



Виталий Байрашев
Эксперт в сфере закупок

Отмена конкурентной закупки по Закону № 223-ФЗ: трудности и возможности

Существующие уже более года ограничения Закона № 223-ФЗ на отмену конкурентной закупки значительно влияют на хозяйственную деятельность субъектов, чьи закупки регулируются данным законом.

Подавляющее большинство заказчиков, в особенности работающих на конкурентных рынках, периодически сталкивается с необходимостью отмены проводимой или уже завершенной закупки, которая может быть вызвана множеством объективных причин, например, изменением потребности в закупаемой продукции, сокращением финансирования и последующей невозможностью оплаты продукции.

В случае возникновения подобных ситуаций после окончания подачи заявок возникает закономерный вопрос: как отменить закупку с минимальными экономическими и правовыми последствиями? Для ответа на него необходимо рассмотреть существующие варианты и риски их реализации, что и постарался сделать автор в данной статье.

Закон гласит

О первом варианте отмены конкурентной закупки прямо говорит сам Закон № 223-ФЗ. Согласно ч. 5 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ отмена конкурентной закупки возможна до наступления даты и времени окончания срока подачи заявок.

Но далее ч. 7 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ говорит о том, что по истечении срока отмены конкурентной закупки и до заключения договора заказчик вправе отменить определение поставщика (исполнителя, подрядчика) в случае возникновения обстоятельств непреодолимой силы в соответствии с гражданским законодательством.

Чтобы разобраться с понятием непреодолимой силы, стоит обратиться к п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»:

«В силу п. 3 ст. 401 ГК РФ для признания обстоятельства непреодолимой силой необходимо, чтобы оно носило чрезвычайный и непредотвратимый при данных условиях характер.

Требование чрезвычайности подразумевает исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях.

Если иное не предусмотрено законом, обстоятельство признается непредотвратимым, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий.

Не могут быть признаны непреодолимой силой обстоятельства, наступление которых зависело от воли или действий стороны обязательства, например, отсутствие у должника необходимых денежных средств, нарушение обязательств его контрагентами, неправомерные действия его представителей».

К таким обстоятельствам может быть отнесен, например, пожар, в результате которого было уничтожено транспортное средство заказчика, которое он намеревался обслуживать у подрядчика, выбранного по результатам проводимой закупки.

Однако изменение производственной программы заказчика, вызванное сокращением финансирования по определенному направлению, и следующая за этим необходимость отмены проводимых закупок уже не может быть отнесена к обстоятельствам непреодолимой силы, освобождающим заказчика от ответственности за неисполнение обязательств. В этом случае заказчику следует обратить внимание на другие возможности, предоставленные действующим российским законодательством.

Хотя Закон № 223-ФЗ и не допускает отмену закупки по истечении времени окончания срока подачи заявок, ГК РФ предусматривает возможность одностороннего отказа заказчика от исполнения договора.

В случае договора подряда ст. 717 ГК РФ обуславливает это право заказчика необходимостью оплаты подрядчику выполненных на момент одностороннего отказа работ, а также возмещения подрядчику убытков, причиненных односторонним отказом.

В отношении договора оказания услуг ст. 782 ГК РФ также предусматривает возможность одностороннего отказа заказчика от исполнения договора при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. При этом односторонний отказ от исполнения договора подряда или оказания услуг может иметь место по любой причине.

Подобными возможностями активно пользуются и заказчики по Закону № 44-ФЗ, которые еще больше ограничены в вопросах отмены закупки. И очевидно, что если односторонний отказ происходит сразу после заключения договора, то финансовые потери заказчика при одностороннем отказе от заключения договора обычно минимальны. А доказывать наличие, а также размер убытков и понесенных расходов придется в судебном порядке уже подрядчику (исполнителю).

Ситуация с договорами поставки несколько отличается. Так, ст. 523 ГК РФ допускает односторонний отказ от исполнения договора в случае существенного нарушения поставщиком договора поставки. Под существенным нарушением понимается поставка товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок, а также неоднократное нарушение сроков поставки товаров.

Поскольку подобных оснований одностороннего отказа от исполнения договора поставки явно недостаточно для ситуаций, связанных с утратой потребности в закупаемой продукции, то заказчик может задуматься о включении в договор права на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора поставки при условии направления поставщику соответствующего уведомления. Данная практика, наряду с расширением в договоре перечня случаев существенного нарушения поставщиком договора поставки по сравнению с ч. 2 ст. 523 ГК РФ, нередко встречается в закупках по Закону № 223-ФЗ, хотя и не всегда приветствуется судами при обжаловании поставщиками условий договоров.

В случае с договорами поставки регулирования количества поставляемого товара можно достичь и с помощью рамочных договоров. Если поставка, приемка и оплата товара осуществляются только на основании заявок заказчика, направляемых поставщику в установленном договором порядке, то в случае сокращения потребности в товаре заказчик может урегулировать этот вопрос с минимальными усилиями, уменьшая объем заказываемого товара на основании своих заявок. Ч. 9, 10 ст. 4 Закона № 223-ФЗ в достаточной степени

учитывают данный подход, предлагая наряду с начальной (максимальной) ценой договора использовать максимальную цену договора вместе с единичными расценками или формулой цены.

Но, разумеется, из-за большей неопределенности относительно периодичности и объемов поставок заказчик должен быть готов к более высоким ценам на закупаемый товар. Ведь те же логистические затраты могут составлять существенную долю в стоимости продукции, которые поставщик непременно переложит на заказчика.

В практике закупок по Закону № 223-ФЗ нередко встречаются и смешанные договоры, например, поставка и последующий монтаж оборудования. И здесь многое будет зависеть от того, как сформулированы условия договора (поставка + дополнительные услуги по монтажу либо как работы по монтажу с использованием предоставленного поставщиком оборудования). Тем более п. 3 ст. 421 ГК РФ определяет, что к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, **если иное не вытекает из соглашения сторон** или существа смешанного договора¹.

Возвращаясь к вопросу одностороннего отказа заказчика от исполнения договора, нельзя сказать, что право заказчика на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора в действительности безгранично и заказчик вправе им пользоваться в недобросовестных целях.

Пример

Учреждение 22.08.2018 передало в адрес предпринимателя подписанный со своей стороны договор. В этот же день, 22.08.2018, учреждение вручило предпринимателю уведомление об одностороннем отказе от договора на выполнение работ.

Исходя из последующего поведения заказчика, вновь заключившего договор подряда с другим лицом, в предмет которого вошел и объем работ, предусмотренный ранее подписанным сторонами договором, суд пришел к выводу о наличии признаков злоупотребления правом в действиях заказчика.

В случае заключения договора в соответствии с положениями Закона № 223-ФЗ реализация права заказчика на отказ от договора в соответствии

¹ В отдельных случаях встречаются и совсем анекдотичные формулировки, например, «оказание услуг по обеспечению лекарственными препаратами и медицинскими изделиями», которые, впрочем, не помешали на уровне отдельных субъектов РФ применять п. 6 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ (см. апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 09.11.2016 № 9-АПГ16-30).

с положениями ст. 717 ГК РФ не может быть использована стороной договора для обхода законодательно регламентированных конкурсных процедур с целью незаключения договора с «неудобным» подрядчиком, а равно установления договорных отношений с «дружественным» контрагентом².

Заказчики, рассматривающие возможность отмены закупки после истечения предусмотренных ч. 5 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ сроков, могут задаться закономерным вопросом: какие правовые последствия влечет за собой отмена закупки после истечения срока подачи заявок до заключения договора?

Ответ на этот вопрос содержится в п. 4 ст. 448 ГК РФ, согласно которому в случае, если организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением установленных законом сроков, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб.

Но, кроме возмещения реального ущерба, который в указанном случае едва ли превысит расходы, связанные с подготовкой и подачей заявки, в действиях заказчика контролирующими органами может быть замечен состав административного правонарушения, предусмотренный ч. 4 ст. 7.32.3 КоАП РФ. Дело в том, что данный состав предусматривает административную ответственность за нарушение сроков размещения в ЕИС любой информации о закупке, включая решение об отмене закупки³.

Впрочем, далеко не всегда поздняя отмена закупки влечет для заказчика неблагоприятные последствия.

Пример

Дата окончания подачи заявок — 27.02.2019. Заказчик должен был подвести итоги закупки 07.03.2019. Однако 06.03.2019 ЕИС опубликовано решение об отказе от проведения закупки, оформленное приказом от 14.02.2019 № 14/ОД. На заседании комиссии представитель заказчика согласился с нарушением сроков отказа от проведения закупки.

Согласно возражениям заказчика данная закупка отменена из-за отсутствия денежных средств и будет повторно размещена после согласования главным распорядителем бюджетных средств заказчика — Департаментом культуры г. Москвы.

Решение:

1. Признать жалобу обоснованной.
2. Установить в действиях заказчика нарушение ч. 5 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ.

² Постановление ФАС Уральского округа от 25.07.2019 по делу № А50-29786/2018.

³ За исключением изменений положения о закупке (ч. 6 ст. 7.32.3 КоАП РФ).

3. Обязательное для исполнения предписание не выдавать в связи с тем, что нарушение носит неустранимый характер на дату принятия решения комиссией⁴.

Немаловажным моментом, ускользнувшим от внимания большинства экспертов и специалистов по закупкам, является срок размещения в ЕИС информации об отмене закупки.

Действительно, ч. 5 ст. 3.2 Закона № 223-ФЗ говорит о том, что решение об отмене закупки принимается до окончания подачи заявок. Однако далее ч. 6 ст. 3.2. Закона № 223-ФЗ гласит, что решение об отмене конкурентной закупки размещается в ЕИС в день принятия этого решения.

Другими словами, решение об отмене закупки может быть размещено в ЕИС уже после окончания срока подачи заявок. Это обстоятельство особенно важно для крупных заказчиков, имеющих временные задержки в коммуникациях с удаленными филиалами.

Что дозволено Юпитеру, не дозволено быку

Указанные в предыдущем разделе возможности отмены конкурентных закупок могут быть реализованы подавляющим большинством заказчиков, так как эти варианты обусловлены непосредственно законом. Возможность применения указанных в данном разделе вариантов будет зависеть от содержания положения о закупке конкретного заказчика.

В закупочной практике ряда заказчиков существуют основания отказа от заключения договоров. Исходя из ограничений на отмену закупки, представляется необходимым исключить основания отказа от заключения договоров по результатам конкурентных закупок, которые фактически соответствуют отмене закупки.

Но положение о закупке может предусматривать и другие основания отказа от заключения договора. Например, отказ от заключения договора в случае предоставления участником закупки недостоверной информации в составе заявки⁵.

Пример

Гарантийным письмом № 0906/5 от 09.06.2018 ООО заявило о наличии оборудования, необходимого для капитального ремонта двигателя, а именно:

⁴ Решение Московского УФАС России от 25.03.2019 по делу № 1-00-699/77-19 (закупка № 31907513372).

⁵ В практике закупок по Закону № 223-ФЗ и Закону № 44-ФЗ также встречается понятие «отстранения» участника закупки от участия в закупке на любом ее этапе в связи с предоставлением недостоверных сведений в заявке.

1) балансировочного станка модели BM 3000; 2) карусельного станка модели 598 с диаметром планшайбы 2 000 мм.

Одновременно заказчик утверждает, что в результате проверки производственной площадки участника закупки, проведенной его специалистом 26.06.2018, установлено отсутствие карусельного станка модели 598 с диаметром планшайбы 2 000 мм.

Заказчик принял решение об отказе от заключения договора с истцом по п. 11.1.6 Положения о закупке, а именно в связи с предоставлением участником закупки в заявке недостоверных сведений.

Действующим законодательством проведение заказчиком проверок наличия у участника закупки декларированного оборудования, необходимого для выполнения работ, не запрещено⁶.

Продолжая рассуждения Восьмого арбитражного апелляционного суда, можно добавить, что отказ от заключения договора с участником закупки, предоставившим в заявке недостоверную информацию, не просто не противоречит законодательству, а в полной мере продиктован требованиями действующего законодательства РФ!

Ведь постановление Правительства РФ от 16.09.2016 № 925 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами» предусматривает включение в положение о закупке и документацию о закупке положения об ответственности участников закупки за представление недостоверных сведений о стране происхождения товара. И едва ли ответственность участника закупки за представление недостоверных сведений о стране происхождения товара должна отличаться от ответственности за предоставление недостоверных сведений в иных разделах заявки (соответствие требованиям документации, информации о характеристиках товара и т. д.).

Но в тех случаях, когда отказ заказчика от заключения договора ничем не отличается от отмены закупки, суд с высокой вероятностью обяжет заказчика заключить договор с победителем закупки.

Пример

ООО обратилось в АС города Москвы с исковым заявлением об обязании заказчика заключить договор поставки на условиях, предусмотренных документацией открытого запроса предложений в электронной форме.

⁶ Постановление Восьмого ААС от 06.06.2019 по делу № А81-6198/2018.

Согласно п. 4 ст. 445 ГК РФ, если сторона, для которой в соответствии с ГК РФ или иными законами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. В этом случае договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

На основании изложенного с учетом ч. 1 ст. 65 и ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ суд пришел к выводу о том, что исковые требования подлежат удовлетворению в полном объеме⁷.

Немало споров вызывает ситуация, когда заказчик отказывается от заключения договора с единственным участником закупки.

Ч. 5 ст. 447 ГК РФ предусматривает, что аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. При этом ни ГК РФ, ни Закон № 223-ФЗ не определяют последствия признания закупки несостоявшейся⁸. Соответственно, заказчики самостоятельно определили для себя такие последствия в положении о закупке, а в некоторых положениях о закупке предусматривается вариативность, позволяющая, например, заключить договор с единственным участником закупки либо при необходимости провести повторную закупку.

Необязательность заключения договора с единственным участником закупки не противоречит требованиям действующего законодательства. Ведь договор заключается именно по результатам торгов; в случае признания закупки несостоявшейся результата у торгов нет. Но судебная практика, к сожалению, пошла по иному пути.

Пример

Как следует из материалов дела, заявка ООО единственная признана соответствующей требованиям документации, что подтверждается протоколом рассмотрения и оценки заявок на участие в запросе предложений от 10.10.2018 № 7.2/183.

Положениями ст. 447–448 ГК РФ не предусмотрено права отказаться от заключения договора с победителем конкурентной процедуры, а потому следует признать, что рассматриваемые действия заявителя по отказу от заключения контракта противоречат требованиям гражданского

⁷ Решение АС г. Москвы от 07.10.2019 по делу № А40-154214/19-176-1404.

⁸ Такие последствия определяет, например, Закон № 44-ФЗ, применяемый государственными и муниципальными заказчиками.

законодательства и нарушают права третьего лица на возможность стать контрагентом заказчика.

Поскольку положение о закупках не является нормативным правовым актом (его законность не презюмируется), следует признать, что оно должно применяться в той мере, в которой не противоречит действующему законодательству. Изменять правовое регулирование, установленное нормами ГК РФ, положение о закупках не может⁹.

Интересным вопросом является регламентация Законом № 223-ФЗ срока внесения изменений в извещение и документацию о закупке. Закон № 223-ФЗ, в отличие от Закона № 44-ФЗ, не определяет сроки внесения изменений в извещение и документацию о закупке.

Вместе с тем согласно ч. 11 ст. 4 Закона № 223-ФЗ в случае внесения изменений в извещение или документацию о конкурентной закупке срок подачи заявок должен быть продлен так, чтобы с даты размещения в ЕИС указанных изменений до даты окончания срока подачи заявок оставалось не менее половины срока подачи заявок, установленного положением о закупке для данного способа закупки.

Таким образом, изменение извещения или документации о закупке после окончания подачи заявок приведет к необходимости продления сроков подачи заявок. А до окончания подачи заявок возможна отмена закупки.

В то же время, как указывалось выше, отмена закупки таким способом после истечения срока подачи заявок может образовывать состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 4 ст. 7.32.3 КоАП РФ, а также может расцениваться контролирующими органами как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ).

Также Закон № 223-ФЗ по-прежнему не определяет основания отклонения заявок участников закупки, поэтому отдельные заказчики могли задуматься о включении в свои положения о закупке специфических оснований отклонения заявок, не связанных с содержанием заявок участников закупки. Например, предусмотреть право отклонения всех заявок в случае отсутствия снижения цен до определенной отметки, отсутствия определенного количества допущенных заявок и т. д.

Как и в предыдущем случае, подобные действия могут быть справедливо истолкованы контролирующими органами и судами как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) и как действия, не соответствующие принципам Закона

⁹ Постановление АС Московского округа от 10.10.2019 по делу № А40-289522/18. Похожие дела встречаются и в других судебных округах: см., например, постановление Одиннадцатого ААС от 11.10.2019 по делу № А65-15600/2019.

№ 223-ФЗ. Поэтому применение таких подходов следует считать максимально нежелательным.

А напоследок я скажу

Хотя ограничения на отмену закупок и приблизили Закон № 223-ФЗ к Закону № 44-ФЗ, ограничив свободы заказчиков, нельзя не отметить, что они не затронули значительный сегмент закупок, проводимых с помощью иных неконкурентных способов закупки и включенных в положения о закупке ряда крупнейших заказчиков. Закупки, проводимые такими способами, по-прежнему могут быть отменены в сроки, соответствующие положению о закупке конкретного заказчика.

Вместе с тем ограничения, обусловленные поиском баланса интересов заказчиков и участников закупки, со временем могут поспособствовать и более ответственному планированию закупочной деятельности. При повышении качества планирования закупок, основанного на скрупулезном анализе потребностей различных подразделений, непременно сократится и количество закупок, требующих отмены.

Но и отмена конкурентной закупки при отсутствии злоупотреблений со стороны заказчика не является, по мнению автора, неразрешимой проблемой. Различия лишь в ее восприятии: пессимист скорее увидит в сложившейся ситуации трудности, а оптимист — возможности. ■

Новости контрактной системы

Изменен порядок формирования идентификационного кода закупки

С 19 ноября 2019 г. приказ Минфина России от 10.04.2019 № 55н действует в новой редакции, которая приведена в соответствие с изменившимися правилами планирования закупок. В частности, порядок формирования ИКЗ больше не содержит упоминаний о планах закупок.

В разрядах 23–26 указывается номер закупки в плане-графике. На этапе формирования и утверждения плана-графика в 27–29 разрядах ИКЗ указывается значение «000», и только при размещении извещения о закупке или при заключении контракта с единственным поставщиком в пределах этих разрядов указывается порядковый номер закупки («001», «002» и т. д.).

В разрядах 30–33 ИКЗ указывается код ОКПД, а не код КТРУ.

С 1 апреля 2020 г. бюджетные и автономные учреждения в разрядах 34–36 ИКЗ должны отражать КВР, по которому будет оплачиваться закупка. До этой даты они продолжают указывать «000».