

■ ОПТИМИЗАЦИОННЫЙ ПАКЕТ ПОПРАВOK ■ Новые пути развития регламентированных закупок Российской Федерации ■ ЗАКУПКИ НАУЧНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ. РИСКИ И ПЕРСПЕКТИВНЫЕ ПОДХОДЫ ■ Актуальные проблемы исполнения строительных контрактов ■ АННУЛИРОВАНИЕ ТОРГОВ И ИХ РЕЗУЛЬТАТОВ ■ Оценка инновационного потенциала поставщиков ■ ОБ ОБЖАЛОВАНИИ РЕШЕНИЙ И ПРЕДПИСАНИЙ ФАС РОССИИ

Новый этап развития контрактной системы



**С 1 ЯНВАРЯ УВЕЛИЧИВАЕТСЯ ДОЛЯ ЗАКУПОК
У МАЛОГО И СРЕДНЕГО БИЗНЕСА**



Учредитель
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ «ВЫСШАЯ ШКОЛА
ЭКОНОМИКИ»

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Катамадзе А.Т. — заместитель руководителя Федерального казначейства

Кузьминов Я.И. — ректор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Нестеренко Т.Г. — первый заместитель министра финансов РФ

Пига Г. — доктор, профессор факультета экономики Университета города Рим «Тор Вергата»

Плотникова Н.В. — директор Департамента внутреннего аудита Госкорпорации «Росатом»

Хабриева Т.Я. — директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

Шаккум М.Л. — заместитель председателя комитета Госдумы по финансовому рынку

Якобсон Л.И. — первый проректор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

МЕЖДУНАРОДНЫЙ НАУЧНЫЙ МЕДИАСОВЕТ

Муравьев А.В. — главный редактор журнала «Тендер», Республика Беларусь

Зубар В.В. — главный редактор информационного бюллетеня «Редукціон», Украина

РЕДАКЦИЯ

Директор — **Маслова Н.С.**

Ответственный секретарь — **Скобелева И.А.**

Оригинал-макет — **Копалин А.**

Верстка — **Матренин М.В.**

Фото — **Скобелева И.А.; Shutterstock**

Корректор — **Лужкова А.В.**

Адрес редакции: 129272, Москва, ул. Трифонова, д. 57, стр. 1
 Телефон: +7 (495) 681-1040
 e-mail: editor.goszakaz@hse.ru • www.igz.hse.ru

Зарегистрировано в Федеральной службе по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия. Свидетельство ПИ №ФС77-47667 от 7 декабря 2011 года.

Журнал «Госзаказ: управление, размещение, обеспечение»[®]

Свидетельство Российской Федерации на товарный знак (знак обслуживания) № 342037. ISSN 2658-6274

Все права на материалы, опубликованные в номере, принадлежат журналу «ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение».

Перепечатка и воспроизведение другими способами без разрешения редакции запрещены.

Редакция не несет ответственности за материалы, размещенные в рекламных объявлениях.

Мнение редакции может не совпадать с мнением авторов материалов.

Присланные материалы не возвращаются.

Тираж: 1300 экземпляров

Отпечатано в типографии ООО «Красногорский полиграфический комбинат»

© «ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение»

© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

© Институт управления закупками и продажами им. А. Б. Соловьева НИУ ВШЭ

2

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

- Новый этап развития контрактной системы. **Шамрин А.Т.**

3

АКТУАЛЬНАЯ ТЕМА

- Оптимизационный пакет поправок. Интервью с заместителем министра финансов Российской Федерации Алексеем Михайловичем Лавровым.

8

ПРОФЕССИОНАЛЬНОЕ СООБЩЕСТВО

- Новые пути развития регламентированных закупок Российской Федерации. Круглый стол. 9 июня 2021 года.
- Конкурентные закупки: драйверы развития. Фокус-сессия в рамках «Дня заказчика» на международной выставке «Электро-2021». 8 июня 2021 года.

28

ПРАКТИКА

- Закупки научной организации. Риски и перспективные подходы. **Казанцев Д.А., Догнал П.**
- Проблемы обеспечения исполнения контракта в виде банковской гарантии: правоприменительная практика. **Блинцов Д.А.**
- Оценка возможного эффекта от утверждения типового положения о закупках: целесообразность, эффективность, проблемные ситуации. **Бижоев Б.М.**
- Актуальные проблемы исполнения строительных контрактов. **Кулакова Н.В.**
- Механизмы импортозамещения в России: результаты, эффективность и возможное развитие. **Банникова А.Д.**
- Аннулирование торгов и их результатов. **Кузьмина Н.В.**
- Цифровая трансформация закупочной деятельности. **Нетребко К.А.**
- Истории тихого омута: энергосервисные контракты, их динамика и различные истории. **Ефимов А.Р.**
- Обеспечение защиты окружающей среды при осуществлении закупок офисной бумаги в рамках контрактной системы. **Бойкова Л.А.**

100

РЕГИОНЫ

- Оценка открытости информации о закупках муниципальных образований Приволжского федерального округа Российской Федерации. **Петраков М.А.**

110

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПРОКЬЮРЕМЕНТ

- Интернет — идентичность компании в контексте французского права публичного заказа. **Королев С.В.**
- Оценка инновационного потенциала поставщиков. **Зайцева М.**
- Два пути цифровизации публичных сделок во Франции. **Королев С.В.**

130

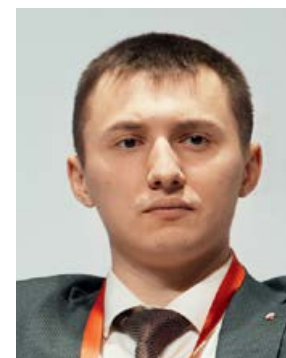
КОНТРОЛЬ

- Об обжаловании решений и предписаний ФАС России в контексте новой правовой позиции Верховного суда РФ. **Байрашев В.Р., Дон В.В.**
- Изменения функций и полномочий контрактной службы в 2021 году. **Толстобоков О.Н.**



ОБ ОБЖАЛОВАНИИ РЕШЕНИЙ И ПРЕДПИСАНИЙ ФАС РОССИИ

В КОНТЕКСТЕ НОВОЙ
ПРАВОВОЙ ПОЗИЦИИ
ВЕРХОВНОГО СУДА РФ



БАЙРАШЕВ
Виталий Радикович,

эксперт в сфере закупок



ДОН
Виктор Викторович,

руководитель ГК «Балтийский тендерный центр»

Обжалование решений ФАС России стало традиционным инструментом защиты заказчиками по Закону № 223-ФЗ своих прав и законных интересов в случаях, когда выдаваемые предписания антимонопольного органа негативно влияют на их закупочную деятельность.

Во многом этому способствовала многолетняя судебная практика, предусматривающая приостановление исполнения предписаний антимонопольного органа в случае их судебного обжалования (ч. 2 ст. 52 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹.

Разумеется, ФАС России не устраивал такой подход, поскольку львиная доля их решений отменялась судами, которые имеют собственное понимание закупок по Закону № 223-ФЗ, существенно отличающееся от позиций антимонопольного органа. И ФАС России в письме от 12 сентября 2019 года № ИА/79982/19 «О рассмотрении жалоб

на действия организатора торгов, оператора электронной площадки в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции» попыталась поколебать сложившуюся практику приостановления исполнения предписаний антимонопольного органа:

«...по мнению ФАС России, ст. 18.1 Закона о защите конкуренции установлен особый самостоятельный порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, который не относится к процедуре рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, и, соответственно, положения ч. 2 ст. 52 Закона о защите конкуренции не распространяются на случаи выдачи антимонопольным органом предписаний по итогам рассмотрения жалоб в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции»².

Указанная правовая позиция постепенно распространялась в судебной практике. Суды стали

¹ См., например, Постановление ФАС Московского округа от 29 мая 2019 года по делу № А40-181385/2018, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 8 октября 2019 года по делу № А29-3320/2018. В настоящее время такой подход практически не встречается, но определенные доводы в его поддержку можно почерпнуть в Определении об отказе в обеспечении иска АС Самарской области от 2 марта 2020 года по делу № А55-5069/2020.

² Ранее идея о неприостановлении исполнения предписаний антимонопольного органа в связи с их обжалованием высказывалась экс-руководителем Московского областного УФАС России, см., Башлаков-Николаев И.В. Об обжаловании в антимонопольные органы порядка проведения торгов и заключения договоров по их итогам в соответствии со ст. 18.1 Закона о защите конкуренции: процессуальные аспекты // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 5. С. 55–60.

все чаще отказывать заказчикам в автоматическом приостановлении исполнения предписаний ФАС России на основании ч. 2 ст. 52 Закона о защите конкуренции³.

Точку в этом вопросе Верховный суд РФ поставил своим апелляционным определением от 25 февраля 2021 года № АПЛ20-532, оставив в силе решение Верховного суда РФ от 10 ноября 2020 года по делу № АКПИ20-632:

«ст. 18.1 Закона о защите конкуренции является специальной нормой, устанавливающей порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, она не содержит аналогичного установленного общей нормой порядка приостановления исполнения предписания антимонопольного органа в случае его обжалования в судебном порядке до дня вступления решения арбитражного суда в законную силу, поэтому... исполнение предписания... может быть приостановлено лишь в случае принятия судом соответствующих обеспечительных мер»⁴.

Данная правовая позиция значительно усложнит обжалование решений и предписаний ФАС России с учетом того, что неисполнение предписаний ФАС России грозит заказчикам привлечением к административной ответственности, предусмотренной ч. 7.2 ст. 19.5 КоАП РФ:

«Заказчиком не отменены протоколы, составленные в ходе проведения Закупки, не пересмотрены заявки участников, поданные на участие в Закупке, не продолжено проведение Закупки с минимального поданного предложения о цене договора... с учетом принятого решения, а также в срок до 12 февраля 2020 года не представлено в ФАС России подтверждение исполнения предписания...»

Представителем ОАО заявлено ходатайство... о переносе даты рассмотрения дела об административном правонарушении до вступления в силу решения Арбитражного суда г. Москвы по делу N А40-47435/20-139-351.

Положения ч. 2 ст. 52 Закона о защите конкуренции не распространяются на случаи выдачи предписаний при нарушении процедуры проведения торгов, которые рассматриваются в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Итог: Наложить на ОАО штраф в размере 300 000 рублей»⁵.

Таким образом, проблема законного неисполнения предписаний ФАС России до принятия решения арбитражным судом становится все более актуальной, ведь исполнение предписания ФАС России зачастую делает бессмысленным его обжалование. К моменту принятия решения арбитражным судом заказчик, исполняя предписание антимонопольного органа, уже может завершить проведение закупки, заключить и даже исполнить договор, соответственно, признание незаконным решения ФАС России едва ли позволит заказчику вернуть все в первоначальное положение.

В указанной связи рассмотрим возможные способы противодействия сложившейся негативной для заказчиков правоприменительной тенденции.

1. Обеспечительные меры суда

Первым и наиболее очевидным вариантом неисполнения предписания антимонопольного органа, на который прямо указывает ФАС России в письме от 12 сентября 2019 года № ИА/79982/19, является принятие арбитражным судом обеспечительных мер в виде приостановления действия предписания антимонопольного органа. Такая возможность предусмотрена ст. 91 АПК РФ, не устанавливающей исчерпывающего перечня обеспечительных мер, которые могут быть приняты судами, а также ч. 3 ст. 199 АПК РФ, прямо дающей судам право на приостановление исполнения оспариваемого решения государственных органов.

К сожалению, на практике в 90% случаев суды отказывают заказчикам в принятии таких обеспечительных мер, что делает применение указанного варианта действий невозможным.

Для повышения шансов на успех заказчику следует поработать с аргументацией и убедить суд в том, что непринятие обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, а также причинить значительный ущерб заказчику (ч. 2 ст. 90 АПК РФ).

2. Формулировки проекта договора и положения о закупке

Для обжалования решения и предписания ФАС России заказчику важно иметь возможность не исполнять договор, если к моменту признания



незаконным решения ФАС России заказчику все-таки придется заключить договор в связи с выдачей предписания ФАС России.

На этот счет представляется нелишним внести изменения в проекты заключаемых по результатам закупки договоров, тем более, что разработка проекта договора по-прежнему является прерогативой заказчика.

Так ст. 327.1 ГК РФ устанавливает, что исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несвершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон.

В этой связи ничто не мешает заказчику определить в проекте договора, что поставщик (подрядчик, исполнитель) приступает к исполнению договора только после получения письменного уведомления от заказчика, до получения такого уведомления поставщик (подрядчик, исполнитель) не вправе поставлять товар, (выполнять работы, оказывать услуги) и требовать от заказчика их оплаты.

Кроме возможности неисполнения договора заказчик должен иметь право пересмотра реше-

ния, принятого под воздействием предписания антимонопольного органа⁶, если по результатам судебного обжалования решение ФАС России будет признано незаконным. Такое право должно сопровождаться возможностью расторжения договора, заключенного во исполнение предписания антимонопольного органа, и правом заключения нового договора без проведения новой закупки (на основании пересмотренного решения). Иными словами, положение о закупке заказчика должно позволять заказчику вернуться в ситуацию, если бы отмененного решения предписания ФАС России не было вовсе.

Описанная в предыдущем абзаце конструкция может представляться спорной, однако права на определение порядка заключения и исполнения договора в положении о закупке, предоставленного ч. 2 ст. 2 Закона № 223-ФЗ, заказчиков никто не лишал. Сложности с реализацией этого сценария могут быть в первую очередь у тех, кто работает по типовому положению о закупке, или вынужден присоединиться к положению о закупке «материнской компании».

3. Затягивание процедуры закупки

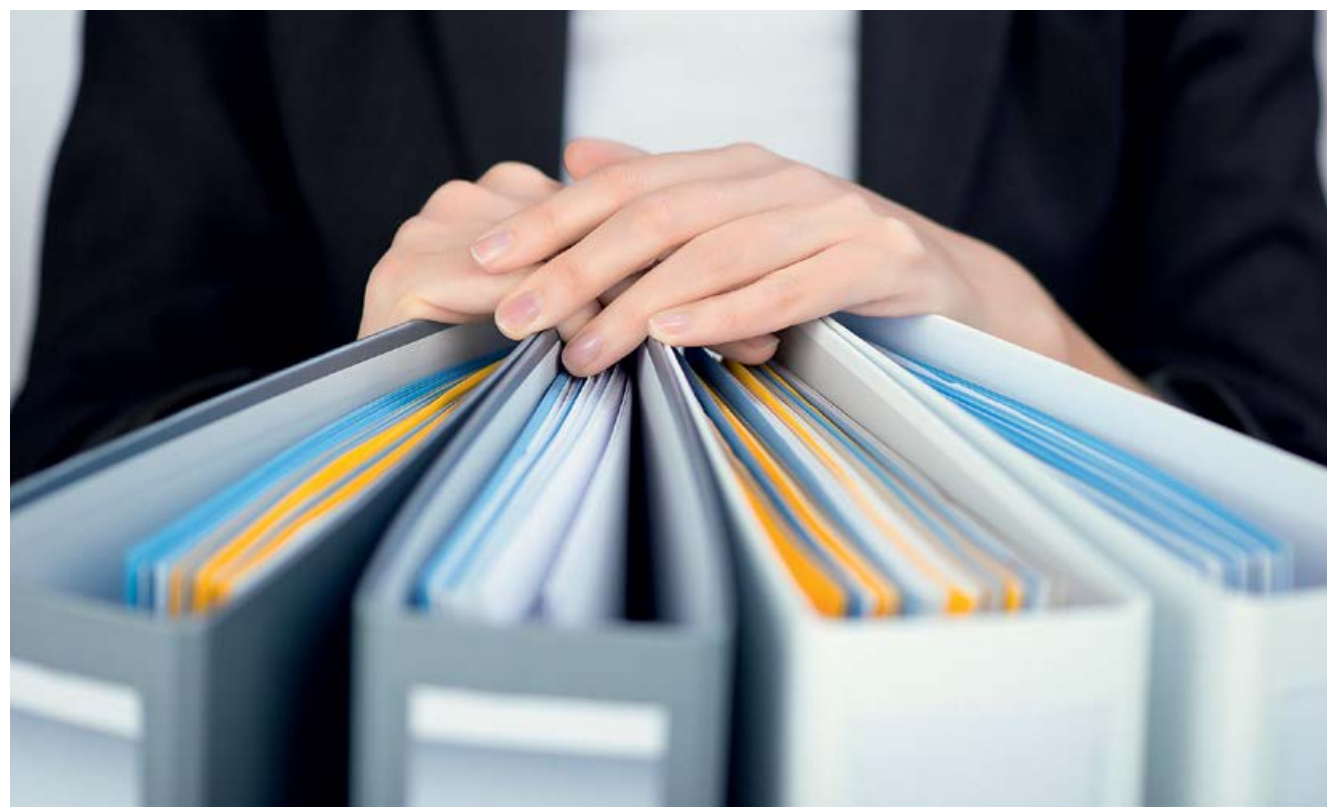
В значительной степени судебное обжалование решений и предписаний антимонопольного органа осложнено высокой загруженностью судебной

³ Постановления ФАС Северо-Западного округа от 21 сентября 2020 года по делу № А56-116670/2019 и от 20 августа 2020 года по делу № А56-116668/2019, оставленные без изменения Верховным судом РФ; Постановление Девятого ААС от 22 октября 2020 года по делу № А40-107786/20, Постановление Семнадцатого ААС от 30 сентября 2020 года по делу № А50-4756/2020.

⁴ Подробнее об этом: <http://223-expert.ru/news/verkhovnyy-sud-rf-ostavil-v-sile-razyasneniya-fas-o-tom-chto-osparivanie-predpisaniy-vydannykh-antim/>

⁵ Постановление ФАС России по делу № 17/04/19.5-908/2020 О наложении штрафа по делу об административном правонарушении. Схожий подход можно встретить в Постановлении Двадцатого ААС от 28 декабря 2020 года по делу № А23-5592/2020.

⁶ В протоколах, составленных в ходе закупки и направленных на исполнение предписания антимонопольного органа, представляется нелишним отразить особое мнение членов закупочной комиссии, не согласных с решением и предписанием антимонопольного органа, чтобы при судебном обжаловании предписание антимонопольного органа представлялось единственной причиной принятия решения, не одобряемого закупочной комиссией заказчика.



системы. Срок исполнения предписаний ФАС России нечасто превышает один месяц, а принятие арбитражным судом первой инстанции решения в среднем занимает два-три месяца. Следовательно, в идеальной ситуации перед заказчиком стоит задача дождаться принятия судом решения, не имея на руках заключенного договора.

Возможность решения обозначенной задачи во многом будет зависеть от содержания предписания антимонопольного органа, но представим наиболее стандартную ситуацию, когда предписание предусматривает необходимость пересмотра решения об отклонении заявки на участие в закупке. В данном случае заказчику для исполнения предписания необходимо допустить ранее отклоненную заявку, уведомив об этом ФАС России.

Параллельно с исполнением предписания заказчик может обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным решения и предписания антимонопольного органа. А проблему с незаключением договора по результатам оспариваемой закупки решить любым допустимым положением о закупке способом, например, объявив переторжку с длительным сроком приема предложений на переторжку.

В других случаях предписание может допустить возврат закупки на этап приема заявок,

продление срока проведения отдельных этапов закупки, чему не должно препятствовать положение о закупке заказчика.

Проведение закупки также может быть приостановлено в случае обжалования закупки другими участниками закупки⁷. Кроме того, у заказчика может существовать собственный орган внутреннего обжалования закупок, имеющий право выдачи предписаний по результатам рассмотрения жалоб на закупки.

4. Неконкурентные закупки

Одним из несовершенств Закона о защите конкуренции, связанного с обжалованием закупок, является выдача предписаний по результатам неторговых процедур.

Дело в том, что Закон о защите конкуренции предусматривает возможность выдачи предписаний только при проведении торгов⁸. Торгами в соответствии с Законом № 223-ФЗ признаются конкурс, аукцион, запрос котировок, запрос предложений.

Между тем, Закон № 223-ФЗ допускает проведение заказчиком неторговых процедур, в том числе конкурентных и неконкурентных закупок. На ограниченность полномочий антимонопольного органа в части выдачи предпи-

саний указывал Арбитражный суд г. Москвы в решении от 25 января 2019 года по делу № А40-241866/2018 (оставлено без изменений Девятым ААС и ФАС Московского округа).

Конечно, едва ли найдется антимонопольный орган, который признает отсутствие у себя полномочий на выдачу предписаний по неторговым процедурам, однако этот аргумент может быть использован при обжаловании вынесенного предписания.

5. Неисполнение предписания

Наконец, заказчик может принять решение о неисполнении предписания на свой страх и риск, понимая размер установленной ч. 7.2 ст. 19.5 КоАП РФ административной ответственности.

Естественно, этот вариант действий является наименее желательным ввиду серьезности последствий неисполнения предписания антимонопольного органа. Но в тех случаях, когда заказчику известна устойчивая позиция конкретного суда по рассматриваемому вопросу, и шансы на успешное обжалование решения и предписания антимонопольного органа оцениваются как очень высокие, то данный подход может быть принят во внимание. А в случае успешного обжалования решения и предписания ФАС России заказчик сможет отменить штраф за неисполнение незаконного решения и предписания антимонопольного органа.

Что интересно, совсем недавно суд указал антимонопольному органу на невозможность выдачи предписаний в связи с неисполнением ранее выданных предписаний, поскольку неисполнение заказчиком ранее выданных предписаний ФАС России не является основанием обжалования закупки в соответствии с ч. 10 ст. 3 Закона № 223-ФЗ⁹.

Подводя итог, отметим, что плыть против течения, заданного Определением Верховного суда РФ от 25 февраля 2021 года № АПЛ20-532, будет очень непросто. Этот шаг потребует от заказчика не только веры в собственную правоту, но некоторую долю смелости, ведь представленные варианты противодействия сложившейся тенденции не лишены определенных рисков.

Тем не менее, надеемся, что судебное обжалование решений и предписаний ФАС России останется востребованным инструментом защиты заказчиками своих интересов при осуществлении закупочной деятельности, а представленные в статье подходы поспособствуют решению указанной задачи. ■



⁷ См.: Дон В.В., Байрашев В.Р. Сапожник без сапог: изъяны антимонопольного контроля закупок в России (Проблема 2: «Салом по мусалам» или о проблеме приостановления процедуры закупки) // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2020. № 61.

⁸ Там же: (Проблема 1: «Торговали, торговали, да не выторговали» или о проблеме полномочий антимонопольного органа).

⁹ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 8 февраля 2021 года по делу № А40-107786/2020-130-717.