



Кирилл Чагин
консультант по социальной
политике Института экономики города (Москва)

Закупки у единственного поставщика по Закону № 223-ФЗ

С момента появления Закона № 223-ФЗ в него вносились и продолжают вноситься многочисленные изменения, которые направлены на усиление регламентации закупочной деятельности заказчиков. Эта деятельность становится все более и более урегулированной самим законом, а также его подзаконными нормативными правовыми актами. И всё же этот закон, в отличие от Закона № 44-ФЗ с его тщательной регламентацией каждого действия заказчика, пока остается в большой степени рамочным, поскольку очень много условий и правил закупок могут устанавливать сами заказчики в своих положениях о закупке.

К таким возможностям относится и то, что связано с закупками у единственного поставщика. Хотя в 2018 г. в Законе № 223-ФЗ появилась отдельная статья, посвященная этому виду закупок¹, содержание ее крайне лаконичное — «порядок подготовки и осуществления закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и исчерпывающий перечень случаев проведения такой закупки устанавливаются положением о закупке». Собственно, единственное требование закона заключается в том, чтобы заказчик в своем положении о закупке установил закрытый, а не открытый перечень случаев, когда он может провести такую закупку.

Поэтому «вольница» заказчиков здесь продолжается. В полной степени воспользоваться ею не могут только государственные и муниципальные

¹ Ст. 3.6 Закона № 223-ФЗ.

автономные и бюджетные учреждения, а также государственные и муниципальные унитарные предприятия, но лишь в том случае, когда их учредитель (орган государственной власти или орган местного самоуправления), пользуясь появившимся у него не так давно правом², устанавливает типовое положение о закупке, обязательное для применения этими заказчиками, и в этом положении сам четко обозначает, что, как и в каких случаях будут эти заказчики закупать у единственного поставщика.

Например, в г. Хабаровске утверждено типовое положение о закупке, применение которого является обязательным для всех городских муниципальных бюджетных учреждений, всех городских муниципальных автономных учреждений, всех городских муниципальных унитарных предприятий при утверждении ими своих положений о закупке³. В соответствии с этим документом закупка у единственного поставщика может проводиться данными заказчиками в 39 случаях, перечень которых во многом напоминает аналогичный перечень в Законе № 44-ФЗ⁴. В частности, любые закупки у единственного поставщика разрешается осуществлять на сумму, не превышающую 500 тыс. руб., установлены и соответствующие годовые лимиты таких закупок (4 млн руб. или не более 50 % от утвержденного совокупного годового объема закупок). Для образовательных, физкультурно-спортивных учреждений и учреждений культуры порог таких закупок в два раза больше — 1 млн руб., а их годовой объем уже не должен превышать 20 млн руб. и 50 % от утвержденного совокупного годового объема закупок. Отметим, что эти пороги все же больше, чем в Законе № 44-ФЗ — 300 тыс. и 600 тыс. руб. соответственно⁵.

Среди случаев закупки у единственного поставщика также можно встретить случаи, которые полностью скопированы с Закона № 44-ФЗ — закупки услуг естественных монополий, закупка преподавательских услуг у физических лиц и т. д. Но есть и интересные «ослабляющие» отличия от Закона № 44-ФЗ — так, например, у единственного поставщика допустимо закупать услуги связи (телефонной, мобильной и интернет-связи); услуги интернет-хостинга; услуги по обучению и повышению квалификации; информационно-справочные и консультационные услуги; услуги по диагностике, текущему обслуживанию и ремонту новых автотранспортных средств в автосалоне

² Ч. 2.1–2.7 ст. 2 Закона № 223-ФЗ.

³ Постановление Администрации города Хабаровска от 04.10.2018 № 3479 «Об утверждении типового положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд муниципальных бюджетных, автономных учреждений, муниципальных предприятий» (ст. 26).

⁴ Ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

⁵ П. 4 и 5 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

или сервисном центре официального дилера завода-изготовителя с целью сохранения гарантийного срока на транспортные средства; и др.

Кроме того, обратим внимание, что даже если типового положения о закупке не установлено, то в отношении бюджетного или автономного учреждения учредитель также может оказывать влияние на содержание положения о закупке. Так, учредитель бюджетного учреждения непосредственно утверждает положение о закупке, а в автономном учреждении представители учредителя входят в состав наблюдательного совета, утверждающего положение о закупке⁶. Что же касается унитарных предприятий, то при отсутствии типового положения о закупке содержание этого документа определяется самим предприятием: положение утверждает его руководитель⁷.

Если же вышеуказанные ограничения отсутствуют (иными словами, если у заказчика нет обязанности применять «спущенное сверху» типовое положение о закупке), то заказчик самостоятельно устанавливает случаи закупки у единственного поставщика в своем положении о закупке⁸.

Еще нужно упомянуть, что на практике заказчики могут столкнуться с позицией ФАС России, согласно которой на правовые возможности заказчика осуществлять ту или иную закупку у единственного поставщика может оказывать влияние и то, относятся ли закупаемые ТРУ к тем ТРУ, которые заказчики обязаны закупать в электронной форме⁹.

В этой связи весьма интересен конкретный случай, когда территориальный орган ФАС России, рассматривая жалобу на неправомерную закупку заказчиком у единственного поставщика работ по изготовлению единых платежных документов (ЕПД) в виде бесконвертных отправок с последующей доставкой абонентам, пришел к выводу, что, поскольку код ОКПД2 этих работ включен в перечень ТРУ, которые должны закупаться в электронной форме, заказчик обязан был проводить данную закупку в электронной форме, а следовательно, конкурентным способом¹⁰.

Напомним, что в соответствующем правительственном перечне таких ТРУ несколько десятков и они далеко не экзотичны, к ним относятся, например, услуги по чистке и уборке, мебель, канцелярские товары и т. д. Поэтому следование вышеприведенной позиции может серьезно усложнить закупочную

⁶ П. 3 и 6 ч. 3 ст. 2 Закона № 223-ФЗ.

⁷ П. 2 ч. 3 ст. 2 Закона № 223-ФЗ.

⁸ Ч. 3.2 ст. 3 Закона № 223-ФЗ, письмо ФАС России от 27.02.2019 № 17/15158/19.

⁹ Ч. 4 ст. 3 Закона № 223-ФЗ, постановление Правительства РФ от 21.06.2012 № 616 «Об утверждении перечня товаров, работ и услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме».

¹⁰ Решение Северо-Осетинского УФАС России от 28.11.2018 по делу № АМ334-11/18.

деятельность заказчика. Вместе с тем эта позиция далеко не бесспорна, ведь в соответствующем правительственном постановлении прямо говорится о том, что закупка ТРУ, включенных в «электронный» перечень, не проводится в электронной форме, если закупка осуществляется у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) в соответствии с положением о закупке заказчика¹¹. Интересно отметить, что в принципе даже возможна конструкция, когда через закупку у единственного поставщика заказчик может пытаться вообще избежать электронных закупок. Для этого он может указать в своем положении, что закупки у единственного поставщика могут осуществляться в т. ч. и в случае закупок ТРУ, перечисленных в постановлении Правительства РФ от 21.06.2012 № 616.

Так или иначе, существующие правовые возможности устанавливать случаи закупки у единственного поставщика, имеющиеся либо у самих заказчиков, либо у их учредителей, ведут к тому, что случаев таких закупок наблюдается великое разнообразие. В целом, их можно разделить на следующие группы:

1. Закупка ТРУ, в отношении которых нет конкурентного рынка поставщиков. Примерами таких случаев является закупка услуг естественных монополий, услуг водоснабжения, газоснабжения и т. п. К этой же группе можно отнести ситуацию, когда исключительными правами или возможностями в отношении поставки тех или иных ТРУ обладает только один поставщик (например, заключается договор с организатором конкретного мероприятия, участие в котором планирует принять заказчик; с лицом, обладающим авторскими правами на предмет интеллектуальной собственности, и т. п.).

2. Закупка ТРУ, при которой требуется обеспечение совместимости таких ТРУ с уже используемым заказчиком оборудованием, инструментами, транспортом, программным обеспечением и т. п. Сюда же можно отнести случай, когда заказчик проводит дополнительную закупку ТРУ к уже закупленным ТРУ.

3. Закупка ТРУ в результате признания той или иной конкурентной закупки несостоявшейся в связи с тем, что в закупке участвовал только один поставщик (подрядчик, исполнитель).

4. Закупка ТРУ, в которых у заказчика возникает срочная потребность, которую невозможно оперативно удовлетворить, используя конкурентные способы закупок.

5. Закупка ТРУ на ограниченную сумму (малая закупка, закупка малого объема и т. п.). Отметим, что понятие «малой закупки» у разных заказчиков

¹¹ П. 2 постановления Правительства РФ от 21.06.2012 № 616 «Об утверждении перечня товаров, работ и услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме».

может быть очень разным. Например, в приведенном выше примере у муниципальных учреждений и унитарных предприятий г. Хабаровска размер такой закупки составляет 0,5–1 млн руб., а, скажем, у МУП «Мирнинский молокозавод» (Республика Саха (Якутия)) он составляет 5 млн руб.¹² Здесь «творчество» заказчиков может выражаться в самых разнообразных правилах — например, встречаются случаи, не оспариваемые ФАС России, когда заказчик может осуществлять закупки у единственного поставщика на любую сумму, но не чаще двух раз в календарный год¹³. В целом же заказчик вправе самостоятельно в положении о закупке определить максимальную цену договора с единственным поставщиком и это тоже подтверждается практикой ФАС России¹⁴.

6. Закупка ТРУ в случае расторжения ранее заключенного договора по причине его неисполнения поставщиком и в условиях, когда у заказчика нет времени на проведение конкурентной закупки.

7. Прочие случаи, когда заказчик полагает наиболее удобным для себя проводить закупку тех или иных ТРУ именно у единственного поставщика. Такие закупки можно назвать «закупками у единственного поставщика исключительно ради удобства». И именно таких случаев наблюдается огромное множество. Отметим, что достаточно часто заказчики «разрешают себе» закупать у единственного поставщика те ТРУ, в отношении которых существует достаточно развитый конкурентный рынок поставщиков. В качестве примера можно назвать закупки банковских услуг, услуг мобильной связи, проектных работ, транспортных средств, спецодежды, офисного оборудования и вычислительной техники, рекламных услуг и т. д. Пока законодательство не накладывает на заказчиков в этом плане каких-либо ограничений, та самая «вольница» заказчиков находит здесь самый большой размах.

Чтобы не вызвать нареканий со стороны ФАС России, при проведении закупок у единственного поставщика заказчику необходимо прежде всего соблюдать свои же правила в отношении таких закупок. Так, например, одним из встречающихся в практике случаев закупки у единственного поставщика является ситуация, когда поставщик закупаемых ТРУ является единственным поставщиком в данном регионе, а расходы заказчика, связанные с привлечением поставщиков из других регионов, делают такое привлечение экономически невыгодным. Критерии такого случая понятны и обоснованы, но если ФАС России установит, что заказчик на основании этого пункта своего положения о закупке произвел закупку ТРУ, поставщики которых все-таки существуют в данном регионе во множественном числе, то претензия

¹² Единая информационная система в сфере закупок. URL: www.zakupki.gov.ru.

¹³ Решение Тульского УФАС России от 27.12.2018 № 5/53-2018.

¹⁴ См. решение Чукотского УФАС России от 28.08.2019 по делу № 087/01/10-111/2019.

к заказчику может иметь место на том основании, что он нарушает порядок осуществления закупок, установленный в своем же положении о закупке¹⁰.

Другой подобный пример — заказчик в своем положении о закупке установил, что закупка у единственного поставщика независимо от суммы закупки может осуществляться в случае, если предмет закупки имеется в наличии только у какого-либо конкретного поставщика или какой-либо конкретный поставщик обладает исключительными правами в отношении предмета закупки и не существует никакой разумной альтернативы или замены, и по этой причине использование какого-либо другого способа закупки не представляется возможным. Однако при осуществлении такой закупки заказчик не смог обосновать перед ФАС России и судами, что поставщик, с которым был заключен договор, действительно в отношении предмета закупки является безальтернативным¹⁵.

Но нельзя не отметить, что на практике позиция отдельных контрольных органов по отношению к закупкам у единственного поставщика по Закону № 223-ФЗ может быть и «огульно-жесткой». Такие контрольные органы считают, что установленный в п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ принцип отсутствия необоснованного ограничения конкуренции не нарушается только в трех случаях:

- когда производится закупка ТРУ на низкоконкурентном рынке;
- когда закупка проводится в результате признания конкурентной закупки несостоявшейся;
- когда закупка носит экстренный характер (например, для ликвидации последствий чрезвычайной ситуации).

Соответственно, во всех остальных ситуациях, с точки зрения сторонников такого подхода, заказчик просто злоупотребляет своей свободой.

Более того, в отдельных случаях и территориальные органы ФАС России, и суды доходят в своих решениях до следующего весьма радикального вывода: поскольку заказчики по Закону № 223-ФЗ должны руководствоваться в своей деятельности и «другими федеральными законами»¹⁶, то нормы Закона № 44-ФЗ должны применяться к закупкам по Закону № 223-ФЗ в части, не урегулированной Законом № 223-ФЗ, а условия и правила закупок у единственного поставщика Закон № 223-ФЗ как раз и не регулирует¹⁷. И раз, например, закупка ГСМ у единственного поставщика не допускается по Закону № 44-ФЗ, то она не должна допускаться и по Закону № 223-ФЗ.

¹⁵ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 15.06.2016 по делу № А51-17219/2015.

¹⁶ Ч. 1 ст. 2 Закона № 223-ФЗ.

¹⁷ См. решение АС Красноярского края от 02.10.2019 по делу № А33-22225/2019.

Такие выводы очень опасны для большинства заказчиков, которые достаточно вольно устанавливают в своих положениях о закупке различные случаи закупки у единственного поставщика. Но точку в этой спорной ситуации, вероятно, сможет поставить только Верховный Суд РФ, если это дело дойдет до него. Ведь такой глобальный вывод одновременно может значить и то, что в своих положениях о закупке заказчики должны ориентироваться на положения Закона № 44-ФЗ не только в отношении закупок у единственного поставщика, а вообще в отношении любых ситуаций, которые не регулируются нормами самого Закона № 223-ФЗ. А это, нужно признать, уже не что иное, как полный пересмотр подходов, сложившихся в практике.

Еще один важный вопрос, имеющий отношение к закупкам у единственного поставщика, касается темы дробления закупок. Не секрет, что практика закупки одних и тех же ТРУ посредством заключения нескольких договоров с одним и единственным поставщиком вместо проведения конкурентной закупки и заключения одного крупного договора не так уж редка. Как правило, она имеет место в ситуации, когда заказчик ограничен стоимостным порогом однократной закупки у единственного поставщика, установленным в его положении о закупке (см. выше).

Следует помнить, что в самом Законе № 223-ФЗ не содержится никаких норм, которые запрещали бы такое дробление, однако одним из принципов закупок является отсутствие необоснованного ограничения конкуренции¹⁸. При рассматриваемом дроблении конкуренция однозначно отсутствует: заключая несколько «мелких» договоров с одним поставщиком, заказчик лишает возможности других поставщиков принять участие в «крупной» конкурентной закупке. Поэтому ключевое значение здесь имеет вопрос о том, обоснованно ограничивается конкуренция или нет.

Например, если заказчик вместо одной конкурентной закупки монолитных работ для строительства здания в течение трех месяцев заключает семь договоров на эти работы с одним и тем же подрядчиком (все договоры не превышают установленного в положении о закупке порога для закупок у единственного поставщика) и при этом не может обосновать необходимость оперативного и срочного удовлетворения своих нужд в этих работах, то его действия могут быть признаны нарушающими вышеуказанный принцип осуществления закупок по Закону № 223-ФЗ¹⁹.

Не одобряют дробление закупок и регулирующие органы. Так, Минэкономразвития России указывало, что в таких случаях злоупотребление заказчиком

¹⁸ П. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ.

¹⁹ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 10.08.2015 по делу № А32-31858/2014.

правом осуществления закупки у единственного поставщика приводит к недобросовестной конкуренции²⁰.

Однако следует отметить, что во многих случаях ФАС России и суды все-таки не считают дробление закупок нарушением Закона № 223-ФЗ.

Например, суд не усмотрел нарушения Закона № 223-ФЗ в случае, когда заказчик заключил несколько договоров подряда на устройство поручней для инвалидов по зрению отдельно в отношении каждого этажа здания. В решении суда отмечается, что установка поручней на каждом этаже здания может осуществляться как одновременно, так и с перерывом во времени, технологических препятствий для установки поручней на одном из этажей без их установки на другом этаже нет, но разделение работ по этажам не является нарушением закона²¹.

В другом случае суд счел незаконным решение ФАС России о нарушении заказчиком Закона № 223-ФЗ в виде искусственного дробления закупки на два договора по оценке технического состояния аттракционов, поскольку ФАС России в рамках административного дела не привела правовых норм, указывающих на невозможность заключения заказчиком двух договоров с одним поставщиком, и не доказала факт искусственного дробления договоров²².

Конечно, стоит учитывать, что случаи дробления закупки у единственного поставщика реже попадают в поле зрения контрольных органов, поскольку здесь меньше вероятности подачи жалобы со стороны недовольных поставщиков, чем при конкурентной закупке. Вместе с тем во избежание рисков получения заказчиками претензий от контрольных органов им рекомендуется следующее:

1. Осуществлять дробление закупки при условии, что заказчик в случае необходимости сможет доказать обоснованность таких закупок, т. е. указать объективную причину, по которой было невозможно или нецелесообразно провести одну конкурентную закупку. Например, обосновать срочную необходимость в закупаемых ТРУ, которая не позволила использовать конкурентные способы закупки, требующие для своей реализации больше времени, и т. д. Отметим, что в негативном смысле «дробление закупки» — это преднамеренная и умышленная разбивка стоимости отдельной закупки на несколько договоров при условии, что заказчику заранее известна потребность в ТРУ на плановый период и не существует препятствий технологического или

²⁰ См. письма Минэкономразвития России от 11.02.2015 № Д28и-205, от 15.06.2016 № ОГ-Д28-7314.

²¹ Постановление Четырнадцатого ААС от 26.09.2014 по делу № А05-15085/2013.

²² См. решение АС Курганской области от 11.03.2016 по делу № А34-24/2016.

экономического характера, не позволяющих провести одну процедуру для приобретения всего объема ТРУ.

2. По возможности не заключать договоры одномоментно (например, в один день).

3. По возможности не закупать посредством заключения разных договоров одноименные ТРУ. Например, если планируется приобретение у одного поставщика компьютеров и программного обеспечения для них, то лучше по одному договору закупить только компьютеры, а по другому — только программное обеспечение.

4. Если в положении о закупке заказчика установлена максимальная доля «мелких» закупок у единственного поставщика от общего годового объема закупок (см. выше), то это может стать лишним аргументом в споре в пользу права заказчика дробить закупку. Здесь имеет значение позиция ФАС России в отношении закупок по Закону № 44-ФЗ, согласно которой, за исключением требования о соблюдении максимальной доли малых закупок у единственного поставщика в общем годовом объеме закупок, в Законе № 44-ФЗ не содержится никаких иных ограничений на осуществление таких закупок у единственного поставщика, в т. ч. на приобретение одноименных ТРУ²³. В принципе, эта ограничительная доля в свое время и появилась в Законе № 44-ФЗ, чтобы снизить возможные масштабы злоупотреблений заказчиков с дроблением закупок. Поэтому данная позиция ФАС России может быть транслирована и на спорную ситуацию с закупками по Закону № 223-ФЗ при условии, что в положении о закупке также установлена аналогичная доля.

Нередко и сам заказчик устанавливает в своем положении о закупке запрет на дробление закупки. Например, в положении о закупке МУП «Водоканал» (г. Подольск) имеется целая статья «Запрет на дробление закупок», в которой устанавливается, что под дроблением закупок понимается умышленное уменьшение объема отдельной закупки (НМЦД) при условии, что заказчику заранее известна потребность в такой продукции на плановый период и не существует препятствий технологического или экономического характера, не позволяющих провести одну процедуру для закупки всего объема требуемых ТРУ. Рассматриваемое положение запрещает дробить объем закупки на части с целью снижения НМЦД для получения возможности осуществления закупок путем запроса предложений, запроса котировок, у единственного поставщика, применения каких-либо процедур закупки с установленными ценовыми порогами¹².

Как видим, здесь дробление закупок рассматривается не только как способ применять закупку у единственного поставщика, но и как способ использовать

²³ Письмо ФАС России от 25.04.2017 № РП/27902/17.

более простые конкурентные способы закупки. Такие же запреты могут устанавливаться и в типовых положениях о закупке государственных и муниципальных учреждений и унитарных предприятий их учредителями²⁴.

Таким образом, тема закупок у единственного поставщика в рамках Закона № 223-ФЗ является очень острой и, даже можно сказать, скандальной. С одной стороны, закон позволяет заказчикам или их учредителям (в случае с государственными и муниципальными учреждениями и унитарными предприятиями) самостоятельно определять «правила игры». Однако на практике эта «вольница» заказчиков нередко оказывается под жестким прессингом контрольных органов, которые усматривают в ней нарушения принципов закупок. ■

²⁴ См., например, ч. 4 ст. 26 Типового положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд муниципальных бюджетных, автономных учреждений, муниципальных предприятий, утвержденного постановлением Администрации города Хабаровска от 04.10.2018 № 3479.

Отвечаем на вопросы читателей

Изначально в проекте контракта в качестве подписанта было указано одно лицо (первый заместитель руководителя), но к моменту подписания контракта этот сотрудник ушел в отпуск, поэтому контракт был подписан электронной подписью другого лица, имеющего право действовать от имени заказчика (непосредственным руководителем организации). Контрагент считает, что контракт был заключен с нарушениями и требует заключить дополнительное соглашение к контракту. Можно ли как-то ему возразить?

Согласно ч. 7 ст. 83.2 Закона № 44-ФЗ после получения проекта контракта, подписанного усиленной электронной подписью лица, имеющего право действовать от имени победителя электронной процедуры, и предоставления таким победителем обеспечения исполнения контракта заказчик обязан разместить в ЕИС и на электронной площадке контракт, подписанный усиленной электронной подписью *лица, имеющего право действовать от имени заказчика*.

Таким образом, единственное требование закона к лицу, чьей подписью подписывается контракт от имени заказчика, заключается в том, чтобы такое лицо имело право действовать от имени заказчика. Закон не устанавливает условия о том, что таким лицом может быть лишь лицо, сведения о котором указывались в проекте контракта, являвшемся приложением к документации о закупке.