

А.Ю. Лобов,  
Начальник правового отдела  
Управления контроля размещения  
государственного заказа ФАС России

Журнал "Госзакупки.ру. Официальная информация. Письма. Комментарии.  
Административная практика" № 0

Формирование судебной практики, связанной с применением гл. 3.1 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ, только начинается. Однако уже сейчас можно говорить о том, что судебные процессы будут вызывать массу вопросов у заказчиков и участников размещения заказов. О том, какие из них удалось решить, рассказывает начальник правового отдела Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России Артем Лобов.

В мае 2009 г. в сфере госзаказа произошло беспрецедентное событие – внесение в Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон № 94-ФЗ) гл. 3.1, регулирующей проведение открытых аукционов в электронной форме. Такая форма торгов уникальна и не имеет аналогов не только в Европе, но и в мире. Новые нормы Закона № 94-ФЗ регламентируют процедуру размещения заказа с использованием электронного документооборота, принцип которого строится на обмене документами в электронной форме с использованием электронной цифровой подписи, что направлено на сокращение сроков размещения заказов и содействие заказчиком в получении необходимых им товаров, работ, услуг в кратчайшие сроки. Кроме того, при проведении открытых аукционов в электронной форме согласно положениям гл. 3.1 исключена возможность сговора компаний, т. к. все подаваемые участниками размещения заказа предложения анонимны. Анализ процедур проведения "молоточных" аукционов, в которых участвовали добросовестные компании и где отсутствовал фактор сговора, показал, что средняя экономия бюджетных средств составляет порядка 20% и более. Следовательно, и открытые аукционы в электронной форме должны способствовать эффективному расходованию бюджетных средств, при этом заказчик будет получать товар необходимого качества по цене, сформированной в ходе честной конкурентной борьбы. Несомненно, определенную роль в формировании практики применения положений законодательства играют суды. Однако говорить о какой-либо судебной практике, связанной с применением гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ, пока рано в связи с тем, что распоряжением Правительства РФ от 17.12.2009 № 1996-р утвержден Перечень товаров, работ, услуг, размещение заказов соответственно на поставки, выполнение, оказание которых для федеральных нужд осуществляется путем проведения открытого аукциона в электронной форме с 1 января 2010 г. Таким образом, формирование судебной практики начнется только в марте – апреле 2010 г. При этом с большой вероятностью можно утверждать, что судебные процессы вызовут массу вопросов, начиная от того, каким образом формировать доказательную базу, основанную на электронных документах с электронной цифровой подписью, и заканчивая общим отношением и пониманием положений гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ судьями. Вместе с тем вопросы, связанные с применением материальных норм права, которые также будут рассматриваться в рамках применения положений гл. 3.1

Закона № 94-ФЗ наряду с вопросами проведения процедуры открытого аукциона в электронной форме, уже получили правовую оценку судов.

Наиболее значимым в 2009 г. стал судебный процесс, положивший конец давним спорам о том, может ли контролирующий орган, рассматривающий жалобу, выдать предписание об отмене протоколов, составленных в ходе проведения процедуры размещения заказа и внесении изменений в конкурсную документацию, документацию об аукционе, извещение о проведении конкурса или аукциона.

Пример. Процесс был инициирован частной юридической компанией, которая подала заявление в Верховный Суд РФ о признании недействующим п. 3.37 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, утвержденного приказом ФАС России от 14.11.2007 № 379 (далее – Административный регламент).

По мнению заявителя, п. 3.37 Административного регламента следовало признать недействительным, т. к. оспариваемые положения нормативного правового акта устанавливают полномочия ФАС России, не предусмотренные федеральным законодательством, что нарушает права заявителя в сфере предпринимательской деятельности.

23 июня 2009 г. кассационная коллегия Верховного Суда РФ поставила точку в указанном споре. Суд посчитал, что в ч. 9 ст. 17 Закона № 94-ФЗ предусмотрено право при выявлении нарушений законодательства о размещении заказов в ходе проведения плановых и внеплановых проверок, а также при рассмотрении жалоб выдавать лицам, в результате действий (бездействия) которых были нарушены права и законные интересы участников размещения заказа, обязательные для исполнения предписания об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством РФ, в т. ч. об аннулировании торгов. При этом из содержания ч. 10 ст. 17 Закона № 94-ФЗ следует, что предписание должно содержать указание на конкретные действия, которые должно совершить лицо, которому адресовано указанное предписание. В свою очередь, п. 3.37 Административного регламента как раз и содержит указание на конкретные действия, направленные на устранение нарушений законодательства о размещении заказов, которые могут содержаться в предписании, в т. ч. об отмене протоколов и внесении изменений в документацию. Кроме того, суд особо отметил, что п. 3.37 Административного регламента допускает указание на совершение и иных действий, направленных на устранение нарушений законодательства о размещении заказов, поскольку перечень данных действий не является исчерпывающим.

Необходимо отметить, что споры по изложенному вопросу велись с самого начала практики контроля размещения государственного заказа. Многие заказчики, уполномоченные органы, члены комиссий не были согласны с вынесением подобных предписаний контролирующими органами, считая, что их действия могут быть обжалованы только в судебном порядке. Однако и контролирующие органы, и суды понимали, что без выдачи предписаний вся контролирующая деятельность в сфере размещения заказов оказалась бы бессмысленной в связи с отсутствием возможности оперативно влиять на действия заказчиков в случае нарушения прав участников размещения заказа (в т. ч. и потому, что на вынесение судебного акта в первых двух инстанциях уходит около полугода).

Вместе с тем, уже в ходе самых первых судебных разбирательств по вопросам

обжалования указанных предписаний, выданных ФАС России, арбитражные суды придерживались мнения, что такие ненормативные правовые акты являются абсолютно законными, подтверждая тем самым право контролирующих органов на отмену протоколов и возложения на заказчиков обязанности по внесению изменений в документацию.

На заметку

Указанные судебные решения являются актуальными и в свете применения гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ, т. к. в рамках рассмотрения жалоб на действия операторов электронных площадок, заказчиков, уполномоченных органов контролирующие органы могут выдавать такие же предписания. При этом следует помнить, что перечень указанных предписаний не является закрытым. Следовательно, учитывая, что практика контроля процедур размещения заказов путем проведения открытого аукциона в электронной форме только формируется, появятся новые виды предписаний, направленные на устранения нарушений законодательства о размещении заказов при применении гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ.

Следующий вопрос, по которому в 2009 г. успела сложиться судебная практика, – это использование заказчиками букв латинского алфавита в русскоязычных наименованиях предметов торгов. В 2009 г. ФАС России были проведены многочисленные проверки подобных случаев нарушения законодательства о размещении заказов, по всем из них приняты соответствующие решения, фиксирующие факты нарушений, и выданы предписания об аннулировании торгов. Однако некоторые из заказчиков обратились в арбитражный суд с целью обжалования вынесенных ФАС России решений и предписаний.

Пример. ФАС России в июле 2009 г. провела внеплановую проверку соблюдения законодательства о размещении заказов одним из федеральных заказчиков, расположенных в субъекте Российской Федерации. В ходе проведения проверки было установлено, что заказчиком заключен договор со специализированной организацией на проведение торгов.

Так, организацией было размещено извещение о проведении открытого аукциона на право заключения контрактов на поставку оборудования для компьютеров (периферийных устройств) для государственных нужд. Вместе с тем, согласно информации, размещенной на официальном сайте, в наименовании заказа по указанному аукциону вместо идентичных по написанию русских букв в слове "поставку" используются латинские буквы "o", "c", "a", "y", в слове "компьютеров" – "o", "e", "p", в слове "периферийных" – "e", "p", "x", в слове "устройств" – "y", "c", "p", "o". По результатам проверки специализированная организация была признана нарушившей законодательство о размещении заказов. Указанное решение ФАС России было обжаловано в Арбитражный суд г. Москвы, при этом организация основывала свою позицию на том, что факт использования латинских букв в русскоязычном наименовании предмета торгов не предоставил каким-либо юридическим или физическим лицам преимуществ по сравнению с другими, все потенциальные участники размещения заказа имели одинаковый доступ к сайту, а поиск по названию не является единственным, т. к. требование о языке информации о размещении заказа применяется независимо от имеющихся способов поиска, а также обстоятельств размещения конкретного заказа.

Вместе с тем суд в данном конкретном случае и во всех остальных делах, касающихся использования букв латинского алфавита в русскоязычных наименованиях торгов, поддержал позицию ФАС России, которая заключалась в следующем. Согласно ч. 6 ст. 16 Закона № 94-ФЗ к информации о размещении заказа относятся предусмотренная законодательством информация и полученные в результате принятия решения о размещении заказа и в ходе размещения заказа

сведения, в т. ч. сведения, содержащиеся в извещении о проведении открытого конкурса или открытого аукциона, извещении о проведении запроса котировок, конкурсной документации, документации об аукционе, изменениях, вносимых в такие извещения и такую документацию, разъяснениях такой документации, протоколах, составляемых в ходе размещения заказа.

В соответствии с п. 13 постановления Правительства РФ от 10.03.2007 № 143 "Об утверждении Положения о пользовании официальными сайтами в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования указанными сайтами" (далее – постановление Правительства РФ № 143) ведение официальных сайтов и размещение на них информации осуществляются на русском языке. Ведение официальных сайтов субъектов РФ и муниципальных образований и размещение на них информации может дополнительно осуществляться на государственном языке соответствующей республики РФ.

При этом суд указал на правильность вывода ФАС России о том, что замена букв не позволяет участникам размещения заказа осуществлять поиск заказа на официальном сайте, указывая в наименовании заказа первоначальные русскоязычные слова, т. к. фактически в извещении использованы иные слова (состоящие из букв русского и латинского алфавитов), а следовательно, указанные действия заказчика влекут ограничение количества участников, что нарушает ч. 1 ст. 1, ч. 6 ст. 16 Закона № 94-ФЗ и п. 13 постановления Правительства РФ № 143.

На заметку

Указанные судебные решения, признающие обоснованной позицию ФАС России по вопросу использования латинских букв в русскоязычных наименованиях торгов, позволили оперативно прекратить беспредел некоторых заказчиков при проведении торгов.

Вся тяжесть подобного нарушения законодательства о размещении заказов заключается в том, что участвовать в подобных торгах могли только те участники, которые знали, что в строке поиска на сайте [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) необходимо в конкретных местах ставить латинские буквы. Некоторые государственные контракты все же были заключены по итогам проведения подобных "торгов" и, естественно, в каждом случае в них принимал участие только один участник (суммы контрактов доходили до 700 млн. руб.). В случаях, когда заказчики успевали заключать контракты, материалы дел передавались в правоохранительные органы для возбуждения уголовных дел.

Еще одним важным вопросом, который получил свое разрешение в суде в 2009 г., является проблема использования критерия "цена контракта" при проведении конкурсов на обязательное медицинское страхование неработающего населения. Суть указанных дел заключается в том, что заказчики при проведении конкурсов используют критерий "цена контракта", при этом либо указывают, что цена равна нулю, либо исключают возможность снижения участниками цены, установленной в документации.

Судебных дел по указанному вопросу в 2009 г. было несколько, однако достаточно указать на общую позицию по данному вопросу ФАС России и арбитражных судов, т. к. все подобные решения имеют схожую аргументацию.

В соответствии с п. 14 ч. 4 ст. 22 Закона № 94-ФЗ конкурсная документация должна содержать критерии оценки заявок на участие в конкурсе, устанавливаемые в соответствии с ч. 4 ст. 28 указанного Закона.

Согласно ч. 4 ст. 28 для определения лучших условий исполнения контракта, предложенных в заявках на участие в конкурсе, конкурсная комиссия должна оценивать и сопоставлять такие заявки по цене контракта и иным критериям, указанным в конкурсной документации.

В соответствии с ч. 2 ст. 28 Закона № 94-ФЗ оценка и сопоставление заявок на участие в конкурсе осуществляются конкурсной комиссией в целях выявления лучших условий исполнения государственного или муниципального контракта в соответствии с критериями и в порядке, которые установлены конкурсной документацией.

Вместе с тем, в случае если в конкурсной документации цена контракта приравнена к нулю или, как устанавливают некоторые заказчики, в случае если участник снижает указанную цену, то получает худшую оценку по сравнению с участником, который не изменял цену контракта в заявке; подобный порядок оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе не позволяет выявить лучшие условия исполнения контракта по критерию "цена контракта", что является нарушением ч. 2 ст. 28 Закона № 94-ФЗ.

Необходимо отметить, что в соответствии с п. 10 Положения о страховых медицинских организациях, осуществляющих обязательное медицинское страхование, утвержденного постановлением Совета министров Правительства РФ от 11.10.1993 № 1018, сэкономленные средства на ведение дела по обязательному медицинскому страхованию являются доходом страховой медицинской организации, также к доходам относятся доходы, полученные от инвестирования средств резервов в случаях их неиспользования на покрытие расходов по оплате медицинских услуг за вычетом суммы на пополнение соответствующих резервов по нормативам, устанавливаемым территориальным фондом обязательного медицинского страхования. Страховая медицинская организация может за счет уменьшения дохода уменьшить расходы на ведение дела, тем самым определив меньший норматив расходов по ведению дела по обязательному медицинскому страхованию.

Таким образом, ФАС России в решениях по указанным категориям дел указывала, что по критерию "цена контракта" участники размещения заказа вправе снижать цену в пределах процента на ведение дела. В то же время вся сумма, выделенная на страхование населения, снижаться участниками размещения заказа не может. Суды в своих решениях полностью поддерживают позицию ФАС России, указывая, что страховщик имеет возможность уменьшить начальную (максимальную) цену государственного контракта при подаче заявки на сумму сэкономленных средств на ведение дела.

Особую значимость изложенным правовым спорам придает то, что на страхование населения в Российской Федерации выделяются огромные денежные средства (от 1,5 млрд. руб. и более) и указанные государственные контракты имеют колоссальную социальную значимость. При этом позиция некоторых заказчиков, состоящая в том, что по критерию "цена контракта" при проведении подобных конкурсов цена контракта изменяться не должна, создает условия, при которых конкуренция между страховыми организациями невозможна, а следовательно, выигрывает та компания, которая быстрее подаст заявку.

В этом случае позиция ФАС России и судов позволит при проведении торгов на обязательное медицинское страхование отбирать самых конкурентоспособных исполнителей, предложивших минимальный процент на ведение дела и наиболее качественные услуги.

В целом по судебной практике за 2009 г. необходимо отметить, что в судебном порядке было обжаловано 285 ненормативных правовых актов, вынесенных

центральным аппаратом ФАС России в сфере размещения заказа, по которым состоялось более 800 судебных заседаний. По 202 делам вынесены решения по существу, из них в 95% случаев решения и предписания признавались законными и обоснованными.

В 2010 г. начнется формирование судебной практики по вопросам проведения процедур открытого аукциона в электронной форме, и это направление станет для ФАС России приоритетным в судебной работе.

Будут приложены максимальные усилия для накопления положительной практики применения новейших норм законодательства о размещении заказов судами с использованием современных технологий электронного документооборота и электронной цифровой подписи.