



Дмитрий Чваненко
начальник юридического отдела
торгово-производственной компании

Удержание обеспечения заявки по основанию, не предусмотренному Законом № 223-ФЗ

Одним из главных событий прошлого года, касающихся публичных закупок, является принятие Верховным Судом РФ обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»¹ (далее — Обзор по применению Закона № 223-ФЗ). Предполагается, что целью такого рода актов является формирование единообразия административной и судебной-арбитражной практики. А это, в свою очередь, должно привести к уменьшению споров между субъектами рассматриваемых правоотношений. Ведь если конкретное лицо будет понимать, где именно проходит грань между дозволенным и недозволенным действием, то, совершая последнее, вряд ли это лицо может надеяться на поддержку со стороны правоприменительных органов. В этой связи такие разъяснения можно лишь приветствовать.

Вместе с тем единообразие судебной-арбитражной практики возможно только тогда, когда разъяснения являются ясными и недвусмысленными. В противном случае правоприменительная практика станет еще более противоречивой.

Как представляется, примером такого не вполне удачного разъяснения является п. 12 упомянутого обзора. В скобках следует пояснить, что подобного рода акты (обзоры судебной практики, информационные письма и т. п.) состоят из пунктов, которые, в свою очередь, делятся на две части: тезис

¹ Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018.

и казус. Тезис — основной вывод (фиксируется в самом начале пункта), а казус — пример из судебной практики, который и послужил причиной для соответствующего вывода.

П. 12 Обзора по применению Закона № 223-ФЗ посвящен вопросу о том, вправе ли заказчик не возвращать обеспечение заявки участнику закупки, который нарушил правила, установленные заказчиком в документации о закупке. Верховный Суд РФ ответил следующим образом: «Если конкурсной документацией предусмотрено право заказчика удерживать сумму обеспечения заявки в случае, когда участником нарушены условия участия в закупке, в том числе путем представления им заведомо недостоверной информации, такое удержание представляет собой меру ответственности. В результате удержания заказчик должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным участником».

Как видим, Верховный Суд РФ ответил положительно на поставленный вопрос. Однако у внимательного читателя тут же может возникнуть ряд уточняющих вопросов. От самого банального: как быть, если такое право заказчик зарезервировал за собой не в конкурсной документации, а в документации об аукционе? До более сложных: последнее предложение в приведенной цитате означает, что заказчик не вправе удерживать сумму, которая превышает размер его убытков или же удержана может быть вся сумма обеспечения заявки, но участник закупки вправе взыскать разницу между этой суммой и размером убытков заказчика? Если так, то кто должен доказывать несоразмерность удержанной суммы?

Попытаемся найти ответ на эти вопросы во второй части п. 12 Обзора по применению Закона № 223-ФЗ, т. е. в казусе.

Верховный Суд РФ приводит в качестве иллюстрации следующий спор. Заказчиком проведен конкурс на право заключения договора поставки креплений. По условиям конкурсной документации участники обязаны предоставить финансовое обеспечение заявки, которое заказчик вправе удержать в случае сообщения участником заведомо ложных сведений или намеренного искажения информации. В связи с представлением одним из участников — обществом — недостоверной информации о среднесписочном числе его работников заказчик по завершении конкурса не возвратил обществу денежные средства, переданные в качестве обеспечения.

Не согласившись с действиями заказчика, общество обратилось в суд с иском о взыскании неосновательно удержанных денежных средств.

Арбитражным судом первой инстанции исковые требования удовлетворены. Однако арбитражным судом апелляционной инстанции решение суда первой инстанции отменено, в удовлетворении иска отказано. Судом отмечено,

что по условиям конкурсной документации заказчика сообщение заведомо недостоверной информации является достаточным основанием для удержания обеспечения.

Арбитражный суд округа постановлением арбитражного суда апелляционной инстанции оставил в силе, дополнительно обратив внимание на следующее.

Удержание внесенных в качестве обеспечения заявки денежных средств в случае нарушения участником условий проведения конкурса представляет собой меру ответственности за нарушение обязательств по ведению переговоров.

К отношениям, связанным с причинением вреда недобросовестным поведением при проведении переговоров, применяются нормы гл. 59 ГК РФ с исключениями, установленными ст. 434.1 ГК РФ. Сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки.

Подача участником заявки для участия в конкурсе свидетельствует о принятии им условий его проведения, содержащихся в конкурсной документации, и, соответственно, о заключении заказчиком и участником соглашения, которое может быть квалифицировано как соглашение о ведении переговоров (п. 1, 2 ст. 434, п. 1 ст. 433, ст. 435, п. 3 ст. 438 ГК РФ). В силу п. 5 ст. 434.1 ГК РФ такое соглашение в том числе может устанавливать меры ответственности за нарушение предусмотренных в нем положений.

Вместе с тем арбитражный суд округа отметил (подчеркивает Верховный Суд РФ), что ответственность за нарушение обязательства имеет компенсационный характер, а применяемые меры должны быть соразмерны последствиям нарушения, следовательно, решая вопрос о допустимом размере удержания, необходимо руководствоваться положениями ст. 15, п. 2 ст. 393, п. 3 ст. 434.1 ГК РФ: в результате удержания заказчик должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом. Например, ему могут быть возмещены расходы, понесенные в связи с ведением переговоров, расходы по приготовлению к заключению договора, а также убытки, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Поэтому если участником закупки доказана несоразмерность удержанной суммы таким убыткам, превышающая их часть суммы обеспечения заявки может быть взыскана в пользу соответствующего участника (ст. 1102 ГК РФ).

Итак, по мнению Верховного Суда РФ, конкурсная документация есть не что иное, как оферта на заключение соглашения о ведении переговоров. подача же участником закупки конкурсной заявки является акцептом, т. е. заключением

этого соглашения. Следовательно, раз право на удержание обеспечения заявки установлено названным соглашением о ведении переговоров, то такие действия являются правомерными. Вместе с тем в результате совершения этих действий у заказчика не должно возникать неосновательное обогащение. Соответственно, если участник закупки докажет, что удержанная сумма превышает размер убытков заказчика, то разница должна быть взыскана с заказчика как неосновательное обогащение.

На первый взгляд все просто, но лишь на первый взгляд.

Если встать на точку зрения, что при подаче заявки между заказчиком и участником закупки заключается соглашение о ведении переговоров, то, конечно, не имеет принципиального значения, в какой форме проводится закупка (аукцион, конкурс и проч.). Между тем возникает вопрос о границах такого соглашения. Скажем, можно ли установить таким соглашением условия, явно противоречащие положениям Закона № 223-ФЗ? Например, вообще исключить ответственность участника закупки в виде потери обеспечения заявки при уклонении от заключения договора (п. 1 ч. 26 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ).

Ответ, как представляется, очевиден: нет, нельзя. Имея в виду, что осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона № 223-ФЗ является самостоятельным основанием для оспаривания таких действий заказчика (п. 1 ч. 10 ст. 3 Закона № 223-ФЗ).

Представим другой, явно абсурдный пример. Условиями документации установлено требование о том, что заявку на участие в торгах должен привезти представитель, который должен быть одет в синий костюм и красный галстук. Представителем конкретного участника оказалась дама, которая вообще не носит галстуки. Можно ли на таком основании не возвращать обеспечение заявки? А если представителем был мужчина, одетый в джинсы и свитер?

Очевидно, что и здесь следует дать отрицательные ответы. Но в таком случае возникает вопрос о критериях, которым должно соответствовать условие об удержании суммы обеспечения заявки. Таким критерием является возникновение убытков, которые заказчик понесет из-за действий (бездействия) участника закупки. Как подчеркивает сам Верховный Суд РФ в тезисе п. 12 Обзора по применению Закона № 223-ФЗ, «в результате удержания заказчик должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным участником». При этом, по мысли Верховного Суда РФ, именно на участнике закупки лежит бремя доказывания несоразмерности удержанной суммы возникшим убыткам заказчика. Несмотря на внешнюю логичность последнего утверждения, на практике все может быть не так просто.

Действительно, согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ физические и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Соответственно, если участник закупки не считает нужным оспаривать правомерность и обоснованность удержания суммы обеспечения заявки, то едва ли заказчик должен доказывать обратное.

Однако если участник закупки все-таки предъявит иск, то для того чтобы «переложить» бремя доказывания на заказчика, истцу достаточно заявить, что у заказчика попросту отсутствуют убытки, но доказать этого истец не может, т. к. отсутствие убытков у заказчика является отрицательным фактом, а последний, как известно, не подлежит доказыванию. Здесь нельзя не процитировать И. В. Решетникову, которая отметила, что «в судебной практике данный подход получил название “перераспределение обязанности по доказыванию”»².

В таком случае уже заказчику надо будет доказать наличие убытков. Причем, как справедливо отметил Верховный Суд РФ, именно «кредитор представляет доказательства, подтверждающие наличие у него убытков, а также обосновывающие с разумной степенью достоверности их размер и причинную связь между неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником и названными убытками»³. Ведь при рассмотрении вопроса о возмещении убытков подлежит обязательному доказыванию наличие трех обстоятельств:

- 1) факта противоправных действий должника;
- 2) наличие и размер убытков у кредитора;
- 3) наличие причинно-следственной связи между возникшими убытками

и противоправными действиями причинителя вреда.

Недоказанность хотя бы одного из названных обстоятельств исключает наступление ответственности. И в интересующем нас случае это все должен будет доказать именно заказчик.

Чтобы не быть голословными, приведем пример из судебной практики.

Заказчик установил в конкурсной документации условие, согласно которому в случае предоставления заведомо ложных сведений он вправе удержать сумму обеспечения заявки, уведомив участника закупки.

Посчитав, что конкретный участник закупки представил недостоверную информацию в своей конкурсной заявке, заказчик отказался возвращать денежные средства, внесенные этим участником в обеспечение заявки (1,8 млн руб.). Участник предъявил иск к заказчику.

² См.: Решетникова И. В. Преюдиция и бремя доказывания в современном арбитражном процессе // Закон. 2018. № 4. С. 30–38.

³ См.: абз. 1 п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

Суд первой инстанции отклонил исковые требования со ссылкой на означенное условие конкурсной документации и в связи с предоставлением истцом недостоверных сведений в составе конкурсной заявки.

Суд апелляционной инстанции не согласился с таким подходом, указав на отсутствие в материалах дела каких-либо свидетельств недобросовестного поведения истца при подаче заявки на участие в конкурсе, виновного предоставления им заведомо ложной информации или намеренного искажения данных для участия в конкурсе, а главное — доказательств наличия на стороне заказчика в связи с этим каких-либо убытков. В обоснование суд сослался на рассматриваемый нами п. 12 Обзора по применению Закона № 223-ФЗ.

В результате иск был удовлетворен в полном объеме⁴.

Соглашаясь с правомерностью этой позиции, суд кассационной инстанции указал на голословность довода заказчика о наличии у него убытков, в частности, в размере, соответствующем сумме удержанного обеспечения⁵.

В другом деле суд взыскал удержанную сумму обеспечения заявки только на том основании, что в материалы дела не были представлены доказательства наличия убытков у заказчика в связи с недобросовестным поведением участника закупки⁶.

Таким образом, суды ставят в упрек именно заказчику недоказанность доводов о наличии у него каких-либо убытков, вызванных представлением участником закупки недостоверной информации. То есть бремя доказывания наличия и размера убытков было возложено на заказчика.

Справедливости ради надо все же отметить, что судебно-арбитражная практика сейчас только начинает формироваться по данному вопросу, а потому встречаются и прямо противоположные подходы⁷.

Подытоживая, отметим, что при удержании обеспечения заявки по основаниям, которые отсутствуют в Законе № 223-ФЗ, заказчик в любом случае рискует и должен быть готовым представить суду соответствующие доказательства, подтверждающие соразмерность удержанной суммы возникшим у него убыткам.

⁴ См.: постановление Семнадцатого ААС от 17.08.2018 по делу № А60-27196/2017.

⁵ См.: постановление ФАС Уральского округа от 14.12.2018 по делу № А60-27196/2017.

⁶ См.: постановление ФАС Уральского округа от 21.06.2019 по делу № А60-37229/2018.

⁷ См.: определение Верховного Суда РФ от 19.10.2018 № 309-ЭС18-18118 по делу № А60-36072/2017, постановление ФАС Уральского округа от 11.06.2019 по делу № А60-37942/2018.

В этой связи более простым и надежным представляется осуществление зачета в общем порядке на сумму, тождественную размеру убытков заказчика. Согласно ст. 410 ГК РФ обязательство прекращается полностью или частично зачетом встречного однородного требования. Для зачета достаточно заявления одной стороны. При этом, как разъяснил в свое время Президиум ВАС РФ, бесспорность зачитываемых требований и отсутствие возражений сторон относительно как наличия, так и размера требований не определены ГК РФ в качестве условий зачета. Следовательно, наличие спора в отношении одного из зачитываемых требований не препятствует подаче заявления о зачете⁸.

Таким образом, если конкретный участник закупки причинил заказчику убытки, то заказчик вправе осуществить зачет в отношении суммы обеспечения заявки. При этом нет необходимости устанавливать на этот счет специальные условия в документации о закупке, т. к. ст. 410 ГК РФ действует вне зависимости от того, что указано в документации.

Вместе с тем следует иметь в виду и то, что квалификация Верховным Судом РФ торгов как переговоров предполагает право не только заказчика, но и участника закупки взыскать убытки с заказчика по основаниям, указанным в ст. 434.1 ГК РФ. В частности, необоснованное отклонение заявки вполне подпадает под случай внезапного и неоправданного прекращения переговоров (подп. 2 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ). ■

⁸ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 07.02.2012 № 12990/11 по делу № А40-16725/2010-41-134, А40-29780/2010-49-263. См. об этом: Чваненко Д. А. Взыскание неустойки путем осуществления зачета // Юрист. 2012. № 22. С. 8–13.

Новости контрактной системы

С 16 сентября 2019 г. реестр российской радиоэлектронной продукции размещен в ГИСП

С 1 сентября 2019 г. вступило в силу постановление Правительства РФ от 10.07.2019 № 878, которым определены новые правила применения ограничений допуска иностранной радиоэлектронной продукции к участию в закупках для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Необходимый для применения указанных ограничений реестр российской радиоэлектронной продукции с 16 сентября 2019 г. можно найти по ссылке: <https://gisp.gov.ru/documents/10546664/#popdoc>