

Обзор практики ФАС ДВФО по спорам, связанным с осуществлением закупок

Гурин Олег Юрьевич

главный редактор
журнала ПРОГОСЗАКАЗ.РФ

Учет специфики северных территорий

Место поставки продукции – г. Магадан. Заказчик отказался от исполнения контракта, поскольку поставщик нарушил сроки поставки нескольких партий товара, и обратился в ФАС с требованием включить сведения о поставщике в РНП.

Вывод суда: сам по себе односторонний отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением поставщиком условий контракта не является безусловным основанием для включения сведений о таком поставщике в РНП; в каждом конкретном случае антимонопольный орган должен дать оценку действиям поставщика на предмет принятия им достаточных и разумных мер для надлежащего исполнения контракта.

В данном случае поставщиком были приняты все меры по поставке товара, товар был фактически приобретен и отгружен в адрес заказчика. **Поставщик по объективным причинам** (закрытие ст. Владивосток, перенаправление контейнера в п. Находка, плохие погодные условия, задержка отправления судна в г. Магадан) **не мог повлиять на сроки доставки товара заказчику.**

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12.02.2018 по делу № А73-9826/2017

Комиссия проверяет наличие лицензии, а не выполнение лицензионных условий

Предмет закупки – услуги по охране объектов заказчика. Оба УЗ предоставили действующие лицензии, обе заявки были признаны соответствующими требованиям аукционной документации.

Участник № 2 обжаловал решение аукционной комиссии в отношении победителя. По мнению участника № 2, аукционная комиссия заказчика допустила к участию в аукционе **лицо, не соответствующее требованиям отраслевого законодательства.**

Правовая оценка суда: аукционная комиссия заказчика не уполномочена проверять законность получения лицензии участником закупки и делать выводы относительно исполнения либо неисполнения лицензиатом лицензионных требований.

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 05.08.2019 по делу № А04-2/2019

Требование заказчика о выплате по БГ должно быть получено гарантом до истечения срока действия БГ

Условие БГ о получении требования по БГ до истечения срока действия БГ, с учетом территориальной отдаленности бенефициара и почтового пробега, ставит заказчика в зависимое положение от услуг почтовой связи, срок оказания которых не может быть заранее известен.

Спорное условие сокращает срок действия БГ в сравнении с минимальным сроком, определенным в ч. 3 ст. 96 Закона № 44-ФЗ, в связи с чем является НИЧТОЖНЫМ

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 19.06.2019 по делу № А51-13059/2018

Допустима ли цессия? Минфин России: **нет**

Условие о порядке оплаты ТРУ, включая платежные реквизиты, которые указаны в гос. (мун.) контракте, является существенным и в силу положений, определенных законодательством о контрактной системе, не может быть изменено.

Правоотношения, возникающие при заключении и исполнении гос. (мун.) контракта, регулируются не только гражданским законодательством, но и бюджетным законодательством РФ, законодательством о контр. системе.

Так, оплата гос. (мун.) контракта является исполнением бюджета по расходам и определяется бюджетным законодательством РФ.

При этом бюджетным законодательством РФ не определен порядок санкционирования оплаты денежных обязательств, возникающих из гос. (мун.) контрактов, третьему лицу, не являющемуся поставщиком (подрядчиком, исполнителем) по такому контракту.

Учитывая изложенное, до внесения соответствующих изменений в указанные нормативные правовые акты **оплата по гос. (мун.) контракту возможна только поставщику (подрядчику, исполнителю), платежные реквизиты которого указаны в условиях контракта.**

Допустима ли цессия? Верховный Суд РФ: **да**

В результате подписания договора цессии не производится замена стороны договора — поставщика (подрядчика, исполнителя), а лишь переходит право требования уплаты начисленной задолженности (личность кредитора не имеет существенного значения для должника). При этом заказчик сохраняет право на выдвигание возражений в соответствии со ст. 386 ГК РФ

Исходя из положений п. 7 ст. 448 ГК РФ запрет уступки прав по договорам, заключение которых возможно только путем проведения торгов, не затрагивает требований по денежным обязательствам. С 01.06.2018 вступила в силу нов. ред. п. 7 ст. 448 ГК РФ, в соответствии с которой победитель торгов вправе уступать требования по денежному обязательству

Допустима ли цессия? ФАС ДВФО: да

Суды отметили, что соглашение об уступке права требования оплаты по вышеуказанному контракту между ООО "Альтернатива" и ООО "Синтег" заключено после выполнения ООО "Альтернатива" всех работ, предусмотренных государственным контрактом, и их принятия управлением по передаточным актам, и **поскольку обязательства по государственному контракту со стороны ООО "Альтернатива" исполнены, суды, исходя из буквального толкования норм п. 7 ст. 448 ГК РФ, ч. 5 ст. 95 Закона № 44-ФЗ, правомерно не усмотрели законных препятствий для осуществления уступки денежного требования другому лицу, и пришли к выводу об обоснованности заявленных требований.**

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 03.09.2019 по делу № А73-1844/2019

Размер пени по контрактам с ресурсоснабжающими организациями определяется специальными законами

Ссылки заказчика на необходимость применения положений ст. 34 Закона № 44-ФЗ, определяющего специфику государственного контракта при расчете неустойки **[1/300 ключевой ставки]**, подлежат отклонению.

Положения Закона № 416-ФЗ в редакции Закона № 307-ФЗ **[1/130 ключевой ставки]** носят специальный характер по отношению к Закону № 44-ФЗ. **Исключение по размеру неустойки Законом № 307-ФЗ установлено лишь для отдельных групп потребителей, с которых неустойка может быть взыскана в более низком размере. К их числу органы государственной власти и местного самоуправления, государственные и муниципальные предприятия и учреждения не отнесены.**

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 05.09.2019 по делу № А59-8473/2018. См. также от 29.01.2018 по делу № А37-782/2017 и др.

Штраф за некачественно выполненные работы не взыскивается, если это не предусмотрено контрактом

Поскольку штраф устанавливается за неисполнение (ненадлежащее исполнение) конкретного обязательства, то **условия контракта должны содержать указания на нарушения, за которые установлен данный вид ответственности.**

Заказчик обратился с иском о взыскании штрафа в связи с некачественным выполнением подрядчиком работ по строительству трибун.

В п. 10.2 контракта приведен перечень нарушений, при наличии которых наступает ответственность подрядчика в виде уплаты штрафа в размере 1 % от цены контракта. Однако **ответственность подрядчика в виде штрафа за некачественное выполнение работ в п. 10.2 контракта не установлена. Следовательно, правовых оснований у заказчика требовать уплаты штрафа не имелось.**

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 03.09.2019 по делу № А59-6081/2016

Работы выполнены более дешевым материалом, но акты подписаны без замечаний → **взыскать разницу нельзя**

При проведении работ по огнезащите обрешеченным учреждением применена расценка ФЕР 26-02-017-01 "Огнезащитная пропитка деревянных конструкций мансард и элементов кровли составом КЛОД-01", тогда как фактически применялся состав "Оберег ОБ Эконом". **Замена материала в расценке на фактически примененный не осуществлялась, в результате чего стоимость работ завышена на 753,05 тыс. руб.**

Вывод суда: подписанный представителем заказчика без возражений и замечаний Акт подтверждает согласие заказчика с фактом замены материала. Доказательства того, что использование спорных материалов повлекло за собой ухудшение результата работы, отсутствуют. Основания для взыскания неосновательного обогащения, штрафа и неустойки за ненадлежащее исполнение условий спорного контракта отсутствуют.

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 13.08.2019 по делу № А73-789/2019

Односторонний отказ заказчика от исп. контракта недействителен, если условия контракта нарушены из-за действий (бездействия) самого заказчика

Заказчик не предоставил подрядчику земельный участок в состоянии, соответствующем условиям контракта и обеспечивающем своевременное начало работ, нормальное их ведение и завершение в срок. Переданная подрядчику проектная документация имела недостатки и требовала корректировки и повторного прохождения государственной экспертизы.

Из представленной в материалы дела переписки сторон судом выяснено, что заказчику были известны все причины, препятствующие выполнению работ подрядчиком. Устранение имеющихся препятствий относится к обязанностям заказчика, однако допустимых доказательств, подтверждающих содействие заказчика подрядчику в разрешении сложившейся ситуации, суду в материалы дела не представлено.

В связи с изложенным у заказчика отсутствовали основания для одностороннего отказа от исполнения контракта со ссылкой на п. 2 ст. 715 ГК РФ и п. 8 и 9 ст. 95 Закона № 44-ФЗ.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 13.09.2019 по делу № А73-585/2019, от 07.06.2019 по делу № А51-21195/2018

Условие о перерасчете стоимости услуг исходя из количества людей, которые их оказывали, правомерно

Согласно выписке из штатного расписания в спорный период для оказания услуг исполнителем задействовано **46 человек** вместо предусмотренных контрактом **47 сотрудников**. Заказчик оплатил оказанные услуги с учетом соответствующей корректировки.

Суды указали на **согласование сторонами условия о том, что** в случае, если количество работников, непосредственно занятых оказанием услуги, отличается от указанной в контракте стоимости услуг, **оплата производится из фактически задействованного кол-ва персонала.**

Такое условие императивным нормам закона и существу правоотношений по возмездному оказанию услуг не противоречит, равно как и положениям Закона № 44-ФЗ.

Заказчик в силу закона обязан оплатить только фактически оказанные услуги, а уменьшение объема оказываемых по контракту услуг влечет соразмерное уменьшение цены контракта.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 08.08.2019 по делу № А51-13203/2018, от 04.06.2019 по делу № А51-13204/2018

НДС в контракте с «упрощенцем»: позиция ФАС

Как указать условие о включении НДС в проекте контракта

В проекте контракта следует указывать условие о цене в формате "включая НДС/НДС не облагается" (п. 2 Письма). Ведомство объясняет это тем, что победитель закупки может использовать упрощенную систему налогообложения (УСН).

Как быть с НДС на этапе заключения контракта

Не нужно уменьшать цену контракта, если в закупке победил участник, который применяет УСН (п. 1 Письма). В Законе N 44-ФЗ нет положений, которые позволяли бы заказчику изменить цену на этом основании.

При заключении контракта с участником, который работает по УСН, ФАС рекомендует убирать условие о включении НДС в цену контракта.

Для этого победитель закупки должен направить заказчику:

- протокол разногласий об исключении из контракта условия о включении НДС;
- документы, подтверждающие применение УСН.

После этого заказчик должен будет заменить условие о включении НДС на фразу "НДС не облагается" и указать основание.

НДС в контракте с «упрощенцем»: позиция ВС РФ

Указание заказчиком в проекте контракта цены, включающей НДС, не свидетельствует о нарушении прав участника закупки, поскольку не возлагает на участника закупки, применяющего УСН, безусловной обязанности по исчислению и уплате НДС. В силу п. 5 ст. 173 НК РФ и правовой позиции, выраженной в постановлении Конституционного Суда РФ от 03.06.2014 № 17-П, такого рода обязанность может возникнуть лишь при выставлении налогоплательщиком **по своей инициативе** счета-фактуры с выделенной в нем суммой налога.

Определение Верховного Суда РФ от 30.05.2019 № 305-ЭС19-391

НДС в контракте с «упрощенцем»: ФАС ДВФО

Контракт по итогам аукциона заключается и оплачивается заказчиком по цене, предложенной УЗ, с которым заключается контракт, вне зависимости от применяемой данным участником системы налогообложения. **Корректировка заказчиком цены контракта, предложенной ЮЛ, применяющим УСН, при проведении аукциона, а также при заключении контракта с таким УЗ не допускается, и поставленные товары (выполненные работы, оказанные услуги) оплачиваются по цене, указанной в контракте.**

Условие об уменьшении цены контракта на сумму НДС, если исполнитель по контракту применяет УСН, нарушает ч. 2 ст. 34 Закона № 44-ФЗ. Применительно к положениям ст. 95 Закона № 44-ФЗ применение исполнителем по контракту УСН также не может расцениваться как основание для изменения существенных условий контракта.

Могут ли быть оплачены доп. работы, выполненные в отсутствие доп. соглашения?

Если в ходе строительства возникла необходимость проведения доп. работ и увеличения сметной стоимости строительства, **подрядчик обязан сообщить об этом заказчику.**

Заказчик должен дать ответ в течение десяти дней, если иной срок не предусмотрен законом или договором подряда. **В противном случае подрядчик обязан приостановить работы** с отнесением на счет заказчика убытков, вызванных простоем.

Подрядчик, который не выполнил вышеизложенные обязанности, лишается права требовать от заказчика оплаты выполненных им доп. работ, если только не докажет необходимость немедленных действий в интересах заказчика, в частности в связи с тем, что приостановление работ могло привести к гибели или повреждению объекта строительства

Общий подход: надлежащим согласованием доп. работ признается лишь заключение ДС

Подписанные заказчиком без возражений акты выполненных работ и справки о стоимости доп. работ **подтверждают лишь факт выполнения таких работ, но не факт их согласования.**

Неосновательного обогащения на стороне заказчика при этом не возникает, т.к. **лицо, выполнявшее работы, не могло не знать, что работы выполняются им при очевидном отсутствии обязательства**

Определение Верховного Суда РФ от 19.09.2016 № 307-ЭС16-11063 по делу № А66-8374/2015. См. постановления ФАС Волго-Вятского округа от 12.02.2018 по делу № А29-7236/2016, от 20.04.2017 по делу № А29-7714/2015, от 06.10.2017 по делу № А28-5675/2016, **ФАС Дальневосточного округа от 29.11.2017 по делу № А51-4218/2017, от 10.08.2017 по делу № А73-12241/2016, от 23.10.2017 по делу № А51-1491/2017, от 26.02.2018 по делу № А73-4774/2017**, ФАС Северо-Западного округа от 24.08.2017 по делу № А13-16570/2016, от 18.05.2017 по делу № А05-7329/2016, от 21.03.2017 по делу № А66-1353/2016, от 12.01.2018 по делу № А66-2136/2017, ФАС Северо-Кавказского округа от 06.07.2017 по делу № А32-39787/2015, от 11.02.2016 по делу № А53-26415/2014, от 16.09.2016 по делу № А63-609/2016, ФАС Уральского округа от 29.06.2017 по делу № А60-38579/2016, от 30.05.2017 по делу № А60-42958/2016, от 06.06.2017 по делу № А60-42962/2016, от 28.11.2017 по делу № А71-11604/2015 и мн. др.

Доп. работы подлежат оплате, если без них → гибель или повреждение объекта

Подрядчик выполнил доп. объем предусмотренных контрактом работ по транспортировке строительных материалов на объект.

О необходимости их выполнения и о существенном превышении в связи с этим цены контракта **заказчик был уведомлен, о несогласии на превышение указанной в контракте цены работы не заявил, от исполнения контракта не отказался. Своим поведением заказчик фактически одобрил выполнение подрядчиком доп. объема работ,** а от заключения ДС и увеличения цены работ заказчик уклонился.

При обнаружении необходимости и неизбежности перерасхода предусмотренных сметой денежных средств **подрядчик не мог остановить уже начатые работы. Это привело бы к нарушению непрерывности процесса** и к значительным затратам заказчика, связанным с демонтажом выполненных объемов работ и строительством промежуточных опор заново. По итогам произведенной оценки доказательств суды установили, что **выполненный объем работ являлся объективно необходимым для достижения конечного результата и отвечал потребностям заказчика.**

Применяют ли ПП РФ от 15.05.2017 № 570 бюджетные учреждения? **Позиция ФАС России**

- Заказчик является бюджетным учреждением, которое **заключает гражданско-правовые договоры, а не государственные или муниципальные контракты**, в связи с чем требования ПП РФ № 570 на заказчика не распространяются.
- Действия заказчика и уполномоченного органа, неправоммерно установивших в документации об аукционе требования, предусмотренные ПП РФ № 570, нарушают ч. 2 ст. 110.2 Закона № 44-ФЗ и **содержат признаки состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ.**

Решение ФАС России от 13.09.2017 по делу № К-1198/17

Применяют ли ПП РФ от 15.05.2017 № 570 бюджетные учреждения? **Позиция ФАС ДВФО**

Ссылка антимонопольной службы на неприменение ПП РФ № 570 к спорным правоотношениям, основанная на толковании терминов государственный (муниципальный) контракт и гражданско-правовой договор, **отклоняется судом округа как не согласующаяся с положениями ст. 110.2 Закона № 44-ФЗ**, регулирующей особенности заключения контрактов, предметом которых являются строительство, реконструкция объектов капитального строительства, и **противоречащая принципу единства контрактной системы в сфере закупок, закрепленному в ст. 6 Закона № 44-ФЗ.**

Постановление ФАС Дальневосточного округа
от 30.10.2018 по делу № А73-19749/2017

Документы, подтверждающие соответствие УЗ доп. требованиям: неполная копия = не копия

- Участник закупки представил копию «подтверждающего» контракта не полностью: воспользовавшись реестром контрактов, аукционная комиссия установила, что к нему **заключались дополнительные соглашения об изменении банковских реквизитов, из текста которых следовало, что они являются неотъемлемой частью контракта.** Участник закупки обжаловал отклонение: эти дополнительные соглашения не являются существенными, поэтому предоставлять их в составе заявки было не обязательно.
- Однако контрольный орган поддержал заказчика, посчитав, что в данном случае **копия «подтверждающего» контракта не может считаться представленной («копия – документ, полностью воспроизводящий информацию подлинника»)**

Решение Архангельского УФАС России от 20.10.2017 № 04-05/4991 по делу № 330оз-17. См. также решение Краснодарского УФАС России от 24.08.2018 по делу № ЭА – 1473/2018 и др.

Исключение: практика ДВФО!

В «подтверждающем» контракте указывалось, что его неотъемлемой частью являются:

- Техническое задание (приложение № 1);
- Смета (приложение № 2);
- Календарный график (приложение № 3).

При подаче заявки КЗ приложил к контракту только Техническое задание (приложение № 1) ,приложение № 2 (Смета) и приложение № 3 (Календарный график) отсутствовали.

Правовая оценка: отсутствие указанных документов само по себе не свидетельствует об отсутствии у УЗ успешного опыта, так как ПП РФ № 99 не содержит указания на обязательное представление данных документов.

УЗ представил **акт приемки законченного строительством объекта и разрешение на ввод объекта в эксплуатацию**, из которых следует, что он выполнил работы по подтверждающему контракту в полном объеме и они приняты заказчиком без замечаний по сроку и качеству выполнения. При таких обстоятельствах, **у аукционной комиссии при оценке вторых частей заявок не должно было возникнуть сомнений относительно объема, стоимости и характера фактически выполненных работ**

Постановление Пятого ААС от 26.04.2018 по делу № А59-5135/2017

Спасибо за внимание!

Хотите знать о 44-ФЗ еще больше?

Заходите на сайт прогосзаказ.рф