические последствия. Неисполнение должником денежного обязательства позволяет ему пользоваться чужими денежными средствами. Никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения.

Постановлением [17 ААС](#) от 13.07.2015 подтверждена позиция АС Свердловской области по делу № А60-21477/2014 о легальности использования уступки права денежного требования (цессии) в контрактной системе в сфере закупок. Установлено, что судом первой инстанции ошибочно принято во внимание то обстоятельство, что заказчик является специальным субъектом, деятельность которого связана с применением бюджетного законодательства РФ, а также [Закона № 44-ФЗ](#), с учетом ранее действующего [Закона № 94-ФЗ](#), и в соответствии с положениями указанного законодательства, а также позицией Минфина РФ и Минэкономразвития РФ, уступка права требования по контрактам не допускается.

Апелляционная инстанция отметила, что приведенные стороной письма Минфина РФ от 11.03.2015 № 02-02-08/12916, от 02.12.2013 № 02-03-007/52448, от 26.07.2010 № 02-03-11/2688, от 29.05.2012 № 02-11-05/1904, письмо Минэкономразвития РФ от 05.03.2010 № Д22-231 сами по себе не являются основанием для ограничения прав и организаций, установленных федеральными законами, в частности реализовать законное право, закрепленное в [ст. 382 ГК РФ](#). Кроме того, письмо не является нормативным правовым актом, не может изменять либо дополнять ГК РФ.

Также указано, что согласно позиции ВАС РФ, изложенной в [п. 6 Информационного](#)

письма Президиума от 30.10.2007 № 120, уступка права (требования) по обязательству, в котором уступающий требование кредитор является одновременно и лицом, обязанным перед должником, не влечет перевод на цессионария соответствующих обязанностей cedenta. Цедент не освобождается от исполнения продолжающих лежать на нем обязанностей. В п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 также разъяснено, что последствием уступки права (требования) является замена кредитора в конкретном обязательстве, в содержание которого входит уступленное право (требование). Уступка права (требования) по обязательству, в котором каждая из сторон является и кредитором и должником, не может привести к переводу соответствующих обязанностей, лежащих на cedente как стороне договора, на цессионария. Для перевода таких обязанностей необходимо совершение сделки по переводу долга (параграф 2 гл. 24 ГК РФ).

Подтверждено, что в указанном случае производится не замена стороны в контракте, а уступлено право требования оплаты стоимости выполненных по контракту работ, является обоснованным. Как следует из правовой позиции, изложенной в Определении ВАС РФ № ВАС-10596/13 от 15.08.2013, в силу положений ст. 384 ГК РФ кредитор вправе передать право, которым сам обладает, так как ст. 383 ГК РФ запрещает уступку требования, неразрывно связанного с личностью кредитора, что в данном деле не имеет места, поскольку уступлены не права по контракту, а требование суммы оплаты выполненных в рамках этого контракта работ.

Выводы:

Вплоть до внесения соответствующих изменений в Закон № 44-ФЗ заказчики обязаны будут выплачивать денежные средства за выполненные обязательства по контракту лицу, которому контрагентом было уступлено право денежного требования.

Возможно в части противодействия оттока капитала за территорию РФ предусмотреть прямой запрет в контракте на проведение уступки права денежного требования (цессии), однако большая вероятность того, что данный пункт контракта станет причиной жалобы в антимонопольный орган либо будет признан недействительным в судебном порядке.

4.3. Обжалование актов контролирующих органов

Не многие из заказчиков или участников закупок способны найти силы и время на защиту своих прав и интересов в суде, в том числе и в части обжалования решений и предписаний органов, уполномоченных на осуществление контроля в сфере закупок. Однако многие из них все же добиваются успеха.

Письма и разъяснения федеральных органов исполнительной власти не являются нормативными правовыми актами

Стоит отметить одну важную особенность, играющую ключевую роль в обжаловании актов контролирующих органов. В большинстве случаев решения контролирующих

органов выносятся с учетом мнений отдельных должностных лиц органов исполнительной власти, содержащихся во всевозможных информационных письмах и разъяснениях законодательства о контрактной системе в сфере закупок. Вместе с тем в силу ч. 2 приложения к Правилам подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденным [Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009](#), издание нормативных актов в виде писем и телеграмм не допускается.

Важно, но ранее в [Постановлении Президиума ВАС РФ от 19.09.2006 № 13322/04](#) было указано, что разрешение вопроса о наделении того или иного акта органа государственной власти нормативным характером должно производиться независимо от его формы, содержания и иных условий, как-то: государственной регистрации или опубликования в официальном издании. В [Постановлении Президиума ВАС РФ от 08.12.2009 № 10164/09](#) отмечено, что непрохождение регистрации письма в Минюсте РФ не влияет на оценку нормативности содержащихся в нем положений, поскольку касается исключительно порядка принятия и его обнародования.

Развивая указанную правовую позицию, возможно привести яркий пример практики ВАС РФ, который в решении от 29.03.2012 № ВАС-16112/11, вопреки доводам, как ни странно, представителей ФАС России о ненормативно-правовом характере данного документа, признал недействующим письмо ФАС России от 23.05.2011 № ИА/19713.

После упразднения ВАС РФ свою позицию определил ВС РФ в решении от 14.10.2014 по делу № АКПИ14-937, согласно которому письма ФАС России и Минэкономразвития России не содержат правовых норм (правил поведения), обязательных для неопределенного круга лиц, рассчитанных на неоднократное применение, направленных на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений. Следовательно, письма таких органов не являются нормативными правовыми актами, не подлежат официальному опубликованию и регистрации в Минюсте РФ.

Приведенные примеры свидетельствуют о сложных моментах правоприменения, в том числе и в случае обжалования актов, вынесенных контролирующими органами.

Изначально суды придерживались следующих позиций.

Решением АС Калининградской области от 10.12.2008 по делу № А21-6312/2008, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, признано незаконным решение УФАС по Калининградской области ввиду того, что в предписании антимонопольный орган обязал заказчика отменить протокол рассмотрения заявок на участие в открытом аукционе и провести процедуру рассмотрения таких заявок повторно. Вместе с тем предметом аукциона являлись два лота, которые контролирующий орган в предписании отменил, выявив нарушения только в лоте № 2. Таким образом, суды пришли к обоснованному выводу, что действиями антимонопольного органа нарушаются права и законные интересы победителя аукциона по лоту № 1, что является основанием для отмены вынесенных решения и предписания.

Постановлением 9 ААС от 09.07.2008 по делу № А40-1378/08-46-4 признаны незаконными решение и предписание антимонопольного органа в том числе по причине отсутствия оснований для проведения внеплановой проверки в процессе рассмотрения жалобы. Судами отмечено не только отсутствие в жалобе требований о проведении внеплановой проверки, но и то, что антимонопольным органом не предпринимались какие-либо процессуальные действия по ее назначению.

Представляет интерес развитие темы возможности контролирующих органов отменять результаты определения поставщика (подрядчика, исполнителя). Так, решением АС Республики Татарстан от 02.02.2009 по делу № А65-25220/2008, оставленным без изменения судом кассационной инстанции, признаны незаконными решение и

предписание УФАС по Республике Татарстан по причине противоречия требований предписания действующему законодательству РФ о размещении заказов. Суды двух инстанций отметили, что выявленное контролирующим органом нарушение носило однократный характер (при составлении документации) и не являлось длительным. Соответственно, такое нарушение не может быть прекращено.

Кроме того, требование об отмене протокола незаконно, так как согласно [ч. 3 ст. 36 Закона № 94-ФЗ](#) протокол является документом, фиксирующим произошедшее событие, а исполнение заказчиком предписания влечет существенное нарушение действующего законодательства. Содержание предписания противоречит [ч. 1 ст. 499 ГК РФ](#), которой предусмотрено, что торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны недействительными судом по иску заинтересованного лица.

Суды сочли ошибочными доводы контролирующего органа о возможности последнего обращаться в суд только лишь после завершения процедуры размещения заказа (то есть после заключения государственного контракта заказ признается размещенным), а до момента заключения контракта – только отменить протоколы. Согласно [Законоу № 94-ФЗ](#) под размещением заказов понимаются осуществляемые в порядке [Закона № 94-ФЗ](#) действия заказчиков по определению поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в целях заключения с ними контрактов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд. Таким образом, у контролирующего органа имеется возможность обратиться в арбитражный суд с иском о признании размещения заказа недействительным в любой момент с даты размещения извещения о проведении открытого аукциона.

Вынесение контролирующим органом предписания после проведения аукциона фактически означает предложение провести аукцион заново без признания в установленном порядке проведенного размещения заказа недействительным, что противоречит [Законоу № 94-ФЗ](#) и гражданскому законодательству.

[Определением ВАС РФ от 09.07.2009 № 8471/09](#) отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ, что окончательно подтвердило правовую позицию судов нижестоящих инстанций.

[Постановлением ФАС Московского округа от 28.05.2012 по делу № А40-69843/11-2-488](#) подтвержден тот факт, что ФАС России вправе провести внеплановую проверку деятельности заказчика на основании информации, поступившей из Генеральной прокуратуры РФ.

Нарушение антимонопольным органом срока рассмотрения жалобы – не основание для отмены решения

Решением АС города Москвы от 01.07.2011 № А40-35756/2011, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 28.09.2011) и кассационной (постановление от 30.11.2011) инстанций, подтверждена правовая позиция о том, что нарушение антимонопольным органом срока рассмотрения жалобы не является безусловным основанием для отмены решения по жалобе.

Судами всех инстанций установлено, что целью обжалования ненормативного правового акта является восстановление прав и интересов, которые заявитель считает нарушенными, в случае их действительного нарушения. Само по себе нарушение срока рассмотрения жалобы не является основанием для признания решения и предписания антимонопольного органа незаконными. Судам не ясно, какие именно права и законные интересы заявителя таким образом нарушены.

Определением ВАС РФ от 07.02.2012 № ВАС-265/12 отказано в передаче надзорной жалобы в Президиум ВАС РФ.

Исполнение заказчиком решения и предписания антимонопольного органа не является препятствием для его обжалования в суде

Постановлением 9 ААС от 12.03.2013 № 09АП-41145/2012 по делу № А40-66926/12-17-649, оставленным без изменения судом кассационной (постановление от 07.08.2013) инстанции, подтверждена правовая позиция о том, что добровольное исполнение заказчиком решения и предписания антимонопольного органа не является препятствием для обжалования их законности в судебном порядке.

Суды апелляционной и кассационной инстанций правильно указали о неправомерности решения суда первой инстанции о том, что поскольку решение и предписание исполнено, оно не может нарушать законные права и интересы заказчика. Отмечено, что антимонопольным органом не доказаны и не обоснованы выводы, содержащиеся в спорном решении, кроме того, требования в документации о наличии опыта к участникам размещения заказа сопряжены и неразрывно связаны с предметом торгов и работами, которые необходимо выполнить в соответствии с технической частью документации.

Таким образом, заказчик имеет право признать недействительным решения и предписания антимонопольного органа.

Обжаловать может только заинтересованное лицо

Постановлением 8 ААС от 15.07.2014 № 08АП-5118/2014 по делу № А70-1889/2014, отменившим решение суда первой инстанции, подтверждена позиция антимонопольного органа, определяющая круг потенциальных участников, которые вправе обжаловать конкурсную документацию.

Суд апелляционной инстанции указывает, что согласно п. 2 ст. 18.1 Закона № 135-ФЗ действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов. Следовательно, ст. 18.1 Закона № 135-ФЗ предусмотрено право обжалования действий организатора торгов только лицу, чьи права и законные интересы могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов. При этом обжалование таких действий (бездействия) в антимонопольный орган не является препятствием для обжалования действий (бездействия) в судебном порядке.

Вместе с тем его заявка в комиссию не поступала, никаких документов не подавалось. Суды установили, что у заявителя, не подававшего заявку на участие в закупке и иных документов, отсутствовало намерение участвовать в рассматриваемом открытом конкурсе. Доводы, изложенные в жалобе, не связаны с обжалованием порядка размещения информации о проведении конкурса, а также с нарушением порядка подачи заявок. Также не представлены доказательства, подтверждающие нарушение обжалуемым решением антимонопольным органом прав и законных интересов

предпринимателя.

Неоднократно суды отмечают отсутствие в актах антимонопольного органа доказательств, свидетельствующих о всестороннем рассмотрении дела. Так, решением АС Калининградской области от 07.10.2014 по делу № А21-6001/2014, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, об обжаловании ненормативного акта установлено, что выводы антимонопольного органа о недобросовестности поведения хозяйствующего субъекта носят предположительный характер и не подтверждены материалами дела.

Отсутствие в документации положения согласно требованиям Закона № 44-ФЗ не является препятствием для отклонения заявки участника закупки

В процессе арбитражного обжалования решений и предписаний органа, уполномоченного на осуществление контроля в сфере закупок, суду согласно [ст. 198, 200, 201 АПК РФ](#) (признание оспариваемого ненормативного правового акта недействительным, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц незаконными) необходимо установить наличие одновременно двух условий: оспариваемый ненормативный правовой акт недействительный, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту, а также нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия) возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действие (бездействие). Исходя из правил распределения бремени доказывания, установленных [ст. 65, 198, 200 АПК РФ](#), обязанность доказывания факта нарушения своих прав и законных интересов возлагается на заявителя.

Решением АС Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 07.07.2014 по делу № А75-2003/2014, оставленным без изменения апелляционной инстанцией, признана неверной правовая позиция контролирующего органа в части признания заказчика нарушившим требования [ч. 7 ст. 69 Закона № 44-ФЗ](#). При этом, по утверждению контролирующего органа, отсутствие указания в аукционной документации требования о соответствии участника аукциона положениям [п. 9 ч. 1 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#) автоматически исключает возможность отклонения комиссией такой заявки участника аукциона в соответствии с положением [ч. 6 ст. 69 Закона № 44-ФЗ](#) вне зависимости от установления такого требования в силу закона.

Комиссия заказчика на основании рассмотрения вторых частей заявок на участие в электронном аукционе путем изучения информации, содержащейся в реестре участников аукциона, получивших аккредитацию на электронной площадке, отклонила 4 заявки из 7 как не соответствующие требованиям [ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#) (отсутствие декларации о соответствии участника аукциона требованиям, установленным [п.п. 3-9 ч. 1 ст. 31](#)). По мнению судов, соответствие требованиям, предъявляемым к участникам

закупки, декларируется ими при подаче заявки на участие в торгах. Следовательно, [Законом № 44-ФЗ](#) императивно установлены обязательные для всех участников закупки требования к составу второй части заявки, в том числе о наличии декларации о соответствии участника закупки требованиям, установленным п.п. 1-9 ч. 1 ст. 31 [Закона № 44-ФЗ](#).

Таким образом, комиссия заказчика обязана отклонить заявку участника аукциона, не соответствующую требованиям [Закона № 44-ФЗ](#), поскольку отсутствие подобного требования в аукционной документации не исключает права заказчика признавать такую заявку не соответствующей требованиям [ст. 69 Закона № 44-ФЗ](#).

Неисследование контролирующим органом порядка определения и обоснования НМЦК является основанием для отмены его решения

К такому выводу пришел АС Свердловской области в решении от 02.02.2015 по делу № А60-42958/2014, оставленном без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций. УФАС по Свердловской области в результате рассмотрения жалобы и проведения внеплановой проверки не выявило в действиях заказчика нарушений, несмотря на то, что заявитель указывал на недостоверное обоснование НМЦК аукциона и явную фальсификацию заказчиком коммерческих предложений. Удовлетворяя требования заявителя, обжалующего решение контролирующего органа, суды установили, что при проведении внеплановой проверки действий заказчика органом контроля фактически не были исследованы обоснованные доводы жалобы. Также установлено, что в решении контролирующего органа не отражено, по каким основаниям отклонены доводы о нарушении обоснования НМЦК, о непредоставлении коммерческих предложений в адрес заказчика, запросов, с целью установления фактических обстоятельств дела в адреса местонахождения юридических лиц не направлялись.

Таким образом, судами установлено, что контролирующим органом исследована лишь аукционная документация, выводы о соблюдении заказчиком норм закона сделаны из представленных заказчиком коммерческих предложений без исследования фактических обстоятельств их получения, без установления факта их направления указанными организациями в адрес заказчика, кроме того, не исследованы доводы о несоответствии цен, предложенных в коммерческих предложениях, состоянию рынка, о подложности представленных коммерческих предложений (подписи руководители данных юридических лиц не ставили, не знают о существовании данных документов), что свидетельствует об отсутствии обоснования заказчиком НМЦК.

Решение контролирующего органа, не содержащее ответы по существу поставленных в жалобе вопросов, не может быть признано законным, поскольку нарушает права заявителя на объективное, полное рассмотрение жалобы на действие заказчика с оценкой всех доводов, заявленных в жалобе.

Доводы контролирующего органа о том, что решение не препятствует заявителю участвовать в аукционе, предлагая иную цену, и о невозможности восстановления прав заявителя в силу наличия заключенного и исполненного контракта не соответствуют действительности, поскольку проведение процедуры закупки и факта исполнения контракта не являются основанием для несоблюдения заказчиком норм [Закона № 94-ФЗ](#), не препятствуют контролируемому органу выявить допущенные заказчиком нарушения.

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 04.07.2014 по делу А56-36250/2014, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной

инстанций, опровергнута правовая позиция УФАС по Санкт-Петербургу в отношении Ленинградского областного суда. Суды всех инстанций единогласно пришли к выводу о том, что выдача предписания об аннулировании закупки, принятие ненормативных актов является чрезмерной мерой административного реагирования.

При проведении подрядных работ капитального строительства в документации о закупке необходимо указывать требования ко всем товарам, используемым в процессе работ

К такому выводу пришел АС Сахалинской области в решении от 13.07.2015 по делу № А59-1182/2015 о признании незаконным решения антимонопольного органа. В соответствии с [ч. 1, 2 ст. 740 ГК РФ](#) по договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену. Правила о договоре строительного подряда применяются также к работам по капитальному ремонту зданий и сооружений, если иное не предусмотрено договором.

Согласно [ч. 1 ст. 743 ГК РФ](#) подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ. При отсутствии иных указаний в договоре строительного подряда предполагается, что подрядчик обязан выполнить все работы, указанные в технической документации и в смете. В соответствии с [ч. 2 ст. 48 ГрК РФ](#) проектная документация представляет собой документацию, содержащую материалы в текстовой форме и в виде карт (схем) и определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, их частей, капитального ремонта.

Таким образом, строительство, реконструкция, капитальный ремонт объекта капитального строительства осуществляется на основании проектной документации, которая содержит показатели, связанные с определением соответствия выполняемых работ потребностям заказчика. Отсутствие в документации о закупке требований к качеству, техническим характеристикам товара, требований к безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требований к размерам товара, требований к результатам работ приводит к невозможности формирования участником закупки предложения по исполнению контракта.

Суд не принимает разъяснения Минэкономразвития России от 19.08.2014 № Д28и-1616, поскольку в документации о закупке по объекту «капитальный ремонт» в силу положений приведенных выше статей ГК РФ и ГрК РФ должна содержаться информация о результате работ, в том числе о подлежащих использованию для его достижения товарах в части их технических и функциональных характеристик, с целью обеспечения возможности формирования участником размещения заказа предложения по исполнению контракта.

Также не имеет правового значения довод антимонопольного органа о том, что заявителем за 2014-2015 годы подано свыше 100 жалоб на различные закупки по всему региону и независимо от результата их рассмотрения общество не приняло участие ни в одной из указанных закупок, более того, с момента создания – 05.12.2012 – и по

настоящее время общество не заключило и не исполнило ни одного государственного или муниципального контракта.

Неполучение (позднее получение) копии решения антимонопольного органа является основанием для восстановления пропущенного срока на обжалование

Решением АС Новосибирской области от 05.07.2013 по делу № А45-7275/2013, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 22.10.2013) и кассационной (постановление от 17.01.2014) инстанций, подтверждена правовая позиция, что неполучение ненормативного правового акта, подлежащего оспариванию, является основанием для восстановления пропущенного срока на его обжалование. [Определением ВАС РФ от 23.04.2014 № ВАС-4920/14](#) отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра.

Заявителем было заявлено ходатайство о восстановлении срока на обращение с настоящим заявлением в суд, так как участником рассмотрения жалобы заявитель не являлся, о принятом решении ему известно не было, копию оспариваемого решения заявитель получил только в апреле 2013 года от Администрации в рамках рассмотрения дела. Возражения противной стороны по вопросу восстановления срока в части того, что факт неполучения оспариваемого решения не исключает наличия осведомленности о его принятии у заявителя, судом отклонен.

Судом с учетом мнения лиц, участвующих в деле, руководствуясь [ст. 117, 159, 198, 184-188](#) АПК РФ, восстановлен срок на обращение в суд, признав причины пропуска срока для его обжалования уважительными, поскольку участником рассмотрения жалобы заявитель не являлся, в его адрес решение не направлялось, для обжалования в суде необходима оценка содержания решения и представление с заявлением его копии, а не только осведомленность о принятии такого решения.

Обжаловать решение и предписание антимонопольного органа может только лицо, чьи права нарушены

Судами апелляционной (постановление от 19.03.2015) и кассационной (постановление от 07.07.2015) инстанций отменено решение АС Республики Саха от 14.11.2014 по делу № А58-3942/2014 и опровергнута позиция антимонопольного органа о наличии нарушения [Закона № 44-ФЗ](#). Суды указали, что само по себе обстоятельство участия заявителя в аукционе, о нарушении порядка проведения которого иными участниками поданы жалобы, рассмотренные антимонопольным органом в пределах его полномочий, в порядке, определенном [ст. 99 Закона № 44-ФЗ](#), не свидетельствует о затягивании проведения аукциона и нарушении прав общества.

Из материалов дела следует, что общество не являлось участником по административным делам; непосредственно в отношении заявителя оспариваемые акты не принимались; решение и предписание антимонопольного органа вынесены антимонопольным органом в пределах определенной законом компетенции по результатам рассмотрения жалоб иных участников аукциона, которыми данные акты не оспаривались, были исполнены путем внесения изменений в позицию 10 технической

документации.

Определением ВС РФ от 05.10.2015 № 302-КГ15-13060 отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Выводы:

Письма и разъяснения федеральных органов исполнительной власти не являются нормативными правовыми актами и не могут быть положены в основу правовой позиции субъекта контрактной системы.

Обжаловать акт вправе только заинтересованное лицо. При этом добровольное исполнение ненормативных актов контролирующих органов не лишает лицо (юридическое или физическое) права обжаловать их в судебном порядке.

Нарушение срока рассмотрения жалобы антимонопольным органом не является безусловным основанием для признания решения незаконным.

Неполучение или позднее получение акта контролирующего органа является основанием для восстановления пропущенного срока на обжалование такого акта.

4.4. Обжалование актов контрольно-счетных органов

Ст. 34 БК РФ установлен принцип результативности и эффективности использования бюджетных средств: участники бюджетного процесса должны исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств.

Ст. 38 БК РФ определен принцип адресности и целевого характера бюджетных средств, означающий, что бюджетные ассигнования и лимиты бюджетных обязательств доводятся до конкретных получателей бюджетных средств с указанием цели их использования. В соответствии со ст. 289 БК РФ нецелевое использование бюджетных средств, выразившееся в направлении и использовании их на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом, влечет наложение штрафов на руководителей получателей бюджетных средств в соответствии с КоАП РФ, изъятие в бесспорном порядке бюджетных средств, используемых не по целевому назначению, а также при наличии состава преступления уголовные наказания, предусмотренные УК РФ.

Решением АС Архангельской области от 21.05.2014 по делу № А05-1263/2014, оставленным в указанной части без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, установлено, что по смыслу вышеназванных норм права под нецелевым использованием бюджетных средств понимается направление и использование их на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом. В связи с этим конкретная расходная операция может быть признана неэффективным расходованием бюджетных средств только в случае, если уполномоченный орган докажет, что поставленные перед участником бюджетного

процесса задачи могли быть выполнены с использованием меньшего объема средств или что, используя определенный бюджетом объем средств, участник бюджетного процесса мог бы достичь лучшего результата.

Пунктом 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 № 23 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации» разъяснено, что, оценивая соблюдение участниками бюджетного процесса принципа результативности и эффективности использования бюджетных средств, судам необходимо учитывать, что они в рамках реализации поставленных задач и в пределах выделенных на определенные цели бюджетных средств самостоятельно определяют необходимость, целесообразность и экономическую обоснованность совершения конкретной расходной операции.

Необоснованность выводов КСП (предположения вместо фактов) – основание для отмены решения и предписания КСП

Постановлением 12 ААС от 06.03.2014 по делу № А12-15955/2013, оставленным без изменения судом кассационной (постановление от 03.07.2014) инстанции, подтверждена позиция заказчика, оспорившего предписание и представление контрольно-счетной палаты региона (далее – КСП).

Согласно ч. 5 ст. 200 АПК РФ обязанность доказывания обоснованности принятого оспариваемого акта лежит на органе, его принявшем, одновременно бремя доказывания лежит на лице, которое ссылается на указанные обстоятельства (ст. 65 АПК РФ). Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции неверно исходил из того, что оспариваемые предписание и представление выданы в рамках компетенции КСП, не нарушают права и охраняемые законом интересы заявителя в сфере экономической деятельности.

Вместе с тем вывод суда в той части, что оспариваемые предписание и представление не нарушают права и охраняемые законом интересы заявителя в сфере экономической деятельности, противоречит обстоятельствам, установленным судом, на что прямо указано в обжалуемом судебном акте.

Как правильно указал суд первой инстанции, согласно правовой позиции, отраженной в пункте 20.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10, представления административных органов (должностных лиц), осуществляющих государственный надзор (контроль), об устранении нарушений законодательства (ответственность за невыполнение которых предусмотрена ч. 1 ст. 19.5 КоАП РФ), могут быть оспорены в арбитражном суде в случаях и в порядке, определенных гл. 24 АПК РФ. Теми же нормами предусмотрена административная ответственность за невыполнение в установленный срок законного предписания (постановления, представления, решения) органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор (контроль), об устранении нарушений законодательства.

Исходя из указанных норм действующего законодательства РФ, иных правовых актов о КСП, суд пришел к выводу, что оспариваемые представление и предписание обладают признаками ненормативного правового акта, порождают соответствующие гражданские права и обязанности, носят властный характер, за неисполнение которого предусмотрена административная ответственность.

Закон № 6-ФЗ устанавливает общие принципы организации, деятельности и основные полномочия контрольно-счетных органов субъектов РФ и контрольно-счетных органов муниципальных образований.

Перечень основных полномочий контрольно-счетных органов субъекта РФ определен п. 1 ст. 9 Закона № 6-ФЗ.

При проведении контрольного мероприятия КСП составляется соответствующий акт (акты), который доводится до сведения руководителей проверяемых органов и организаций. На основании акта (актов) КСП составляется отчет. При проведении экспертно-аналитического мероприятия КСП составляет отчет или заключение.

Как следует из содержания предписания, оно выдано по результатам проведения в отношении Министерства транспорта и дорожного хозяйства Волгоградской области проверки законности, эффективности и целевого использования средств областного бюджета, направленных на организацию транспортного обслуживания на территории региона, целевого использования средств дорожного фонда Волгоградской области, направленных в 2012 году на финансовое обеспечение дорожной деятельности в отношении автомобильных дорог общего пользования, а также проверки эффективности и целевого использования бюджетных средств, направленных на выполнение долгосрочной программы «Повышение безопасности дорожного движения в Волгоградской области» на 2009-2012 годы.

При оценке собранных по делу доказательств, установленных обстоятельств суды исходили из того, что одним из принципов бюджетной системы РФ является принцип эффективности использования бюджетных средств. Он означает, что при составлении и исполнении бюджетов участникам бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий следует исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств (экономности) и (или) достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств (результативности) (ст. 34 БК РФ).

Предполагается, что заказчики должны эффективно использовать средства, получаемые ими из бюджета, тем самым, пусть и косвенно, выполняя принцип эффективности использования бюджетных средств.

Таким образом, под неэффективным использованием бюджетных средств понимается использование бюджетных средств, не обеспечивающее достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижения наилучших результатов с использованием определенного бюджетом объема средств.

Как следует из предписания КСП, выявлены факторы, негативно влияющие на эффективность и результативность использования бюджетных средств в ходе исполнения контрактов. При этом не указано, как та или иная расходная операция привела к неэффективному расходованию бюджетных средств.

Вместе с тем, как следует из п. 23, Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 № 23 при оценке соблюдения участниками бюджетного процесса указанного принципа судам необходимо учитывать, что участники бюджетного процесса в рамках реализации поставленных перед ними задач и в пределах выделенных на определенные цели бюджетных средств самостоятельно определяют необходимость, целесообразность и экономическую обоснованность совершения конкретной расходной операции. Расходная операция может быть признана неэффективным расходованием бюджетных средств только в случае, если уполномоченный орган докажет, что поставленные перед участником бюджетного процесса задачи могли быть выполнены с использованием меньшего объема средств или что, используя определенный бюджетом объем средств, участник бюджетного процесса мог бы достичь лучшего результата.

Соответствующая позиция содержится в Определении ВАС РФ от 22.09.2011 № ВАС-11976/11, Постановлениях ФАС СЗО от 25.06.2012 № А66-7509/2011, ФАС Поволжского округа от 15.02.2011 № А57-6538/2010.

При рассмотрении настоящего дела КСП Волгоградской области, ссылаясь на неэффективное использование средств, обязана доказать, что учреждение использовало бюджетные средства неэффективно. Как указано выше, принцип результативности и эффективности использования бюджетных средств следует из положений [статьи 34 БК РФ](#), определяющей, что при составлении и исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий должны исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием определенного бюджетом объема средств.

Основанием для выдачи предписания явилось заключение дополнительного соглашения к контракту, что, по мнению КСП, может привести к неэффективному использованию денежных средств. Доводы КСП о неэффективном и нерезультативном использовании денежных средств бюджета при исполнении контрактов основаны на нарушении условий контрактов. Вместе с тем указанное обстоятельство не подтверждено материалами дела, а напротив, противоречит им.

КСП в нарушение [ст. 65](#) и [200 АПК РФ](#) не представила доказательств того, что при заключении контрактов заказчик вышел за пределы предоставленных ему полномочий; неэффективно использовал бюджетные средства; что поставленные перед заказчиком задачи по исполнению контрактов могли быть выполнены с использованием меньшего объема средств или заказчик мог бы достичь лучшего результата. Судами не установлено заключения контрактов с нарушением норм гражданского законодательства и положений [Закона № 94-ФЗ](#). Поскольку отсутствует необходимость рассмотрения вопроса о привлечении к ответственности должностных лиц, суды апелляционной и кассационной инстанций, проанализировав полномочия КСП, пришли к выводу о недействительности оспариваемого представления как вынесенного за пределами компетенции КСП в области осуществления финансового контроля за операциями с бюджетными средствами получателей средств соответствующих бюджетов, а также за соблюдением условий выделения, получения, целевого использования и возврата бюджетных средств.

В ходе осуществления контрольных и экспертно-аналитических мероприятий КСП не вправе давать оценку соблюдения положений иных отраслей законодательства, регламентирующих публичные и частные правоотношения. При этом судами установлено, что каких-либо нарушений при расходовании бюджетных средств не установлено.

[Определением ВС РФ от 25.11.2014 № 306-КГ14-2451](#) отказано КСП в передаче жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

КСП уполномочена проводить проверки в отношении размещения заказов

Решением АС Челябинской области от 02.06.2014 по делу № А76-1394/2014 (акт не обжаловался) заказчику отказано в оспаривании предписания и представления КСП.

Судом опровергнут довод заявителя о том, что плановая проверка КСП проведена с нарушением требований [Закона № 294-ФЗ](#), регламентирующих организацию и проведение проверок, подлежат отклонению, поскольку в силу [ст. 1](#) данного Закона регулируются отношения в области организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля и защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля. При этом [ч. 3.1 ст. 1 Закона № 294-ФЗ](#) прямо предусмотрено, что его положения, устанавливающие порядок организации и

проведения проверок, не применяются при осуществлении определенных видов государственного контроля (надзора), в частности, [п. 14](#) предусматривает среди этих видов контроль за соблюдением законодательства РФ и иных нормативных правовых актов РФ о размещении заказов.

Довод заявителя о том, что КСП не имела полномочий на проведение плановой проверки в соответствующей сфере в отношении заказчика, также отклонен, поскольку в соответствии с [ч. 3 ст. 17 Закона № 94-ФЗ](#) определено, что плановые проверки при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для муниципальных нужд, а также нужд муниципальных бюджетных учреждений осуществляются органом местного самоуправления городского округа с учетом положений [ч. 2](#) данной статьи.

Довод заказчика о том, что проведение плановой проверки соблюдения требований законодательства РФ и иных нормативных правовых актов о размещении заказов, составление и направление заказчику акта плановой проверки, а также предписания нарушают права и законные интересы заказчика, отклонен, поскольку при проведении плановой проверки соблюдения заказчиком требований законодательства РФ и иных нормативных правовых актов РФ о размещении заказа инспекция КСП руководствовалась требованиями [Закона № 94-ФЗ](#), Порядком проведения плановых проверок, в том числе по срокам начала и окончания проверки, составления акта проверки, определенными распоряжением председателя КСП, а также по сроку составления предписания, сроку направления заявителю акта плановой проверки и предписания.

Решением АС Кировской области от 13.05.2014 по делу № А28-15623/2013, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 07.08.2014) и кассационной (постановление от 30.10.2014) инстанций, установлено, что представление КСП должно содержать информацию о выявленных нарушениях бюджетного законодательства РФ и иных нормативных правовых актов, регулирующих бюджетные правоотношения, и требования о принятии мер по их устранению, а также устранению причин и условий таких нарушений.

В силу [п. 1.1 СНиП III-10-75](#), [ст. 1-3 БК РФ](#) СНиП III-10-75 не относятся к бюджетному законодательству РФ и к иным нормативным правовым актам, регулирующим бюджетные правоотношения. Следовательно, указание в оспариваемом представлении на нарушение заказчиком [п. 3.15 СНиП III-10-75](#) не соответствует положениям [ст. 270.2 БК РФ](#).

Довод счетной платы о том, что [СНиП III-10-75](#) обязательны для тех, кто принимает выполненные работы, арбитражным судом отклонен как не свидетельствующий о том, что [СНиП III-10-75](#) относятся к бюджетному законодательству РФ и к иным нормативным правовым актам, регулирующим бюджетные правоотношения.

В силу [ст. 1-3 БК РФ](#), [ст. 1-3, 8, 124, 125 ГК РФ](#), [ст. 9 Закона № 94-ФЗ](#) контракт регулируется нормами гражданского законодательства. Следовательно, нарушение условий контракта не может рассматриваться в качестве нарушения бюджетного законодательства РФ и иных нормативных правовых актов, регулирующих бюджетные правоотношения. Утверждение КСП о том, что контрагент мог привлечь заказчика к ответственности в виде взыскания штрафных санкций, судами не принято как не свидетельствующее, что нарушение условий муниципального контракта нарушает бюджетное законодательство РФ и иные нормативные правовые акты, регулирующие бюджетные правоотношения.

Из [п. 5 ч. 1 ст. 14 Закона № 294-ФЗ](#) следует, что должностные лица КСП при осуществлении возложенных на них должностных полномочий имеют право составлять акты по фактам непредставления или несвоевременного представления должностными

лицами проверяемых органов и организаций документов и материалов, запрошенных при проведении контрольных мероприятий.

Доказательства, подтверждающие, что председателем КСП был составлен акт по фактам непредставления или несвоевременного представления должностными лицами Администрации документов и материалов, запрошенных при проведении контрольных мероприятий, отсутствуют. Акт не составлялся. Представители КСП полагают, что непредставление председателю КСП запрошенных при проведении контрольных мероприятий документов подтверждается запросом прокуратуры. Однако из данного запроса нельзя сделать однозначный вывод, что названные в нем документы запрашивались в связи с их непредставлением председателю КСП. В акте проведения контрольных мероприятий председателем КСП указано, что заказчиком не представлены нормативы финансовых затрат на содержание, ремонт и капитальный ремонт автомобильных дорог общего пользования местного значения и правила их расчета, а также не представлена исполнительная документация по заключенным контрактам. Вместе с тем в требовании КСП ссылка на перечисленные документы отсутствует. Как ранее уже сказано, в силу [ст. 16 Закона № 294-ФЗ](#) в случае воспрепятствования проведению должностными лицами КСП контрольных мероприятий КСП направляет в органы государственной власти и государственные органы субъекта РФ, органы местного самоуправления и муниципальные органы, проверяемые органы и организации и их должностным лицам предписание. Аналогичное положение содержится в [ст. 18 Закона о № 294-ФЗ](#). Таким образом, на воспрепятствование проведению должностными лицами КСП контрольных мероприятий указывается в предписании, а не в представлении. Из требования следует, что документы по муниципальному контракту председателем КСП не запрашивались. При названных обстоятельствах указание в оспариваемом предписании на нарушение права председателя КСП в доступе к документам и материалам, относящимся к проверяемому вопросу, является неправомерным и необоснованным.

Представление КСП содержит предложение заказчику восстановить в областной бюджет средства субсидии, использованные на цели, не соответствующие условиям их предоставления, на сумму 365318 рублей 32 копеек.

В силу [ст. 306.1-306.4 БК РФ](#) нецелевое использование бюджетных средств влечет бесспорное взыскание суммы средств, полученных из другого бюджета бюджетной системы РФ, и платы за пользование ими либо приостановление (сокращение) предоставления межбюджетных трансфертов (за исключением субвенций). Бесспорное взыскание суммы средств, предоставленных из одного бюджета бюджетной системы РФ другому бюджету бюджетной системы РФ, и платы за пользование ими либо приостановление (сокращение) предоставления межбюджетных трансфертов применяются финансовыми органами и органами Федерального казначейства на основании уведомления о применении бюджетных мер принуждения органа государственного (муниципального) финансового контроля. Таким образом, предложение восстановить в областной бюджет средства субсидии, использованные на цели, не соответствующие условиям их предоставления, и указание такой меры по устранению названного бюджетного нарушения в оспариваемом представлении противоречит вышеназванным нормам БК РФ.

КСП по результатам проверки вправе взыскать с заказчика излишне потраченные средства

Решением АС Камчатского края от 18.06.2014 по делу № А24-1101/2014 (акт не обжаловался) с заказчика на основании предписания КСП взысканы излишне потраченные в процессе проведения подрядных работ денежные средства.

КСП установлено наличие контрактов на выполнение подрядных работ силами и средствами подрядчика, вместе с тем заказчиком также заключены контракты о приобретении у подрядчиков материалов для выполнения подрядных работ, таким образом, заказчик дважды оплатил стоимость используемых при выполнении работ материалов.

Судом отклонен довод заказчика о технической ошибке работника при использовании типовых условий контракта в силу неопытности и большого объема документов, поскольку [п. 1 ст. 431 ГК РФ](#) при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. В договорах четко указано на выполнение работ подрядчиком своим иждивением (из своих материалов, собственными силами и средствами). Довод об ошибке не свидетельствует о незаконности оспариваемого предписания.

В соответствии с [п.п. 2, 4 ст. 709 ГК РФ](#) цена в договоре подряда включает компенсацию издержек подрядчика и причитающееся ему вознаграждение. Цена работы (смета) может быть приблизительной или твердой. При отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой. Если возникла необходимость в проведении дополнительных работ и по этой причине в существенном превышении определенной приблизительно цены работы, подрядчик обязан своевременно предупредить об этом заказчика. Заказчик, не согласившийся на превышение указанной в договоре подряда цены работы, вправе отказаться от договора. В этом случае подрядчик может требовать от заказчика уплаты ему цены за выполненную часть работы.

Судом учтено, что письменных соглашений на предмет изменения условий договоров, как на момент проведения КСП проверки, так и на момент рассмотрения дела между сторонами заключено не было. Доказательств нарушения прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности заказчика в судебное заседание не представлено.

Кроме того, заказчиком ни в заявлении в арбитражный суд, ни в пояснениях, данных в судебном заседании, не указано, какому именно закону или иному нормативному правовому акту не соответствует оспариваемое в части предписание и в чём выражается такое несоответствие.

Выводы:

По результатам проверки контрольно-счетные органы вправе взыскать с заказчика излишне потраченные средства. Контрольно-счетные органы вправе проводить контроль закупок, при этом представление по результатам проверки должно содержать конкретную меру принуждения.

4.5. Участие прокурора в контрактной системе

Со дня вступления в силу [Закона № 44-ФЗ](#) работники прокуратуры акцентировали внимание на контроле соблюдения заказчиками норм законодательства РФ о контрактной системе. Рассмотрим наиболее актуальные дела.

Отмена дополнительного соглашения к контракту

Решением АС Иркутской области от 30.12.2014 по делу № А19-17894/2014 удовлетворен иск прокурора о признании недействительным дополнительного соглашения к контракту на оказание услуг питания. Заказчик к имеющемуся контракту заключил дополнительное соглашение на организацию питания детей из малоимущих семей.

Суд поддержал довод прокурора, что в результате заключения дополнительного соглашения к договору, минуя процедуру, установленную [Законом № 44-ФЗ](#), ограничен доступ на рынок по оказанию услуг общественного питания в общеобразовательном учреждении иных хозяйствующих субъектов, а также созданы преимущественные условия в осуществлении данной деятельности контрагенту заказчика.

Довод заказчика о проведении отбора организаций для обеспечения организации питания учащихся и работников заказчика путем проведения заседания комиссии по отбору таких организаций на основании приказа руководителя заказчика отклонен судом. Проведение отбора организаций по обеспечению питания учащихся и работников образовательного учреждения в порядке, определенном локальным нормативным правовым актом образовательного учреждения, не может свидетельствовать о соблюдении норм действующего законодательства в сфере закупок.

Признание контракта недействительным

Решением АС Пермского края от 26.08.2015 по делу № А50-9727/2015 удовлетворен иск прокурора о признании недействительным контракта на осуществление пассажирских перевозок на регулярных автобусных маршрутах. Привлеченный в качестве третьего лица антимонопольный орган, поддерживая иск прокурора, усмотрел признаки нарушения [ч. 1 ст. 15 Закона № 135-ФЗ](#), [ст. 8 Закона № 44-ФЗ](#), которые выражаются в ограничении конкуренции среди хозяйствующих субъектов на рынке пассажирских перевозок на регулярных автобусных маршрутах путем непроведения обязательных конкурсных процедур по отбору перевозчика для работы на указанных автобусных маршрутах.

Основаниями для удовлетворения судом иска стали: заключение контракта в целях удовлетворения потребностей населения в пассажирских перевозках и обеспечения прав пользователей услугами городского пассажирского транспорта, а также выделение перевозчику субсидии на возмещение недополученных доходов от перевозки отдельных категорий граждан с использованием региональных либо федеральных социальных проездных документов в соответствии с порядком распределения иных межбюджетных трансфертов, передаваемых в бюджеты соответствующих муниципальных образований.

Признание конкурса и контракта недействительными

Решением АС Самарской области от 03.04.2015 по делу № А55-28805/2014 отказано в иске прокурору о признании недействительными открытого конкурса на рекультивацию территорий и заключенного по итогам его проведения контракта. Суд признал ошибочным позицию прокуратуры относительно установления в документации излишних требований о подтверждении участниками конкурса квалификации, что противоречит положениям [ч. 3 ст. 33 Закона № 44-ФЗ](#), [п. 1 ст. 15](#), [п. 2 ч. 1 ст. 17 Закона № 135-ФЗ](#). Указанные выводы нашли подтверждение в Постановлении 11 ААС от 23.07.2015.

Судами отмечено, что обращение прокурора с иском должно иметь целью защиту нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов государства либо неопределенного круга лиц, то есть защиту публичного интереса, и влечь за собой реальное восстановление прав и законных интересов. При этом прокурор несет процессуальные обязанности истца и должен представить доказательства, свидетельствующие о том, что оспариваемая им сделка привела к нарушению прав лица, в защиту интересов которого он обращался. Прокурор не доказал наличия обстоятельств, свидетельствующих о нарушении прав региона, подлежащих судебной защите путем обращения с настоящим иском.

Также отмечено, что заключенный контракт исполнен, учреждением выполнены и заказчиком приняты работы, что подтверждается актом приемки-сдачи работ, подписанным обеими сторонами контракта, следовательно, приведение сторон в первоначальное положение с возвращением полученного по сделке невозможно.

Выводы:

Работники прокуратуры вправе выступать в суде в целях прекращения нарушения законодательства о контрактной системе путем отмены дополнительного соглашения к контракту, признания закупки и/или контракта недействительными.

4.6. Обеспечительные меры при обжаловании актов антимонопольного органа

Обеспечительные меры являются одним из видов правовых гарантий реальности исполнения в будущем вступившего в законную силу судебного акта и предотвращения причинения значительного ущерба лицу, обратившемуся за судебной защитой своих прав и законных интересов. Обеспечительные меры в виде приостановления действия решения или предписания антимонопольного органа или запрета на заключение (исполнение) контракта важны в процессе обжалования ненормативного правового акта контролирующего органа, а также признания недействительными закупки и заключенного по ее результатам контракта.

С момента вступления в силу [Закона № 94-ФЗ](#) у заказчиков систематически появлялся вопрос о необходимости принятия обеспечительных мер, в частности приостановления действия предписания антимонопольного органа, при обращении в арбитражные суды в целях обжалования вынесенных решений и предписаний (ненормативных правовых актов).

Ответ на данный вопрос был поставлен в зависимость [Закона № 94-ФЗ](#) от [Закона № 135-ФЗ](#). Согласно [п.п. 1 и 2 ч. 9 ст. 17 Закона № 94-ФЗ](#) при выявлении в процессе проведения плановых и внеплановых проверок, в результате рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа или специализированной организации либо конкурсной, аукционной, котировочной комиссии нарушений законодательства РФ и (или) иных нормативных правовых актов РФ о размещении заказов уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти вправе:

- выдать заказчику, уполномоченному органу, специализированной организации,

конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, в результате действий (бездействия) которых были нарушены права и законные интересы участников размещения заказа, обязательные для исполнения предписания об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством РФ, в том числе об аннулировании торгов;

- выдать указанным в [ч. 1 ст. 17 Закона № 94-ФЗ](#) лицам обязательные для исполнения предписания об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством РФ.

Указанное решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия, при этом в рамках производства об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц арбитражный суд по ходатайству заявителя может приостановить действие оспариваемого акта ([ч. 3 ст. 199 АПК РФ](#)). Приостановление акта, решения государственного или иного органа, должностного лица не влечет их недействительности. Под приостановлением действия решения в качестве обеспечительной меры понимается запрет исполнения действий, предусмотренных данным решением ([п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 83](#) «О некоторых вопросах, связанных с применением части 3 статьи 199 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

Учитывая, что [гл. 24 АПК РФ](#) не установлены особенности рассмотрения ходатайств о приостановлении действия решения, в подобных случаях необходимо учитывать соответствующие положения [гл. 8 АПК РФ](#), в том числе об обоснованиях обеспечительных мер и о порядке рассмотрения заявления об обеспечении иска ([п. 1 Информационного письма](#)). В силу [ч. 1 ст. 90 АПК РФ](#) арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных АПК РФ, и иного лица, может принять срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры). Обеспечительные меры допускаются на любой стадии процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, а также в целях предотвращения значительного ущерба заявителю.

Вместе с тем согласно [п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.12.2002 № 11](#) «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» арбитражные суды не должны принимать обеспечительные меры, если заявитель не обосновал причины обращения с заявлением об обеспечении требования конкретными обстоятельствами, подтверждающими необходимость принятия обеспечительных мер, и не представил доказательств, подтверждающих его доводы. Оценка необходимости применения обеспечительных мер производится судом по своему внутреннему убеждению, основанному на изучении конкретных обстоятельств дела.

Следовательно, для удовлетворения судом ходатайства о принятии обеспечительных мер в виде приостановления предписания антимонопольного органа об устранении нарушений законодательства о размещении заказов необходимо представить доказательства того, что непринятие обеспечительных мер в дальнейшем может привести к затруднениям при исполнении судебного акта по делу или невозможности его исполнения. В случае непредставления таких доказательств основания для приостановления предписания контролирующего органа отсутствуют. Правомерность подобных выводов подтверждается и [Постановлением ФАС Волго-Вятского округа от 31.03.2008 по делу № А43-18554/2007-1-279](#).

Аналогичная позиция отражена в [Постановлении 13 ААС от 25.11.2008 по делу № А21-6312/2008](#), в котором апелляционная инстанция отменила определение АС Калининградской области о принятии обеспечительных мер в силу того, что заказчик не мотивировал ходатайство о принятии обеспечительных мер, не предоставил документальное обоснование необходимости принятия указанной меры, а также не

доказал, что непринятие обеспечительных мер затруднит или сделает невозможным исполнение судебного акта по делу.

Вариант содержания заявления антимонопольного органа о необходимости принятия обеспечительных мер в период действия [Закона № 94-ФЗ](#) при обращении в арбитражные суды с исками о признании размещения заказа недействительным.

«1. В соответствии со [ст. 19 \(ч. 1\)](#) и [123 \(ч. 3\)](#) Конституции РФ истец и ответчик равны перед законом и судом, а разрешение судом возникшего между ними спора должно осуществляться в соответствии с принципами состязательности и равноправия сторон. Названным конституционным нормам корреспондируют положения [ст. 7, 8 и 10](#) Всеобщей декларации прав человека, [п. 1 ст. 14](#) Международного пакта о гражданских и политических правах и [ст. 6](#) Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые согласно [ст. 15 \(ч. 4\)](#) Конституции РФ являются составной частью правовой системы РФ. По смыслу приведенных норм Конституции РФ в их взаимосвязи с указанными нормами международного права истец и ответчик в равной мере обладают правом на судебную защиту. Применительно к порядку обеспечения иска это означает, что истцу как равноправной с ответчиком стороне в арбитражном процессе должна быть гарантирована возможность защиты его прав в виде применения обеспечительных мер. В противном случае еще до подтверждения судебным решением правоты истца на предмет спора истец может оказаться в неблагоприятном по сравнению с ответчиком положении, поскольку удовлетворение требований окажется невозможным в связи с исполнением контракта (в рассматриваемом деле) и отсутствием возможности привести стороны в первоначальное положение с возвращением полученного по сделке.

2. Кроме того, согласно положениям [ст. 98 АПК РФ](#) ответчику или другим лицам, которым были причинены убытки мерами по обеспечению иска, предоставлено право требовать от лица, по ходатайству которого судом были приняты обеспечительные меры, возмещения указанных убытков после вступления в законную силу судебного акта об отказе в удовлетворении иска. Такие требования могут быть предъявлены и при отказе в иске частично: лицо, которому были причинены убытки, вправе взыскать убытки соразмерно той части иска, в удовлетворении которой было отказано арбитражным судом.

Соответственно, права ответчика и иных лиц не могут быть необратимо ущемлены удовлетворением ходатайства антимонопольного органа. Вместе с тем, признак необратимости имеет место в случае предоставления права заказчику и подрядчику осуществлять действия, направленные на исполнение контракта (что фактически санкционируется отказом в обеспечении иска), поскольку применение реституции к подобного рода отношениям не представляется возможным, в связи с отсутствием способов защиты, приводящих к восстановлению прав государства (истца).

3. Руководствуясь [ч. 2 ст. 90 АПК РФ](#), [п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 55](#) «О применении арбитражными судами обеспечительных мер», принятие данных обеспечительных мер позволит надлежащим образом исполнить судебный акт, а также позволит обеспечить соблюдение баланса интересов сторон по настоящему делу, т.к. у сторон будет возможность в зависимости от принятого судебного акта как произвести двухстороннюю реституцию, так и продолжить строительство. Вместе с тем исполнение контракта затруднит исполнение судебного акта, в том числе двухстороннюю реституцию, в случае удовлетворения требований, изложенных в заявлении о признании размещения заказа недействительным.

4. В соответствии с [п. 2 Приказа ФАС от 14.05.2008 № 163](#) «О действиях Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов в случае выявления нарушений законодательства РФ о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» при выявлении нарушений законодательства РФ о размещении заказов, указанных в строках 7.Б Таблицы № 1 и 4.Б

Таблицы № 2, в случае, если НМЦК размещаемого заказа составляет 10 млн. руб. и более, и на момент установления факта соответствующего нарушения контракт заключен, а срок исполнения обязательств по такому контракту не истек (строка 7.Б.2 Таблицы № 1 или 4.Б.2 Таблицы № 2), в течение 7 рабочих дней с момента выявления нарушения органы ФАС обязаны обращаться в суд, арбитражный суд с иском о признании размещения заказа недействительным, признании соответствующего контракта недействительным и применении последствий недействительности сделки, в том числе в части неисполненных обязательств. Одновременно с подачей соответствующего искового заявления подавать в суд, арбитражный суд заявление об обеспечении иска, в том числе путем запрещения сторонам оспариваемого контракта совершать действия, направленные на исполнение такого контракта (о приостановлении исполнения контракта).

Таблицы № 1 (отчет о работе по обеспечению защиты прав и законных интересов участников размещения заказа) и № 2 (отчет о работе по осуществлению проверочных мероприятий) к форме № 7 «Отчет по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» содержат строки (соответственно 7.Б.2 и 4.Б.2), касающиеся выявления размещения заказов, НМЦК которых составляет 10 млн. руб. и более, в том числе с нарушениями [Закона № 94-ФЗ](#) в части необоснованного допуска победителя, а также нарушения порядка заключения контракта или неправомерного изменения его условий.

Установление действующим законодательством указанного порядка свидетельствует о том, что обращение в суды с подобного рода исками, не обеспеченными принятием соответствующих мер со стороны суда, не будет достигать требуемой цели – восстановление интересов бюджета и нарушенных прав участников размещения заказа, что подтверждается также существующей судебной практикой (в том числе [Определением ВАС РФ от 28.11.2007 № 15665/07](#), [Постановлением ФАС Северо-Кавказского округа от 13.05.2008 № Ф08-2493/2008](#), [Постановлением ФАС Поволжского округа от 28.08.2007 № А49-3221/06-81/27](#)).

5. В настоящее время решить вопрос об объеме исковых требований в части применения последствий недействительности сделки не представляется возможным. Применение последствий недействительности сделки, учитывая, что контракт в настоящее время не исполнен в полном объеме, возможно объективно только в части неисполненных обязательств. Поскольку обязательства в настоящее время перманентно исполняются, часть неисполненных обязательств в случае неприостановления работ по контракту, определить будет невозможно».

Вопросы реализации судами права на принятие обеспечительных мер

Определением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области об обеспечительных мерах по делу № А56-5686/2013, оставленным без изменения Постановлением 13 ААС от 31.05.2013, удовлетворено заявление заказчика о приостановлении действия решения и предписания контролирующего органа, так как в случае непринятия обеспечительных мер заказчик должен фактически совершить действия, обязанность исполнить которые, по его мнению, незаконно возлагается на него оспариваемым решением и предписанием, будет произведено аннулирование процедуры размещения заказа, что приведет к невозможности исполнения решения суда в случае удовлетворения заявленных требований.

По мнению судов, заявленная обеспечительная мера напрямую связана с предметом заявленных требований. Непринятие обеспечительных мер препятствовало бы

немедленному восстановлению прав и законных интересов заказчика, а также повлекло бы привлечение заказчика к административной ответственности согласно примечанию к предписанию.

С другой стороны, есть практика, когда ФАС Московского округа в [Постановлении от 22.11.2007 № КА-А40/12004-07](#) признал обоснованной позицию антимонопольного органа о невозможности приостановления решения и предписания на основании того, что предусмотренный [Законом № 94-ФЗ](#) порядок обжалования вынесенных уполномоченным органом решений и предписаний не содержит нормы, обеспечивающие их приостановление в связи с обращением в суд.

Рассматривая соотношение норм [ст. 52 Закона № 135-ФЗ](#) (приостановление исполнения предписания антимонопольного органа в случае подачи заявления в арбитражный суд) и [ст. 2 Закона № 94-ФЗ](#) (нормы права, содержащиеся в иных федеральных законах и связанные с размещением заказов, должны соответствовать [Закона № 94-ФЗ](#)), суд пришел к выводу, что положения [ст. 52 Закона № 135-ФЗ](#) не распространяются на решения и предписания, выдаваемые в связи с нарушениями законодательства в сфере размещения заказов. [Определением ВАС РФ от 14.03.2008 № 3252/08](#) отказано в передаче в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления, что свидетельствует о поддержке ВАС РФ указанной позиции.

Интересна позиция антимонопольного органа в части оспаривания обеспечительных мер, заявленных заказчиком. Определением АС Ростовской области от 03.02.2015 по делу № А53-1704/2015, оставленным без изменения [Постановлением 15 ААС от 09.04.2015 № 15АП-3923/2015](#), ходатайство заказчика о принятии обеспечительных мер удовлетворено. Действие оспариваемых актов антимонопольного органа приостановлено до рассмотрения спора по существу. Определение мотивировано тем, что заявленные заказчиком обеспечительные меры соответствуют предмету спора и направлены на предотвращение причинения заявителю значительного ущерба. Кроме того, непринятие судом данных обеспечительных мер нарушит права заказчика, так как повлечет обязанность заказчика исполнить предписание антимонопольного органа, несмотря на его обжалование в судебном порядке, также заказчик может быть привлечен к административной ответственности.

Антимонопольный орган указывает, что судом первой инстанции при удовлетворении ходатайства о принятии обеспечительных мер не учтено, что приостановление действия оспариваемых предписания и решения выражается в «возобновлении процедуры закупки», что позволяет заказчику заключить контракт и начать его исполнение в нарушение предписания контролирующего органа, несмотря на то, что судом по существу заявление не рассмотрено, по делу не принят окончательный судебный акт, предписание не отменено судом и не признано не соответствующим закону. За время рассмотрения дела в арбитражном суде контракт будет частично исполнен, что приведет к невозможности исполнения предписания. По мнению антимонопольного органа, приостановление действия оспариваемых актов приведет в конечном итоге к их фактическому аннулированию.

Суд апелляционной инстанции отметил, что неприостановление в данном случае действия указанных актов контролирующего органа в период их судебной проверки в любом случае сделает неисполнимым судебный акт по существу спора, если заявление заказчика о признании незаконными решения и предписания будет удовлетворено, поскольку в рассматриваемом деле речь идет об аннулировании результатов аукциона.

Кроме того, антимонопольный орган не лишен возможности заявить ходатайство о принятии обеспечительных мер, которые бы препятствовали заключению контракта и его исполнению до разрешения спора по существу.

В Определении АС Краснодарского края от 14.08.2014 о принятии обеспечительных мер

по делу № А32-18733/2014 в форме приостановления исполнения контракта, оставленном без изменения постановлениями 15 ААС от 25.11.2014 и АС Северо-Кавказского округа от 03.03.2015, суды отметили сложившуюся судебную практику в части применения обеспечительных мер в сфере закупок. Так, [Определением ВАС РФ от 22.03.2013 № ВАС-2846/2013](#) установлено, что сам факт исполнения контракта, даже с незаконно определенным победителем торгов, влечет невозможность восстановления прав истца путем удовлетворения заявленных требований в порядке [ст. 449 ГК РФ](#), поскольку восстановление положения, существовавшего на момент рассмотрения спора, не может быть осуществлено.

Следовательно, исполнение заключенного контракта в период рассмотрения спора лишает истца возможности воспользоваться единственным надлежащим способом защиты своих прав ввиду утраты возможности их восстановления путем признания конкурса и контракта недействительными посредством этого способа.

Таким образом, непринятие обеспечительных мер и исполнение спорного контракта могут привести к невозможности принятия судебного акта об удовлетворении иска в случае признания заявленных требований обоснованными (с учетом сложившейся судебной практики).

Выводы:

В части принятия обеспечительных мер участники закупок по-прежнему зависят от субъективного мнения судьи, рассматривающего дело, а также от сформировавшейся судебной практики.

Участникам закупки, заинтересованным в принятии обеспечительных мер, необходимо не только оперативно и правильно оформить иски в суд, сформировать правовую позицию, но и обосновать заявленные требования об обеспечении иска.

В случае обращения заказчика в суд с требованием о признании недействительными решения и предписания органа, уполномоченного на осуществление контроля в сфере закупок, основанием для приостановления действия обжалуемого предписания будут доказательства, обосновывающие только то, что неприостановление предписания в дальнейшем может привести к затруднениям при исполнении судебного акта по делу или невозможности его исполнения.

Доводы антимонопольного органа о фактическом «возобновлении процедуры закупки» заказчиком в случае приостановления действия оспариваемых предписания и решения, то есть заключить контракт и начать его исполнение, суд счел неубедительными, в том числе по причине того, что контролирующий орган не лишен возможности также заявить ходатайство о принятии обеспечительных мер, которые бы препятствовали заключению контракта и его исполнению до разрешения спора по существу.

Обеспечительные меры в виде приостановления заключения или исполнения спорного контракта принимаются судами с учетом [Определения ВАС РФ от 22.03.2013 № ВАС-2846/2013](#), согласно которому факт исполнения контракта влечет невозможность восстановления прав истца.

4.7. Общественный контроль в контрактной системе

Одной из ключевых новаций [Закона № 44-ФЗ](#) стало массовое вовлечение общественности в процесс осуществления закупок. И если ранее, в период действия [Закона № 94-ФЗ](#), общество, потребляющее приобретенные для него товары, работы, услуги, являлось при этом сторонним наблюдателем процесса государственных и муниципальных закупок, то [Законом № 44-ФЗ](#) на общество возложена миссия контроля и обсуждений в контрактной системе в сфере закупок.

О качестве проработки документов общественными организациями

Решением АС Ханты-Мансийского округа – Югры от 10.10.2014 по делу № А75-7982/2014, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, отменено решение антимонопольного органа, основанное на жалобе общественной организации, в определенной части. Указанное свидетельствует о неполной проработке общественной организации вопроса в части оснований жалобы.

Другой пример: общественная организация обжаловала в территориальном управлении ФАС России закупку, ссылаясь на неверный выбор заказчиком способа определения подрядчика. Жалоба антимонопольным органом была признана частично обоснованной – выбор подрядчика для работ на объекте культурного наследия не подпадает под условия проведения конкурса с ограниченным участием. Однако суды первой (решение от 06.08.2014) и апелляционной (постановление 12.11.2014) инстанций по делу № А32-15497/2014 признали недействительными решение и предписание антимонопольного органа по жалобе общественной организации, привлеченной к судебным спорам в качестве третьего лица.

Общественная организация обязана доказать, чьи конкретно интересы она защищает в суде

Решением АС Алтайского края от 24.08.2015 по делу № А03-10110/2015 общественной организации в иске о признании закупки и контракта недействительными отказано. Заявленные требования общественная организация мотивировала тем, что закупка проводилась с нарушением норм [Закона № 44-ФЗ](#), выразившимся в установлении незаконных требований к участникам закупки, а также в необоснованном объединении в один лот не связанных между собой работ, что повлекло к созданию преимущественного положения конкретному участнику закупки перед остальными участниками. Также в конкурсной документации отсутствует раздел о проведении пусконаладочных работ, необходимых для ввода объекта в эксплуатацию или подписания акта приемки законченного строительством объекта.

Судом отмечено, что в соответствии с [п. 1 ст. 449 ГК РФ](#) торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. Под заинтересованным лицом, которое вправе обратиться с требованием о признании недействительными результатов торгов, следует понимать в том числе участников конкурса или аукциона, а также лиц, которым было отказано в участии в конкурсе или аукционе ([п. 13 Постановления Пленума](#)

ВАС РФ от 02.12.1993 № 32). В соответствии со ст. 2, 4 АПК РФ одной из задач судопроизводства является защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, при этом за защитой нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов вправе обратиться заинтересованное лицо. В соответствии с п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства», применимого к рассматриваемому спору по аналогии, иск о признании публичных торгов недействительными, заявленный лицом, права и законные интересы которого не были нарушены вследствие отступления от установленного законом порядка проведения торгов, не подлежит удовлетворению. Лицо, обращающееся с требованием о признании торгов недействительными, должно доказать наличие защищаемого права или интереса с использованием мер, предусмотренных гражданским законодательством. Нарушения порядка проведения торгов не могут являться основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы данными нарушениями не затрагиваются и не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенной на торгах сделки. При рассмотрении иска о признании публичных торгов недействительными суд должен оценить, являются ли нарушения, на которые ссылается истец, существенными и повлияли ли они на результат торгов.

Таким образом, основанием для отказа в исковых требованиях общественной организации послужило то, что она не только не являлась участником конкурса, но и не указала, в интересах какого лица или группы лиц ею подано исковое заявление. Также не представлено достаточных доказательств того, что общественная организация является лицом, заинтересованным в подаче данного иска.

Акты, поддерживающие правовые позиции общественных организаций

Решением АС Архангельской области от 09.07.2014 по делу № А05-6086/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 17.10.2014) и кассационной (постановление от 16.02.2015) инстанций, подтверждена правовая позиция антимонопольного органа, сформированная на основании жалобы общественной организации, в части нарушения заказчиком требований Закона № 44-ФЗ, выразившегося в излишнем требовании к участникам закупки.

Решением АС Хабаровского края от 03.09.2014 по делу № А73-8275/2014, оставленным без изменения Постановлением 6 ААС от 14.11.2014, подтверждена позиция антимонопольного органа, установившего на основании жалобы, поданной общественной организацией, в действиях муниципального заказчика нарушение Закона № 44-ФЗ, выразившееся в неверном выборе способа определения подрядчика.

Общественная организация, полагая, что проведение конкурса с ограниченным участием, а также объединение в один предмет закупки строительных работ и поставки оборудования, технологически и функционально не связанного с объектом строительства, приводит к необоснованному ограничению количества участников закупки, так как лица, занимающиеся только строительными работами либо только поставкой указанного оборудования, мебели, инвентаря и т.п., не смогут участвовать в данных электронных аукционах, обратилась в антимонопольный орган с жалобой. Жалоба признана обоснованной, в связи с чем заказчик обратился в АС Омской области с заявлением о признании решения и предписания антимонопольного органа недействительными. Суд первой инстанции в решении по делу № А46-7664/2014 от

17.09.2014 полностью поддержал доводы антимонопольного органа и общественной организации, однако Постановлением 8 ААС от 02.12.2014 решение отменено в части признания неправомерным объединения заказчиком в один предмет закупки выполнение строительных работ и поставки оборудования, технологически и функционально не связанного со строительством.

Выводы:

Арбитражная практика формируется неоднозначно и всецело зависит от уровня проработки общественной организацией правовой позиции в отношении действия (бездействия) того или иного заказчика с учетом наличия правовых коллизий в действующем законодательстве.

В настоящее время общественный контроль в контрактной системе в сфере закупок жестко ограничен нормами [ст. 102 Закона № 44-ФЗ](#), которые требуют дополнительных подзаконных актов в части определения процесса, порядка и степени участия субъектов общественного контроля в контрактной системе в сфере закупок, необходима тщательная корректировка действующего законодательства и установление пошагового алгоритма легальных действий общественных контролеров. Поскольку по-прежнему остается открытым вопрос о легитимности работы некоторых общественных организаций, которые на сегодняшний день «засыпают» заказчиков запросами о проведении проверок в рамках реализации [Закона № 212-ФЗ](#).

4.8. РНП в контрактной системе

Реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) (далее – РНП) является одним из инструментов защиты заказчиков от недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей). Законодателем предусмотрено, что включение хозяйствующего субъекта в РНП представляет собой один из видов юридической ответственности, поскольку такое включение является санкцией за недобросовестное поведение контрагента в сфере закупок и влечет за собой негативные последствия в виде лишения возможности хозяйствующего субъекта в течение двух лет участвовать в государственных и муниципальных закупках. Как любая мера публичной ответственности, данная мера должна отвечать принципам справедливости, соразмерности, пропорциональности государственного принуждения характеру совершенного правонарушения.

Судами первой и апелляционной инстанций по делу № А21-6001/2014 подтверждено, что основанием для включения в РНП является только такое уклонение лица от заключения контракта или от исполнения условий контракта, которое предполагает его недобросовестное поведение, совершение им умышленных действий (бездействия) в противоречие требованиям [Закона № 44-ФЗ](#), в том числе приведшее к невозможности заключения контракта с этим лицом как признанным победителем закупки и нарушающее права заказчика относительно условий и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием бюджетных средств и в предусмотренном бюджетным законодательством порядке.

Уместно провести аналогию с [Постановлениями Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 № 13-П](#), от [21.11.2002 № 15-П](#) и [Определениями Конституционного Суда РФ от 07.06.2001 № 139-О](#), от [07.02.2002 № 16-О](#), согласно которым применяемые государством

санкции должны отвечать требованиям Конституции РФ, соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционно защищаемым целям и ценностям, исключить возможность их произвольного истолкования и применения. По смыслу [ст. 55 Конституции РФ](#) введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния.

Учитывая изложенное выше, суды всех инстанций при рассмотрении вопроса о законности решения антимонопольного органа о включении или невключении лица в РНП не могут ограничиться только формальной констатацией ненадлежащего исполнения хозяйствующими субъектами тех или иных нормативных требований без выяснения и оценки всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи. Иное бы противоречило задачам арбитражного судопроизводства.

Итак, рассмотрим подход арбитражных судов к легальности включения хозяйствующих субъектов в РНП.

Включение в РНП сведений об участнике, занявшем второе место, при его уклонении неправомерно

Указанная правовая позиция нашла отражение в [Постановлении 8 ААС от 31.07.2015 № 08АП-5731/2015 по делу № А75-2002/2015](#). Суд апелляционной инстанции отменил решение АС Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 02.04.2015, подтвердившее позицию антимонопольного органа относительно правомерности включения участника, занявшего второе место и отказавшегося впоследствии от заключения контракта, в РНП.

Отменяя решение суда первой инстанции, апелляционный суд указал, что в силу [п. 6 ст. 54 Закона № 44-ФЗ](#) непредставление участником конкурса, заявке которого присвоен второй номер, заказчику в срок, установленный настоящей статьей, подписанных этим участником экземпляров контракта и обеспечения исполнения контракта не считается уклонением этого участника от заключения контракта. При этом конкурс признается несостоявшимся. Несмотря на то, что [п. 17 ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#) не содержит аналогичной нормы, суд счел возможность применения нормы [п. 6 ст. 54 Закона № 44-ФЗ](#) по аналогии закона, поскольку они регулируют сходные правоотношения и имеют одинаковую правовую природу. Перечень лиц, указанных в [ч. 2 ст. 104 Закона № 44-ФЗ](#), является закрытым, а порядок направления таких сведений, установленный в [ч. 4 и 5 ст. 104 Закона № 44-ФЗ](#) не предусматривает обязанность заказчика направлять в РНП информацию об участнике, заявке или предложению которого присвоен второй номер, уклонившемся от заключения контракта.

Аналогичная правовая позиция отражена в [письме ФАС России от 08.12.2014 № АЦ/50130/14](#) «О разъяснении законодательства о контрактной системе по вопросу направления заказчиком сведений в РНП об участнике, признанном победителем закупки, впоследствии уклонившемся от заключения контракта, в случае, если второй участник уклонился от заключения контракта».

Исключение из РНП ввиду несоразмерности нарушения и санкции

Решением АС Калининградской области от 07.10.2014 по делу № А21-6001/2014, оставленным без изменения Постановлением 13 ААС от 09.02.2015, на основе совокупности представленных материалов не выявлено недобросовестного поведения общества, включенного антимонопольным органом в РНП, в части намерения уклониться от заключения контракта. Победитель аукциона имел намерение заключить и исполнить контракт, поскольку обратился в обслуживающий его банк для предоставления гарантии на сумму с учетом условий антидемпинговых мер в установленные законом сроки. На основании письменного предложения банка победитель составил протокол разногласий, в котором потребовал от заказчика внести изменения в контракт в части увеличения в пункте контракта размера обеспечения в соответствии с антидемпинговыми мерами. Заказчик не принял данный протокол разногласий и вновь направил первоначальный проект контракта. Победитель не стал подписывать данную версию контракта, после чего согласно требованиям [Закона № 44-ФЗ](#) был признан уклонившимся от его заключения. Проанализировав действия победителя, суды не нашли в них намерений уклониться от заключения контракта. При рассмотрении вопроса о признании участника закупки уклонившимся от заключения контракта контролирующий орган не должен ограничиваться формальным установлением факта нарушения [Закона № 94-ФЗ](#), а обязан всесторонне исследовать все обстоятельства дела, дав оценку существенности нарушения, степени вины участника, ущерб, нанесенному заказчику.

Таким образом, антимонопольный орган обязан не только установить факт уклонения участника закупки от заключения контракта, но и выявить обстоятельства, свидетельствующие о намерении участника закупки отказаться от заключения контракта и направленности его действий на несоблюдение условий контракта или уклонение от его исполнения.

Решением АС Республики Коми от 30.06.2014 по делу № А29-3152/2014, оставленным без изменения [постановлением Второго арбитражного апелляционного суда от 10.09.2014](#), также подтверждена необходимость проверки антимонопольным органом наличия умысла в действиях хозяйствующего субъекта при рассмотрении вопроса о включении его в РНП. Правила о порядке ведения РНП обязывают антимонопольный орган проверять информацию и документы на наличие фактов, подтверждающих недобросовестность хозяйствующего субъекта.

Суды первой и апелляционной инстанций, установив отсутствие доказательств наличия у ИП намерения уклониться от выполнения государственного контракта (контракт расторгнут по решению суда, однако причиной невыполнения подрядных работ в полном объеме явилось отсутствие согласия отдельных собственников жилого дома на проведение ремонтных работ – заказчик не подготовил объект к ремонту), подтвердили позицию антимонопольного органа.

Суды также акцентировали внимание на том, что ни [Закон № 94-ФЗ](#), ни [Закон № 44-ФЗ](#), ни Правила ведения РНП не содержат безусловной обязанности антимонопольного органа включать представленные заказчиком сведения о поставщике в соответствующий реестр без оценки его действий в каждом конкретном случае.

Неподписание контракта победителем аукциона

по причине отсутствия интернет-связи является основанием для исключения из РНП

К данному выводу пришел АС Республики Башкортостан в решении от 29.07.2014 по делу № А07-11398/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 07.10.2014) и кассационной (постановление от 03.02.2015) инстанций. При этом сам факт неподписания победителем контракта в срок, установленный [ч. 3 ст. 70 Закона № 44-ФЗ](#), является доказанным и сторонами по существу не оспаривается.

Судами установлено, что неподписание контракта в предусмотренный законом срок явилось следствием сбоя в работе сети арендодателя победителя аукциона, исключившего возможность выхода последнего в Интернет. В подтверждение этого обстоятельства представлены письма арендодателя, которыми подтверждены факты подключения победителя аукциона к сети Интернет через оборудование арендодателя, а также наличия технического сбоя, следствием которого явилось отключение Интернета в офисе победителя аукциона.

Об указанных обстоятельствах победитель аукциона известил заказчика письмом, в котором также просил разрешения на заключение с ним контракта, указав, что в подтверждение своих намерений заключить контракт по итогам аукциона им внесено обеспечение исполнения контракта (платежное поручение).

Установленные по делу фактические обстоятельства свидетельствуют об отсутствии в действиях победителя аукциона признаков недобросовестности, а также о принятии им всех возможных мер по извещению заказчика о возникновении объективных препятствий для своевременного подписания контракта и о готовности заключить контракт. В этой связи судами сделан правильный вывод о невозможности применения к обществу такой меры ответственности, как включение в РНП, поскольку это представляет собой исключительно санкцию за недобросовестное поведение участника закупки (в том числе за уклонение от подписания контракта).

Непредставление обеспечения исполнения контракта - основание для включения в РНП

Решением АС Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 13.03.2015 по делу № А75-11952/2014 установлено, что отказ кредитной организации в предоставлении банковской гарантии не является обстоятельством, исключающим вину победителя аукциона (неподписание контракта и непредставление обеспечения исполнения контракта).

Принимая решение об участии в аукционе, хозяйствующий субъект несет риск наступления неблагоприятных для него последствий, предусмотренных [Законом № 44-ФЗ](#), в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие с требованиями [Закона № 44-ФЗ](#), в том числе приведших к невозможности заключения контракта с ним как с лицом, признанным победителем аукциона. Участник закупки должен осознавать то обстоятельство, что он вступает в правоотношения по расходованию публичных финансов на общественные социально-экономические цели, что требует от него большей заботливости и осмотрительности при исполнении своих обязанностей, вытекающих из конкретного контракта.

Включение участника закупки в РНП возможно только при наличии в его действиях недобросовестного поведения. При этом вопреки аргументам заявителя недобросовестность юридического лица должна определяться не его виной, то есть

субъективным отношением к содеянному, а исключительно той степенью заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота.

Нарушение процедуры заключения контракта по итогам аукциона, влекущее признание участника уклонившимся и включение сведений о нем в РНП, носит формальный характер, в связи с чем существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких-либо материальных последствий, а в пренебрежительном отношении к исполнению своих обязанностей в сфере закупок, выполнения работ, оказания услуг. Недобросовестность выразилась в халатном, непредусмотрительном, ненадлежащем исполнении своих обязанностей, возникающих из требований закона к процедуре заключения контракта.

Важно, что судом отмечено, что включение лица в РНП лишает такое лицо права на участие только в государственных (муниципальных) закупках, не ограничивая конституционное право лица на осуществление предпринимательской деятельности, то есть на участие в негосударственных торгах (аукционах) с контрагентами-предпринимателями.

Включение в РНП контрагента во время исполнения контракта не является основанием для расторжения контракта заказчиком в одностороннем порядке

Указанная правовая позиция подтверждена решением АС города Москвы от 11.02.2015 по делу № А40-178922/14, оставленным без изменения Постановлением 9 ААС от 21.04.2015. Судами установлено, что [п. 15 ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#) предусматривает обязанность принятия решения об одностороннем отказе от исполнения контракта исключительно при недобросовестности действий поставщика, позволивших ему стать победителем на этапе определения поставщика, то есть до заключения контракта, и не распространяет свое действие на отношения сторон контракта при возникновении каких-либо обстоятельств после заключения контракта в период его исполнения, которые не могли повлиять на определение поставщика.

Определение поставщика завершено 20.08.2014, с контрагентом заключен контракт. На этапе определения поставщика, то есть до заключения контракта, контрагент стал победителем на законных основаниях, поскольку полностью соответствовал требованиям, установленным документацией о закупке, а также в аукционной заявке, предоставлял исключительно достоверную информацию о своем соответствии таким требованиям.

На момент этапа определения поставщика и заключения договора он соответствовал всем необходимым требованиям, предъявляемым к нему [Законом № 44-ФЗ](#), в том числе отсутствовал в РНП. Доказательств обратного, равно как и доказательств того, что контрагент представил до заключения договора недостоверные сведения о себе или скрыл какие-либо сведения, что позволило ему стать победителем аукционной заявки, заказчик суду не представил.

Судами также отмечено, что внесение сведений о контрагенте в РНП иными заказчиками в период исполнения спорного контракта не могло повлиять на события, которые имели место ранее, в том числе на определение победителя данного аукциона, по результатам которого заключен спорный контракт.

Добросовестность хозяйствующего субъекта - не основание для включения в РНП

Решением АС Иркутской области от 27.11.2014 по делу № А19-14294/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 20.03.2015) и кассационной (постановление от 15.07.2015) инстанций, установлено, что нет оснований для включения хозяйствующего субъекта в РНП ввиду отсутствия в его действиях, направленных на заключение контракта, признаков недобросовестности (победитель обратился в банк, который неспешно оформлял банковскую гарантию).

Судами всех инстанций подтверждено, что решение антимонопольного органа не соответствует требованиям действующего законодательства и нарушает права и законные интересы общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, поскольку антимонопольным органом не доказано наличие обстоятельств, подтверждающих факты недобросовестных действий общества, повлекших уклонение от заключения контракта.

Определением ВС РФ от 22.09.2015 № 302-КГ-11139 в передаче кассационной жалобы по данному делу для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Выводы:

Непредставление обеспечения исполнения контракта, а равно как и представление с несоблюдением установленных требований, в том числе несоблюдением антидемпинговых требований, является основанием для признания победителя закупки уклонившимся от заключения контракта с последующим включением его в РНП.

Включение сведений в РНП об уклонившемся участнике закупки, занявшем второе место, неправомерно, поскольку указанное прямо не предусмотрено [Законом № 44-ФЗ](#).

Суд вправе исключить сведения о хозяйствующем субъекте из РНП ввиду несоразмерности санкций (наказания) совершенным нарушениям требований [Закона № 44-ФЗ](#). При этом суды учитывают все обстоятельства, способствующие свершению победителем закупки правонарушения, в том числе исследуется наличие добросовестного поведения.

4.9. Вопросы обжалования административного наказания в виде административного штрафа

Обжалование административного наказания – одна из самых проблемных составляющих контрактной системы в сфере закупок, поскольку контролирующие органы зачастую применяют формальный подход и не устанавливают досконально всех причин нарушения.

В судебных актах Конституционного Суда РФ ([постановления от 30.07.2001 № 13-П](#), от

21.11.2002 № 15-П, определения от 07.06.2001 № 139-О, от 07.02.2002 № 16-О) отражено, что применяемые государственными органами санкции должны отвечать требованиям Конституции РФ, соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционно защищаемым целям и ценностям, исключать возможность их произвольного истолкования и применения.

По смыслу [ст. 55 Конституции РФ](#) введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния.

Представляют безусловный интерес [Постановления Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П](#) и от [25.02.2014 № 4-П](#), обосновывающие наличие противоречий и дискриминации выраженным в Конституции РФ идеям справедливости и гуманизма и несовместимо с принципом индивидуализации ответственности за административные правонарушения в применении одинаковых мер ответственности за различные по степени опасности административные правонарушения без учета и оценки всех обстоятельств правонарушения. Антимонопольному органу необходимо учитывать имущественное и финансовое положение виновного в правонарушении лица.

Конституционный Суд РФ в отношении юридического лица определил, что невозможность применить к виновному лицу наказания ниже установленного в КоАП РФ предела административного штрафа согласно санкции не позволяет надлежащим образом учесть характер и последствия совершенного административного правонарушения, степень вины лица, его имущественное и финансовое положение, а также иные имеющие существенное значение для индивидуализации административной ответственности обстоятельства и, соответственно, обеспечить назначение справедливого и соразмерного административного наказания. Таким образом, допускается снижение административного штрафа на юридические лица, назначаемый согласно установленной санкции в сумме 100 тыс. руб. и более, до низшего предела, предусмотренного для юридических лиц соответствующей административной санкцией.

Полагаем возможным рассмотреть данную позицию в проекции на должностное лицо.

Административное наказание контрагента за нарушение законодательства о размещении заказов за продление срока действия контракта

Решением АС Республики Татарстан от 19.08.2015 по делу № А65-23381/2014, вынесенному после передачи дела на новое рассмотрение [Постановлением АС Поволжского округа от 29.06.2015 № Ф06-25167/2015](#), отказано в удовлетворении требований подрядчика о признании недействительным и отмене постановления о привлечении подрядчика к административному штрафу.

За продление сроков исполнения контракта (по вине подрядчика, не успевающего сдать работы в срок) антимонопольный орган привлек подрядчика к ответственности, предусмотренной [ч. 4 ст. 7.32 КоАП РФ](#), – административный штраф в размере 200 тыс. рублей.

Подрядчик апеллировал к судам всех инстанций, настаивая на малозначительности сути вменяемого правонарушения. Вместе с тем суды отклонили данный довод. Согласно [ст. 2.9 КоАП РФ](#) при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее

административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

При квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность административного правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям (п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10). Положения ст. 2.9 КоАП РФ могут быть применены судом к любому совершенному правонарушению.

Как указано в п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», малозначительным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но, с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий, не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. Согласно п. 18.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (в редакции Постановления Пленума ВАС РФ от 20.11.2008 № 60) квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений п. 18 настоящего постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Существенная угроза охраняемым общественным отношениям может выражаться не только в наступлении каких-либо материальных последствий правонарушения, но и в пренебрежительном отношении субъекта к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к формальным требованиям публичного права.

Оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо с угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. При разрешении вопроса о законности либо незаконности привлечения к ответственности необходимо установить не только формальное сходство содеянного с признаками того или иного административного правонарушения, но и решить вопрос о социальной опасности деяния.

Оценив характер совершенного административного правонарушения, степень его общественной опасности с учетом объекта посягательства, принимая во внимание конкретные обстоятельства дела, суды не усмотрели оснований для признания совершенного правонарушения малозначительным в связи с наличием существенной угрозы охраняемым общественным интересам. Доказательств, подтверждающих отсутствие у подрядчика реальной возможности предпринять все возможные меры, направленные на недопущение нарушений требований действующего законодательства, а равно наличия объективных причин невозможности исполнения возложенных на него действующим законодательством обязанностей, подрядчиком не представлено.

В соответствии с целями административного наказания, по ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, устанавливаемые КоАП РФ размеры административных штрафов должны соотноситься с характером и степенью общественной опасности административных правонарушений и обладать разумным сдерживающим эффектом, необходимым для соблюдения находящихся под защитой административно-деликтного законодательства запретов. При этом в силу ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу должен учитываться характер совершенного им административного

правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность. Привлекая подрядчика к административной ответственности в виде штрафа в минимальном размере 200 тыс. руб., антимонопольный орган принял во внимание обстоятельства, подлежащие учету при назначении наказания.

Конституционный Суд РФ в [Постановлении от 25.02.2014 № 4-П](#) признал не соответствующими Конституции РФ отдельные положения статей КоАП РФ, устанавливающие минимальные размеры административных штрафов, применяемых в отношении юридических лиц, совершивших предусмотренные ими административные правонарушения, в размерах 100 тыс. руб. и более в той мере, в какой эти положения не допускают назначения административного штрафа ниже низшего предела, указанного в соответствующей административной санкции, и тем самым не позволяют обеспечить назначение справедливого и соразмерного административного наказания.

В п. 2 резолютивной части постановления КС РФ указал, что впредь до внесения в КоАП РФ надлежащих изменений размер административного штрафа, назначаемого юридическим лицам, совершившим административные правонарушения, минимальный размер штрафа за которые установлен в сумме 100 тыс. руб. и более, может быть снижен судом ниже низшего предела, предусмотренного для юридических лиц соответствующей административной санкцией, на основе требований Конституции РФ и правовых позиций КС РФ, выраженных в настоящем постановлении, а именно с учетом последствий совершенного административного правонарушения, степени вины привлекаемого к административной ответственности юридического лица, его имущественного и финансового положения, а также иных имеющих существенное значение для индивидуализации административной ответственности обстоятельств и, соответственно, обеспечения назначения справедливого и соразмерного административного наказания.

Как следует из материалов дела, совершенное подрядчиком правонарушение характеризуется высокой степенью общественной опасности в связи с наличием существенной угрозы охраняемым общественным интересам. Данный вывод не опровергнут заявителем.

Подрядчиком не представлено никаких доказательств, свидетельствующих о том, что взыскание штрафа в размере 200 тыс. руб. приведет к неблагоприятным последствиям для его финансового и имущественного положения, что взыскание штрафа в таком размере может повлиять неблагоприятно на возможность осуществления им хозяйственной деятельности.

Аналогичная правовая позиция изложена в [Постановлениях 11 ААС от 10.02.2015 по делу № А65-23374/2014](#) и [АС Поволжского округа от 08.06.2015 № Ф06-24049/2015](#) по тому же делу.

Отмена административного наказания подрядчика в силу его малозначительности

К такому выводу пришел АС Кировской области в решении от 28.08.2015 по делу № А28-9103/2015 при обжаловании подрядчиком постановления о привлечении к административной ответственности в виде административного штрафа за подписание дополнительного соглашения к контракту о продлении срока выполнения работ.

Материалами дела подтвержден и не оспаривался подрядчиком факт нарушения положений [ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#), что свидетельствует о наличии в действиях

подрядчика состава административного правонарушения, ответственность за которое установлена [ч. 5 ст. 7.32 КоАП РФ](#).

Вместе с тем судом установлено, что выявление в ходе исполнения контракта на стадии подготовительных работ по устройству пола аварийного состояния нижней разводки системы отопления фактически препятствовало подрядчику надлежаще исполнить контракт, поскольку любая авария на нижней разводке системы отопления исключала бы возможность проведения в спортивном зале занятий. Срыв контракта в августе 2014 года по вине заказчика, не предусмотревшего указанные работы в предмете контракта, а также не включившего в контракт положения о возможности внесения изменений в соответствии со [ст. 95 Закона № 44-ФЗ](#), повлек бы не только нарушение имущественных прав подрядчика (частный интерес), но и нарушение публичного интереса, выражающегося в необходимости подготовки материальной базы школы к началу учебного года. При таких обстоятельствах невозможно продолжение капитального ремонта спортивного зала без устранения аварийного состояния системы отопления, а отказ подрядчика от исполнения контракта по вине заказчика не обеспечивал муниципальные нужды, необходимость удовлетворения которых обусловило проведение электронного аукциона и заключение контракта.

Учитывая в совокупности обстоятельства совершения правонарушения, суд приходит к выводу о том, что совершенное подрядчиком правонарушение может быть признано малозначительным.

Обжаловать постановление о привлечении к административной ответственности возможно и в арбитражном суде (как исключение)

К такому выводу пришел АС Калужской области в решении от 05.08.2015 по делу № А23-3216/2015 при обжаловании главой администрации городского поселения постановления о привлечении к административной ответственности в виде административного штрафа.

Судом отмечено, что согласно [ст. 27 АПК РФ](#) арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

В соответствии со [ст. 23.1 КоАП РФ](#) судьи арбитражных судов рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных [ст. 14.9, 14.31, 14.31.1, 14.31.2, 14.32, 14.33 КоАП РФ](#). Согласно [ст. 30.1 КоАП РФ](#) постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное должностным лицом, может быть обжаловано лицами, указанными в [ст. 25.1-25.5.1 КоАП РФ](#), в частности, вынесенное должностным лицом – в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела.

Однако [ст. 46 Конституции РФ](#) установлено, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

Учитывая, что глава администрации городского поселения обратилась в АС Калужской области с соответствующим заявлением, которое было принято к производству, а срок на подачу соответствующего заявления в суд общей юрисдикции пропущен, передача дела в суд общей юрисдикции недопустима, прекращение производства по его заявлению в арбитражном суде фактически повлечет за собой нарушение вышеуказанных конституционных прав.

С учетом изложенного суд, руководствуясь указанными положениями Конституции РФ, а также Конвенции о защите прав человека и основных свобод, позицией Европейского Суда по правам человека, пришел к выводу о необходимости рассмотрения настоящего спора по существу арбитражным судом первой инстанции.

| -----
| Выводы:

| К административному наказанию за нарушение требований законодательства РФ о контрактной системе могут привлекаться не только заказчики, но и контрагенты. При определении степени вины субъекта административного наказания должны учитываться все обстоятельства совершенного правонарушения.

| Не применять административное наказание за нарушение требований законодательства РФ о контрактной системе в связи с малозначительностью возможно только при полном согласии субъекта правонарушения с вменяемым ему нарушением. Оценка малозначительности должна быть соразмерной характеру и степени общественной опасности, причинением вреда либо с угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Контрактная система и конкуренция

Нарушение антимонопольного законодательства

Ограничение конкуренции при осуществлении закупок

Сговор на торгах

Персональные данные в контрактной системе

5.1. Нарушение антимонопольного законодательства в контрактной системе

Заказчик обязан осуществлять закупки не только в соответствии с требованиями [Закона № 44-ФЗ](#), но и соблюдать требования антимонопольного законодательства. Антимонопольный орган постоянно следит за соблюдением заказчиками требований, не допускающих ограничение конкуренции в процессе закупок товаров, работ и услуг для государственных и муниципальных нужд. Однако понимание ограничения конкуренции антимонопольным органом и заказчиками неоднозначно, что является причиной многочисленных судебных споров.

Необходимо разделять нарушения, допущенные по [Закону № 94-ФЗ](#) и по [Закону № 135-ФЗ](#)

Решением АС Республики Татарстан от 17.11.2011 по делу № А65-19918/2011, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 26.01.2012) и кассационной (постановление от 03.05.2012) инстанций, опровергнута правовая позиция антимонопольного органа в части нарушения заказчиком антимонопольного законодательства ([ч. 1 ст. 17 Закона № 135-ФЗ](#)). Судами установлено, что оспариваемое решение было принято по делу о нарушении [Закона № 94-ФЗ](#), а не антимонопольного законодательства. Кроме того, антимонопольным органом ни в административном порядке, ни в судебном не доказано нарушение требований законодательства о защите конкуренции.

Предложение унитарным предприятием цены ниже утвержденных тарифов – нарушение конкуренции

Решением АС Курской области от 02.06.2015 по делу № А35-1268/2015, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции (постановление от 25.08.2015), поддержана позиция антимонопольного органа о нарушении участником закупки антимонопольного законодательства в части установления монопольно низкой цены унитарным предприятием при участии в закупках на сбор и вывоз твердых бытовых отходов. Как бы ни показалось странным, но арбитражные суды и антимонопольный орган сошлись во мнении, что идеология наименьшей цены в контрактной системе не должна расходиться с нормами [Закона № 135-ФЗ](#).

Судом установлено, что унитарное предприятие подало заявку на участие в закупке с ценовым предложением ниже установленных администрацией города тарифов. Конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий выполнения контракта. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям [Закона № 135-ФЗ](#), в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

Таким образом, по общим правилам [Закона № 44-ФЗ](#) победителем закупки признается участник, предложивший лучшую цену контракта либо лучшие условия его исполнения. При этом [Закон № 44-ФЗ](#) не содержит каких-либо исключений либо изъятий для муниципальных учреждений (предприятий), для которых стоимость оказываемых услуг подлежит утверждению органами местного самоуправления, в силу требований федерального законодательства.

Так, действующее законодательство не исключает обязательность применения муниципальным учреждением (предприятием) установленных для него органами местного самоуправления тарифов на оказываемые им услуги в случае его участия в закупках, порядок проведения которых регламентирован [Законом № 44-ФЗ](#). В рассматриваемой ситуации муниципальное учреждение (предприятие) не вправе самостоятельно отказаться от применения императивно установленных органами местного самоуправления тарифов на оказываемые им услуги, в том числе с целью победы в запросе котировок на заключение соответствующего контракта, и, как следствие, сохранение доминирующего положения на соответствующем рынке услуг. Ссылки унитарного предприятия на разъяснения ФАС России, опубликованные на официальном сайте в сети «Интернет», в части участия муниципальных предприятий на торгах и разъяснения применения норм, содержащихся в ст. 9 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подлежат отклонению по следующим основаниям:

- разъяснения ФАС России не являются нормативно-правовым актом, а соответственно носят лишь информационный характер, не являются обязательными для применения;
- унитарное предприятие ссылается на разъяснения применения норм, содержащихся в ст. 9 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», которая на момент существования спорных правоотношений утратила законную силу.

Судами установлено, что при принятии оспариваемых решения и предписания антимонопольный орган не указывал на невозможность участия в закупках для государственных и муниципальных нужд. Антимонопольный орган указал на то, что унитарное предприятие не вправе нарушать установленный для него законодателем порядок ценообразования, в том числе и в случае участия в закупках для государственных и муниципальных нужд.

Необходимо отметить, что в соответствии с порядком регулирования цен (тарифов) на услуги, оказываемые муниципальными предприятиями и учреждениями города, и работы, выполняемые муниципальными предприятиями и учреждениями города, утвержденным решением городского собрания, основанием для изменения цен (тарифов) является изменение стоимости потребляемых материальных ресурсов, условий оплаты труда и других факторов, влияющих на изменение себестоимости выполняемых работ, оказываемых услуг, а также уровень инфляции. Таким образом, в случае несоответствия, по мнению муниципального учреждения, установленных тарифов имеющей место экономической ситуации на рынке тех или иных услуг учреждение вправе обратиться в орган местного самоуправления с соответствующим заявлением о пересмотре утвержденных тарифов, с приложением предусмотренных Порядком документов.

На основании изложенного суды поддержали выводы антимонопольного органа о нарушении унитарным предприятием требований [Закона № 135-ФЗ](#) в части подачи в процессе участия в закупке ценового предложения ниже установленных и утвержденных для унитарного предприятия тарифов.

Конкуренция должна быть между участниками закупок

16 ААС в Постановлении от 30.07.2015 по делу № 63-11154/2014 о признании незаконными решения и предписания УФАС по Ставропольскому краю сделал выводы о процессе и степени конкуренции в закупках.

Судом установлено, что Закон № 44-ФЗ не содержит как норм, ограничивающих право заказчика включать в документацию о закупке требования к объекту закупки, которые являются для него значимыми, так и норм, обязывающих заказчика устанавливать в документации, вопреки его потребностям, такие требования к характеристикам объекта закупки, которые соответствовали бы всем существующим видам товаров, работ, услуг. Также Закон № 44-ФЗ не предусматривает определение поставщика (подрядчика, исполнителя) только при условии наличия более чем одного производителя (подрядчика, исполнителя) товара, работы, услуги, необходимых заказчику, и не допускает определение, как участниками рынка, так и контрольными органами в сфере закупок потребности заказчика в товаре, работе, услуге и их характеристик (потребительских свойств).

Следовательно, нормы Закона № 44-ФЗ направлены на обеспечение конкуренции не между товарами, работами, услугами и не между производителями товаров, а между участниками определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при этом основной задачей этих норм является не столько обеспечение максимально широкого круга участников определения поставщика (подрядчика, исполнителя), сколько выявление в результате этого определения лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени удовлетворит потребности заказчика в необходимом ему товаре или необходимой ему работе, услуге.

Таким образом, нормы Закона № 44-ФЗ обязывают поставщиков предлагать для поставки заказчикам только те товары, которые соответствуют потребностям самих заказчиков, что, в свою очередь, предполагает стимулирование производителей к производству именно таких товаров.

Выводы:

Понятие «ограничение конкуренции» неоднозначно применяется антимонопольным органом и заказчиками, что явно показывает арбитражная практика.

Конкуренция возможна исключительно между участниками закупки, и согласно нормам Закона № 44-ФЗ такая конкуренция реализуется в рамках ценовой политики. Определенные требования заказчика, обозначенные в проекте контракта или в описании объекта закупки, не нарушают конкуренцию, а лишь описывают порядок выполнения контрактного обязательства лицом, выигравшим право заключения контракта.

Предложение цены контракта, значительно ниже НМЦК, а также выходящее за рамки правового поля хозяйственной деятельности юридического лица, является ярким примером нарушения конкуренции.

5.2. Ограничение конкуренции при осуществлении закупок

Ст. 6 Закона № 44-ФЗ установлено, что контрактная система в сфере закупок основывается на принципах открытости, прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок.

Конкуренция в закупках основывается на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям Закона № 44-ФЗ, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

Правовая позиция антимонопольного органа во время действия Закона № 94-ФЗ была единой – объединение в один лот товаров, работ, услуг, не связанных между собой, является нарушением конкуренции в части ограничения круга потенциальных участников размещения заказа. На этом основании выносили решения и предписания по отмене процедур. Вместе с тем Закон № 44-ФЗ обрел новые и конкретные цели, указанные в ст. 13. Выделение целей, принципов контрактной системы в сфере закупок изменило вектор судебной практики, с которым антимонопольный орган абсолютно не согласен.

Правомерность включения в один лот поставки компьютерной техники и программного обеспечения (ПО)

Решением АС Республики Татарстан от 08.10.2014 по делу № А65-18409/2014, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, признаны незаконными решение и предписание антимонопольного органа о нарушении заказчиком требования ст. 33 Закона № 44-ФЗ (описание объекта закупки, ограничивающее количество потенциальных участников закупки), выразившемся во включении в один лот поставки компьютерной техники и ПО. Антимонопольный орган решил, что поставка указанного ПО и компьютеров может осуществляться разными лицами. ПО является узкоспециализированным, специализированным.

Суды всех инстанций исходили из того, что в описании объекта закупки заказчиком указаны конкретные условия поставки товара, в том числе: «ПО для возможности коллективной работы при наличии на управляемых компьютерах клиентской части данного ПО».

Заказчик в зависимости от своих потребностей в документации о закупке должен установить требования, в частности, к качеству, техническим характеристикам (потребительским свойствам), размерам, упаковке товара с учетом специфики его деятельности и в целях обеспечения эффективного использования бюджетных средств, при соблюдении установленных законодательством РФ положений, направленных на

обеспечение при проведении торгов конкурентной среды. Соответственно, он вправе включить в документацию о закупке такие характеристики и требования к товару, которые отвечают его потребностям и необходимы для выполнения соответствующих функций. При этом заказчик вправе в необходимой степени детализировать предмет закупок.

Отмечено, что законом не предусмотрено ограничений по включению в документацию о закупке требований к товару, являющихся значимыми для заказчика; не предусмотрена и обязанность заказчика обосновывать свои потребности при установлении требований к поставляемому товару. Более того, указание в документации конкретных характеристик поставляемого товара предусмотрено законодательством о закупках. Ограничивает усмотрение заказчика только требование о недопустимости ограничения конкуренции.

Нормы [Закона № 44-ФЗ](#) допускают самостоятельное формирование заказчиком закупки исходя из его потребностей. При описании товара заказчик вправе указывать качественные параметры к объекту закупок, которые являются определяющими для него, но при этом не ограничивающими количество потенциальных участников закупок; он не лишен возможности более точно и четко указывать требования к закупаемому товару.

По мнению судов, антимонопольный орган не учел то обстоятельство, что наличие на компьютерах установленного ПО технологически связано с их поставкой ввиду того, что использование компьютеров без необходимого ПО нецелесообразно.

При этом в соответствии с [п. 3 ст. 13 Закона № 44-ФЗ](#) в качестве одной из основных целей осуществления закупок является обеспечение выполнения функций и полномочий государственных органов РФ, органов управления государственными внебюджетными фондами РФ, государственных органов субъектов РФ, органов управления территориальными внебюджетными фондами, муниципальных органов. В связи с этим основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников закупок, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере закупок.

При формировании условий закупки заказчик не должен игнорировать предмет и цели регулирования сферы закупок, направленные на эффективность использования бюджетных средств и развитие добросовестной конкуренции, а также соблюдать требования [ст. 17 Закона № 135-ФЗ](#), запрещающей совершение любых действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении торгов.

[Определением ВС РФ от 30.07.2015 № 306-КГ15-8017](#) отказано в передаче дела на рассмотрение Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ. Отмечено, что довод антимонопольного органа о неправомерности объединения в один лот товаров, являющихся предметом электронных аукционов, ввиду возможности поставки ПО и компьютеров разными лицами правомерно отклонен судами, поскольку в связи с отсутствием законодательного запрета на объединение товаров (работ, услуг) в один лот возможность поставки товаров разными лицами сама по себе не может являться доказательством неправомерности документации о закупке.

Объединение в один лот молока и молочной

продукции с сыром и сгущенным молоком ограничивает конкуренцию

Решением АС Челябинской области от 01.10.2014 по делу № А76-11260/2014, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 09.12.2014) инстанции, обосновано нарушение заказчиком антимонопольных требований в части объединения в один лот молочной продукции и сыра.

Судами обосновано, что объект закупки, исходя из соотношения молока и молочной продукции (творог, сметана, варенец, кефир) и сыра (78 кг), сгущенного молока (65,74 кг), масла (268 кг), может быть экономически интересен производителям и поставщикам молока и указанной молочной продукции. Из представленных прайс-листов следует, что часть потенциальных участников закупки, молочных комбинатов не производят и не реализуют сыр и сгущенное молоко. Включение указанной продукции в один лот с молоком и молочной продукцией исключает возможность участия в аукционе производителей молока и молочной продукции и поставщиков, специализирующихся на поставке указанной продукции и работающих с заводами-производителями. Закупка различных видов продукции в рамках одного лота не позволяет товаропроизводителям и организациям, специализирующимся на поставках определенных видов продуктов питания, участвовать в аукционе на поставку для учреждения молока и молочной продукции, что может привести к ограничению конкуренции. В такой ситуации включение в один лот рассматриваемых товаров может привести к ограничению конкуренции при проведении аукциона и сокращению количества участников закупки.

Заказчиком не доказана потребность в поставке в рамках одного контракта различных продуктов, относящихся к разным товарным группам, функциональным, потребительским назначениям и характеристикам. Судами отклонена обобщающая ссылка заказчика на то, что все виды продуктов являются продуктами переработки молока и взаимозаменяемы, поскольку «100 грамм молока только по белкам и углеводам можно заменить 10 граммами сыра», является в данной ситуации неосновательной.

«КонсультантПлюс» – не товарный знак!

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 26.02.2008 по делу № А56-48828/2007, оставленным без изменения судом апелляционной (постановление от 29.04.2008) инстанции, подтверждена правовая позиция антимонопольного органа о том, что включение управлением в конкурсную документацию указания на систему «КонсультантПлюс» без слов «или эквивалент» не ограничивает доступ к участию в конкурсе распространителей эквивалентных справочных правовых систем и не является нарушением [ч. 3 ст. 22 Закона № 94-ФЗ](#).

Заказчик приобретал не товар – справочную правовую систему, а услуги по обслуживанию уже используемой им системы. У услуг не может быть товарного знака, патента, полезной модели, промышленного образца, наименования места происхождения товара или наименования производителя. Наименование производителя может быть только у товара. У услуг есть исполнитель, который требуемые заказчику услуги оказывает, поэтому ЗАО «КонсультантПлюс» «производителем» услуг, требуемых заказчику, не является, что обжалуется заявителем. Исполнителем услуг является победитель конкурса. Заказчиком не указывался в документации «товарный знак услуги» и «наименование производителя услуги», так как это невозможно сделать.

Судами отмечено, что доказательств того, что подобные услуги могут оказываться только одним юридическим лицом, заявителем не представлено. Ответчиком представлен в материалы дела перечень юридических лиц, обладающих правом на

Конкретные габаритные требования к поставляемому оборудованию

Решением АС Белгородской области от 16.06.2008 по делу № А08-7851/07-26, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, признаны недействительными решение и предписания УФАС по Белгородской области в части признания заказчика нарушившим [Закон № 94-ФЗ](#) путем включения в условия конкурсной документации обязательных требований к техническим характеристикам поставляемого оборудования, таким как высота, ширина, глубина и вес с точностью до сантиметра и килограмма. Суды указали на ошибочное мнение антимонопольного органа о том, что такие конкретные требования по габаритам оборудования исключают возможность поставки его эквивалента, чем необоснованно создаются преимущества для поставщиков, имеющих возможность предложить прибор конкретного производителя, и ограничивается доступ к участию в конкурсе иных поставщиков.

В конкурсной документации о функциональных и качественных характеристиках поставляемого оборудования содержались конкретные требования к габаритам/весу закупаемого оборудования. Однако в содержании информационной карты конкурса в разделе «Текст пояснений» указано «фирменное наименование или эквивалент». Учитывая, что [ч. 3 ст. 34 Закона № 94-ФЗ](#) предусмотрено, что эквивалентность товаров определяется в соответствии с требованиями и показателями, устанавливаемыми в соответствии с [ч. 2 ст. 34](#), в которой перечислены требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, безопасности, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика, а также то, что указание в «Тексте пояснений» информационной карты конкурса на номер лота, вид и предмет конкурса со ссылкой на слово «или эквивалент» подразумевает соответствие эквивалентных товаров по качеству, техническим и функциональным характеристикам и не может повлечь ограничения количества участников размещения заказа, суд пришел к правильному выводу, что конкурсная документация соответствовала требованиям, установленным [ст. 22 Закона № 94-ФЗ](#).

Картриджи! Неоригинальные товары, произведенные без согласия правообладателя, не подлежат судебной защите в РФ

Решением АС Республики Татарстан от 28.08.2014 по делу № А65-14066/2014, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 26.11.2014) и кассационной (постановление от 19.02.2015) инстанций, опровергнут довод антимонопольного органа о нарушении заказчиком требований [Закона № 44-ФЗ](#) в части указания в документации при закупке картриджей конкретного кода производителя без возможности поставки эквивалента.

Заказчик в документации к аукциону указал конкретные значения товарных кодов производителей картриджей, которые при должной и необходимой квалификации, осмотрительности и добросовестности возможно было соотнести только с производителями оригинальных, соответствующих гарантийным и технологическим

требованиям, картриджей. Указанное позволяет однозначно идентифицировать объект закупки как оригинальный картридж.

Судами указано, что данное обстоятельство не может трактоваться как введение в заблуждение участников закупки.

Антимонопольный орган в обоснование правомерности своей позиции сослался на то, что указание на товарный знак создает препятствие для хозяйствующих субъектов, обладающих «неоригинальными» товарами, предложить их для участия в закупке, подразумевая под неоригинальными товарами те, которые произведены без согласия правообладателя под маркой либо без маркировки правообладателя.

Данный довод правомерно не принят судами, поскольку введение в оборот товаров, которые произведены без согласия правообладателя, под маркой либо без маркировки правообладателя не соответствует требованиям законодательства и в силу положений [ст. 10 ГК РФ](#) не создает обязанности правовой защиты со стороны компетентных органов.

Судами обоснованно отмечено, что в рассматриваемом деле заявителем прямо указана марка и товарные знаки расходных материалов к уже имеющемуся у него оборудованию, что прямо предусмотрено [п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона № 44-ФЗ](#) и не создает объективной части вменяемого антимонопольным органом заказчику нарушения.

[Определением ВС РФ от 25.05.2015 № 306-КГ15-5401](#) антимонопольному органу отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Ограничение конкуренции в действиях органов исполнительной власти

Решением АС Омской области от 08.04.2014 по делу № А46-2356/2014, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, подтверждена позиция антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства органом исполнительной власти субъекта РФ, выраженном в направлении заказчиком соответствующего субъекта РФ писем, содержащих информацию рекомендательного характера относительно выбора организаций, осуществляющих повышение квалификации в сфере закупок по [Закону № 44-ФЗ](#). В указанных письмах заказчиком была рекомендована лишь одна организация, тогда как УФАС по Омской области установлено функционирование более семи учреждений, осуществляющих обучение по программам повышения квалификации по темам, связанным с контрактной системой, при этом в некоторых случаях стоимость была значительно ниже, чем у рекомендованной организации.

Принимая во внимание то, что для соответствующей квалификации действий (бездействия) как нарушения антимонопольного законодательства ([ч. 1 ст. 15 Закона № 135-ФЗ](#)) достаточно угрозы наступления последствий в виде ограничения конкуренции, создания определенных преимуществ и дискриминации на определенном товарном рынке. При этом запрет адресован органам, осуществляющим властные функции, в целях предупреждения их негативного вмешательства в конкурентную среду посредством использования административных инструментов.

В соответствии с [п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30](#) «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» при рассмотрении дел о признании недействующими или недействительными актов названных органов, о признании незаконными их действий (бездействия) по заявлениям антимонопольного органа,

поданным в связи с нарушением [ч. 1 ст. 15 Закона № 135-ФЗ](#), арбитражные суды должны учитывать следующее: если антимонопольным органом доказано, что акты, действия (бездействие) приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а соответствующим органом не указана конкретная норма федерального закона, разрешившая данному органу принять оспариваемый акт, осуществить действия (бездействие), заявленные требования подлежат удовлетворению.

В [абз. 3 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 10.02.2009 № 2](#) «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» разъяснено, что к таким действиям по смыслу [гл. 25 ГПК РФ](#) относится властное волеизъявление названных органов и лиц, которое не облечено в форму решения, но повлекло нарушение прав и свобод граждан и организаций или создало препятствия к их осуществлению.

Содержание писем свидетельствовало о том, что они являлись обязательными для исполнения и не носили рекомендательный характер. Письма не содержали информации о возможности приобретения товаров у других хозяйствующих субъектов и права выбора исполнителя по своему усмотрению.

Таким образом, судами всех инстанций подтверждено, что содержание данных писем, указывающих на необходимость, обязанность совершения определенных действий, принимая во внимание административно-правовые отношения органа исполнительной власти субъекта РФ и иных заказчиков данного субъекта, носит обязательный характер содержащихся в них указаний.

Выводы:

Объединение в один лот товаров не всегда является нарушением заказчиком антимонопольного законодательства. Заказчик преследует цели закупок, установленные в [ст. 13 Закона № 44-ФЗ](#). Для их достижения заказчик вправе объединять в одном лоте ряд товаров с обоснованием такого объединения.

Описывая объект закупки, заказчик вправе указать конкретные размеры, конкретную модель товара без сопровождения словами «или эквивалент» при условии обоснования такой необходимости и несовместимости товаров или систем. При этом следует учесть, что неоригинальные товары, произведенные без согласия правообладателя, не подлежат судебной защите в РФ. Таким образом, эквивалент товара, произведенный без согласия правообладателя, не может быть предметом поставки, а значит заказчик вправе указать в документации о закупке исключительно ту торговую марку, которая подходит к имеющемуся у заказчика в наличии оборудованию.

Органы исполнительной власти не имеют права издавать нормативные правовые акты или иные документы (письма), содержание которых влечет за собой ограничение конкуренции или возможность ограничения конкуренции.

5.3. Ограничение конкуренции при проведении

закупок работ строительных

С учетом значимости проблемы мы выделили отдельно вопросы конкуренции при осуществлении закупок на выполнение подрядных (строительных) работ. С первого дня действия [Закона № 94-ФЗ](#) ФАС России в борьбе за ограничение добросовестной конкуренции на всей территории РФ сформировала следующую правовую позицию – объединение в один лот товаров, работ, услуг, не связанных между собой, является нарушением конкуренции в части ограничения круга потенциальных участников размещения заказа.

Объединение в один лот проектно-изыскательских и строительно-монтажных работ является нарушением [Закона № 94-ФЗ](#)

Данная позиция поддержана решением АС города Москвы от 13.02.2012 по делу № А40-116388/11-120-988, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями. Суд указал – законодательством предусмотрено, что требования к качеству, к результату, к иным существенным характеристикам строительно-монтажных работ устанавливаются в соответствии с проектно-сметной документацией, которая содержит показатели, связанные с определением соответствия выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика. Проектирование и строительство являются различными видами деятельности, при осуществлении которых используются технологии, присущие каждой из данных видов деятельности отдельно, используется различный комплекс организационных мер, операций и приемов, направленных на изготовление, обслуживание, ремонт, эксплуатацию и/или утилизацию изделия, в связи с чем для осуществления данных видов деятельности требуется наличие разных по составу трудовых ресурсов и организационно-технических средств. В соответствии с [ч. 1 ст. 55.8 ГрК РФ](#) индивидуальные предприниматели или юридические лица вправе выполнять работы, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, в том числе осуществлять подготовку проектной документации и строительство, исключительно при наличии выданного саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким работам. В силу [ст. 55.3 ГрК РФ](#) саморегулируемые организации, основанные на членстве лиц, осуществляющих подготовку проектной документации, и саморегулируемые организации, основанные на членстве лиц, осуществляющих строительство, являются самостоятельными видами саморегулируемых организаций.

Контракт на подготовку проектной документации заключается с лицом, обладающим свидетельством, выданным саморегулируемой организацией, о допуске к работам по организации подготовки проектной документации, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным проектировщиком).

Контракт на осуществление строительства заключается с лицом, обладающим свидетельством, выданным саморегулируемой организацией, о допуске к работам по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком).

Указанные выше данные обстоятельства позволили судам всех инстанций определить, что объединение в один предмет торгов работ по подготовке проектной документации и

работ по организации строительства является нарушением [ч. 1 ст. 41.6 Закона № 94-ФЗ](#) в связи с неустановлением заказчиком объема работ, подлежащих выполнению в рамках заключаемого контракта, а также приводит к ограничению количества участников размещения заказа в связи с тем, что указанные работы относятся к различным товарным рынкам.

Для проведения конкурса с ограниченным участием по строительству необходимо одновременно два условия: НМЦК и категория объекта

[Постановлением 3 ААС от 27.08.2014 по делу № А33-5636/2014](#), оставленным без изменения кассационной инстанцией, отменено решение суда первой инстанции о признании недействительным решения УФАС по Красноярскому краю. Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что конкурс с ограниченным участием осуществляется при необходимости выполнения работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту в отношении определенных видов объектов капитального строительства независимо от НМЦК либо при необходимости выполнения указанных работ в отношении объектов, не относящихся к вышеперечисленным, но включенных в указанную группировку работ (работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту), если НМЦК превышает 50 млн. руб. при осуществлении закупок для обеспечения муниципальных нужд. Судом учтено, что работы по капитальному ремонту включены в группировку 45 «Работы строительные» ОКПД ОК 034-2007, принятого и введенного в действие приказом Ростехрегулирования от 22.11.2007 № 329-ст.

Отменяя решение суда первой инстанции, суд апелляционной инстанции указал, что из буквального содержания [п. 1 ч. 2 ст. 56 Закона № 44-ФЗ](#) следует, что конкурс с ограниченным участием проводится при закупке товаров (работ, услуг), которые в силу их особой сложности, инновационного или специализированного характера могут быть поставлены или выполнены ограниченным числом поставщиков, имеющих необходимый уровень квалификации.

Утвержденные дополнительные требования, предъявляемые к участникам закупки отдельных товаров, работ, услуг, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только контрагенты, имеющие необходимый уровень квалификации, и перечень документов, которые подтверждают соответствие таких участников дополнительным требованиям, предполагают наличие у участников закупок технологического оборудования и опыта работы, необходимых для выполнения технически и (или) технологически сложных работ инновационного, высокотехнологического или специализированного характера.

Выделение ценового критерия в качестве самостоятельного основания для проведения конкурса с ограниченным участием приводит к возможности применения данного способа закупки для выполнения работ, включенных в группировку 45 «Работы строительные» ОК 034-2007, но не относящихся к работам особой сложности, инновационного или специализированного характера, не требующих соответствующего уровня квалификации, в целях определения которого производится предквалификационный отбор, и в отношении объектов, не являющихся особо опасными, технически сложными объектами капитального строительства. Указанный подход противоречит целям проведения конкурса с ограниченным участием, установленным [ст. 56 Закона № 44-ФЗ](#).

Поскольку перечень не содержит определения особо опасных, технически сложных объектов капитального строительства, а отношения по строительству объектов капитального строительства, их реконструкции, капитальному ремонту регулируются ГрК РФ, определение таких объектов должно производиться в соответствии со [ст. 48.1 ГрК РФ](#).

Заказчик вправе требовать одновременно несколько лицензий и допусков СРО

Так, решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 04.07.2014 по делу А56-36250/2014, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, опровергнута позиция антимонопольного органа о запрете включения в конкурсную документацию требования одновременного наличия действующей лицензии на осуществление деятельности по реставрации объектов культурного наследия, свидетельства о допуске к работам, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, выданного СРО, действующей лицензии на осуществление деятельности по производству работ по монтажу, ремонту и обслуживанию средств обеспечения пожарной безопасности зданий и сооружений. По мнению контролирующего органа, это является нарушением положения [ч. 6 ст. 31 Закона № 44-ФЗ](#).

Суды двух инстанций, признавая незаконным оспариваемое решение антимонопольного органа в этой части, исходили из предмета конкурса (комплексный капитальный ремонт объекта культурного наследия федерального значения). Суды пришли к выводу о том, что требование заказчика о наличии лицензии на осуществление деятельности по производству работ по монтажу, ремонту и обслуживанию средств обеспечения пожарной безопасности зданий и сооружений правомерно, поскольку в предмет конкурса (согласно проектной документации) включены в том числе и технологически связанные с проведением капитального ремонта работы по монтажу средств обеспечения пожарной безопасности здания.

Анализ норм ГрК РФ с учетом положений [Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»](#), [Федерального закона от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия \(памятниках истории и культуры\) народов Российской Федерации»](#) позволил прийти к выводу о непротиворечии спорного требования заказчика положениям [Закона № 44-ФЗ](#), поскольку установление таких требований обусловлено прежде всего предметом закупки и необходимостью достижения необходимых результатов. Указанное не противоречит сложившейся деловой практике на рынке строительно-монтажных работ.

АС СЗО в постановлении от 27.01.2015 дополнительно отметил, что согласно [ст. 6 Закона № 44-ФЗ](#) к одним из основных принципов контрактной системы относятся не только принцип обеспечения конкуренции (создание равных условий между участниками закупки), но и принцип ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, а также принцип эффективности осуществления закупки (выявление лица, которое в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования). Поэтому включение в конкурсную документацию условия, которое в итоге привело к исключению из круга участников закупки лиц, не отвечающих (в силу своей специфики) очевидным потребностям заказчика, не является нарушением положений [Закона № 44-ФЗ](#).

Правомерность включения в один лот строительных работ и оборудования

Согласно решению АС Приморского края от 30.03.2012 по делу № А51-22790/2011, оставленному без изменения Постановлением 5 ААС от 04.07.2012, рассмотрение проблемы ограничения конкуренции должно осуществляться с учетом действующего законодательства РФ о размещении заказов и антимонопольного законодательства, в соответствии с которым в состав одного предмета торгов может включаться выполнение строительных работ, а также оборудование, поставка и установка которого технологически и функционально связаны со строительными работами.

Исходя из анализа [Закона № 94-ФЗ](#) и [Закона № 135-ФЗ](#), суд первой инстанции пришел к выводу о том, что при размещении соответствующих заказов заказчик вправе предусмотреть в документации о торгах необходимость поставки и монтажа оборудования, неразрывно связанного с объектом строительства. При этом в качестве неразрывно связанного с объектом строительства оборудования следует рассматривать оборудование, поставка и установка которого невозможны впоследствии без изменения предусмотренных проектом конструктивных решений объекта строительства.

В соответствии с конкурсной документацией необходимо выполнить работы по созданию волоконно-оптических линий связи, созданию локальной вычислительной сети, внедрить запись к врачу в электронной форме, а также поставить различное компьютерное оборудование. Однако отдельные пункты документации предусматривали поставку средств криптографической защиты информации, средств защиты информации от несанкционированного доступа и проведение работ по обеспечению защиты информации. При этом поставка компьютерного оборудования, выполнение остальных работ, внедрение записи к врачу в электронной форме не подлежат обязательному лицензированию.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, суд первой инстанции правомерно пришел к выводу о том, что при размещении заказа на работы по внедрению информационно-коммуникационных технологий объединены работы и поставка товара, которые могут быть выполнены и поставлены отдельно.

Поскольку в состав одного лота объединены работы и товары, технологически и функционально не связанные с предметом торгов, судебная коллегия сочла верным вывод суда первой инстанции о нарушении заказчиком [ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ](#). То обстоятельство, что предмет контракта определен заказчиком в соответствии с Программой модернизации здравоохранения Приморского края, согласованной Федеральным ФОМС и Минздравсоцразвития РФ и утвержденной постановлением администрации Приморского края от 31.03.2011 № 78-па «О программе модернизации здравоохранения Приморского края на 2011-2012 годы», не свидетельствует о том, что товары, работы, услуги по предмету вышеупомянутого контракта должны быть поставлены, выполнены и оказаны в комплексе, так как указанная Программа определяет лишь концепции развития, основные цели, задачи, направления и этапы модернизации здравоохранения Приморского края и не содержит обязательные требования к определению предмета размещаемого заказа и видов работ.

Таким образом, Судебная коллегия поддержала выводы суда первой инстанции о том, что укрупнение лота путем объединения в него видов работ и товаров, которые могут быть выполнены отдельно, ведет к ограничению количества участников размещения заказа и к ограничению конкуренции.

Правомерность включения в строительные работы приобретения и монтажа оборудования

Решением АС Омской области от 29.04.2014 по делу № А46-3706/2014, оставленным без изменения апелляционной и кассационной инстанциями, подтверждена правовая позиция заказчика о правомерности включения в строительные работы приобретения и монтажа оборудования.

Взяв за основу судебную практику по [Закону № 94-ФЗ](#) и «свое видение» развития антимонопольного законодательства, антимонопольный орган по-прежнему расценивает объединение в один объект закупки строительных работ с поставкой оборудования, технологически и функционально не связанного со строительством, как ограничение конкуренции – ограничение количества участников закупки из числа, в частности, поставщиков и (или) производителей специализированного оборудования, осуществляющих свою деятельность на иных товарных рынках, нежели строительство.

Вместе с тем судами всех инстанций отмечено, что в соответствии с [п. 13 ст. 1 ГрК РФ](#) под строительством понимается создание зданий, строений, сооружений (в т.ч. на месте сносимых объектов капитального строительства). Согласно [ч. 2 ст. 48 ГрК РФ](#) проектная документация представляет собой документацию, определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения, необходимые для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, а также их капитального ремонта. На основании [ч. 6 ст. 52 ГрК РФ](#) лицо, осуществляющее строительство, обязано осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства в соответствии с проектной документацией, требованиями градостроительного плана земельного участка, требованиями технических регламентов и при этом обеспечивать безопасность работ для третьих лиц и окружающей среды, выполнение требований безопасности труда, сохранности объектов культурного наследия.

В рассматриваемом случае проектной документацией предусмотрена установка оборудования для пищеблока и прачечной. Вывод антимонопольного органа о том, что оборудование для пищеблока и прачечной технологически и функционально не связано со строительством, апелляционным судом признан необоснованным, поскольку итоговой целью закупки являлось создание готового к эксплуатации детского дошкольного учреждения (детского сада). Как указал Президиум ВАС РФ в [Постановлении от 28.12.2010 № 11017/10 по делу № А06-6611/2009](#), основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.

Суды сочли, что в рассматриваемом случае имеется не только связь работ по строительству с услугами по установке оборудования, а также усматривается, что объединение указанных работ и услуг позволит обеспечить их качественное выполнение, а также эффективно и рационально использовать бюджетные средства. Приобрести вышеуказанное оборудование может любая строительная организация независимо от ее специализации по ценам, сложившимся на рынке. Более того, именно юридическое лицо, ведущее строительные работы, может приобрести оборудование, технологически более эффективное и пригодное для установки на строящемся объекте

В свою очередь, антимонопольный орган не доказал, что формирование заказчиком объекта закупки в таком виде привело к ограничению конкуренции.

Определением ВС РФ от 23.03.2015 № 304-КГ15-1413 по данному делу отказано участнику закупки и антимонопольному органу в передаче кассационных жалоб для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ. Отмечено, что суды нижестоящих инстанций с учетом установленных по делу обстоятельств и правоотношений сторон, а также законов, подлежащих применению по данному делу, пришли к обоснованному выводу, исходя из того, что спорное оборудование (шкаф холодильный температурный, электрокипяtilьник, миксер планетарный, овощерезка, соковыжималка, среднетемпературный моноблок, верстак столярный, картофелечистка, электроточило настольное, мясорубка и прочее) может приобрести любая строительная организация независимо от ее специализации по ценам, сложившимся на рынке, и именно юридическое лицо, ведущее строительные работы, может приобрести оборудование, технологически более эффективное и пригодное для установки на строящемся объекте. Следовательно, объединение в объекте закупки работ по строительству и услуг по установке оборудования не противоречит действующему законодательству.

Оспариваемые судебные акты не могут рассматриваться как принятые о правах и обязанностях участника закупки, а наличие заинтересованности последнего в исходе дела само по себе не создает правовых оснований для обжалования этих судебных актов. А суды всех инстанций правильно указали на отсутствие доказательств того, что формирование заказчиком объекта закупки в таком виде привело к ограничению конкуренции.

Аналогичная позиция отражена в решении АС Омской области от 17.09.2014 по делу № А46-7664/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (02.12.2014) и кассационной (26.02.2015) инстанций.

Вывод антимонопольного органа по итогам рассмотрения жалобы общественной организации о том, что оборудование для пищеблока и прачечной технологически и функционально не связано со строительством, апелляционным и кассационным судами признан необоснованным, поскольку итоговой целью закупки являлось создание готовых к эксплуатации школы и детского дошкольного учреждения. Не влечет ограничение количества участников закупки из числа, в частности, поставщиков и (или) производителей специализированного оборудования, осуществляющих свою деятельность на иных товарных рынках, нежели строительство.

Возможность включения в сметную стоимость строительства стоимости затрат на приобретение оборудования и стоимости работ по его монтажу предусмотрена п. 3.14 Методики определения стоимости строительной продукции на территории РФ, утвержденной Постановлением Государственного комитета РФ по строительству и жилищно-коммунальному комплексу от 05.03.2004 № 15/1. Кроме того, антимонопольный орган не доказал, что формирование заказчиком объекта закупки в таком виде привело к ограничению конкуренции.

Определением ВС РФ от 03.07.2015 № 304-КГ15-6536 в передаче кассационной жалобы антимонопольного органа по делу № А46-7664/2014 на рассмотрение в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

**Правомерность объединения в один лот
предпроектных работ, строительного контроля,
работ по подготовке инженерных изысканий,**

работ по подготовке земельных участков, работ по освоению строительных площадок, работ по контролю за осуществлением строительства, услуг по приемке в эксплуатацию законченных строительством объектов

АС Ростовской области в решении от 22.04.2015 по делу № А53-1704/2015 решение и предписание антимонопольного органа признаны недействительными. Судом установлено, что при объединении товаров, работ, услуг в один лот заказчику необходимо учитывать технологическую и функциональную взаимосвязь между ними. Заказчик в п. 1.1 проекта контракта на победителя закупки возложил обязанности по выполнению функций технического заказчика, в том числе строительного контроля, по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию объектов капитального строительства и реконструкции.

Определение заказчиком содержания обязанностей технического заказчика по контракту основано на положениях [п. 22 ч. 1 ст. 1, ст. 47, ст. 48, ст. 49, ст. 53, ст. 55 ГрК РФ](#), которые прямо указывают на единый субъект при выполнении предпроектных работ, строительного контроля, работ по подготовке инженерных изысканий, работ по подготовке земельных участков, работ по освоению строительных площадок, работ по контролю за осуществлением строительства, услуг по приемке в эксплуатацию законченных строительством объектов – технического заказчика.

Объединение указанных работ, услуг в один лот и их возложение на победителя открытого конкурса способствует осуществлению эффективного контроля за их исполнением как единого взаимосвязанного комплекса работ, стабильности бюджетного процесса.

Одновременное требование свидетельства СРО и лицензии на монтаж пожарной сигнализации при проведении работ строительных является нарушением [Закона № 44-ФЗ](#)

АС Архангельской области в решении от 09.07.2014 по делу № А05-6086/2014, оставленном без изменения судами апелляционной (постановление от 17.10.2014) и кассационной (постановление от 16.02.2015) инстанций, признал не соответствующим законодательству включение заказчиком в документацию требования о наличии у участника закупки одновременно двух документов: свидетельства СРО и лицензии на осуществление деятельности по монтажу, техническому обслуживанию и ремонту средств обеспечения пожарной безопасности зданий и сооружений.

Судами установлено, что поскольку объектом закупки является выполнение работ по строительству детского сада, условием допуска к участию в закупке является наличие у участника закупки исключительно свидетельства СРО.

Все судебные инстанции сделали правомерный вывод о том, что работы по монтажу автоматической установки пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией, которые предусмотрены в документации и которые в силу [п. 15 ч. 1 ст. 12](#)

Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» подлежат лицензированию, не являются объектом закупки, а входят в состав работ, которые необходимо выполнить в соответствии со сводным сметным расчетом стоимости строительства. Условиями контракта не установлено никаких ограничений по привлечению субподрядчиков в отношении указанных работ, подлежащих обязательному лицензированию.

На основании вышеизложенного суды всех инстанций подтвердили позицию антимонопольного органа о нарушении заказчиком положений [ч. 5 ст. 51 Закона № 44-ФЗ](#).

Интересно, но подобная правовая позиция ранее (в период действия [Закона № 94-ФЗ](#)) была отражена в [письме ФАС России от 07.07.2011 № ИА/26163](#) «О требованиях к участникам размещения заказа на выполнение работ по строительству, реконструкции и капитальному ремонту объекта капитального строительства».

Однако правовая позиция судов по [Законоу № 94-ФЗ](#) была совершенно противоположной. Так, несмотря на то, что антимонопольный орган расценивал требование заказчика в документации о предоставлении участником размещения заказа одновременно лицензии на строительство и лицензии на монтаж пожарной сигнализации, судами апелляционной (постановление от 12.03.2013) и кассационной (постановление от 07.08.2013) инстанций по делу № А40-66926/12-17-649 не принято данное письмо во внимание, поскольку федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативное правовое регулирование в сфере размещения заказов, является Минэкономразвития России ([ч. 3 ст. 2 № 94-ФЗ](#), п. 1 Положения о Минэкономразвития РФ, утвержденного [Постановлением Правительства РФ от 05.06.2008 № 437](#)).

Именно поэтому суды сочли, что спорное требование должно рассматриваться не как требование к участнику аукциона, а как требование к выполняемым работам, которые должны выполняться лицом, имеющим специальное разрешение (лицензию) на выполнение данного вида работ, а право участника размещения заказа на привлечение соисполнителей не ограничено. Установление в документации об аукционе требования о наличии лицензии на производство работ по монтажу, ремонту и обслуживанию средств обеспечения пожарной безопасности зданий и сооружений действующему законодательству не противоречит и не допускает ограничения количества участников размещения заказа.

Проектно-сметная документация

[Постановлением 9 ААС от 21.06.2012 № 09АП-12465/2012](#), оставленным без изменения кассационной инстанцией по делу № А40-125277/11-92-1097, опровергнута позиция ФАС России, что отсутствие проектно-сметной документации в составе документации о закупке не является нарушением [Закона № 94-ФЗ](#).

В соответствии с [ч. 4 ст. 52 ГрК РФ](#) при осуществлении строительства, реконструкции, капитального ремонта объекта капитального строительства лицом, осуществляющим строительство на основании договора с застройщиком или заказчиком, застройщик или заказчик должен подготовить земельный участок для строительства и объект капитального строительства для реконструкции или капитального ремонта, а также передать лицу, осуществляющему строительство, материалы инженерных изысканий, проектную документацию, разрешение на строительство.

Проектная документация состоит из текстовой и графической частей. Текстовая часть содержит сведения в отношении объекта капитального строительства, описание принятых технических и иных решений, пояснения, ссылки на нормативные и (или) технические документы, используемые при подготовке проектной документации, и

результаты расчетов, обосновывающие принятые решения. Графическая часть отображает принятые технические и иные решения и выполняется в виде чертежей, схем, планов и других документов в графической форме (п. 3 Положения о составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию (далее – Положение), утвержденного [Постановлением Правительства РФ от 16.02.2008 № 87](#)).

Совокупность норм [ч. 2 ст. 34, п. 1 ч. 4 ст. 41.6 Закона № 94-ФЗ, ст. 52 Градостроительного кодекса РФ](#), п. 3 Положения, предмета проведенных аукционов явствует о том, что ПСД в соответствии с гражданским и градостроительным законодательством относится к сфере исполнения контрактов, а не к сфере размещения заказа на проведение аукциона. Учитывая, что ПСД не является аукционной документацией, у заказчика отсутствует обязанность включать ПСД в состав такой документации.

Суды апелляционной и кассационной инстанций отметили, что ссылка на [п. 5.3 Положения о подрядных торгах в РФ, утвержденного распоряжением Государственного комитета РФ по управлению государственным имуществом № 660-р](#) и Государственного комитета РФ по вопросам архитектуры и строительства № 18-7 от 13.04.1993 (зарегистрировано в Минюсте России 30.04.1993 № 244), несостоятельна, поскольку Положение принималось на основании утративших силу Закона РФ «О поставках продукции и товаров для государственных нужд», [Постановления Правительства РФ от 27.08.1992 № 638](#) «Об организации работ по реализации Закона РФ «О поставках продукции для государственных нужд» и его применение не должно противоречить требованиям [Закона № 94-ФЗ. Письмо Минэкономразвития РФ от 20.07.2010 № Д-22-1158](#) не является нормативным правовым актом, регулирующим обязательное наличие ПСД в аукционной документации.

Суды акцентировали внимание, что в оспариваемых решениях ФАС России не указаны, какие конкретно требования к качеству, техническим характеристикам (потребительским свойствам товара), требованиям к размерам, упаковке, отгрузке товара, требованиям к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг, не отражены в аукционной документации, в частности в технических заданиях и локальных сметных расчетах.

Выводы:

При формировании документации на проведение работ строительных необходимо учитывать положения ГрК РФ в части видов деятельности, указанных в свидетельстве, выданном саморегулируемой организацией.

Исходя из целей закупки заказчик вправе включать в один лот и работы строительные и приобретение, монтаж необходимого оборудования. При этом заказчик вправе устанавливать требования наличия одновременно необходимых лицензий и допусков СРО. Однако данное условие заказчик обязан обосновать – в противном случае антимонопольный орган сочтет такое требование ограничивающим конкуренцию.

Неправомерно объединять в один лот проектно-изыскательские и строительно-монтажные работы. Для проведения конкурса с ограниченным участием по строительству необходимо одновременно два условия – НМЦК и категория объекта.

5.4. Сговор на торгах

Антимонопольный орган рассматривает сговор потенциальных участников закупок как между собой, так и с заказчиком в качестве нарушения антимонопольного законодательства, наказанием за совершение которого является достаточно серьезный административный штраф на юридическое лицо. Однако даже столь суровое наказание не останавливает отдельных хозяйствующих субъектов от незаконных действий. Вместе с тем не всегда правовая позиция антимонопольного органа поддерживается в судебном порядке.

Согласованные действия нуждаются в конкретных доказательствах, а не предположениях

Решением АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23.08.2010 по делу № А56-11497/2010 признано недействительным решение антимонопольного органа от 15.12.2009 по делу № К03-114/09 о признании нарушения требований [Закона № 135-ФЗ](#) в части сговора на торгах. Судом установлено, что квалифицирующее значение для вмененного антимонопольным органом нарушения антимонопольного законодательства имеет совершение хозяйствующими субъектами отвечающих интересам каждого и заранее известных каждому противоправных и негативно влияющих на конкурентную среду согласованных действий на одном товарном рынке, относительно синхронно и единообразно при отсутствии к тому объективных причин. Нормы [Закона № 135-ФЗ](#) не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат: посредством определения соответствующего товарного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов. Такая известность каждому из субъектов о согласованных действиях друг друга заранее может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей за счет ее использования извлекать неконкурентные преимущества.

Позиция антимонопольного органа о согласованности действий участников аукциона, основанная на последовательном уменьшении шага аукциона и отсутствии заинтересованности в заключении контракта при отказе от конкурентной борьбы, судами признана ошибочной. Не исследовано наличие такого необходимого условия признания согласованных действий, как соответствие результата таких действий интересам каждого из хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них: в чем заключался интерес каждого участника и могли ли быть известны заранее каждому действия остальных участников в решении не доказано. Согласованность действий подразумевает и относительную равноценность хозяйствующих субъектов, действующих согласованно. Если участники аукциона посчитали нецелесообразным дальнейшее снижение начальной цены контракта, то данное обстоятельство не может свидетельствовать о единообразии в действиях участников аукционов и о согласованности их действий.

Данное решение оставлено без изменения апелляционной и кассационной инстанциями. При этом в Постановлении 13 ААС от 06.12.2010 № 13АП-18069/2010 исследовано, что Управление исходило из того, что при условии разумности и добросовестности совершаемых хозяйствующими субъектами поступков участники аукциона должны были заранее оценить свои финансовые, производственные и временные возможности

выполнения работ по предмету контракта до момента окончания срока подачи заявок на участие в аукционе и либо не подавать заявки, либо отозвать их. Не отказываясь от подачи заявок или их отзыва, хозяйствующие субъекты продемонстрировали свою готовность участвовать в аукционе с целью создания гражданских правоотношений по исполнению контракта. При этом Управлением отмечено, что одним из признаков согласованности действий участников аукциона является их поведение на торгах, когда последовательно уменьшается шаг аукциона, при этом отсутствие предложений всех участников на этом этапе демонстрирует их незаинтересованность конкурентными преимуществами, которые предоставляет первое вступление в торги, и отказ от конкурентной борьбы, отсутствие которой является признаком согласованных действий. Поведение не участвовавших в торгах организаций противоречит их решению участвовать в аукционе. Заранее согласованные действия и информированность о тактиках друг друга позволяет участникам уверенно проводить стратегию, которая в условиях неопределенности и отсутствия сговора была бы заведомо проигрышной.

Кроме того, для признания действий согласованными требуется, чтобы результат таких действий соответствовал интересам каждого из хозяйствующих субъектов при том, что их действия заранее известны каждому из них.

Пленум ВАС РФ в [Постановлении от 30.06.2008 № 30](#) «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» разъяснил, что при анализе вопроса о том, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными ([ст. 8 Закона № 135-ФЗ](#)), арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, – может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин.

Несмотря на экономически обоснованный расчет НМЦК, Управление полагает, что снижение НМЦК на 3% свидетельствует об отсутствии у участников аукциона желания выиграть контракт и получить доход от его реализации. Между тем Управление не оспаривает, что целью деятельности участников аукциона является извлечение прибыли.

Ограничение конкуренции проявляется через возможность участников в одностороннем порядке действовать на общие условия обращения товаров.

Ни [Закон № 135-ФЗ](#), ни [Закон № 94-ФЗ](#) не обязывает участников аукциона снижать рассчитанную в соответствии с утвержденными методиками обоснованную начальную цену контракта до экономически невыгодной, не отвечающей интересам субъекта предпринимательской деятельности, цены. Получение контракта на наиболее выгодных условиях является обычным поведением участников хозяйственного оборота, поскольку основной целью субъекта предпринимательской деятельности является получение прибыли.

[Определением ВАС РФ от 23.08.2011 № ВАС-10489/11](#) отказано в передаче материалов данного дела в Президиум ВАС РФ.

Сговор может быть основан на устном соглашении, а также на синхронных и единообразных действиях участников закупок

Совершенно иная позиция отражена в решении АС города Москвы от 02.06.2015 по делу № А40-8581/2015, оставленном без изменения судом апелляционной (постановление от 25.08.2015 № 09АП-31543/2015) инстанции. Судами поддержана позиция антимонопольного органа о наличии согласованных действий участников закупок, а также создании заказчиком преимущественных условий для определенных участников закупок. На основании проведенного анализа модели поведения участников соглашения, сведений о ценовых предложениях, поданных на аукционах, о ходе и результатах проведенных аукционов, запросах котировок заказчика, об участии одних и тех же лиц в уставном капитале участников соглашения, антимонопольным органом сделан правильный вывод о создании заказчиком в определенный период преимущественных условий участия в закупках по выполнению ремонтных работ.

Судами отмечено, что вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, – может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения (о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин). При этом известность каждому из субъектов о согласованных действиях друг друга заранее может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей за счет ее использования извлекать неконкурентные преимущества. Аналогично факт навязывания может быть констатирован и в том случае, когда результат согласованных действий в условиях конкретного рынка исключает возможность договориться с его участниками об иных условиях предложения или спроса.

Для указанных не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом. Оказавшись допущенными к участию в аукционах, участники антиконкурентного соглашения делали одно или два ценовых предложения, уменьшая при этом НМЦК на 0,5% или 1% соответственно. В иных случаях участником соглашения было подано одно ценовое предложение, уменьшающее НМЦК на 0,5%, при этом другие участники соглашения, также допущенные до участия в аукционах, не делали ценовых предложений. Отсутствие ценовых предложений со стороны этих участников соглашения может свидетельствовать только об изначальном нежелании победить в аукционах. Нежелание победить в аукционе для добросовестных участников аукционов влечет исключение из оборота значительных средств, используемых в качестве обеспечения заявки для участия в аукционе, а также не преследует основную цель любой компании – извлечение прибыли.

Следовательно, участники соглашения заранее (до начала аукционов) достигли договоренности, направленные на устранение конкуренции на аукционах, и реализовали их. Указанные аукционы проходили в разное время, отличались друг от друга предметом, НМЦК, количеством участников, подавших заявки, однако вышеупомянутая модель поведения, состоящая из повторяющихся (аналогичных) действий, прослеживается в каждом аукционе. [Закон № 135-ФЗ](#) устанавливает специальные требования к определению соглашения, как волеизъявления хозяйствующих субъектов,

отличные от содержащихся в ГК РФ.

Необходимость доказывания антимонопольным органом фактического исполнения участниками условий соглашения отсутствует, поскольку нарушение состоит в достижении договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в [ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ](#) последствиям. В соответствии с положениями [ст. 4 Закона № 135-ФЗ](#) под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, при этом факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством ([ст. 154, 160, 432, 434 ГК РФ](#)).

Суды оценивали представленные антимонопольным органом доказательства наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

Доказательство сговора может быть основано на анализе модели поведения участников закупок

Решением АС города Москвы от 05.05.2015 по делу № А40-323/2015, оставленным без изменения судами апелляционной (постановление от 23.07.2015 № 09АП-24457/2015) и кассационной (постановление от 01.10.2015 № Ф05-12362/2015) инстанций.

Суды с учетом норм права указали, что между хозяйствующими субъектами заключено соглашение, направленное на поддержание цен на торгах, выразившееся в поддержании максимально возможных цен контрактов на электронных торгах на право заключения контрактов на поставку расходных материалов для медицинских учреждений путем отказа от конкурентной борьбы в представлении ценовых предложений в процессе определения поставщика.

Доводы хозяйствующих субъектов о том, что исполнение контракта при более низкой цене экономически невыгодно, чем объясняется понижение цены контракта на один шаг – 0,5%, судами отклонены, поскольку не представлены соответствующие доказательства и расчеты, в то время как сведения, изложенные в решении антимонопольного органа, свидетельствуют об обратном (в других электронных аукционах с аналогичным предметом поставки указанные хозяйствующие субъекты при наличии иных участников осуществляли понижение цены, многократно превышающее понижение в электронных аукционах, где участниками являлись только данные хозяйствующие субъекты).

Совокупность доказательств, фактов и обстоятельств, установленных антимонопольным органом, свидетельствует о наличии между хозяйствующими субъектами заключенного устного картельного соглашения для достижения единой цели и поддержания цен на проведенных аукционах.

Сведениями о наличии письменного соглашения между участниками антимонопольный орган не располагал, в связи с чем правильно пришел к выводу об устной форме указанного соглашения. Соглашение, достигнутое в устной форме, не может и не должно быть документально подтверждено. Свидетельствовать о наличии устного соглашения может определенная модель поведения участников соглашения, зафиксированная документально.

В отсутствие доказательств наличия письменного соглашения вывод о существовании между сторонами устного соглашения может быть сделан на основе анализа их поведения.

Устранение конкуренции путем снижения НМЦК с несоответствующими вторыми частями заявок на участие в электронном аукционе

Решением АС Чувашской Республики от 30.07.2015 по делу № А79-3330/2015 (в настоящее время обжалуется) подтверждена позиция антимонопольного органа о наличии сговора (нарушение требований [Закона № 135-ФЗ](#)). Антимонопольным органом установлено и не оспорено, что между тремя обществами заключено устное соглашение, направленное на устранение конкурента и победу в электронном аукционе, путем совершения заведомо недобросовестных действий.

Заранее зная о том, что свидетельство о допуске к определенному виду работ или видам работ, которые оказывают влияние на безопасность объекта капитального строительства, является обязательным документом для заключения контракта, два из трех участников закупок этот документ к своим заявкам не приложили. То есть намерения заключать контракт у них не было, и их участие в аукционе было необходимо только для предоставления возможности заключить контракт третьему участнику по наиболее высокой цене путем устранения добросовестных конкурентов, которые бы не захотели продолжать участие в аукционе после значительного снижения цены первыми двумя обществами. Данное обстоятельство материалами дела доказано и никем не оспаривается.

Также отмечено, что руководители трех обществ были знакомы между собой, ранее состояли в трудовых отношениях, а заявки на участие в аукционе от всех обществ поданы с промежутком в 33 минуты с одного IP-адреса, принадлежавшего учредителю и руководителю одного из обществ.

Выводы:

Доказать процесс и сам факт сговора на торгах достаточно сложно, однако, как показывает арбитражная практика, доказательство сговора может быть построено на анализе модели поведения участников закупок. Отдельные выводы антимонопольного органа основаны на установлении факта устной договоренности между участниками закупок.

Существуют дела, по которым позиция антимонопольного органа не находит поддержки в судах, поскольку выводы в решении антимонопольного органа основаны в большинстве случаев на предположениях, не в полной мере отражающих объективную действительность.

Наличие типичных, повторяющихся действий, направленных на устранение или ограничение конкуренции, является основанием для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

5.5. Персональные данные в контрактной системе

В результате постоянного взаимодействия субъектов контрактной системы в процессе

осуществления закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд происходит обмен информацией значительного объема, содержащейся в различных формах документов. Определенная часть такой информации содержит в себе персональные данные физических лиц, запрет или ограничение распространения, обработки которых без согласия субъектов персональных данных прямо установлены [Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»](#) (далее – [Закон № 152-ФЗ](#)). В этой связи закономерным представляется вопрос о соблюдении всеми категориями субъектов контрактной системы в сфере закупок требований по обработке персональных данных.

Цели использования персональных данных могут быть различными. Кроме очевидной пользы от возможности каждым субъектом контрактной системы получить необходимую консультацию, разъяснения, провести переговоры, организовать демонстрации товаров, работ, услуг и т.д., существуют и риски, связанные с оказанием возможного давления на работников контрактной службы (контрактного управляющего), на членов комиссии по осуществлению закупок извне в целях совершения определенных «правильных действий» в рамках определенной закупки и т.д. Самое важное в век телекоммуникационных технологий, когда доступ к персональной информации, ее объемы, возможность быстро получать и компилировать данные из различных источников, – это ограничить или полностью запретить несанкционированную возможность вторжения в личную жизнь, получение и распространение информации, защищаемой как российским законодательством, так и международным правом.

Постоянно существует множество рисков, связанных с особенностями обработки и передачи персональных данных в реализации трудовых отношений, а также по сферам деятельности, в том числе в здравоохранении, в образовании, в государственном секторе, в коммерции, в закупках...

Согласно норме [ст. 3 Закона № 152-ФЗ](#) под персональными данными понимается любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). Обработка персональных данных представляет собой любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с персональными данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных. [Законом № 152-ФЗ](#) запрещается распространять персональные данные без согласия субъекта персональных данных или наличия иного законного основания.

Таким образом, информацию о физических лицах, так или иначе используемую в контрактной системе в сфере закупок, все без исключения субъекты контрактной системы обязаны обрабатывать с учетом требований [Закона № 152-ФЗ](#).

Принимая во внимание, что значительная часть проблем по обработке персональных данных заключается в работе заказчика, работников контрактной службы заказчика или контрактного управляющего, рассмотрим наиболее актуальные вопросы обработки персональных данных данными категориями субъектов контрактной системы.

Многие заказчики в процессе осуществления закупок периодически сталкиваются с серьезной проблемой обработки и предоставления заказчиком персональных данных по запросу антимонопольного органа. Подобные «предложения предоставить информацию» заказчики получают в процессе подготовки органа контроля к рассмотрению жалобы на действия (бездействие) заказчика, контрактного управляющего, комиссии по осуществлению закупки, а также в случае возбуждения административного производства по итогам установления факта нарушения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок.

Что предпринять в таких ситуациях заказчику? С одной стороны, установлена административная ответственность за нарушение порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных), с другой стороны – орган контроля «предупреждает» заказчика об административной ответственности за непредоставление запрашиваемых сведений, которая в несколько раз выше, чем за персональные данные.

Орган контроля ссылается на [ч. 1 ст. 25 Закона № 135-ФЗ](#), которая предусматривает обязанность представления субъектом контроля в антимонопольный орган по его мотивированному требованию в установленный срок необходимых антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями документов, объяснений, информации соответственно в письменной и устной форме (в том числе информации, составляющей коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну), включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях. Следовательно, [Законом № 135-ФЗ](#) предусмотрена обязанность предоставления субъектом контроля персональных данных без согласия субъекта персональных данных.

Далее орган контроля акцентирует внимание на нормах КоАП РФ. В соответствии со [статьей 26.10 КоАП РФ](#) орган контроля в сфере закупок, в производстве которого находится дело об административном правонарушении, вправе вынести определение об истребовании сведений, необходимых для разрешения дела. Сведения должны быть направлены в трехдневный срок со дня получения определения. На основании [ч. 28, ч. 30 ст. 99 Закона № 44-ФЗ](#) субъекты контроля обязаны представлять в орган контроля по его требованию документы, объяснения в письменной форме, информацию о закупках (в том числе сведения о закупках, составляющие государственную тайну), а также давать в устной форме объяснения.

С нашей точки зрения, приведенные позиция и обоснование требований органа контроля о предоставлении персональных данных представляются весьма спорными и не в полной мере соответствующими действующему законодательству РФ.

На основании нормы [ст. 23 Конституции РФ](#) каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Согласно [ст. 7 Закона № 152-ФЗ](#) операторы и иные лица, получившие доступ к персональным данным, обязаны не раскрывать третьим лицам и не распространять персональные данные без согласия субъекта персональных данных, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Исключения из этого правила подлежат установлению федеральными законами, которыми предусматриваются случаи обязательного предоставления субъектом персональных данных своих персональных данных в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

[Указом Президента РФ от 06.03.1997 № 188](#) «Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера» установлены данные, относящиеся к конфиденциальным: сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях, которые не должны быть разглашены.

Следовательно, заказчик как юридическое лицо должен обеспечивать

конфиденциальность данных работников контрактной службы (контрактного управляющего), в том числе членов комиссии по осуществлению закупок. Аналогичная правовая позиция представлена в [Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 18.12.2008 по делу № А58-558/08-Ф02-6318/08](#). Также заказчик обязан обеспечить конфиденциальность персональных данных иных физических лиц, полученных в процессе осуществления закупок.

Если рассматривать взаимоотношения заказчик – работники контрактной службы (контрактный управляющий) с точки зрения Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ), в частности [гл. 14](#), то заказчик как работодатель согласно требованиям статей [86, 88](#) ТК РФ, не обязан получать согласие от работников на обработку персональных данных, так как в этом случае обработка данных идет в целях исполнения трудового договора, одной стороной которого и является субъект персональных данных. Таким образом, находясь в трудовых отношениях с заказчиком, субъекты контроля в сфере закупок могут не давать согласие на обработку персональных данных в рамках трудового договора, а заказчик не будет являться оператором обработки персональных данных согласно [Закону № 152-ФЗ](#), только в том случае, если последний не определит цели обработки персональных данных, состав персональных данных, подлежащих обработке, действия (операции), совершаемые с персональными данными ([п. 2 ст. 3 Закона № 152-ФЗ](#)).

Нормой [ст. 88 ТК РФ](#) предусмотрено обязательное соблюдение работодателем требования не сообщать персональные данные работника третьей стороне без письменного согласия работника, за исключением случаев, когда это необходимо в целях предупреждения угрозы жизни и здоровью работника, а также в других случаях, предусмотренных ТК РФ или иными федеральными законами. Схожая позиция отражена в [Постановлении ФАС Московского округа от 14.01.2010 № КА-А40/14463-09 по делу № А40-38438/09-17-269](#). Суды указали, что поскольку трудовой договор является документом, содержащим персональные данные работника, согласно [ст. 67 ТК РФ](#) и [ст. 3 Закона № 152-ФЗ](#) работодатель (оператор персональных данных) правомерно отказал акционерам в передаче копии трудового договора генерального директора. [Определением ВАС РФ от 11.03.2010 № ВАС-2631/10](#) отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ. Дополним, что и размер заработной платы, указанной в трудовом договоре, также относится к персональным данным согласно [Постановлению ФАС Московского округа от 29.04.2010 № КА-А40/4062-10 по делу № А40-159104/09-93-1333](#).

[Законом № 44-ФЗ](#) требование о передаче персональных данных органу, уполномоченному на осуществление контроля в сфере закупок, не предусмотрено. Иные подзаконные нормативные правовые акты, в том числе регулирующие деятельность и определяющие функции органов контроля в сфере закупок, в [ст. 88 ТК РФ](#) не упомянуты и не могут быть основой для истребования персональных данных, так как согласно [ч. 3 ст. 55 Конституции РФ](#) права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Акцент внимания на норме [ч. 28 ст. 99 Закона № 44-ФЗ](#) позволяет установить прямое отсутствие обязанности заказчика представлять персональные данные в орган контроля по его требованию. Действующее законодательство РФ не содержит прямого указания на полномочие органа, уполномоченного на осуществление контроля в сфере закупок, запрашивать сведения о персональных данных субъектов контроля, равно как и не предоставляет право получать персональные данные субъекта контроля без его согласия, не предусматривает полномочий такого органа по обработке персональных данных. Указанная позиция подтверждена в том числе [Постановлением ФАС Уральского округа от 18.05.2011 № Ф09-2525/11-С1 по делу № А50-26132/10](#).

Таким образом, непредставление в орган, уполномоченный на осуществление контроля в

сфере закупок, информации о персональных данных не препятствует реализации возложенных на него функций (полномочий) согласно законодательству РФ о контрактной системе в сфере закупок.

В случае формирования заказчиком контрактной службы (контрактного управляющего), назначаемых согласно [Приказу Минэкономразвития России от 29.10.2013 № 631](#) «Об утверждении Типового положения (регламента) о контрактной службе» из числа работников заказчика, обработка персональных данных указанных субъектов персональных данных осуществляется в рамках трудового законодательства РФ. Однако ни [Законом № 44-ФЗ](#), ни иными нормативными правовыми актами РФ не предусмотрена обязанность заказчика иметь в наличии (собирать) и обрабатывать персональные данные членов комиссии по осуществлению закупок, которые могут и не состоять с заказчиком в трудовых отношениях.

Подмена понятий антимонопольным органом: выполнение функций (полномочий) антимонопольного органа в процессе рассмотрения нарушений антимонопольного законодательства ([Закон № 135-ФЗ](#)) и выполнение функций (полномочий) по осуществлению контроля в сфере закупок ([Закон № 44-ФЗ](#))

В ретроаспекте ярким примером рассмотрения соотношения норм [Закона № 135-ФЗ](#) и [Закона № 94-ФЗ](#) (о размещении заказов) является [Постановление ФАС Московского округа от 22.11.2007 по делу № А40-22025/07-119-85](#), согласно которому суд пришел к выводу, что положения [ст. 52 Закона № 135-ФЗ](#) не распространяются на решения и предписания, выдаваемые в связи с нарушениями законодательства в сфере размещения заказов. Установлено, что [ст. 52 Закона № 135-ФЗ](#) предусматривает приостановление исполнения предписания антимонопольного органа в случае подачи заявления в арбитражный суд, тогда как [ст. 2](#) принятого позднее [Закона № 94-ФЗ](#) предписывает, что нормы права, содержащиеся в иных федеральных законах и связанные с размещением заказов, должны соответствовать [Законоу № 94-ФЗ](#). Отказ в передаче в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления ([определение ВАС РФ от 14.03.2008 № 3252/08](#)) фактически свидетельствует о поддержке ВАС РФ указанной позиции.

Актуальна позиция ФАС СЗО, который в [Постановлении от 09.02.2006 по делу № А56-26868/2005](#) разъяснил, что согласно нормам Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» право антимонопольного органа на получение необходимой для осуществления его деятельности информации автоматически обязывает хозяйствующий субъект запрашиваемую информацию предоставить. [Закон № 135-ФЗ](#) в части обязанности предоставлять антимонопольному органу информацию содержит аналогичные нормы, не устанавливая при этом никаких ограничений по объему запрашиваемой информации.

Следует отметить, что уменьшению в настоящий момент общего объема требуемых ФАС России и ее территориальными управлениями документов может способствовать инициирование в их адрес заказчиком обращений с просьбой мотивировать необходимость предоставления конкретных документов и сведений. В случае непредставления мотивированного надлежащим образом запроса документов по

каждому отдельному пункту требования – затребованные в таких пунктах документы и сведения заказчик вправе не предоставлять, поскольку подобные действия не могут рассматриваться как непредставление информации. Указанная правовая позиция подтверждается [Постановлением ФАС Центрального округа от 29.03.2006 по делу № А08-12193/05-9](#).

[Закон № 135-ФЗ](#) распространяется на отношения, связанные с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, ЦБ РФ, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

[Закон № 44-ФЗ](#) регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

Указанные законы направлены на совершенно разные предметы регулирования. Поэтому в первом случае ФАС России и ее территориальные управления позиционируются как антимонопольный орган, во втором – как федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок. Следовательно, нормы [Закона № 135-ФЗ](#) при рассмотрении административного производства по факту нарушения положений [Закона № 44-ФЗ](#) не в полной мере могут быть применены.

Данная правовая позиция подтверждается нормами КоАП РФ, которыми разграничены:

- полномочия на рассмотрение дел об административных правонарушениях федеральным антимонопольным органом и его территориальными органами ([ст. 23.48 КоАП РФ](#));
- полномочия на рассмотрение дел об административных правонарушениях контрольными органами в сфере закупок в соответствии с законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок ([ст. 23.66 КоАП РФ](#));
- ответственность за непредставление или представление заведомо недостоверных информации и документов в орган, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок ([ст. 19.7.2 КоАП РФ](#));
- ответственность за непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы сведений (информации) в соответствии с требованиями антимонопольного законодательства РФ ([ст. 19.8 КоАП РФ](#)).

Приводимые органом контроля нормы не регулируют отношения субъекта персональных данных ни с органом контроля, ни с иными юридическими лицами – участниками закупок, поскольку предоставление персональных данных должно быть предусмотрено законом.

Таким образом, заказчик не обязан предоставлять персональные данные должностных лиц, в том числе о членах комиссии по осуществлению закупок, в ФАС России и ее территориальные управления по их требованию в рамках [Закона № 44-ФЗ](#).

[Постановление ВС РФ от 20.05.2015 № 308-АД15-4347 по делу № А20-2392/2014](#), подтверждает право антимонопольного органа привлекать заказчика (размещение заказов по [Закону 94-ФЗ](#)) к административной ответственности за непредставление запрашиваемых документов и информации по [ст. 19.7.2 КоАП РФ](#). Однако в рассматриваемом случае имело место полное игнорирование заказчиком мотивированного запроса и не рассматривался вопрос обработки персональных данных.

Нормами статей 51, 66, 73 Закона № 44-ФЗ предусмотрено право заказчика установить требование к участнику закупки указывать в заявке фамилию, имя, отчество (при наличии), паспортные данные, место жительства (для физического лица), номер контактного телефона, ИНН участника закупки, ИНН (при наличии) учредителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа участника закупки. И если ИНН юридического лица является открытой (общедоступной) информацией, то ИНН физического лица подпадает под понятие персональных данных. Кроме того, в соответствии со статьями 83, 84 Налогового кодекса РФ у физического лица отсутствует обязанность получать ИНН, так как оно может его получить только по своему желанию.

Выводы:

Необходимо доработать действующее законодательство РФ, в том числе Закон № 44-ФЗ, по реализации права обработки и передачи персональных данных заинтересованным уполномоченным органам в сфере закупок.

Первыми шагами к реализации данной проблемы могли бы стать действия заказчиков, которые при приеме на работу работников контрактной службы (контрактного управляющего), формировании комиссии по осуществлению закупок оформляли письменное согласие последних на обработку персональных данных, в том числе на передачу сведений органу, уполномоченному на осуществление контроля в сфере закупок, в объеме, необходимом для реализации органом контроля возложенных на него функций.

Заключение

Практика рассмотрения арбитражных споров по делам, вытекающим из контрактной системы в сфере закупок, явно показывает наличие противоречий в действующем законодательстве, что порождает неоднозначное понимание и отсутствие единства правоприменения всеми субъектами контрактной системы.

Представляется значительным разнообразие и тематика арбитражных споров в указанной сфере, что свидетельствует о повышенном интересе к контрактной системе не только заказчиков и контрагентов, но и контролирующих органов, общественных организаций. Значительное количество арбитражных споров связано с решениями и предписаниями антимонопольного органа. Отсутствие в системе антимонопольного регулирования (ФАС России и его территориальные управления) единого подхода практики правоприменения в контрактной системе, понимания норм законодательства о закупках, четко выстроенной системы аналитики и анализа административной практики не только не способствует повышению качества реализации закупок в Российской Федерации, но и вводит в заблуждение заказчиков и участников закупок, увеличивает нагрузку на судебные органы. Как следствие – ежемесячно увеличивается количество исковых заявлений и жалоб по спорам в контрактной системе.

На наш взгляд, целесообразно рассмотреть вопрос о введении административной процедуры обжалования ненормативных правовых актов контролирующих органов.

Сформулированные в научно-методическом пособии выводы, основанные на примерах судебной практики и результатах применения нормативных правовых актов, регулирующих систему закупок, возможно положить в основу правовой позиции субъектами контрактной системы в процессе реализации, участия или контроля сферы закупок. Анализ судебных актов, приведенных в пособии, позволит выбрать наиболее оптимальный вариант решения неоднозначных ситуаций и спорных вопросов, возникающих в процессе осуществления закупок.

Наиболее актуальные, значимые и интересные арбитражные дела позволили констатировать необходимость совершенствования не только законодательства Российской Федерации о контрактной системе, но и практики его правоприменения.

Выражаем надежду на то, что данное пособие послужит делу совершенствования законодательства и правоприменительной практики в контрактной системе в сфере закупок.

Автор с благодарностью примет все замечания читателей, постарается учесть предложения по совершенствованию данного научно-методического пособия, направленные по адресу электронной почты: vumo@rambler.ru.

Список использованных источников

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12.12.1993.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (части 1, 2).
3. Бюджетный кодекс Российской Федерации.
4. Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации.
5. Налоговый кодекс Российской Федерации (части 1, 2).
6. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации.
7. Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности».
8. Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».
9. Федеральный закон от 21.12.1994 № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера».
10. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».
11. Федеральный закон от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».
12. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».
13. Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».
14. Федеральный закон от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений».
15. Федеральный закон от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации».
16. Федеральный закон от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете».
17. Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности».
18. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».
19. Указ Президента РФ от 30.11.1995 № 1203 «Об утверждении Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне».
20. ГОСТ Р 7.0.8-2013 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения», утвержден Приказом Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 17.10.2013 № 1185-ст.

Судебные акты

1. Совместное Постановление Пленума ВС РФ № 6 и Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».
2. Постановление Пленума ВАС РФ от 09.12.2002 № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».
3. Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 № 21 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации».
4. Постановление ВАС РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».
5. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах,

возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

6. Постановление Пленума ВС РФ от 10.02.2009 № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих».
7. Постановление Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции».
8. Постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».
9. Постановление Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий».

Информационные ресурсы

Сайты:

- Верховного Суда Российской Федерации: vsrf.ru.
- Федеральных арбитражных судов Российской Федерации: arbitr.ru.
- Официальный сайт Российской Федерации в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг: zakupki.gov.ru.
- Федеральной антимонопольной службы России: fas.gov.ru.
- Компании «КонсультантПлюс»: consultant.ru.

Принятые сокращения

РФ – Российская Федерация;

БК РФ – Бюджетный кодекс Российской Федерации;

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации;

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации;

ТК РФ – Трудовой кодекс Российской Федерации;

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации;

ГрК РФ – Градостроительный кодекс Российской Федерации;

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации;

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации;

АС – Арбитражный суд;

9 ААС – Девятый арбитражный апелляционный суд (по тексту цифрами соответствующие апелляционные арбитражные суды);

ФАС ЗСО – Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа (по тексту указываются соответствующие округа);

Антимонопольный орган – Федеральная антимонопольная служба России и/или ее территориальные управления;

Минэкономразвития России – Министерство экономического развития Российской Федерации;

Минфин России – Министерство финансов Российской Федерации;

Закон № 44-ФЗ – Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»;

Закон № 94-ФЗ – Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (утратил силу с 01.01.2014);

Закон № 135-ФЗ – Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»;

контрагент – поставщик (подрядчик, исполнитель), с которым заказчик имеет контрактные обязательства;

НМЦК – начальная (максимальная) цена контракта;

РНП – реестр недобросовестных поставщиков;

СМП – субъект малого предпринимательства;

СОНО – социально ориентированные некоммерческие организации;

СРО – саморегулируемая организация;

ИНН – идентификационный номер налогоплательщика.

Автор:

В.В. Кикавец, доцент кафедры финансового права Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук

Рецензенты:

И.А. Цинделиани, заведующий кафедрой финансового права Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук, доцент
А.Р. Батяева, заместитель заведующего кафедрой административного и финансового права Российского университета дружбы народов, кандидат юридических наук, доцент

Судебные споры в контрактной системе.

Научно-практическое пособие

Москва, 2015