

РАЗВИТИЕ ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ
ПОЛОЖЕНИЙ 44-ФЗ И 223-ФЗ СУДАМИ.
ПОДХОДЫ ВЕРХОВНОГО СУДА РФ
К ЕЁ КОРРЕКТИРОВКЕ.

23 августа 2018 года

РАЗЪЯСНЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА

- "Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017)

- "Обзор судебной практики применения пункта 9 части 1 статьи 31 44-ФЗ"

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.09.2016)

- "Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц"

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018)

РАЗЪЯСНЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА

- "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015)"
(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 25.11.2015)
- "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2017)"
утв. Президиумом Верховного Суда РФ 15.11.2017)
- "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2016)"
(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.10.2016)
- "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2016)"
(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.07.2016)

ВЗГЛЯД СУДОВ НА ПРОБЛЕМАТИКУ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКУПОЧНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

1. ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД

- «МОБИЛЬНОСТЬ» законов и подзаконных актов
- «РАСТЯГИВАНИЕ» нормативного материала
- «СЕПАРАТНОСТЬ» норм **vs** СИСТЕМНОСТЬ применения законодательства

2. ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД (дух и смысл закона)

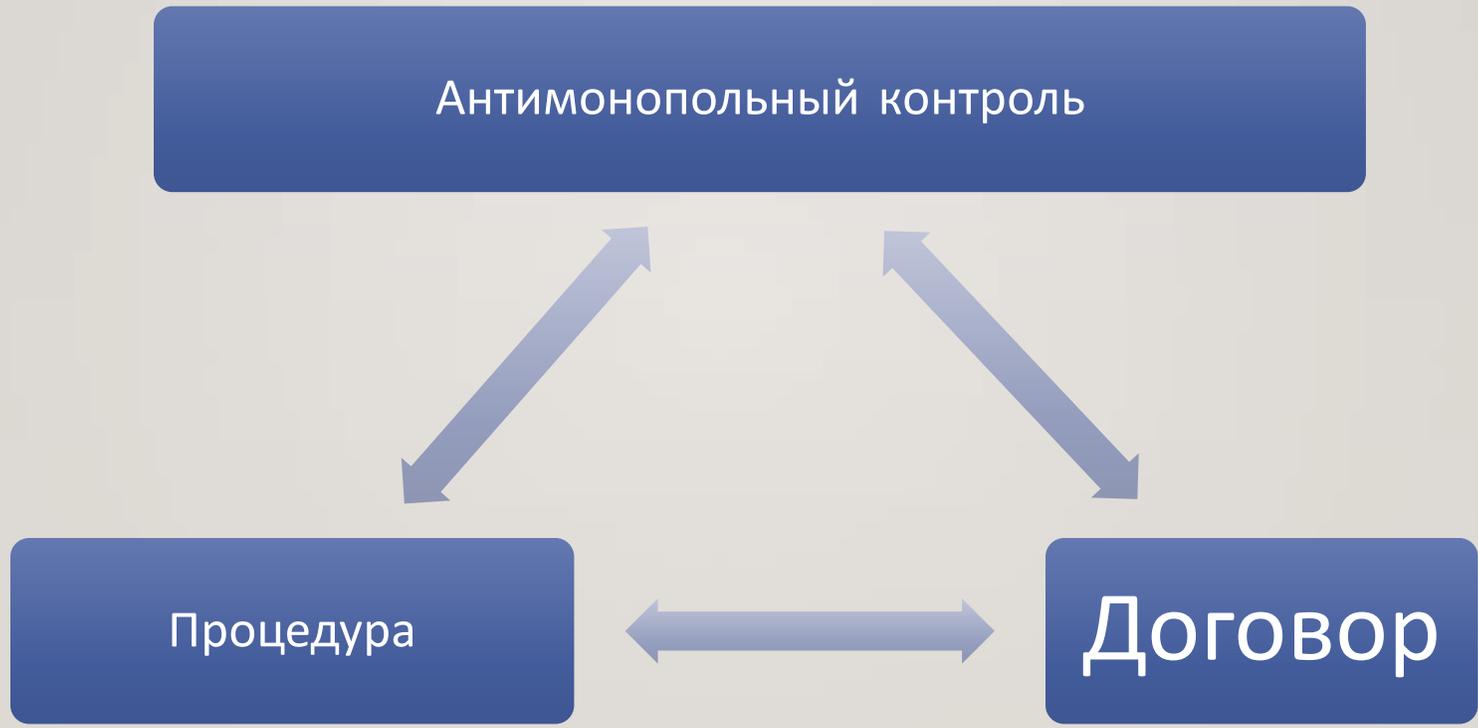
- Общеэкономические цели (объективный интерес)
- «Расщеплённый» интерес государства

обеспечение государственных нужд, эффективность расходования бюджетных средств

***vs** защита конкуренции*

- Субъективный интерес (баланс интересов участников закупки)

•



НОРМОКОНТРОЛЬ

- **РЕШЕНИЕ ВС РФ от 4 апреля 2018 г. № АКПИ18-77** (отказано в признании недействующим постановления Правительства Российской Федерации от 4 августа 2017 г. N 937 "О внесении изменений в приложение № 2 к постановлению Правительства Российской Федерации от 4 февраля 2015 г. № 99" (о дополнительных квалификационных требованиях))
- **Апелляционное определение ВС РФ от 28.05.18 № АПЛ18-176** (о закупке медицинских изделий)

Практика применения положений 223-ФЗ

.

ПРИНЦИПЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ЗАКУПОК (223-ФЗ)

- ✓ Информационная открытость закупки
- ✓ равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки
- ✓ отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки
- ✓ целевое и экономически эффективное расходование денежных средств, сокращение издержек заказчика

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

ВС РФ от 13 октября 2017 г. № 305-КГ17-8138

- В отличие от закупок, осуществляемых в рамках контрактной системы для обеспечения государственных и муниципальных нужд, первоочередной целью Закона N 223-ФЗ является создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности (часть I статьи I Закона о закупках), что предполагает относительную свободу заказчиков в определении условий закупок, недопустимость вмешательства кого-либо в процесс закупки по мотивам, связанным с оценкой целесообразности ее условий и порядка проведения.

ИНФОРМАЦИОННАЯ ОТКРЫТОСТЬ

.

- включение в документацию сведений, в т.ч. об объекте закупки, позволяющие потенциальному участнику сформировать свое предложение
- размещение проектно-сметной документации
- ссылки на государственные стандарты, санитарные нормы и правила, технические условия или их отдельные положения
- Порядок и критерии оценки участников

Пункты 1-3 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"

ИЗМЕРЯЕМЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К УЧАСТНИКАМ

П. 4 ч. 1 ст. 3 223-ФЗ: При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом - отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления **неизмеряемых** требований к участникам закупки.

Каковы границы измеряемости?

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ВС РФ ОТ 28.09.2016 №310-КГ16-11912, ПОСТАНОВЛЕНИЯ ДЕВЯТОГО АРБИТРАЖНОГО АПЕЛЛЯЦИОННОГО СУДА ОТ 11.07.2016 ПО ДЕЛУ № А40-182651/15, ОТ 24.05.2016 ПО ДЕЛУ № А40-186802/15, ОТ 05.07.2016, пункты 4, 6 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"

- Профессионализм, опыт работы, наличие положительной деловой репутации
- Финансовое положение
- Количество исполненных контрактов
- Доля участия на рынке
- Участник – производитель товара

! Данные условия не должны обеспечивать победу конкретному хозяйствующему субъекту, а формирование условий закупки должно соответствовать целям и потребностям проводимых заказчиком процедур

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ВЕРХОВНОГО СУДА ОТ 31 июля 2017 г. № 305-КГ17-2243 *(дело АПРОСА)*

- «...Заказчиком обоснованы особая сложность приобретаемых по спорной закупке работ, их объем и начальная стоимость в размере более 500 миллионов рублей по каждому лоту. Предметом закупочной процедуры являлся выбор подрядчиков на выполнение работ по устройству технологического проезда г. Удачный - месторождение "Верхне-Мунское", который представляет собой автомобильную дорогу, предназначенную для прохождения тяжелого и крупногабаритного транспорта. Строительство дороги проводится в северо-западной части Якутии, где средняя температура в зимний период - 45 градусов».

ДОГОВОР

.

ОГРАНИЧЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА, заключаемого по результатам закупочных процедур

.

тенденции

1. нарастание регламентации условий договоров, соответственно, сужение пределов свободы договора
2. широкоформатный антимонопольный контроль с обвинительным уклоном, соответственно остающиеся зоны, пятачки автономии воли практически сходят на нет

Каковы причины?

причины ограничения свободы договора

нравственные основы, мораль, конституционные права, экономическая эффективность в индивидуалистическом понимании – для конкретного контрагента, в том числе:

- защита публичных интересов
- нахождение баланса между рынком и государственными воззрениями на него (это типичность регулирования – антимонопольные меры)
- борьба со злоупотреблениями

Каковы допустимые пределы?

Негативные последствия

- Ограничение свободы договора без достаточных оснований может приводить к обратному эффекту – попытке увода из под действия императивных норм сделок. Поэтому всё больше стремление множить перечень исключений по лицам (ГУП) по видам сделок – закупка у единственного поставщика и т.п.
- Нет равенства. Формально попытка обеспечить равенство между потенциальными победителями и неравенство с заказчиком – свобода отказа от договора, проблема доп. Работ и их неоплаты

Новый пример* ФЗ от 03.08.2018 № 311-ФЗ «О внесении изменений в статью 32 44-ФЗ»

Развитие идеи свободы договора в судебной практике

.

ЗАПРЕТ НА ПРИВЛЕЧЕНИЕ СУБПОДРЯДЧИКОВ

- Допустимо ли установление в проекте договора требований **о выполнении** контракта **лично**, без привлечения субподрядчиков, отвечающих потребностям и интересам заказчика?
- Может ли такое ограничение рассматриваться как ограничение круга потенциальных участников закупки?

часть 1 статьи 2 Закона о закупках **VS** *статьи 421, 706 и 780 ГК РФ*

Определение ВС РФ от 20 июля 2017 г. № 305-КГ17-3423

ЗАПРЕТ НА ИЗМЕНЕНИЕ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА

- Допустимо ли установление запрета в документации? И каковы последствия нарушения данного запрета?
- Пределы изменения условий договора, заключённого по результатам закупочных процедур

Принцип информационной открытости (ч. 1 ст. 3 223-ФЗ) VS ст. 421, 447 и 450 ГК РФ

Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 06.11.2014 № Ф03-4277/2014 по делу № А80-486/2013, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 8 сентября 2016 г. по делу № А33-22441/2015, постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 27.03.2014 по делу № А03-9556/2013

СТ. 450 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

- Изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором...
- По требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только:

Изменение или расторжение договора по данному основанию влечет последствия, предусмотренные частью 5 ст. 453 настоящего Кодекса.

- 1) при существенном нарушении договора другой стороной;
- 2) в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

ПУНКТ 4 СТАТЬИ 450 ГК РФ

- 4. Сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами или договором предоставлено право на **одностороннее изменение** договора, должна при осуществлении этого права действовать **добросовестно и разумно** в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Возможный вариант: Изменение условий договора, заключённого по правилам Закона о закупках, которое приводит к существенному изменению или нивелированию условий закупочной документации, не допускается

Допустимость заключения рамочных договоров

Статья 429.1 Гражданского кодекса

1. Рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий **общие условия** обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора.

2. К отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в том числе в случае **незаключения** сторонами отдельных договоров, подлежат применению общие условия, содержащиеся в рамочном договоре, если иное не указано в отдельных договорах или не вытекает из существа обязательства.

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРА

.

ПУНКТ 18 ОБЗОРА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ ОТ 28.06.2017 (З-н 44-ФЗ)

- Государственный (муниципальный) контракт, заключенный с нарушением требований Закона о контрактной системе и влекущий, в частности, нарушение принципов открытости, прозрачности, ограничение конкуренции, необоснованное ограничение числа участников закупки, а следовательно посягающий на публичные интересы и/или права и законные интересы третьих лиц, является ничтожным

(часть 2 статьи 8 Закона о контрактной системе, пункт 2 статьи 168 ГК)

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРА

– ВАРИАНТЫ КВАЛИФИКАЦИИ для договоров по 223-ФЗ

ОСПОРИМОСТЬ

- при нарушении правил, зафиксированных в положении о закупке и касающихся порядка проведения закупки (процедуры, способов, методов оценки), необходимо руководствоваться положениями Закона о закупках, **статьёй 449 ГК РФ** с учётом подходов, занятых Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в **Информационном письме от 22.12.2005 № 101** «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства».
- **Часть I статьи 17 Закона о защите конкуренции указывает на оспоримость**

НИЧТОЖНОСТЬ

- Нарушение **части I статьи 17 Закона о защите конкуренции** свидетельствует о нарушении прямо выраженного законодательного запрета, прав третьих лиц – потенциальных участников закупки, что с учётом разъяснений, данных в **пункте 75 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25** свидетельствует о ничтожности закупки и договора, заключённого по её результатам (пункт 2 статьи 168 ГК РФ).

ЧАСТЬ I СТАТЬИ 17 ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

- **Статья 17. Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений**

*При проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок), запроса предложений **запрещаются** действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе: координация ..., создание участнику торгов... преимущественных условий участия в торгах, ... нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений.... участие организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиков и (или) работников организаторов или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, запросе предложений.*

Практика применения положений 44-ФЗ

.

УЧАСТНИКИ.

- ✓ **Независимость** – Обзор ВС РФ О применении пункта 9 части 1 статьи 31 Закона #44-ФЗ
- ✓ **Компетентность** – пункт 7 Обзора ВС РФ от 28.06.17 (лицензирование), определение ВС РФ от 10.08.18 № 301-КГ18-2640
- ✓ **Добросовестность**

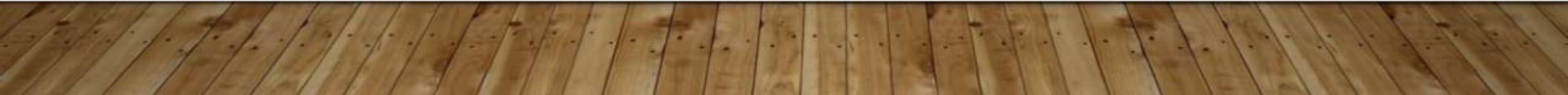
ЗАЯВКИ.

- ✓ **Объективность**
- ✓ **Конкретность или индивидуальная потребность** – пункты 1, 2 Обзора ВС РФ от 28.06.17 (пример о флаконе), 310-ЭС17-1939 от 21.06.17 (инсулин)
- ✓ **Прозрачность** – пункты 5, 8 Обзора (размещение проектной документации, требований к участникам)

Государственный (муниципальный) контракт

1. Споры о списании неустоек по отменённой части 6.1 статьи 34 Закона № 44-ФЗ определения ВС РФ от 14.09.17, № 307-ЭС17-9159, 23.03.18 № 305 – ЭС17-23242, № 302-ЭС17-13455, 24.04.18 № 305-ЭС17-23242, 14.08.18 305ЭС18-5712, определения о передаче от 05.07.18 № 310-ЭС18-4331, от 12.07.18 № 305-ЭС18-5984
2. Споры о вневедомственной охране определения от 19.06.18 № 309-КГ18-2651, от 10.07.18 № 301-КГ18-4596, от 12.07.18 № 301-КГ18-5722
3. Споры об исполнении контрактов, например, определение от 25.06.18 № 304-ЭС18-2754, определение от 09.08.18 № 304-ЭС18-2754 (изготовление типовой документации и встречное требование о неустойке), от 27.03.18 № 305-ЭС17-19009 (лифтовое оборудование)

ПОДВИЖНОСТЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА (44-ФЗ)



•

I. Изменения в ходе исполнения

- 1) Изменение предмета – статья 95 Закона # 44-ФЗ, пункт 12 Обзора ВС РФ от 28.06.17 (особенности подряда)
- 2) Изменение срока – пункты 9,10 Обзора ВС РФ от 28.06.17

I. Оформление фактических отношений

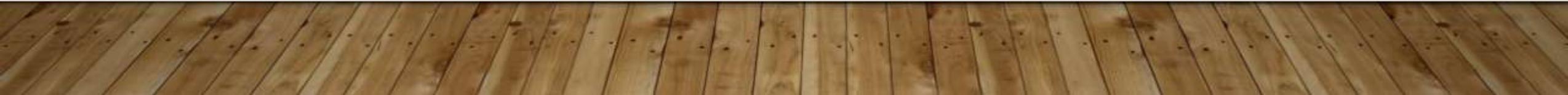
общее правило- пункт 20 Обзора ВС РФ от 28.06.17 (преемственность подхода ВАС РФ)

Исключения – практика коллегии по эк. Спорам и пункты 21-24 Обзора

Особенности: энергетические контракты

I. Мировые соглашения

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА



НЕУСТОЙКИ

- *Неустойка законная и может быть увеличена при заключении контракта –* пункты 34,35 Обзора ВС РФ от 28.06.17, постановление Пленума ВС # 7 от 24.03.2016
- *вопросы соотношения законных неустоек*
 - выбор между неустойкой за нарушение гос. контракта и неустойкой за нарушение, энергетического законодательства - Обзор судебной практики Верховного Суда РФ No No 3 за 2016, Определение 308-ЭС16-17315, пункт 39 обзора ВС РФ от 28.06.17
 - неустойки, установленные подзаконными актами – Определения No 305-ЭС15-16052, 305-ЭС15-17734

б) правила расчета неустоек

- **по периодам** – 305-ЭС17-624 от 22.06.17 (соразмерность, юридическое равенство, возможность использовать по отдельности) + общее изменение ставки

- **на дату уплаты пеней** Обзор судебной практики Верховного Суда РФ No 3 за 2016, уточнение – пункт 38 Обзора ВС РФ от 28.06.17

- при **исполнении по частям** Определение No 305-ЭС16-7657, Определение 303-ЭС16-19975

- применение коэффициента К Определение 304-ЭС16-14715 от 31.01.17, 310-ЭС17-3881 от 4.08.17

в) соотношение пени за просрочку и штрафа за неисполнение государственного контракта, одновременность взыскания, неоднократность

Определение - 302-ЭС16-14360, пункты 36, 37 Обзора ВС РФ от 28.06.17

КОНТРОЛЬ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ. ПОЛНОМОЧИЯ и процедура

ОПРЕДЕЛЕНИЯ ВС РФ

от 11.04.2017 № 304-КГ16-17592N 304-КГ16-17592, от
29.09.2017 № 309-КГ17-7502, от 13 октября 2017 г.
№ 305-КГ17-8138



Изменения, внесённые 505-
ФЗ
(ч.10 ст. 3 223-ФЗ)

Оспаривание ненормативных актов антимонопольного органа

- формальное установление судами характера оспариваемого ненормативного ПА без выяснения того, затрагивает ли оно права заказчика, в частности на ограничение участия в закупках недобросовестного поставщика, препятствует эффективной судебной защите нарушенного права.
- Оспаривание заключения (дело передано на рассмотрение СКЭС – определение от **19 июля 2018 г. № 305-КГ18-8036**)

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ)

.