

Review

К<>НЦЕПТ

тендерное агентство

С государством можно спорить

Практика показывает, что сегодня мало просто победить в «тендере» и добросовестно исполнить свои обязательства по госконтракту. К сожалению, сегодня нередко случается, что сам факт победы в торгах по госзаказу совершенно не гарантирует оплату контракта и тем более прибыль выигравшей «тендер» компании. Как заставить заказчика принять товар более чем на 500 млн руб., отбить необоснованные претензии и создать важный для этого направления прецедент, «Ъ» рассказала управляющий партнер ООО «Тендерное агентство „Концепт“» **Мария Изварина**.

— прецедент —

История началась осенью 2018 года, когда наш клиент по результатам осуществления закупок в соответствии с положениями Закона о контрактной системе (44-ФЗ) стал победителем по двум аукционам на поставку медицинского оборудования: приборов и аппаратуры для оснащения клинико-диагностической лаборатории и для лечебных учреждений Московской области. Закупки по Закону о контрактной системе (44-ФЗ) проводила «Дирекция единого заказчика Минздрава Московской области». Речь шла о двух контрактах на 545,4 млн руб., срок исполнения — 31 декабря 2018 года.

Недобросовестный заказчик

По контрактам товары должны были поставить по заявкам заказчика, который в течение долгого времени по какой-то причине не хотел принимать медицинское оборудование, а ближе к концу года и вовсе предложил поставщику расторгнуть контракты по соглашению сторон. Поскольку уникальное, произведенное под конкретного заказчика оборудование уже было закуплено и ввезено в Россию, поставщик отказался и обратился за помощью к нашим юристам, в компанию ТА «Концепт».

Совместно с клиентом наши специалисты неоднократно пытались осуществить поставку дорогостоящего оборудования государственному заказчику, заведомо уведомляя его о дате и времени будущей по-

ставки. К концу прошлого года нам все-таки удалось физически завезти оборудование на территорию лечебных учреждений. Однако де-юре, даже несмотря на то что срок действия контрактов истек, заказчик отказывался принимать оборудование под разными предлогами. Сначала, к примеру, он запрашивал у подрядчика оригиналы таможенных деклараций, хотя это условие в контрактах прописано не было. Получив мотивированный отказ в их предоставлении, заказчик, ссылаясь на также отсутствующий в документации о закупках ГОСТ, запросил еще ряд дополнительных документов, которые также не должны были передаваться при поставке. Следующей причиной, по которой заказчик отказывался принимать оборудование, он назвал отсутствие серийных номеров на поставляемый товар, а также документов, которые подтверждали бы назначение товара, закупаемого по контрактам.

ФАС России на стороне поставщика

Исчерпав возможности договориться с заказчиком мирным путем и с соблюдением досудебного порядка, мы обратились в Арбитражный суд Московской области.

В свою очередь, заказчик направил материалы о нашем доверителе в ФАС России, чтобы включить его в реестр недобросовестных поставщиков из-за неисполнения контрактов. Заказчик предоставил в ФАС России технические паспорта на другое оборудование, антимоно-



полная служба дважды переносила заседание, но в итоге мы выиграли это дело в ФАС России, доказав фактическое отсутствие умысла у нашего клиента на уклонение от исполнения контрактов.

Далее уже в арбитражном суде мы ходатайствовали о проведении товароучетной экспертизы поставленного оборудования и его документов, чтобы доказать, что они отвечают характеристикам, указанным в заявках на участие в аукционах, а значит, и контрактам. Экспертиза это подтвердила.

Мирный прецедент

Получив на руки экспертное заключение, мы направили письма в Минфин Московской области, Минздрав Московской области и Администрацию Губернатора Московской области. Они очень оперативно отреагировали на наши обращения, после чего состоялось совместное совещание с представителями заказчика, поставщика и этих госорганов. По итогам совещания стороны заключили мировое соглашение и подписали его 18 декабря 2019 года. По его условиям заказчик уже в 2019 году оплатил нашему доверителю 70% от цены контрактов по факту поставки медицинского оборудования. Оставшиеся 30% он должен выплатить до конца марта 2020 года — после поставки реактивов и реагентов.

Таким образом, по итогам полутора лет нашей работы компания-поставщик смогла получить деньги за поставку в полном объеме, несмотря на изначальную сложность ситуации. В последнее время, на наш взгляд, подобные ситуации нередки, и тенденции последних двух лет таковы, что сам факт победы в торгах по госзаказу совершенно не гарантирует оплату контракта и тем более прибыль. Многие организации научились готовить заявки на участие в «тендерах», однако количество судебных дел, связанных с неоплатой по контрактам и внесением поставщиков, подрядчиков и исполнителей в реестр недобросовестных поставщиков, неуклонно растет.

Мы очень рады, что в данном случае все закончилось хорошо и для нашего клиента, и, разумеется, для жителей Московской области, больницы которой получили современное и качественное медицинское оборудование.

Юридический бизнес

Публичные закупки: конкуренция или результат

— прецедент —

Нормы основных «закупочных» федеральных законов №44-ФЗ и №223-ФЗ выделяют обеспечение конкуренции как один из важнейших принципов осуществления закупочной деятельности. Но в настоящее время сложилась ситуация, при которой достижение результата и обеспечение определенного уровня конкуренции стали целями, почти равнозначными в процедурном отношении и одновременно антагонистичными. Большинство споров в сфере закупок сегодня связано именно с ограничением конкуренции, а правоприменительная практика судов и антимонопольных органов отражает постоянный поиск баланса интересов всех заинтересованных лиц. Юристы KIP Digital & Smart партнер, руководитель антимонопольной практики ИЛБЯ ИЩУК и руководитель направления «Госзакупки: сопровождение и споры» МАКСИМ БУЗИН рассказали, «Ъ» о триаде проблем, которая с годами не теряет актуальности и, несмотря на стремление законодателя и правоприменителей навести порядок, вызывает все новые и новые споры.

Недопущение целенаправленной закупки товаров конкретных марок и производителей

Согласно этому общеизвестному правилу, такое ограничение не распространяется только на случаи, когда уже имеющаяся в распоряжении заказчика инфраструктура не позволяет использовать эквиваленты или же продукт является уникальным. Указанный подход нашел отражение еще в Обзорах практики ВС РФ от 2017 года, однако суды и антимонопольные органы до сих пор регулярно рассматривают дела, связанные со слишком точным определением товара, работы или услуги. В основном дела касаются использования в документации характеристик, которые соответствуют строго определенному продукту, однако встречаются и классические случаи указания конкретного товара без приписки «или эквивалент». Мы полагаем, что подобные споры (без учета явно коррупционных случаев) вызваны тем, что заказчики, как правило, изначально ори-



Илья Ищук

ентируются на конкретный приглянувшийся товар или подрядчика, забывая о лежащей на них специальной обязанности обосновывать свой выбор и обеспечивать конкуренцию. По сути, это своего рода процедурное требование, поэтому, даже если выбор заказчика действительно является наилучшим, конкуренция будет ограничена и установлено нарушение. При рассмотрении жалоб такого рода антимонопольные органы проверяют как формальное описание объекта закупки, так и фактическое наличие или отсутствие на рынке сопоставимых продуктов.

При проведении закупок заказчиком будет полезно серьезнее изучать рынок, а участникам — при обжаловании документации быть готовыми сообщить суду или антимонопольному органу информацию о состоянии рынка, просто и четко объяснив технические вопросы.

Споры об обоснованности специальных требований, предъявляемых к объекту закупки

Такие споры являются логичным развитием предыдущей проблемы. Признавая за заказчиком безусловное право на удовлетво-

рение его объективных потребностей, правоприменители в каждом случае требуют от заказчика обосновать, чем вызвано включение в документацию тех или иных условий. Не секрет, что предъявление избыточных требований является одним из основных механизмов недобросовестного поведения, поэтому ФАС и суды в первую очередь пытаются понять, что перед ними — объективный производственный процесс или коррупционная схема.

В практике встречаются абсолютно разные примеры как поддержки довольно экзотических вкусов заказчиков, так и строгого, даже несколько формального подхода в пользу участников, чьи предложения не соответствуют избыточным требованиям. Оценивая общие тенденции, можно сказать, что основное бремя доказывания избыточности и необоснованности предъявляемых требований возложено на участника, который, как уже отмечалось, должен донести до суда или антимонопольного органа всю специфику возникшего спора. В свою очередь, от заказчика, по сути, требуется предоставить хотя бы какое-то разумное и правдоподобное объяснение своих предпочтений.

Однако это не означает, что правоприменители чрезмерно лояльны к заказчикам: суды и антимонопольные органы систематически исправляют некорректную документацию. Ситуация осложняется сжатыми сроками рассмотрения жалоб в антимонопольной процедуре, которые не позволяют сторонам полноценно обменяться аргументами и сформировать позиции. В этом случае положение участника может облегчить активная реализация им права на разъяснение документации, которая позволяет предварительно выяснить отношение другой стороны к проблеме и подготовиться к предстоящим разбирательствам. При этом в практике нередки случаи, когда потенциальные конфликты разрешаются уже на этой стадии.

Объединение нескольких закупочных позиций в рамках одного лота

Это еще одна заметная проблема, наиболее часто проявляющаяся в формах укрупнения лота по одному виду товаров, работ или услуг, объединения различных видов товаров, работ или услуг или объединения



Максим Бузин

различных по содержанию действий (например, работ и поставок). Рациональное стремление заказчиков оптимизировать закупочные и операционные процессы в целом нареканий не вызывает, однако принцип обеспечения конкуренции предписывает избегать чрезмерной и необоснованной концентрации объектов закупки. Объединение в рамках одного лота технологически и функционально не связанных между собой товаров, работ и услуг исключает возможность участия в процедуре небольших и узкоспециализированных участников рынка и очевидно ограничивает конкуренцию. Необходимо учитывать, что потенциальные участники закупки не всегда имеют возможность объединить свои силы для исполнения контракта с учетом серьезных картельных рисков.

Договоренности предпринимателей, связанные с торгами, сегодня крайне негативно оцениваются антимонопольной службой и могут повлечь применение суровых санкций в виде оборотных штрафов и уголовного ответственности. При этом с учетом существующих стандартов доказывания основанием для привлечения к ответственности за картель может стать всего лишь основан-

ное на косвенных признаках подозрение антимонопольного органа. При таких обстоятельствах реализация принципа раздельных закупок представляется достаточно разумной мерой как с правовой, так и с экономической точек зрения.

В практике выработались многочисленные подходы к решению конкретных ситуаций — например, нельзя объединять в один лот лекарственные препараты и медицинские изделия, проектные и строительные работы. Поэтому при подготовке или обжаловании закупочной документации целесообразно проводить хотя бы краткий анализ практики, изобилующей готовыми решениями по многим вопросам.

В последние годы одним из наиболее актуальных и спорных вопросов стала борьба ФАС с укрупнением лотов. Сложность этой категории споров состояла в отсутствии ярко выраженных признаков разнородности закупочных позиций: фактически в каждом случае оценивались возможность и целесообразность дробления конкретного лота на более мелкие части, что затрудняло формирование единых правоприменительных подходов. Анализ практики показывает, что наиболее частыми критериями оценки укрупнения лотов являются административные, территориальные, временные и организационные границы внутри предмета закупки. Сложнее обстоит дело с количественно крупными лотами, которые технически могут быть разбиты на сколь угодно разные части без четкого понимания, какое количество является «нормальным». Мы полагаем, что для таких ситуаций в принципе отсутствует универсальное решение и споры по таким делам будут продолжаться перманентно.

В рамках рыночной экономики и контрактной системы рассмотренные проблемы можно отнести к категории «неизлечимых». Суды и ФАС придерживаются сегодня относительно взвешенных позиций, пытаясь искать баланс интересов и подходить к спорам индивидуально — об этом свидетельствует существование разнообразия практики. Однако в силу объективных причин их шансы раз и навсегда найти идеальное решение и золотую середину невелики. А бизнесу и заказчику не остается ничего иного, как запастись терпением и включить ведение постоянной правовой войны в бюджет.