

Об основаниях для включения в реестр недобросовестных поставщиков.

Судебная практика

Д.М. Баширова,

заместитель начальника правового отдела
Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России

Законом № 94-ФЗ предусмотрено внедрение в практику реестра недобросовестных поставщиков. В этой статье автор на конкретных примерах рассказывает о случаях, когда подписание поставщиком имеет какие-либо препятствия, не зависящие от него самого, а также о том, в какой форме может быть выражено уклонение поставщиком от подписания контракта.

Ст. 34 Конституции РФ утверждает право на осуществление каждым предпринимательской или иной экономической деятельности. При этом свобода ведения такой деятельности провозглашается исключительно в случае осуществления ее в соответствии с требованиями закона при отсутствии признаков недобросовестностной конкуренции.

Кроме того, согласно п. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации любые права и свободы могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц.

Ч. 1 ст. 1 Закона № 94-ФЗ установлено, что отношения, складывающиеся в сфере размещения заказов, в т. ч. по отбору юридических или физических лиц для осуществления ими в интересах государства предпринимательской или иной экономической деятельности, регулируются положениями указанного закона.

Ч. 1 ст. 8 Закона № 94-ФЗ предусмотрено, что участником размещения заказа может быть любое юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала или любое физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель.

Вместе с тем ч. 2 ст. 8 Закона № 94-ФЗ ограничивает такое участие в размещении заказов случаями, предусмотренными этим законом.

Так, п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона № 94-ФЗ заказчиком, уполномоченным органам предоставлено право установления к участникам размещения заказа требования об отсутствии последних в реестре недобросовестных поставщиков, а комиссии заказчика – право на отказ в допуске таким участникам размещения заказа.

Согласно ч. 2 ст. 19 Закона № 94-ФЗ в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

При этом в соответствии с ч. 12 ст. 25, ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 29, ч. 11 ст. 41.12, ч. 6 ст. 46 Закона № 94-ФЗ участник размещения заказа признается уклонившимся при непредставлении им заказчику, уполномоченному органу в предусмотренный законом срок подписанный проект контракта, а также обеспечения исполнения контракта в случае, если заказчиком, уполномоченным органом было установлено требование обеспечения исполнения контракта.

Включение сведений об участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков осуществляется в порядке, предусмотренном ст. 19 Закона № 94-ФЗ и постановлением Правительства РФ от 15.05.2007 № 292 "Об утверждении положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков".

Ч. 4 ст. 19 Закона № 94-ФЗ предусмотрено, что сведения об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта, включаются контролирующим органом по заявлению заказчика.

При этом согласно ч. 8 ст. 19 Закона № 94-ФЗ контролирующий орган обязан, в случае отсутствия документов, свидетельствующих об отказе участника размещения заказа от заключения контракта, в течение 10 рабочих дней осуществить проверку факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта, а также согласно приказу ФАС России от 27.08.2007 № 267 "О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках" на основании ч. 5 ст. 17 Закона № 94-ФЗ осуществить внеплановую проверку соблюдения заказчиком законодательства Российской Федерации о размещении заказов с вынесением единого решения.

При проведении указанной проверки для установления факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта контролирующему органу необходимо исследовать ряд обстоятельств.

Согласно положениям Закона № 94-ФЗ до подписания проекта контракта участником размещения заказа проект такого контракта должен быть направлен в адрес участника заказчиком, уполномоченным.

Вместе с тем в случае, если участником размещения заказа не получен своевременно направленный заказчиком, уполномоченным органом проект контракта, такой проект не может быть подписан в сроки, установленные законом участником размещения заказа.

Так, согласно постановлению Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.12.2009 по делу № А63-10793/2008 установлено, что в силу ст. 435 ГК РФ офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора. Она связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Заказчик же не представил доказательств передачи победителю торгов копии итогового протокола и проекта контракта, в связи с чем у участника размещения заказа отсутствовала возможность подписания не переданного ему заказчиком контракта и правовые основания.

С указанной позицией согласился Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского

округа в постановлении от 21.12.2010 по делу № А29-3460/2010.

Кроме того, в ряде случаев контролирующему органу необходимо анализировать на предмет соответствия законодательству Российской Федерации о размещении заказов не только действия заказчика при заключении контракта, но и на более ранних стадиях.

Так, Федеральный арбитражный суд Центрального округа в постановлении от 26.11.2010 по делу № А54-1458/2010С5 указал, что сведения об участнике размещения заказа не могут быть включены в реестр недобросовестных поставщиков, если такая организация была неправомерно допущена комиссией заказчика к участию в аукционе.

Вместе с тем в постановлении от 27.06.2010 по делу № А45-26512/2009 Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа сделал вывод, что довод общества об обязанности заказчика отказаться от заключения контракта с победителем аукциона после установления факта представления недостоверных сведений не исключают обязанность общества соблюдать требования Закона № 94-ФЗ, предъявляемые к победителям открытого аукциона. При этом особое внимание суда привлекло то обстоятельство, что общество само путем направления письма в адрес заказчика сообщила о представлении им в составе заявки на участие в торгах недостоверных сведений с просьбой заключить контракт со вторым участником размещения заказа, что, по мнению суда, свидетельствовало о недобросовестности участника размещения заказа.

Уклонение участника размещения заказа от заключения контракта, в свою очередь, может выражаться как в действиях, так и бездействии.

Так, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа при вынесении постановления по делу № А63-4595/2010 установил, что направление участником размещения заказа заказчику вместо подписанного проекта контракт своего варианта проекта контракта с условиями контракта, не предусмотренными конкурной документацией, является фактом уклонения победителя конкурса от заключения контракта и влечет за собой внесение сведений о данном участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков. Суд также указал, что общество, подавая заявку на участие в торгах, соглашается на условия исполнения контракта, содержащиеся в конкурсной документация.

Аналогичный вывод сделан в постановлении Федерального арбитражного суда Поволжского округа по делу № А57-1545/09.

Кроме того, действия участника размещения заказа, свидетельствующие об уклонении от заключения контракта, могут быть выражены в прямом отказе от подписания проекта контракта участником размещения заказа.

Вместе с тем, как установлено Федеральным арбитражным судом Северо-Кавказского округа по делу № А53-9288/2008-с4-10, отказ от заключения контракта должен быть подписан уполномоченным на то лицом с представлением документов, подтверждающих его полномочия.

Уклонения участника размещения заказа от заключения контракта может быть выражено также в бездействии.

Шестой арбитражный апелляционный суд указал на обоснованность включения участника размещения заказа, не представившего в установленный срок подписанный контракт, в реестр недобросовестных поставщиков, несмотря на то, что заказчику вернулся направляемый по указанному в заявке участника размещения заказа адресу конверт с проектом контракта за истечением срока хранения. По мнению суда, протокол оценки и сопоставления заявок на участие в аукционе своевременно размещен на сайте в сети Интернет, следовательно, общество имело возможность с ним ознакомиться и должно было это сделать.

Кроме того, участник размещения заказа обязан был проявить должную осмотрительность и своевременно получить почтовую корреспонденцию, поступающую на юридический адрес, а проставленная на почтовом конверте отметка "за истечением установленного срока хранения" указывает на то, что орган почтовой связи сообщил отправителю, что адресат не явился за получением корреспонденции, несмотря на почтовые извещения.

Кроме того, об уклонении участника размещения заказа может свидетельствовать не только неподписание участником проекта контракта, но и непредставление им документов об обеспечении исполнения контракта.

Так, Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд по делу № А53-4352/2010 подтвердил обоснованность действий контролирующего органа по включению сведений об участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков по причине несвоевременного представления заказчику документа об обеспечении исполнения контракта при направлении в срок подписанного с его стороны контракта. При этом, по мнению суда, непредставление в установленный срок победителем торгов обеспечения исполнения контракта заказчику исключает возможность заключения с ним контракта.

Федеральный арбитражный суд Уральского округа по делу №А60-47019/2009-СР также указывает, что в случае, если документацией о торгах не установлен срок представления обеспечения исполнения контракта, такое обеспечение может быть представлено не позднее даты заключения контракта. Таким образом, сведений об участнике размещения заказа не подлежат включения в реестр недобросовестных поставщиков в случае, если документ об обеспечении исполнения контракта представлен в адрес заказчика позднее, чем подписанный участником размещения заказа контракт, но ранее срока для его заключения.

Основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков сведений об участнике размещения заказа может не только непредставление документа об обеспечении исполнения контракта, но и других прикладываемых к договору поручительства документов и сведений.

Девятый арбитражный апелляционный суд при рассмотрении дела № А40-52537/10-144-229 установил, что в нарушение требований Закона № 94-ФЗ общество представило заказчику договор поручительства без приложения документов, предусмотренных Законом № 94-ФЗ, в т. ч. копии бухгалтерской отчетности. Кроме того, как установлено судом, заказчиком получено письмо, в котором заказчик был уведомлен об отзыве поручительства. Также подтвержден факт, что после получения уведомления об отзыве представленного поручительства государственным заказчиком в адрес общества были направлены телеграммы о необходимости предоставить иное обеспечение исполнения контракта, тем самым предоставив заявителю возможность исполнить обязательства по представлению обеспечения исполнения контракта в соответствии с требованиями Закона № 94-ФЗ до истечения предусмотренного срока.

Кроме того, правомерным основанием применения мер административной ответственности к участнику размещения заказа признано несоблюдение формальных требований Закона № 94-ФЗ к оформлению документов, подтверждающих обеспечение исполнения контракта.

Так, Федеральный арбитражный суд Московского округа по делу № А40-147916/09-94-1068 указал, что в связи с тем, что все приложения к контракту должны быть прошиты, пронумерованы и поданы вместе с подписанным контрактом в виде единого документа, несоблюдение обществом указанного требования является правомерным основанием для привлечения его к ответственности.

Не может быть признана надлежащим образом исполненной обязанность участника размещения заказа по предоставлению обеспечения исполнения контракта, содержащего недостоверные сведения.

Так, Федеральным арбитражным судом Уральского округа по делу № А50-24417/2010 установлено, что победителем торгов в адрес заказчика направлен подписанный проект контракта с приложением договора поручительства и документов в отношении поручителя, а именно копий бухгалтерской отчетности за два предыдущих года. Вместе с тем, заказчиком был направлен соответствующий запрос в налоговый орган, который письмом сообщил, что данные в приложенных к запросу копиях бухгалтерских балансов и отчетов о прибылях и убытках поручителя за два предыдущих года не соответствуют данным бухгалтерской отчетности, зарегистрированной в налоговом органе.

Учитывая тот факт, что достоверность сведений об обеспечении исполнении контракта не была подтверждена налоговым органом, обеспечение исполнения контракта не может быть признано представленным.

Вместе с тем, ключевую роль при решении вопроса о включении сведений об участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков играют обстоятельства доказанности недобросовестности участника размещения заказа, его намерения не заключать контракт, что связано со следующими обстоятельствами.

Исходя из положений статьи 19 Закона № 94-ФЗ реестр недобросовестных поставщиков, с одной стороны, является специальной мерой ответственности, установленной законодателем в целях обеспечения исполнения лицом принятых на себя в рамках процедуры размещения заказа обязательств. При этом одним из последствий такого включения является ограничение прав такого лица на участие в течение установленного срока в размещении заказа.

Таким образом, реестр недобросовестных поставщиков служит инструментом, обеспечивающим реализацию целей регулирования добросовестной конкуренции и предотвращению злоупотреблений в сфере размещения заказов, следовательно, является механизмом защиты заказчиков от действительно недобросовестных действий поставщиков (исполнителей, подрядчиков).

Кроме того, в определениях Конституционного суда Российской Федерации от 07.06.2001 № 139-О, от 07.02.2002 № 16-О, постановлениях от 21.11.2002 № 15-П, от 30.07.2001 № 13-П, информационном письме Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 20.12.1999 № С1-7/смп-1341 «Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека по защите имущественных прав и права на правосудие» указано, что меры государственного понуждения должны применяться с учетом характера совершенного правонарушения, размера причиненного вреда, степени вины правонарушителя, его имущественного положения и иных существенных обстоятельств, а указанные меры не должны подавлять экономическую самостоятельность и инициативу граждан и юридических лиц, чрезмерно ограничивать право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также право частной собственности. Введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния.

Вместе с тем, лицо, принимая решение об участии в процедуре размещения заказа и подавая соответствующую заявку, несет риск наступления

неблагоприятных для него последствий, предусмотренных Законом о размещении заказов, в случае совершения им действий (бездействия) в противоречие требованиям этого закона, в том числе, приведших к невозможности заключения контракта с этим лицом как признанного победителем конкурса.

При этом такими действиями (бездействием) не соблюдаются права заказчика относительно условий (выявленных им как лучшие) и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием бюджетных средств и в предусмотренном бюджетным законодательством порядке и, как следствие, с нарушением обеспечения публичных интересов в этих правоотношениях.

Учитывая вышеизложенное, при разрешении вопроса о недобросовестности участника размещения заказа необходимы доказательства его вины.

При этом вина участника размещения заказа может выражаться не только в умысле (при совершении противоправных действий участник предвидел возможность наступления общественно опасных последствий, желал их наступления или не желал, но сознательно допускал негативные последствия либо относился к ним безразлично), но и в неосторожности, т. е. при совершении действий участник предвидел возможность наступления негативных последствий, но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывал на их предотвращение либо вообще их не предвидело, хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должен был и мог предвидеть эти последствия.

Так, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа при рассмотрении дела № А53-7986/2010 не признал виновными противоправные действия участника размещения заказа, основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков и указал, что формальное нарушение срока подписания участником размещения заказа контракта на один день не является безусловным основанием для признания победителя аукциона уклонившимся от заключения контракта, так как было установлено что общество до истечения срока подписания контракта подтвердило намерение заключить контракт на условиях заказчика путем направления копии контракта факсом, подлинника – экспресс-почтой, а также своевременной передачей заказчику обеспечения исполнения контракта.

Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа по делу № А59-5260/2010 обратил внимание, что антимонопольный орган не может ограничиваться формальной констатацией нарушения срока подписания контракта. В указанном деле общество было лишено технической возможности своевременно подписать контракт, в связи с тем, что электронно-цифровая подпись не работала, а получение новой требовало времени более пяти дней, предусмотренных для подписания контракта. Кроме того, обществом была представлена объяснительная о возникших технических неполадках, к которой были приложены копия банковской гарантии, имеющей дату выдачи, входящую в срок для подписания контракта и копия подписанного со стороны общества проекта контракта от даты, также не выходящей за пределы нормативно закрепленного срока.

Вместе с тем Семнадцатый арбитражный апелляционный суд при вынесении постановления по делу № А60-27053/2010 установлено следующее.

Судом первой инстанции установлено, что по причине технических неполадок при работе с сертификатом открытого ключа, записанного только на защищенный электронный носитель, у общества отсутствовала возможность работать на электронной торговой площадке. Как подтверждается материалами дела, указанная ошибка при помощи аккредитованного удостоверяющего центра

устранена только на следующий день после дня истечения срока подписания контракта. Также в дело представлена переписка общества с оператором электронной площадки.

При изучении вышеуказанных обстоятельства суд отметил, что для подписания контракта у общества имелось было шесть дней. Не откладывая подписание контракта на более поздний срок, участник размещения заказа мог избежать таких неблагоприятных последствий, как включение общества в реестр недобросовестных поставщиков, но не предпринял своевременных действий по подписанию контракта.

Постановлением Федерального арбитражного суда Поволжского по делу № А65-15783/2010 установлено, что факт ввода участником размещения заказа ошибочной цены контракта и последующее ее подтверждение свидетельствовали об ошибке участника размещения заказа, но не каких-либо не зависящих от участника размещения обстоятельств. Приняв решение об участии в торгах, участник размещения заказа должен был осознавать все связанные с таким участием риски, поскольку законодательством о размещении заказов не предусмотрена возможность отмены результатов аукциона вследствие ошибки, допущенной участником.