

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

Тихомиров П.А.,
Аналитический центр
при Правительстве Российской
Федерации,
107078, Россия, г. Москва,
проспект Академика Сахарова,
д. 12

Аннотация

Раскрывается экономическая и правовая суть понятия и механизма работы реестра недобросовестных поставщиков (РНП), приводится анализ статистики включения информации о них в РНП, описана практика оспаривания в судах решений ФАС России о внесении в РНП, подчеркивается несоразмерность меры ответственности за уклонение от заключения контракта/договора (в части внесения в РНП) с существенностью причиненного общественного вреда, рассмотрена целесообразность перехода к взвешенной оценке возможных рисков от недобросовестных поставщиков, предложено перенести уклонение от заключения договора из оснований внесения в РНП в фактор учета деловой репутации участника при оценке заявок; сделано предположение о снижении рисков неисполнения контрактов/договоров при использовании на этапе оценки заявок механизма расчета индексов деловой репутации на основе фактов предыдущего недобросовестного поведения поставщиков.

Ключевые слова: реестр недобросовестных поставщиков, деловая репутация, контрактная система, закупки для государственных нужд, корпоративные закупки, положение о закупке, уклонение от заключения контракта, недобросовестное поведение поставщика, ограничение конкуренции, риски неисполнения договора.

Для цитирования: Тихомиров П.А. Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 70–83. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-70-83>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

List of Unscrupulous (Unfair) Suppliers: Improvement is Necessary

Pavel A. Tikhomirov,
Analytical Center under
the Government
of the Russian Federation,
Academician Sakharov Avenue,
12, Moscow, 107078, Russia

Abstract

The article shows legal and economical nature of unfair supplier list (black list) in Russian public procurement system, black list inclusion statistics, black list appeal court practice, problems and ways of improvement of this instrument, transformation to business reputation index.

Keywords: black list, unfair suppliers, unscrupulous suppliers, business reputation, Russian contracting system, public procurement, corporative procurement, procurement guideline, contract sign evasion, unfair competition, contract non-performance risks.

For citation: Tikhomirov P.A. List of unscrupulous (unfair) suppliers: improvement is necessary // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 70–83. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-70-83>

The author declare no conflict of interest.

1. Реестр недобросовестных поставщиков как фактор сдерживания

Понятие и механизм ведения реестра недобросовестных поставщиков (далее — РНП) впервые появились в Федеральном законе 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) в качестве меры борьбы с так называемыми игроками, то есть участниками процедур закупок, у которых нет намерения заключать и исполнять контракт в случае победы, либо которые подавали заявки, не оценив свои силы и риски по выполнению заказа. В качестве оснований для внесения в РНП в законе были установлены (а) уклонение выбранного участника от заключения контракта и (б) расторжение заключенного контракта в силу его существенного неисполнения поставщиком. Ведение РНП было возложено на федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок, — Федеральную антимонопольную службу. С тех пор порядок его ведения и основания внесения участников почти не изменились, несмотря на принятие нового закона (далее — Закон № 44-ФЗ)¹ и соответствующего акта Правительства Российской Федерации². Схожий порядок ведения РНП использован и в законодательстве о закупках госкорпораций и компаний с государственным участием (далее — Закон 223-ФЗ)³.

Для того времени (2005 г.) РНП был достаточно передовым инструментом сдерживания от злоупотреблений участниками. Финансовое обеспечение участия в закупке, которое призвано защищать торги от необдуманной подачи заявок участниками, устанавливалось не во всех процедурах, а угроза внесения в РНП как раз закрывала эту брешь и дополнительно мотивировала поставщиков соразмерять свои силы с обязательствами и положениями, содержащимися в контрактах. Допуск до участия в процедурах производился только на основании требований о правоспособности и дееспособности участника. Квалификация, опыт и наличие материальных ресурсов не рассматривались и не учитывались как условие допуска, поэтому на торги могли приходиться и низкоквалифицированные участники.

По сути, РНП — это несколько усовершенствованный по механизму и основаниям включения так называемый черный список, который довольно давно применяется в системах закупок ряда международных организаций и финансовых институтов (Всемирный банк, Европейский банк реконструкции и развития, Африканский банк развития, МВФ и др.)⁴. Компании, попавшие в этот список, а также их дочерние и аффилированные лица не могут рассчитывать на приглашение участвовать в торгах и на получение контрактов в вышеуказанных организациях и в закупках их заемщиков. Причем большинство международных финансовых организаций объединены соглашением о применении единого санкционного списка, который ведется Всемирным банком.

Правда, основания для включения в черный список в этих организациях совершенно иные по сравнению с российским РНП. В санкционный список по решению специальной комиссии банка включаются компании, которые уличены в мошенничестве и коррупции. Под понятие «мошенничество» попадают в том числе фальсификация/подделка документов, сговор на торгах и организация мошеннических схем. Именно эти факты у них считаются признаками недобросовестности. Уклонение от заключения контрактов по результатам торгов или расторжение контракта в силу его неисполнения *не являются* основаниями для применения к таким поставщикам мер ответственности в виде включения в санкционный список с последующим лишением их возможности участия в закупках. Снижение риска победы поставщиков, которые в последующем не смогут подписать контракт или исполнить его, на торгах у вышеуказанных организаций и получателей их займов/грантов достигается в большей степени за счет *обязательного применения квалификационных требований к участникам закупок*, что прямо указано в Руководстве о закупках Всемирного банка⁵.

В условиях начала действия закона № 94-ФЗ такое поведение участника, как уклонение от заключения контракта, действительно могло рассматриваться как недобросовестное поведение. Поскольку весь закон был процессуальным и больше относился к административному праву, чем к гражданскому, с обилием императивных норм в части организации и проведения процедуры закупки, то нарушения закона могли быть только процедурными, что и подтверждается наличием

¹ См.: Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ, 2013, № 14. Ст. 1652.

² Постановление Правительства Российской Федерации от 25 ноября 2013 г. № 1062 «О порядке ведения реестра недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей)» // СЗ РФ, 2013, № 48. Ст. 6265.

³ Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ, 2011, № 30. Ст. 4571.

⁴ В документах Всемирного банка он называется «санкционный список» и применяются два схожих термина: Ineligible firms (неприемлемые компании) или Non-responsible vendors (недобросовестные поставщики). См.: <https://www.worldbank.org/en/about/corporate-procurement/business-opportunities/non-responsible-vendors> (Дата обращения: 17.08.2020)

⁵ Пункты 6.23 и 6.27 «Правил закупок Всемирного банка для заемщиков, финансирующих инвестиционные проекты». См.: <http://pubdocs.worldbank.org/en/178331533065871195/Procurement-Regulations.pdf> (Дата обращения: 17.08.2020)

санкций в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях. Коррупция или предложение взятки участником, подкуп или «откат» не являлись формальным нарушением закона. Для обвинения и вынесения приговора по таким фактам требовались возбуждение уголовных дел, сбор доказательств и судебное решение, что было довольно длительно, а результат неочевиден. Следовательно, использование факта коррупции или мошенничества в торгах как основания включения в РНП не могло стать оперативным сдерживающим инструментом для недобросовестных участников и действенной защитой для заказчиков. В этом отношении факты уклонения от заключения контракта и расторжения в силу существенного неисполнения контракта были значительно предпочтительнее в качестве оснований для включения в РНП, поскольку легко устанавливались и могли быть легализованы решением комиссии заказчика (для фактов уклонения от заключения контракта), самим заказчиком (при одностороннем расторжении) или судом. Фактически законодатель выбрал такой способ сдерживания от недобросовестных действий поставщиков, который наиболее легко администрировался с точки зрения правоприменения и контрольных функций.

Мерой ответственности за недобросовестное поведение участников и поставщиков стало не только само внесение в реестр, но и право заказчика устанавливать в документации о закупке запрет на допуск к участию в процедурах закупок поставщиков, сведения о которых находились в РНП. Запись о недобросовестном поставщике находится в РНП в открытом доступе два года с даты принятия решения о внесении комиссией антимонопольного органа.

Данный инструмент призван мотивировать участников к добросовестному поведению при участии в процедуре закупки и при исполнении контрактов/договоров, поскольку возникающее при внесении в РНП ограничение допуска к сфере государственных и корпоративных закупок фактически закрывает один из рынков сбыта для попавшего в него участника. Сокращение сбытовых возможностей может серьезно подорвать экономику предприятия, так как снижает объем плановой выручки, а значит, и средств для поддержки и развития своей деятельности.

Еще в XX в. известный институциональный экономист Рональд Коуз писал, что «экономическая политика состоит в выборе таких правовых норм, процедур и административных структур, которые обеспечат максимизацию ценности производства. Но нелегко установить, как именно разные правовые ситуации воздействуют на работу экономической системы...» [1]. Следовательно, нужно разрабатывать и внедрять такие нормы, инструменты и административные процедуры, которые бы как минимум не вредили производству продукции и благ для на-

селения и развития страны, а те, которые показали свою неэффективность или негативное воздействие на экономику и рынок, — исключать.

Главным недостатком такого инструмента, как РНП, неоднократно подвергавшимся критике, является его бинарный характер, не сопоставляющий степень тяжести конкретного проступка и существенность нанесенного им вреда заказчику и общественному интересу с суровостью единой для всех меры ответственности. Другой проблемой этого механизма является почти 100% применение на практике продекларированного в законе права заказчика устанавливать запрет на участие в закупке поставщиков, находящихся в РНП, что может рассматриваться как трансформация права в обычай поведения, а значит, в норму (обязанность). То есть заказчики не пытаются оценивать возможные риски участия в закупке и последующего исполнения контрактов/договоров, возникающие от поставщиков, находящихся в РНП (что необходимо при оценке целесообразности использования права), предпочитая закрывать дверь перед такими участниками, не учитывая ни сумму закупки, ни ее предмет, ни уровень конкуренции. Хотя все это следовало бы рассматривать при принятии решения о включении подобного запрета в извещение и закупочную документацию.

Существенное неисполнение контракта, влекущее его расторжение, является действительно фактом недобросовестного поведения, серьезно повышающим риски неисполнения обязательств данным поставщиком в последующих сделках, и при доказанности вины такая мера, как внесение в РНП с последующим ограничением возможностей по участию в закупках, является адекватной. Однако ее соразмерность не совсем очевидна.

Уклонение же от заключения контракта не так однозначно с точки зрения последующих рисков, вины и вреда для заказчика, а также степени соразмерности наказания характеру совершенного деяния. Более того, данное основание внесения в РНП не всегда выполняет свою стимулирующую к проявлению добросовестности задачу. Далее попытаемся разобраться с вышеуказанными тезисами с помощью анализа статистики и правоприменительной практики.

2. Анализ статистики внесения в РНП

Статистика внесения в РНП по доле в общем количестве конкурентных неотмененных закупок по законам № 44-ФЗ и № 223-ФЗ за 2018, 2019, 1 п/г 2020 г. В расчет доли не брались закупки у единственного поставщика и отмененные извещения. Первые — по причине того, что заказчик самостоятельно определял единственного поставщика или поставщик является таковым в силу закона, следовательно, уклонение от заключения контракта невозможно в силу отсутствия инициативной оферты

в рамках состязания (конкуренции) на торгах и последующего выбора победителя. Существенное неисполнение и последующее расторжение контрактов с единственным поставщиком тоже маловероятны, но если и случаются, то ответственность за это полностью лежит на заказчике, поскольку это его выбор, и он должен был проявить должную осмотрительность при заключении контракта. Вторые — поскольку по их результатам не заключены контракты.

В корпоративных закупках — реже

В приведенной на рис. 1 диаграмме сразу бросается в глаза диспропорция между долями внесений в РНП по разным законам о закупках: по закону № 223-ФЗ внесение в РНП происходит почти на порядок реже, чем по закону № 44-ФЗ, считая от числа неотмененных конкурентных процедур.

Вероятно, причина этого кроется в качестве отбора победителей, то есть в наборе и характере требований к участникам. Поскольку закон № 223-ФЗ не такой процедурный, как закон № 44-ФЗ, и носит общий характер, переноса на заказчиков обязанность утверждения правил и механизмов закупок, заказчики устанавливают в своих ПОЗ более жесткие, но обоснованные требования к участникам процедур закупок в части опыта и квалификации участника, обеспеченности его ресурсами, необходимыми для исполнения контракта, что в конечном итоге снижает риски уклонения прошедших такой квалификационный отбор участников от заключения до-

говоров в случаях победы или от последующего существенного их неисполнения.

Также имеет место и оппортунистическое поведение заказчиков при возможном наличии оснований для внесения в РНП. Сталкиваясь с фактами нарушений поставщиками при исполнении договоров, корпоративный заказчик часто не заинтересован в их отстранении от участия в последующих закупках путем включения в РНП, поскольку такие поставщики могут быть их стратегическими партнерами или носителями определенных важных и конфиденциальных знаний о предмете закупки. Более того, корпоративные заказчики в последнее время проводят политику поддержки и «выращивания» поставщиков, помогая им настроить производство, получить необходимые знания и разрешения для выпуска продукции необходимого качества и в требуемые сроки. Конечно, после такого «выращивания» совершенно неразумно будет включать поставщика в РНП, отстраняя его от своих последующих заказов.

В отличие от заказчиков, работающих по закону № 223-ФЗ, государственные и муниципальные заказчики более правопослушны по нескольким очевидным причинам:

- во-первых, поскольку существует действенный институт государственного контроля, поэтому выявление неисполнения нормы закона грозит санкциями (денежные штрафы) к чиновнику, получающему и так невысокую зарплату;
- во-вторых, поскольку в большинстве случаев участник, к которому применяется санкция в виде внесения



Рис. 1. Доли внесений в РНП от общего количества конкурентных неотмененных закупок

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 1. Unfair suppliers list (USL) inclusions share of total competitive not cancelled tenders number

Source: UIS-Monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

в РНП, не является для конкретного чиновника, выполняющего положения закона о направлении сведений о факте в контролирующий орган, стратегическим партнером или уникальным поставщиком, а лишь одним из множества участников, с таким же успехом способных исполнить контракт.

Для поставщиков же не имеет значения законодательство, по которому проводятся закупки, с точки зрения рисков попадания в РНП, поскольку санкция за это попадание в обоих случаях одинакова, и она довольно сурова.

То, что для поставщиков, попавших в РНП, фактически закрыта дорога к закупкам как по Закону № 44-ФЗ, так и по Закону № 223-ФЗ, подтверждает и статистика. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации провел исследование документации и положений о закупках 30 крупных отраслевых госкорпораций и компаний с госучастием⁶ на предмет реализации в них положений ч. 7 ст. 3 Закона № 223-ФЗ о праве заказчика установить при закупке требование об отсутствии сведений об участниках закупки в реестрах недобросовестных поставщиков, ведущихся по Закону № 44-ФЗ и по Закону № 223-ФЗ. Ровно в половине ПОЗ это право трансформировано в обязанность устанавливать в закупочных документах такое требование.

В ПОЗ остальных 15 компаний и их 445 дочерних и зависимых обществ оставлено право заказчика самим решать, устанавливать ли в закупочной документации требование об отсутствии сведений об участнике в РНП. Для проверки использования этого права были изучены 720 (13,7% от всего количества) извещений о закупках данных заказчиков за июнь 2020 г. В 98,8% извещений было установлено требование к участникам об отсутствии сведений в РНП, а в остальных 1,2% (9 извещений) такое требование не найдено (то есть подобное основа-

ние для отклонения участника не включено в документацию), но в форме заявки на участие все равно имелось поле, в котором участник должен был подтвердить, что не находится в РНП.

Также проанализированы 70 (25% от всего количества) извещений о закупке за июнь 2020 г. у 20 организаций, попадающих под действие Закона № 44-ФЗ. В 100% извещений установлено требование к участникам об отсутствии сведений о них в РНП.

Из вышеизложенного следует вывод, что хотя в законодательстве о регулируемых закупках (назовем так оба закона № 44-ФЗ и № 223-ФЗ вместе) предусмотрено **право** заказчика не допускать участника, находящегося в РНП, до участия в закупках, фактически на практике почти в 100% закупок условие об отсутствии участника в реестрах недобросовестных поставщиков применяется как **обязательное**. Это означает, что всем лицам, сведения о которых находятся в РНП, фактически закрыт доступ к рынку как государственных/муниципальных, так и корпоративных закупок. Данный запрет, помимо нанесения вреда деловой репутации, является весьма существенным ограничением свободы предпринимательства и возможностей экономического развития для таких лиц. Кроме того, поскольку в РНП с 2013 г. помимо сведений о самом юридическом лице включаются сведения о его учредителях и руководителях, факт включения в реестр наносит значительный вред деловой репутации еще и физических лиц.

Расторжение контрактов и малый бизнес

Среди находящихся в РНП по Закону № 44-ФЗ больше чем вдвое преобладает доля поставщиков, включенных

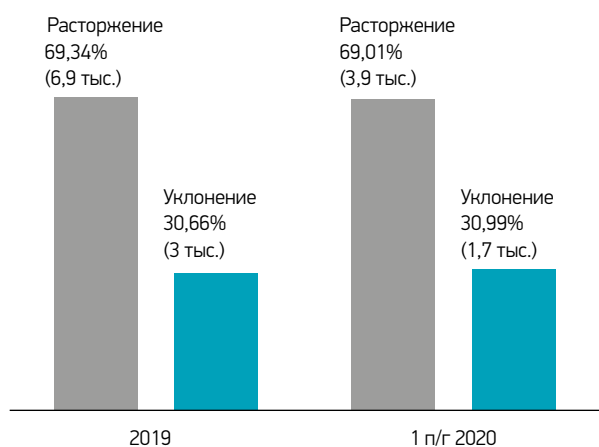


Рис. 2. Доли включений в РНП по Закону № 44-ФЗ по основаниям

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.
Figure 2. Cause of inclusions in USL according to 44-FZ
Source: UIS-monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

⁶ Исследованием, проведенным с участием сотрудников Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации Е. Митиной и Е. Чумаковой, была охвачена деятельность следующих госкорпораций и акционерных обществ с государственным участием: ГК «Росатом», ГК «Ростех», ГК «Роскосмос», ПАО «Сбербанк», ПАО «ВТБ», Российский Сельскохозяйственный банк, ПАО «Промсвязьбанк», ПАО «Аэрофлот», АО «АЛРОСА», АО Концерн ВКО «Алмаз-Антей», ПАО «Газпром», ПАО НК «Роснефть», ОАО «РЖД», ПАО «РусГидро», АО «Объединенная судостроительная корпорация», ПАО «Россети», АО «Росгеология», ПАО «Ростелеком», АО «Почта России», ПАО «Объединенная авиастроительная корпорация», а также таких федеральных государственных унитарных предприятий (стратегических компаний), как: ФГУП «ИТАР-ТАСС», ФГУП «ВГТРК», ФГУП «РТРС», ФГУП «Росморпорт», ФГУП «Администрация гражданских аэропортов (аэродромов)», ФГУП «Ведомственная охрана железнодорожного транспорта», ФГУП «Государственная корпорация по организации воздушного движения в Российской Федерации», ФГУП «Космическая связь», ФГУП «Морсвязьспутник», ФГУП «Главный радиочастотный центр» (ГРЧЦ). — *Прим авт.*

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование



Рис. 3. Контракты, заключенные по Закону № 44-ФЗ, исполненные с нарушениями срока (более чем на 5 дней)

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 3. Contracts under 44-FZ law executed with delay (more than 5 days)

Source: UIS-Monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

по основанию расторжения контракта в силу существенного неисполнения.

Следует обратить внимание, что в 81% случаев по основанию расторжения контракта, заключенного в рамках Закона № 44-ФЗ, в РНП попадают субъекты малого предпринимательства. Подавляющее большинство (94,5%) случаев внесения в РНП по данному основанию приходится на контракты с ценой менее или равной 10 млн руб. Большинство контрактов с такими суммами заключается с представителями малого и среднего бизнеса. То есть риску попасть в РНП за существенное неисполнение контрактов, повлекшее их расторжение, больше подвержены индивидуальные предприниматели и иные субъекты малого предпринимательства. Крупный бизнес содержит большой штат юристов, экономистов и финансистов, нанимает хороших управленцев, что позволяет не допускать нарушений исполнения договорных обязательств и оперативно устранять возникающие проблемы. У малого бизнеса очевидно меньше квалифицированных ресурсов и опыта по исполнению контрактов, чем у крупного.

Учитывая однократность свершения факта расторжения контракта в силу существенного его неисполнения для внесения в РНП, при отсутствии оценки существенности нанесенного вреда для заказчика и общества, а также наличие государственной поддержки малого бизнеса, это, по мнению автора, не должно являться основанием для отстранения малых предпринимателей от всего рынка государственных и корпоративных закупок. Необходимо трансформировать существующую норму о внесении в РНП по основанию расторжения контракта

в направлении учета существенности вреда, повторяемости деяния, соразмерности наказания.

Более того, если рассматривать расторжение контракта (и выплату соответствующих штрафов и неустоек) как наказание за недобросовестное исполнение своих обязательств, следует также оценить правовую целесообразность такой меры, как отстранение от участия в закупках с учетом принципа римского права *non bis in idem* (не дважды за одно и то же) — один из важнейших принципов права, который декларирует недопустимость повторного привлечения к ответственности за совершение одного и того же деяния. При этом само внесение в РНП не будет являться повторным наказанием, а вот ограничение предпринимательских прав и свобод по участию в закупках уже можно квалифицировать как дополнительную меру.

Несмотря на наличие ряда сдерживающих факторов, а именно внесение в РНП и предоставление обеспечения исполнения контрактов, доля контрактов с нарушениями сроков исполнения в контрактной системе растет (рис. 3), равно как и количество компаний-нарушителей (рис. 4).

Следовательно, наличия в нынешнем законодательстве положений, призванных стимулировать добросовестное исполнение контрактов, таких как внесение в РНП, потеря обеспечения исполнения контракта, оплата неустоек и штрафов, недостаточно для предотвращения все возрастающих рисков неисполнения поставщиками своих контрактных обязательств. Необходим переход к учету квалификации исполнителя при его выборе, то есть до заключения контракта. Также целесообразно пересмотреть механизм и последствия внесения в РНП.



Рис. 4. Число поставщиков с уникальным ИНН, хотя бы единожды в год нарушивших обязательства по контрактам, заключенным по Закону № 44-ФЗ

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 4. Unique TIN suppliers number at least ones a year break a contract conditions

Source: UIS-monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

3. Обзор правоприменительной, в том числе судебной практики

Для выработки предложений по совершенствованию оснований внесения и механизма ведения РНП прежде всего следует понять правовую, мотивационную и моральную суть данного инструмента и проанализировать проблемы в практическом применении.

Законодательство о регулируемых закупках не содержит безусловной обязанности контролирующего органа (ФАС России) включать представленные заказчиком сведения о поставщике в соответствующий реестр без оценки его действий в каждом конкретном случае.

Согласно позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Определении от 19.02.2015 № 301-КГ15-632 по делу № А29-3152/2014, при рассмотрении вопроса о законности решения антимонопольного органа о включении или невключении лица в реестр недобросовестных поставщиков нельзя ограничиться только формальной констатацией ненадлежащего исполнения хозяйствующим субъектом тех или иных нормативных требований без выяснения и оценки всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи. Антимонопольный орган, рассматривающий вопрос о внесении данных о хозяйствующем субъекте в РНП, должен не только разрешить вопрос о наличии формальных оснований для включения в реестр, но и установить причины и иные обстоятельства, послужившие основанием для такого недобросовестного поведения.

Включение сведений в РНП является санкцией за недобросовестное поведение участника размещения

заказа, выражающееся в намеренном и умышленном нарушении положений законодательства о регулируемых закупках (44-ФЗ и 223-ФЗ). Субъективная сторона этих нарушений характеризуется наличием умысла и противоправных намерений (вины), а последствием таких действий должно быть возникновение вреда/ущерба. Наличие вины обязательно для признания поставщика недобросовестным, поскольку только намеренные (виновные) действия, то есть идущие против совести, правовых норм и моральных ограничений, могут характеризоваться как недобросовестные.

Как раз полной и однозначной оценки контролирующим органом этой стороны отношений при уклонении или расторжении договора часто не хватает в правоприменительной практике.

Учитывая достаточную суровость меры ответственности за указанные нарушения [2]⁷, применение санкции путем включения в РНП должно происходить именно при условии доказанности вины (намеренности и умысла). По мнению Конституционного Суда Российской Федерации, применяемые меры государственного принуждения должны отвечать требованиям справедливости и помимо наличия вины быть соразмерны характеру совершенного правонарушения⁸.

Продemonстрируем данные тезисы примерами из судебной практики.

Намерение/умысел

Одним из существенных признаков недобросовестного поведения является намерение осуществить противоправное действие.

Верховный Суд Российской Федерации в п. 41 Обзора судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017, указал: «Нарушение участником за-

⁷ По мнению И. Татоновой, на практике внесение в РНП «представляет собой достаточно суровую меру ответственности для хозяйствующего субъекта, поскольку влечет негативные последствия в виде экономических и репутационных потерь не только для самого лица, признанного уклонившимся от заключения контракта или существенно нарушившим его условия, что повлекло его расторжение судом или заказчиком в одностороннем порядке, но и в практически равной степени для других лиц, входящих с ним в одну группу: его учредителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа участника закупки, сведения о которых также подлежат размещению в РНП».

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 п. 1 ст. 7, п. 1 ст. 77 и п. 1 ст. 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской обл., Арбитражного суда Саратовской обл. и жалобой ОАО «Разрез «Изыхский»» // СЗ РФ, 2001, № 32. Ст. 3412.

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

купки своих обязательств *при отсутствии у него намерения уклониться от заключения контракта* и принявшего меры для его заключения, не может являться основанием для включения сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков».

Следуя данному постулату, суды признают незаконными решения антимонопольного органа по внесению в РНП, если не доказано намеренное и недобросовестное уклонение победившего участника от заключения контракта.

Так, 18 июля 2020 г. решением по делу № А56-247/2020 Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области признал незаконным внесение участника в РНП за уклонение от заключения контракта, поскольку в поведении поставщика не усматривается явное недобросовестное намерение не заключать контракт.

По мнению суда, участник добросовестно готовился к исполнению контракта и начал заблаговременно выполнять определенные подготовительные работы (разработку дизайн-макетов), осуществлял переписку по дальнейшему исполнению контракта, все действия были направлены на добросовестное заключение контракта. Кроме того, суд исследовал предыдущее поведение поставщика и определил, что он является добросовестным поставщиком по государственным контрактам, ранее в РНП не состоял, к административной ответственности за неисполнение государственных контрактов не привлекался, в арбитражных спорах в качестве ответчика не участвовал, за последние 2 года добросовестно исполнил условия 31 контракта/договора.

Суд заключил, что уклонение от исполнения (заключения) контракта предполагает не только формальное нарушение требований законодательства, *но и отсутствие реального намерения заключить и исполнить контракт*, в связи с чем для включения в РНП по данному основанию, помимо факта нарушения, необходимо *установить направленность воли и недобросовестный характер поведения победителя аукциона*.

Исследовав обстоятельства дела, суд пришел к выводу, что в рассматриваемом случае включение участника в РНП не может рассматриваться в качестве необходимой меры ответственности, в связи с чем внесение в РНП нарушает права и законные интересы Общества.

Вред/ущерб

В решении Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 13 июля 2020 г. по делу № А56-4332/2020 об оспаривании включения в РНП по результатам одностороннего расторжения контракта говорится, что основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков является только такое уклонение лица от заключения контракта или от исполнения условий контракта, которое предпола-

ет его недобросовестное поведение, совершение им умышленных действий (бездействия) в противоречие требованиям Закона о контрактной системе, в том числе приведшее к невозможности заключения контракта с этим лицом как признанным победителем конкурса *и нарушающее 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.

Иными словами, заказчик должен доказать при обращении в антимонопольный орган с предложением о внесении поставщика в РНП не только его вину, то есть умышленные, недобросовестные действия, и противоречие законодательству о закупках, но и *факт связанного с этим действием влияния на эффективность использования бюджетных средств — вред*.

РНП, по общему подходу судов, является инструментом реализации задач регулирования отношений сторон закупочного процесса в части обеспечения добросовестной конкуренции и предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов и призван защищать государственных и муниципальных заказчиков от недобросовестных действий поставщиков (исполнителей, подрядчиков).

При этом включение поставщика в РНП представляет собой один из видов юридической ответственности, поскольку такое включение, являясь санкцией за недобросовестное поведение поставщика в регулируемой сфере правоотношений, влечет для него негативные последствия в виде фактического (как показано выше) лишения возможности в течение двух лет участвовать в закупочных процедурах по 44-ФЗ и по 223-ФЗ.

Соразмерность санкции

Соразмерность санкции характеру правонарушения и возникшим последствиям хотя и не является составляющей понятия недобросовестного поведения поставщика, но должна учитываться антимонопольным органом при вынесении решения о включении сведений в РНП.

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 18.07.2008 № 10-П выразил правовую позицию, часто цитируемую в решениях судов, о том, что федеральный законодатель, обладая достаточной свободой усмотрения в определении конкретных видов государственного контроля (надзора), оснований, форм, способов, методов, процедур, сроков его проведения, состава мер государственного принуждения, применяемых по итогам контрольных мероприятий, а также конкретного порядка финансового обеспечения, вместе с тем связан общими конституционными принципами организации системы органов государственной власти, а осуществляемое им регулирование должно соответство-

вать юридической природе и характеру общественных отношений, складывающихся в сфере государственного контроля (надзора), *вводимые же ограничения прав и свобод* граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью, — *быть соразмерными конституционно значимым целям и во всяком случае не создавать препятствий их экономической самостоятельности и инициативе*. Иное понимание не приведет к достижению целей правового регулирования законодательства о закупках, повлечет необоснованное, формальное ограничение прав и интересов субъектов хозяйственной деятельности.

Так, Арбитражный суд Свердловской области признал незаконным решение антимонопольного органа о внесении в РНП за уклонение от заключения контракта по причине несоразмерности наказания степени вины.

Победитель аукциона, имевший намерение подписать контракт, несвоевременно представил обеспечение исполнения контракта. При этом он открыл счет в уполномоченном банке, положил на него соответствующую сумму денежных средств, которые подлежали автоматическому списанию для обеспечения исполнения контракта на указанный заказчиком счет. Однако банк перевод по каким-то причинам не осуществил, что подтверждается материалами дела.

По заключению суда, участник не имел намерений уклониться от заключения контракта и от исполнения обязательств по нему, предпринимал действия, направленные на заключение контракта, при этом доказательства, безусловно свидетельствующие об обратном, в материалах дела отсутствовали.

Суд посчитал, что привлечение уклонившегося от заключения контракта участника к ответственности в виде включения сведений о нем в РНП будет носить карательный характер, не будет отвечать *принципу соразмерности санкции характеру правонарушения и наступившим последствиям*⁹.

Непротиворечивость и полнота информации

Важна также *корректность информационной составляющей всего процесса закупки*. Неустраненные противоречия в закупочной документации, которые вводят участников в заблуждение, могут стать основанием признания действий по уклонению победителя от заключения договора не содержащими признака недобросовестности.

Так, решением Арбитражного суда г. Москвы от 10 июля 2020 г. по делу № А40-60537/20-93-447 отменено решение Московского УФАС о внесении в РНП участ-

ника за уклонение от заключения договора по результатам закупки в рамках Закона № 223-ФЗ.

Победивший участник уклонялся от заключения договора, поскольку считал его условия в технической части заведомо невыполнимыми. Об этом свидетельствовали проведенные им переговоры с заказчиком и официальные обращения о том, что документация закупки содержит требования к некоторым позициям спецификации закупаемой продукции, которые не соответствуют ГОСТу и заведомо невыполнимы. Несмотря на это, изменений в закупочную документацию заказчиком внесено не было. После признания участника победителем сторонами велась переписка относительно объемов и сроков поставки некоторых других позиций.

В мотивировочной части решение суда указано, что участника *ввели в заблуждение противоречивые требования к поставляемой продукции*, а также ошибки в закупочной документации относительно ассортимента подлежащей поставке продукции. Тем самым *организатором закупки нарушены требования к информационному обеспечению закупки*.

Суд привел ссылку на разъяснение, содержащееся в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I ч. 1 ГК РФ», о том, что, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей в том числе в получении необходимой информации.

То есть со стороны заказчика есть обязанность предоставлять в закупочной документации, включающей техническое задание, проект контракта и порядок проведения процедуры, корректную, непротиворечивую информацию. При этом неоспаривание имеющихся в документации противоречий не должно рассматриваться априори как вина участника, поскольку на этапе подготовки заявки он мог и не усматривать этого противоречия. Иное требует доказательства. Также в отношении заказчика ему будет вменено в вину невнесение необходимых изменений в документацию, если от участников поступали официальные обращения с информацией о наличии в документации противоречий.

Добросовестность уклонения

Необходимо также исследовать вопрос добросовестности участника при намеренном уклонении от заключения контракта/договора в части предотвращения большего урона/ущерба/риска заказчику при его заключении и некачественном исполнении или полном неисполнении.

⁹ См. решение Арбитражного суда Свердловской области от 29 июля 2020 г. по делу № А60-18611/2020 // <https://ras.arbitr.ru/> (Дата обращения: 08.09.2020)

Заключение коммерческой сделки стороны осуществляют на свой страх и риск, обеспечивая при этом должную осмотрительность при вступлении в договорные отношения. С учетом этого, принимая решение о заключении контракта/договора по результатам закупочной процедуры, победивший участник дополнительно оценивает свои риски и экономическую эффективность по исполнению договорных обязательств. И если эта оценка оказывается не в его пользу, то есть не позволяет ему получить то, на что он рассчитывал при подаче заявки, то его осознанное, а значит, намеренное (виновное) решение о незаключении контракта/договора будет для другой стороны (заказчика) скорее выгодным, поскольку снижает риски более значительного вреда от неисполнения договорных обязательств, чем явно негативным, создающим некомпенсируемые убытки, которые он понесет от незаключения сделки на условиях заявки данного участника.

Согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Действия победившего участника по уклонению от заключения контракта/договора могут рассматриваться в контексте намерения недопущения последующего причинения большего вреда другому лицу (заказчику), пусть и с нарушением закона, чем вред от самого уклонения. Это подтверждается простым сопоставлением сумм издержек заказчика на проведение одной закупочной процедуры и/или заключение договора со следующим участником с суммами претензий и убытков от некачественного исполнения или полного неисполнения контрактов/договоров.

Так, издержки заказчика на проведение одной процедуры по Закону № 44-ФЗ оцениваются за 2018 г. в среднем в 8,3 тыс. руб. [3] при средней цене контракта 1,9 млн руб. Однако выгрузка данных из ЕИС показывает, что средняя сумма выставленных заказчиками за 2018 г. неустоек на один контракт, исполненный с нарушениями сроков, составляет 348,7 тыс. руб./контракт при средней цене такого контракта 9,8 млн руб.¹⁰, а доля таких контрактов составляет 3,1% от всех заключенных. То есть суммы выставляемых штрафных санкций за нарушение условий контракта в расчете на один контракт выше прямых издержек на проведение повторной процедуры или заключение контракта со вторым участником (без учета разницы в цене со вторым победителем). Но штрафные санкции — это прямая

и однозначная компенсация ущерба заказчику, а трансакционные издержки на проведение процедуры компенсируются только в случае наличия в условиях проведения закупки требования о предоставлении обеспечения участия в процедуре.

Учитывая, что в РНП за уклонение от заключения контрактов в 2018 г. внесено поставщиков всего 0,075% от числа всех конкурентных процедур, суммарные цифры ущерба от неисполнения контрактов несопоставимо выше суммарных трансакционных издержек на проведение повторных процедур или заключение договоров со вторым участником, по которым последовало внесение в РНП. Это означает, что уклонение участника от заключения контракта наносит значительно меньший вред заказчику и обществу, чем возможное неисполнение им своих обязательств в случае заключения контракта. Следовательно, внесение в РНП с последующим ограничением от участия в закупках за факт уклонения от заключения контракта является явно несоразмерным наказанием по отношению к уровню наносимого вреда таким деянием участника.

Конечно, суммы претензий выплачиваются заказчику, компенсируя возможный ущерб от ненадлежащего исполнения контракта. Однако это не умаляет вреда публично-правовому/общественному интересу от несвоевременно поставленных лекарственных средств, не вовремя сданных школ, больниц, детских садов, плохо сделанных дорог или некачественного детского питания.

Вместе с тем ущерб при уклонении от заключения договора возникает не всегда. Имели место случаи, когда заключение контракта со вторым участником было более выгодно по цене, чем с победившим (если при проведении конкурсов и запросов предложений побеждает участник с большей ценой, набравший больше баллов в основном по неценовым критериям, или повторно проведенная закупка приводит к заключению контракта с более низкой ценой)¹¹.

Интересен пример внесения в РНП московского завода микроэлектроники АО «Ангстрем», который иллюстрирует ряд вышеприведенных выводов.

В ноябре 2019 г. Минпромторг России объявил открытый конкурс на выполнение опытно-конструкторских работ по освоению производства полупроводникового изделия для гособоронзаказа с начальной ценой 114 млн руб. и сроком исполнения 3 года (один год — один этап). В закупочной документации было указано, что предусмотрено авансирование в размере 80% цены этапа работ, но в то же время в проекте контракта установлено, что обеспечение исполнения обязательств по контракту, в том числе по возврату аванса, установ-

¹⁰ Источник: ЕИС-Мониторинг. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации.

¹¹ См. пример с АО «Ангстрем».

ливается в размере 91,68 млн руб. Обеспечение участия в закупке составляло 573 тыс. руб.

АО «Ангстрем», одно из новейших и ведущих российских предприятий по производству микроэлектроники, подало заявку на участие с ценой, равной начальной цене конкурса, и признано победителем среди четырех участников, набрав максимальные баллы на этапе оценки заявок с учетом баллов по опыту исполнения подобных работ. После публикации итогового протокола победителю был направлен контракт на подписание и предложено представить обеспечение в размере 91,68 млн руб. со сроком действия 3 года.

АО «Ангстрем» представило протокол разногласий, предложив разделить обеспечение по этапам выплаты аванса. Заказчик отказался учесть данное замечание, сославшись на ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ, где говорилось, что если аванс превышает 30% начальной (максимальной) цены контракта, размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в размере аванса. АО «Ангстрем» не подписало контракт в установленный срок, не смогло представить обеспечение и было признано уклонившимся от заключения контракта, после чего на основании представленных заказчиком материалов внесено в РНП сроком на 2 года. Исковое заявление о пересмотре решения ФАС России суд не удовлетворил, указав на правомерность включения в РНП, учитывая наличие факта уклонения и ссылаясь на необходимость для участника торгов при подаче заявки «осознавать наступление определенных последствий своих действий, в том числе и наступление неблагоприятных для него последствий».

Вроде бы все поступили согласно закону и аргументация решений правильная. Однако при более глубоком рассмотрении вопроса возникают существенные нюансы в части справедливости и разумности распределения рисков в данной процедуре закупки.

С точки зрения коммерческой компании, которая пожелает взяться за такую работу, предложенные в проекте контракта условия оплаты и предоставления обеспечения предельно невыгодны, несмотря на кажущуюся привлекательность за счет большого аванса. От исполнителя сначала требуется выплатить заказчику (или представить банковскую гарантию, что почти равносильно выплате, так как банки в основном требуют депонировать у них на счете на срок контракта соответствующую сумму) 80% цены контракта — 91,68 млн руб., а взамен получить аванс всего в размере 19,5 млн руб. (80% от цены этапа) и затем каждый последующий год получать еще такую же сумму. Суммарный денежный поток будет отрицательным почти до конца контракта. Это крайне невыгодно исполнителю с финансовой точки зрения и не соответствует принципу справедливости распределения прав и обязанностей сторон сделки (ч. 2, ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Конечно же, участник при подаче заявки должен был оценить эти риски. Но даже если он их не увидел и спохватился позже, является ли это признаком недобросовестного поведения? Если не было прямого намерения сорвать торги, то конечно — нет. Это неосмотрительность, неопытность, даже, может, неграмотность (незнание законодательства), но не недобросовестность.

Через три месяца заказчик повторно объявил данную процедуру с более высокой начальной ценой — 122,1 млн руб. В ней победил участник с ценой 91,5 млн руб., то есть снижение составило 25%. Таким образом, заказчик даже выиграл от того, что первый участник уклонился от заключения контракта, получив по результатам повторной процедуры существенную экономию на цене контракта, а также удержав сумму обеспечения участия в закупке. Так какой же вред нанес уклонившийся участник заказчику, государству и обществу? И заслуживает ли его поведение такого наказания, как отстранение от рынка государственных и корпоративных закупок на 2 года? По мнению автора, примененная мера ответственности в данном случае явно несопоставима последствиям деяния.

Включение в РНП во многих случаях создает для участника рынка более существенный вред по сравнению с тем, который он нанес (или предотвратил) заказчику при уклонении от заключения контракта. Упущенная выгода внесенного в РНП предпринимателя, возникающая от потери возможности участия в течение установленного срока в процедурах регулируемых закупок, может (учитывая участие более чем в одной процедуре) быть значительно выше операционных издержек заказчика по проведению процедуры всего лишь по одному незаключенному контракту. Более того, уклонившийся участник теряет обеспечение участия в закупке (если оно установлено), а это прямые убытки такого участника. Следовательно, последствия от применения предусмотренного в настоящее время комплекса мер ответственности за уклонение от заключения контракта (потеря обеспечения и внесение в РНП) в большинстве случаев превышают уровень наносимого вреда.

Однако регулятор пока не спешит отказываться от данного основания внесения в РНП с вытекающими последствиями, поскольку не найден иной механизм учета рисков от такого поведения участника, а существующий инструмент весьма практичен и прост в администрировании.

Суды в текущей практике используют взвешенный подход к оценке представленных сторонами доказательств при рассмотрении исков по исключению из РНП, защищая права участника закупки как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, что наиболее полно соответствует балансу частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого ука-

зал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П¹².

В своих судебных актах Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал, что применяемые государственными органами санкции, в том числе штрафного характера, должны отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, в том числе соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционно защищаемым целям и ценностям, исключать возможность их произвольного истолкования и применения (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 30.07.2001 № 13-П, от 21.11.2002 № 15-П). Последствия по наложению санкции в виде включения сведений о лице в РНП могут иметь более тяжкий экономический характер для такого лица, чем наложение штрафа или неустойки.

Изложенное выше позволяет прийти к выводу: *уровень сложности администрирования применения правовой нормы обратно пропорционален вероятности несправедливого наказания, но прямо пропорционален точности и глубине определения объективной стороны деяния*. Соответственно, чем проще инструмент определения нарушения, тем выше вероятность вынесения несправедливого решения и наказания.

Попробуем продемонстрировать это на примере из правил дорожного движения.

Когда нарушение скорости на дороге фиксировалось инспекторами с применением ручных радаров, определяющих скорость движения, то была высока вероятность ошибки, поскольку у таких приборов существовала погрешность, и они не фиксировали нарушителя, то есть не делали фото, однозначно свидетельствующего, что это скорость транспортного средства, к водителю которого предъявляется обвинение. Поэтому и случались вечные споры водителей с инспекторами по вопросу вины и доказательной базы. Очевидно, что не во всех случаях действительно происходили нарушения скоростного режима, а значит, некоторые штрафы выписывались несправедливо.

С началом использования более сложных стационарных камер видеофиксации, установленных в рамках соответствующих правил и законов, фиксирующих время, место, скорость, фото и дорожную обстановку, являющихся правовыми доказательствами факта нарушения, недостатки ручных приборов были устранены, что привело к улучшению точности фиксации факта, а значит, к повышению справедливости в выносимых решениях.

Конечно, простая фиксация факта и применение наказания без определения обстоятельств дела значительно менее затратный механизм, чем детальное разбирательство для каждого случая нарушения. Однако с развитием технического прогресса, расширением цифровизации данных, повышением уровня осмысления общественного блага нормативное регулирование должно совершенствоваться в соответствии с этим, меняя устаревшие нормы с высокими рисками несправедливых решений на более рациональные с использованием высокотехнологичных механизмов фиксации фактов, расчета рисков и последующего применения этих данных в практике закупок.

4. Направления совершенствования

С учетом высказанных выше суждений и позиции судов относительно признаков противоправного уклонения от заключения контракта следует, что в настоящее время для принятия решения о внесении в РНП необходимо одновременное выполнение следующих условий:

а) надлежащее информационное обеспечение закупки, то есть отсутствие в извещении и документации двусмысленностей, противоречий, пробелов, своевременные и полные ответы заказчиков на подаваемые запросы и внесение изменений в документацию при необходимости;

б) наличие противоправного виновного намерения участника уклониться от заключения договора без уважительных и оправдывающих его причин;

в) возникновение ущерба для заказчика и бюджета;

г) соразмерность санкции характеру правонарушения.

При этом обязанность доказывания всего вышеизложенного лежит на антимонопольной службе, рассматривающей обращение заказчика. В отсутствие доказательств в мотивационной части решения комиссии суды становятся на защиту участника как более слабой стороны в деле.

Исходя из вышеуказанного анализа решений судов и представленной статистики, а также с учетом озвученных Минфином России на пресс-конференции 15 июня 2020 г. изменений в Закон 44-ФЗ в части введения универсальной предквалификации участников по контрактам с НМЦК выше определенного предела, можно предположить, что в новых условиях внесение в РНП за уклонение от заключения контракта/договора будет уже излишним, а связанное с этим ограничение участия в госзакупках — избыточным, поскольку по результатам предквалификации к закупкам будут допускаться участники, доказавшие свой минимально необходимый опыт, а значит, и добросовестность по исполнению ранее заключенных контрактов. Что касается контрактов, где не будет применяться универсальная предквалификация, использование данной меры также нецелесообразно

¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29.03.2011 № 2-П «По делу о проверке конституционности положения п. 4 ч. 1 ст. 16 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой муниципального образования — городского округа «Город Чита»».

в связи с неочевидностью недобросовестности участника, так как потребует каждый раз выяснять все обстоятельства объективной стороны дела, а также оценивать наносимый вред и сопоставлять его с мерой ответственности. Кроме того, учитывая статистику внесения в РНП субъектов малого предпринимательства, внесение их в РНП за уклонение от заключения контрактов очевидно конфликтует с государственной политикой поддержки малого предпринимательства в России.

Поскольку большинство процедур, где наблюдалось уклонение от заключения, имеют начальную (максимальную) цену менее 10 млн руб., создаваемый уклонением от заключения контракта вред предположительно будет составлять незначительную сумму. К тому же он частично компенсируется удерживаемыми обеспечениями на участие в закупке. В то время как операционные издержки государства на внесение в РНП (трудозатраты заказчика на подготовку документов, работа комиссии антимонопольного органа, поддержка ресурса ведения РНП, возможные судебные издержки и трудозатраты) несопоставимо выше уровня предотвращаемого ущерба.

Однако совершенно не учитывать факт уклонения участника от заключения контракта нельзя, поскольку это будет противоречить публично-правовому интересу государства в лице представляющих его государственных и муниципальных заказчиков, а также организаций с государственным участием в снижении степени риска неисполнения контрактов/договоров и в необходимости мотивации участников рынка к добросовестному участию в закупочных процедурах и исполнению заключаемых сделок.

Исходя из теории трансакционных издержек, при понижении их в одном месте они повышаются в другом [4]. Значит, совсем отказаться от меры сдерживания недобросовестного или спонтанного поведения участников при подаче заявок нельзя, так как в этом случае освободившиеся государственные операционные издержки по внесению в РНП будут перенесены в издержки по устранению ущерба от некачественного выполнения контрактов/договоров. Следовательно, при рассмотрении вопроса избыточности меры по внесению участника в РНП за уклонение от заключения контракта нужно найти место применения этого факта в другом инструменте по снижению последующих рисков вступления в правоотношения с таким участником.

В связи с этим представляется целесообразным учитывать факт уклонения от заключения контрактов/договоров как один из факторов при расчете индекса деловой репутации, исключив данный факт из оснований для внесения в РНП. Правовые основы, источники информации, механизм расчета индекса деловой репутации и предложения по его применению в закупках рассмотрены автором еще в 2016 г. [5]. В то время опыт применения РНП в закупках еще не исследовался детально, по-

этому уклонение от заключения договора как негативный фактор для расчета индекса не рассматривался. Но на сегодняшний день с учетом перспективных изменений в законодательство о контрактной системе вопрос переноса этого основания из состава нарушений, за который осуществляется внесение в РНП, в перечень негативных факторов для расчета индекса деловой репутации очевидно назрел и актуален.

Целесообразно также рассмотреть внедрение новых оснований для включения в РНП, таких как поставка контрафактной продукции, фальсификация и подделка документов, как очевидных фактов недобросовестного поведения. При наличии в правовом поле инструментов доказывания и вынесения судебных решений такие факты однозначно должны приводить к ограничению участия в процедурах государственных и муниципальных закупок лиц, по которым вынесены соответствующие приговоры.

Положительный опыт применения индекса деловой репутации в совокупности с отборочными квалификационными требованиями накоплен в практике закупок Госкорпорации «Росатом» и ее дочерних и зависимых обществ, где он применяется с 2017 г. Показатели доли контрактов, исполненных с нарушениями, в атомной отрасли за последние три года снижаются.

Введение в практику закупок (как минимум для закупок выше определенного ценового порога) дополнительных отборочных требований, связанных с учетом предшествующего сопоставимого опыта, наличием необходимых ресурсов, перенос факта уклонения от заключения контракта из оснований внесения в РНП в факторы расчета индекса деловой репутации участника, по мнению автора, поможет изменить негативную тенденцию роста числа контрактов, исполняемых с нарушениями, повысит точность оценки рисков заказчика по взаимодействию с конкретным поставщиком, усилит стимулирование добросовестного исполнения контрактов. Данные изменения будут содействовать развитию малого бизнеса, повышению эффективности системы государственных и муниципальных закупок, экономии бюджетных средств и поступательному развитию экономики России. ■

Литература [References]

1. Коуз Р. Фирма, рынок и право. М.: Новое издательство, 2007. 224 с. (Библиотека Фонда «Либеральная миссия»). [Coase R. The Firm, the Market and the Law, M: New Publisher, 2007. 224 p. (Library of "Liberal Mission" Foundation)].
2. Татанова И. Как добиться обеспечительных мер. Порядок оспаривания решений ФАС России о включении в Реестр недобросовестных поставщиков. КонсультантПлюс, www.consultant.ru (Дата обращения: 04.08.2020) [Tatonova I. How to achieve security

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

- measures. Procedure for challenging FAS decisions on inclusion in the Register of unfair suppliers. ConsultantPlus].
3. Авдашева С.Б., Яковлев А.А., Головщинский К.И., Шамрин А.Т. и др. Регламентированные закупки в России // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. № 60, 2020. С. 28—61. [Avdasheva S.B., Yakovlev A.A., Golovschinskiy K.I., Shamrin A.T. at all., Regulated Procurement in Russia // Goszakaz: management, placement, provision. № 60. 2020. P. 28—61 (In Russ.)]
 4. Аузан А.А. Экономика всего. Как институты определяют нашу жизнь. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 160. [Auzan A.A. Economics of all. How institutions change our life. M: Mann, Ivanov & Ferber, 2014, p. 160.]
 5. Тихомиров П.А. Оценка деловой репутации участника для применения в закупочной деятельности // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. № 45. 2016. С. 52—61. [Tikhomirov P.A. Evaluation of the supplier's business reputation for use in procurement activities. Goszakaz; management, placement, provision. № 45. 2016. P. 52—61 (In Russ.)]

Сведения об авторе

Тихомиров Павел Анатольевич: начальник управления корпоративных реформ и закупок АНО «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации»
E-mail: p.tihomirov@ac.gov.ru, pavel-ti@yandex.ru