

«Каждая закупка индивидуальна, общего рецепта не выпишешь»

28 июня 2017 г. Президиум ВС РФ утвердил Обзор судебной практики по вопросам применения законодательства о контрактной системе (далее — Обзор).

Это долгожданный документ: разъяснения такого рода не принимались с 2005 г., когда действовал еще Закон № 94-ФЗ¹. Отраженные в Обзоре правовые позиции комментирует главный консультант Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ **Владимир Викторович Сафонов**.

? Пункт 1 Обзора закрепил подход, согласно которому недопустимо ограничение свободы заказчика определять предмет торгов, исходя из собственных потребностей. Можно ли сказать, что положения аукционной документации, в которых говорится об особых характеристиках закупаемого товара с учетом объективных потребностей и специфики деятельности заказчика, не признаются нарушающими конкуренцию, даже если сужают круг потенциальных участников закупки?

Конечно, если в результате установления предмета торгов, отвечающего реальным интересам заказчика, уменьшается количество потенциальных участников, мы не должны говорить об ограничении конкуренции. Конкуренция существует и обеспечивается

Для информации

Обзор — важный шаг на пути реализации Указа Президента РФ от 13.05.2017 № 208 «О стратегии экономической безопасности на период до 2030 года», где впервые поставлена задача совершенствования механизмов контроля в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд. В рабочую группу, занимавшуюся подготовкой Обзора, входили судьи и сотрудники Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ. В начале работы были изучены полученные от арбитражных судов вопросы, наиболее актуальные из них затем вошли в Обзор. В этом документе также нашли отражение правовые подходы, сформированные Президиумом ВАС РФ и уже новым ВС РФ. Перед принятием проект Обзора направлялся в ТПП РФ, РСПП, ФАС России, мнение которых было принято во внимание.



не ради себя самой. Первичны интересы заказчика, которые должны быть объективны и аргументированны.

Статья 6 Закона № 44-ФЗ² к числу основных принципов контрактной системы относит принцип ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд и принцип эффективности осуществления закупки, эффек-

тивного использования источников финансирования. Они должны соблюдаться наряду с принципом обеспечения конкуренции.

Пункт 1 Обзора как раз проиллюстрирован примером, когда указание заказчиком на необходимость поставки лекарственного препарата во флаконе обусловлено спецификой назначения и способа применения: флакон, в отличие от ампулы, позволял длительное

¹ Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

² Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Конкуренция существует и обеспечивается не ради себя самой. Первичны интересы заказчика, которые должны быть объективны и аргументированны

время после его вскрытия использовать и хранить лекарство. Закупка лекарства в ампулах приводила к его неоправданному расходу.

Можно рассмотреть противоположный пример: медучреждение для проведения конференции арендовало легковые автомобили исключительно белого цвета, что объяснялось соблюдением корпоративного стиля. Известно, что кареты скорой помощи преимущественно белого цвета. Благодаря этому кузов автомобиля становится более заметным и меньше нагревается, что способствует

поддержанию необходимого для пациента температурного режима. В такой ситуации, если медицинское учреждение не планирует использовать арендуемый автомобиль в своей основной деятельности, выбор белого цвета следует признать нарушением, ограничивающим конкуренцию.

Каждая ситуация индивидуальна, и, пользуясь медицинской терминологией, общего рецепта не выпишешь. Нужно учитывать потребности заказчика и специфику его вида деятельности.



Формирование документации, соответствующей товару конкретного производителя, — нарушение законодательства о контрактной системе. А если реальные потребности заказчика таковы, что ему необходим именно этот конкретный уникальный товар? Как, например, в случаях с поставками лекарственных средств и медизделий, когда речь идет о специфике диагностики и лечения.

Если нужен конкретный уникальный товар, то его указание допустимо. Это не будет нарушать конкуренцию, поскольку мы должны исходить из объективных потребностей заказчика.

Примером может послужить одно из дел, рассмотренных Верховным Судом РФ³. Заказчику требовался инсулин конкретного торгового наименования. Такие его действия антимонопольная служба признала нарушением положений Закона № 44-ФЗ, в частности статьи 33.

Верховный Суд РФ не поддержал данный вывод, указав, что закупка инсулина по международному непатентованному наименованию может привести к тому, что больные сахарным диабетом будут получать разные виды инсулина, а из-за этого может ухудшиться течение болезни и снизиться качество жизни больного. Следовательно, в рассматриваемой ситуации установление в технической части аукционной документации торговых наименований препаратов было обусловлено реальными потребностями заказчика.

Это те ситуации, когда пациент долгое время лечился препаратом одной торговой марки и его смена может привести к негативным для здоровья последствиям.

Вместе с тем если переход пациента с од-

ного медицинского препарата на другой может произойти безболезненно, то закупка препарата конкретной торговой марки с точки зрения обеспечения конкуренции будет вызывать серьезные сомнения.



Объединение технологически и функционально взаимосвязанных товаров, работ и услуг в один лот для участников госзакупок давно было камнем преткновения. Судебная практика по этому вопросу сложилась неоднозначная из-за недостатка четких критериев определения такой взаимосвязи. Какие критерии можно выделить?

Да, это вопрос давний. И позитивно, что в настоящий момент правовые подходы по нему закреплены в пункте 3 Обзора.

Так, среди критериев взаимосвязи — невозможность функционирования или работоспособности одного товара без другого. Например, объединение в один лот поставки компьютеров и программного обеспечения для них.

Критерием недопустимости объединения товаров, работ, услуг в один лот может служить их функциональная, содержательная

несовместимость. Пример такого объединения — строительные работы и работы по проектированию проектно-сметной документации. Как минимум, говоря о недопустимости этого объединения, можно утверждать, что отсутствие проектно-сметной документации в составе документации о торгах на строительство объекта означает, что заказчик не установил требований к качеству, техническим характеристикам, безопасности, результатам работ. А это нарушение положений статьи 33 Закона № 44-ФЗ.



Один из пунктов Обзора посвящен проведению заказчиками совместных торгов. Расскажите подробнее о подходе Суда.

В пункте 4 Обзора дается толкование понятия «одни и те же товары», для приобретения которых заказчики могут провести совместные торги по части 1 статьи 25 Закона № 44-ФЗ.

Под одними и теми же товарами следует понимать товары, которые обладают едиными родовыми признаками, например класс-

ные доски, в том числе мелованные и маркерные, или составляют комплект таких товаров, например ученический стул-парта.

Этот вопрос был дискуссионным: ранее в качестве закупки одних и тех же товаров иногда допускалась закупка товаров, не обладающих едиными родовыми признаками. Скажем, интерактивных досок, проекторов, ноутбуков.

³ Определение судьи ВС РФ от 04.05.2017 по делу № А08-1545/2016 ООО «ГЕРОФАРМ».

? На практике возникает вопрос: могут ли участники закупки выступать в составе закупочного консорциума, если это позволяет установить разумный баланс между ценой размещения заказа и качеством поставляемых товаров, выполненных работ или оказываемых услуг?

Этот вопрос в Обзоре не затрагивается. Но исходя из содержания понятия «участник закупки» в Законе № 223-ФЗ⁴, консорциум участников закупки возможен. Вместе с тем Закон № 44-ФЗ не предусматривает объединения участников закупки в консорциумы. Правда, и запрета нет.

Такое объединение в консорциумы в рамках Закона № 44-ФЗ, учитывая наличие публичного интереса, вызывает сомнение.

Возникает вопрос о распределении ответственности между участниками консорциума за неисполнение своих обязательств по заключенному контракту: контракт заключается с одним участником, а не с членами консорциума, которые при наличии судебного спора с точки зрения ответственности будут не видны.

Поэтому, на мой взгляд, применительно к Закону № 44-ФЗ вопрос может ставиться о необходимости совершенствования законодательства и выработки модели взаимоотношений участников закупки по примеру Закона № 223-ФЗ.

? В судебной практике формировались разные подходы к вопросу о необходимости наличия у участника закупки лицензий на каждый из предусмотренных закупочной документацией вид деятельности. На Ваш взгляд, с учетом содержащихся в пункте 7 Обзора разъяснений этот вопрос можно считать решенным?

Думаю, что концептуальные подходы в Обзоре были закреплены. Если выполнение работ, оказание услуг, составляющих лицензируемый вид деятельности, — основной объект закупки, то участник должен обладать лицензией на этот вид деятельности. Если же это второстепенный или сопутствующий основному виду деятельности объект,



Критерий недопустимости объединения товаров в один лот — их функциональная, содержательная несовместимость

например установка системы пожарной безопасности при капитальном ремонте здания, то незаконно требовать в составе заявки лицензии на данный вид деятельности.



В Обзоре сделан вывод, что такая строгая мера ответственности, как включение в реестр недобросовестных поставщиков (далее — РНП, реестр), должна быть соизмерима нарушению участником закупки своих обязательств. В рассматриваемом примере говорится о незначительном характере совершенной участником ошибки. Не приведет ли такое оценочное понятие к субъективной интерпретации регулятора и судов? Какие инструменты доказывания, на Ваш взгляд, помогут оценить степень значительности или незначительности нарушения?

Соглашусь, что категории значительного и незначительного нарушения весьма оценочны. Но таких вопросов в арбитражных судах всегда было немало. Это и применение статьи 10 ГК РФ, регулирующей вопросы злоупотребления правом⁵, и оценка обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды⁶. КоАП РФ устанавливает возможность признания правонарушения малозначительным, что также всегда весьма оценочно.

Надо сказать, что данное разъяснение касается исключительно судов, поскольку антимонопольный орган, решая, включить или не включить участника в реестр, руковод-

ствуется только основаниями, предусмотренными статьей 104 Закона № 44-ФЗ. Но ее нормами не установлен критерий значительного или незначительного нарушения.

В свою очередь, арбитражный суд наделен правом оценить такое решение регулятора, в том числе учитывая наличие конституционного принципа соразмерности наказания совершенному деянию, и отменить его, если нарушение участника закупки незначительно.

В качестве критерия значительного или незначительного нарушения может оцениваться намерение лица заключить контракт и исполнить по нему свои обязательства.

⁴ Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁶ Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды».

Снижение количества судебных дел, связанных с применением Закона № 44-ФЗ, свидетельствует о формировании единых правовых подходов

? После того как ВС РФ подтвердил право заказчика по госконтракту обжаловать отказ антимонопольного органа во включении информации о поставщике в РНП, количество таких дел в судах увеличится? Насколько у заказчиков, по Вашему мнению, будет востребована эта позиция Суда?

Этот вопрос разрешен в пункте 42 Обзора, и, как представляется, значительного увеличения дел, связанных с обжалованием отказа антимонопольного органа включить в реестр информацию о поставщике, подрядчике, исполнителе, ждать не стоит. Не думаю, что ситуаций, когда регулятор необоснованно реабилитирует участников закупок, много.

Данное разъяснение важно с точки зрения обеспечения баланса интересов между участником и заказчиком.

Обратите внимание, что в соответствии с частью 11 статьи 104 Закона № 44-ФЗ обжаловано в суде может быть включение в реестр, а не отказ во включении. Кроме того, возникали вопросы о том, в защиту какого

права выступает заказчик, обращаясь в суд с требованием.

Анализ этого вопроса показал, что буквальное прочтение нормы будет ошибочным и полномочие обжаловать незаконное решение регулятора должно быть и у заказчика закупки.

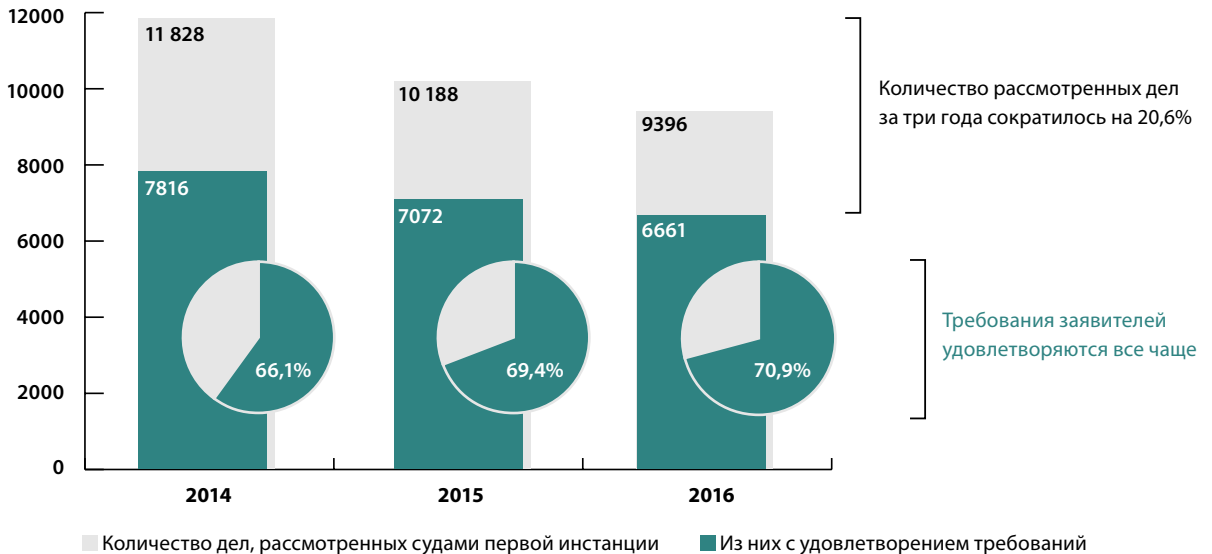
При этом в Обзоре отмечено, что необоснованный отказ антимонопольного органа во включении указанных участников закупок в РНП прямо затрагивает права заказчика: участие таких лиц в последующих закупках не позволит ему с оптимальными издержками добиться необходимых результатов, приведет к неэффективному использованию бюджетных средств и нарушению конкуренции.

? Как складывается судебная практика по вопросу, связанному с неуведомлением участника закупки при рассмотрении в отношении него дела о включении в РНП? Если суд установил данный факт, является ли это безусловным основанием для отмены решения регулятора?

Верховный Суд РФ в своей практике исходит из того, что само по себе неуведомление участника закупки о рассмотрении в отно-

шении него дела о включении в РНП не является безусловным основанием для отмены решения регулятора.

Количество рассмотренных арбитражными судами споров, связанных с применением Закона № 44-ФЗ



Уведомлять участника закупки о рассмотрении дела, разумеется, необходимо. Но было бы неверно отменять акт регулятора в случае, когда участник закупки, соглашаясь с тем, что он допустил нарушение, явля-

ющееся основанием для включения его в реестр недобросовестных поставщиков, вместе с тем оспаривает решение регулятора исключительно по формальным основаниям — из-за неуведомления.



Расскажите, как новое регулирование в сфере госзакупок повлияло на судебную статистику. Какой процент решений антимонопольных органов, касающихся применения Закона № 44-ФЗ, обжалуется в судах? Какова статистика поддержанных и отмененных решений?

Изменение правового регулирования не сильно повлияло на количество рассмотренных арбитражными судами дел. Вместе с тем в последние годы необходимо отметить весьма положительный вектор — количество рассмотренных арбитражными судами дел, связанных с применением Закона № 44-ФЗ,

сократилось на 20,6 процента. Требования заявителей удовлетворяются все чаще: с 66,1 процента в 2014 году до 70,9 процента в 2016 году.

Приведенные показатели свидетельствуют о формировании арбитражными судами единых правовых подходов.