

УДК: 346.7
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта с единственным поставщиком (на примере уголовно-исполнительной системы)

**Хомяков А.Н.,
Алиев В.А.,**
Башкортостанское
УФАС России,
450008, Россия, Республика
Башкортостан, г. Уфа,
ул. Пушкина, д. 95

Москвитин О.А.,
Институт конкурентной
политики и регулирования
рынков НИУ ВШЭ,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
109028, Россия, г. Москва,
Покровский б-р, д. 11, каб. М205,
105005, г. Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Бочинин И.П.*,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
Московский государственный
юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
105005, Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

Аннотация

Законодательство о контрактной системе допускает в определенных случаях осуществление закупок у единственного поставщика, минуя проведение конкурентных процедур. Одним из случаев являются производство товара, выполнение работы, оказание услуги, осуществляемые учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, утвержденным Правительством Российской Федерации. Практика показывает, что в ряде случаев заказчики и (или) поставщики могут необоснованно пользоваться предоставленной законодательством возможностью, формально заключая государственный (муниципальный) контракт с учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы, минуя конкурентные процедуры, когда реально исполнением контракта занимается сторонний хозяйствующий субъект. Авторами отмечается, что такие ситуации фактически являют собой обход предусмотренных законодательством конкурентных процедур выбора поставщика, противоречат принципам и идеям регулирования, заложенным в Законе о контрактной системе.

Ключевые слова: контрактная система, конкурентные процедуры, единственный поставщик, уголовно-исполнительная система.

Для цитирования: Хомяков А.Н., Алиев В.А., Москвитин О.А., Бочинин И.П. Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта с единственным поставщиком (на примере уголовно-исполнительной системы) // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 84–89. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Inadmissibility of Imitation of Compliance With the Law when Concluding a State Contract With a Sole Supplier (on the Example of the Penal System)

Andrey N. Khomyakov,

Vadim A. Aliev,

Bashkortostan UFAS of Russia,
Pushkina str., 95, Ufa,
Republic of Bashkortostan,
450008, Russia

Oleg A. Moskvitin,

Higher School of Economics,
Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Pokrovsky Boulevard, 11, of. M205,
Moscow, 109028, Russia
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia

Ilya P. Bochinin*,

Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Kutafin Moscow State Law
University,
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

The legislation on the contract system allows in certain cases to make purchases from a sole supplier without using competitive procedures. One of the cases is the production of goods, performance of works, rendering of services performed by an institution or enterprise of the penal enforcement system in accordance with the list of goods, works, and services approved by the Government of the Russian Federation. The practice shows that in some cases, customers and (or) suppliers may unreasonably use the opportunity provided by the legislation, formally concluding a state (municipal) contract with an institution or enterprise of the penal system, bypassing competitive procedures, when actually a third-party business entity is engaged in the execution of the contract. The authors note that such situations actually constitute a circumvention of the competitive procedures for selecting a supplier provided for by law, and contradicts the principles and ideas of regulation laid down in the Law "On the contract system".

Keywords: *contract system, competitive procedures, sole supplier, penal system.*

For citation: Khomyakov A.N., Aliev V.A., Moskvitin O.A., Bochinin I.P. Inadmissibility of imitation of compliance with the law when concluding a state contract with a sole supplier (on the example of the penal system) // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 84–89, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

The authors declare no conflict of interest.

Согласно ст. 6 и 8 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)¹ одним из принципов контрактной системы в сфере закупок является принцип обеспечения конкуренции. По своей сути, данный принцип подразумевает, что любое заинтересованное лицо имеет возможность стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Кроме того, важно, что ч. 2 ст. 8 Закона о контрактной системе прямо запрещает участникам закупочных процедур совершение любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

При этом сам Закон о контрактной системе в определенных случаях допускает возможность осуществления закупки у единственного поставщика. Данный способ

¹ См.: СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

осуществления закупочных процедур по своей природе является неконкурентным и фактически прямо противопоставляется Законом о контрактной системе иным — конкурентным — способам. Так, в ч. 1 ст. 24 Закона о контрактной системе указывается, что заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя). Согласно ч. 5 той же статьи заказчик выбирает способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями гл. 3 Закона о контрактной системе. При этом заказчик не вправе совершать действия, влекущие за собой необоснованное сокращение числа участников закупок.

Безусловно, избрание неконкурентного способа осуществления закупки строго ограничено основаниями, предусмотренными законом. Эти основания, представляющие собой исчерпывающий перечень, приведены в ст. 93 Закона о контрактной системе. Отметим, что согласно ст. 16 Федерального закона от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций»² до 31 декабря 2020 г. включительно Правительство Российской Федерации в дополнение к случаям, предусмотренным ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе, вправе устанавливать иные случаи осуществления закупок товаров, работ, услуг для государственных и (или) муниципальных нужд у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), а также определять порядок осуществления закупок в таких случаях. Закупка у единственного поставщика не по основаниям, установленным указанными нормами права, является серьезным нарушением законодательства о контрактной системе, нарушает принцип обеспечения конкуренции, поскольку не позволяет «другим потенциальным участникам реализовать возможность заключить контракт» [1].

Одним из оснований для заключения государственного (муниципального) контракта путем неконкурентного способа осуществления закупок в соответствии с п. 11 ч. 1 ст. 93 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (Закон о защите конкуренции) является производство товара, выполнение работы, оказание услуги, осуществляемые учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, утвержденным Правительством Российской Федерации. Данный перечень утвержден Поста-

новлением Правительства РФ от 26 декабря 2013 г. № 1292⁴.

Эта важная норма закона основана, по мнению авторов статьи и ряда других исследователей, в том числе на необходимости обеспечения права (а согласно ст. 103 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации⁵ (УИК РФ) — на обязанности) граждан, находящихся в организациях уголовно-исполнительной системы, на труд и получение за это оплаты, их трудовой адаптации [2]. На практике подобные закупки у единственного поставщика могут быть обусловлены «необходимостью увеличения объемов привлечения осужденных к оплачиваемому труду, поддержки учреждений и предприятий уголовно-исполнительной системы, что, как следствие, ведет к уменьшению социальной напряженности в обществе, улучшению условий содержания, уменьшению задолженности по исполнительным листам»⁶. Некоторые авторы обоснованно, по нашему мнению, обращают внимание на возникновение в праве «особого социально справедливого юридического института преимуществ» для отдельных категорий хозяйствующих субъектов [3].

С учетом изложенного важность и обоснованность применения рассматриваемого исключения из конкурентного распределения государственного (муниципального) заказа не вызывают сомнений в случаях, когда заказываемые товары (работы, услуги) производятся непосредственно организациями уголовно-исполнительной системы.

Однако в ряде случаев заказчики, осуществляя закупки у единственного поставщика по вышеуказанному основанию, сталкиваются с тем, что товар, работы, услуги, соответственно, произведены, выполнены или оказаны не непосредственно учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы, а иным лицом, нанятым единственным поставщиком для исполнения заключенного контракта.

В этом контексте показательным, по нашему мнению, является дело № А07-11342/19, в котором заказчик требовал признания недействительным решения Башкортостанского УФАС России от 21 марта 2019 г. по делу № ВП-267/18 по результатам внеплановой проверки соблюдения законодательства о контрактной системе, которым в действиях заказчика было установлено нарушение ч. 5 ст. 24 Закона о контрактной системе.

⁴ См.: СЗ РФ. 2014. № 2 (ч. 1). Ст. 116.

⁵ См.: СЗ РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

⁶ См., например, решение Красноярского УФАС России от 12 сентября 2018 г. № 1108 // Единая информационная система в сфере закупок. URL: <https://zakupki.gov.ru/epz/complaint/card/documents.html?id=1845949&backUrl=0a363307-aad3-4078-9b37-3a60140163a8> (Дата обращения: 29.04.2020).

² См.: СЗ РФ. 2020. № 14 (ч. 1). Ст. 2028.

³ См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта...

В данном деле государственный заказчик разместил два извещения об осуществлении закупок у единственного подрядчика на выполнение работ по капитальному ремонту. Применение неконкурентного способа закупки было обосновано п. 11 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе.

При этом, как было установлено комиссией территориального антимонопольного органа, подрядчик, являющийся предприятием уголовно-исполнительной системы, привлечен к исполнению заключенных контрактов стороннего хозяйствующего субъекта — коммерческую организацию. Путем заключения таких фактически субподрядных контрактов сам поставщик самостоятельно выполнил не более 5% объема работ по каждому из двух контрактов с государственным заказчиком.

Суды⁷, подтверждая законность решения территориального антимонопольного органа, указали, что положение п. 11 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе является императивной нормой, предполагающей, что «обязательным условием для осуществления закупки и заключения контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) имеет значение его непосредственное исполнение собственными силами». Итоговый сущностный вывод, сделанный судами, сводится к следующему: «законодатель предусмотрел возможность осуществления закупки у исправительного учреждения как у единственного поставщика, которое выполняет работы самостоятельно, однако в ином случае закупка должна осуществляться конкурентным способом в соответствии с общими положениями, предусмотренными законом о контрактной системе».

Стоит отметить, что ФАС России уже обратила внимание своих территориальных органов и руководителей субъектов РФ на наличие проблемы фактического «обхода» Закона о контрактной системе при закупке у единственного поставщика — учреждения, предприятия уголовно-исполнительной системы. Так, в Письме ФАС России от 14 ноября 2019 г. № ИА/100040/19 «По вопросу о заключении контракта с учреждением уголовно-исполнительной системы как с единственным поставщиком» (далее — Письмо ФАС России) антимонопольной службой указано, что заключение контракта путем неконкурентного способа определения поставщика возможно только в случае, если производство товара, выполнение работы, оказание услуги осуществляются непосредственно учреждением и предпри-

ятием уголовно-исполнительной системы. Более того, как показывает анализ литературы, существовавшей и до принятия Письма ФАС России, к аналогичным выводам приходили исследователи и ранее⁸ [4].

По сути, позиция об обратном провозглашает возможность заключения контракта с одним лицом, минуя установленные Законом о контрактной системе конкурентные процедуры, с последующей возможностью «передачи» такого контракта на исполнение стороннему хозяйствующему субъекту, не имеющему никакого отношения к уголовно-исполнительной системе, иным основаниям закупки у единственного поставщика по ст. 93 Закона о контрактной системе. Такой хозяйствующий субъект, как представляется, занимает преимущественное положение относительно других хозяйствующих субъектов, которые потенциально смогли бы участвовать в конкурентной процедуре и в случае победы заключить с заказчиком такой же (или лучший по условиям для соответствующего бюджета заказчика) контракт, как заключенный единственным поставщиком. Такое положение дел, по нашему мнению, является нарушением принципов и идей, заложенных в основание законодательства о контрактной системе, приводит к негативному влиянию на конкуренцию, ее ограничению. При этом, как неоднократно отмечалось в судебной практике и практике антимонопольных органов, в тех случаях, когда проведение торгов необходимо в силу закона, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию (например, Постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 14686/10 по делу № А13-10558/2008⁹, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 ноября 2019 г. № Ф03-4746/2019 по делу № А24-8142/2018¹⁰ решение Татарстанского УФАС России от 29 мая 2019 г. № ИП-06/7804¹¹ и др.). Такие выводы подтверждаются

⁷ См.: Решение Арбитражного суда Республики Башкортостан от 30 августа 2019 г., Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 5 декабря 2019 г., Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23 марта 2020 г. по делу № А07-11342/2019 // Картоотека арбитражных дел. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/eccac1d3-fc1a-401f-bfa3-d6d734140251> (Дата обращения: 29.04.2020).

⁸ Комментарий к Федеральному закону «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (постатейный) / председатель ред. коллегии И.Ю. Артемьев // Подготовлен для СПС КонсультантПлюс. 2015. Доступ из СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 10.04.2020).

⁹ См.: Вестник ВАС РФ. 2011. № 7.

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 ноября 2019 г. № Ф03-4746/2019 по делу № А24-8142/2018 // Картоотека арбитражных дел. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/1c68980f-fba5-473b-997e-4f2e8fbd7cab> (Дата обращения: 29.04.2020).

¹¹ Решение Татарстанского УФАС России от 29 мая 2019 г. № ИП-06/7804 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/to/tatarstanskoe-ufas-rossii/b014ad0c-b756-4ea4-9681-2506cfa24295/?query=%D0%98%D0%9F-06/7804> (Дата обращения: 29.04.2020).

и научным сообществом¹² [5]. Данная позиция свидетельствует также о потенциальной возможности в ситуации фактического обхода конкурентных процедур признания заказчиков нарушившими положения ст. 15 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также заказчиков и хозяйствующих субъектов нарушившими положения ст. 16 того же Закона в случае существования между ними сговора. Однако в настоящее время, по нашему мнению, может быть актуально разрешение вопроса о возможности, правомерности исполнения несущественного объема контракта сторонней организацией, в том числе в случаях объективной невозможности исполнения контракта в полном объеме учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы. Насколько нам известно, практика (решения) антимонопольных органов и судов по рассмотрению таких ситуаций пока отсутствует.

Выводы

1. Современная антимонопольная правоприменительная практика активно использует базовые положения Письма ФАС России от 14 ноября 2019 г. № ИА/100040/19. Так, в решении Челябинского УФАС России от 4 декабря 2019 г. по делу № 074/06/99-1983/2019(171-ВП/2019) заказчик был признан нарушившим положения ч. 5 ст. 24 Закона о контрактной системе. Комиссия территориального антимонопольного органа в данном деле, в том числе основываясь на содержании Письма ФАС России, сделала вывод, что работы должны выполняться исключительно соответствующими учреждениями и предприятиями уголовно-исполнительной системы. В данном же деле общая сумма работ, выполненных лично, составила около 10 500 000 руб. при цене контракта более 33 700 000 руб.¹³ Аналогичная практика активно развивается и Башкортостанским УФАС России. Так, схожие по своей сути выводы были изложены антимонопольным органом, в частности, в решениях от 28 января 2020 г. по делу № Т0002/06/99-214/2020, от 29 января 2020 г. по делу № Т0002/06/99-283/2020, от 3 февраля 2020 г. по делу № Т0002/06/99-354/2020 и др.

¹² Рекомендации Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Уральского округа по итогам заседания, состоявшегося 31 мая — 1 июня 2018 г. в г. Кургане. // Официальный сайт Арбитражного суда Уральского округа. URL: <https://fasuo.arbitr.ru/files/pdf/%20%20%D0%9D%D0%9A%D0%A1-%D0%90%D0%9F%D0%9A.pdf> (Дата обращения: 10.04.2020).

¹³ Решение Челябинского УФАС России от 4 декабря 2019 г. по делу № 074/06/99-1983/2019(171-ВП/2019) // Единая информационная система в сфере закупок. URL: https://zakupki.gov.ru/epz/controlresult/search/search_eis.html?searchString=0169300062019000046 (Дата обращения: 29.04.2020).

2. К настоящему времени также сложилась административная и судебная практика, признающая недопустимость осуществления «формальной» неконкурентной закупки у предприятия, учреждения уголовно-исполнительной системы как у единственного поставщика. Для применения данного способа закупки необходимо личное производство товара, выполнение работ, оказание услуг единственным поставщиком. Привлечение субподрядных организаций, иных лиц для исполнения государственного (муниципального) контракта в описанной в настоящей статье ситуации недопустимо, поскольку тем самым дискредитируется сам институт закупки у единственного поставщика: такой хозяйствующий субъект, не являющийся учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы, также, не нарушая требований Закона о контрактной системе, мог стать исполнителем контракта по итогам конкурентной закупочной процедуры. ■

Литература [References]

1. Гаранжа С. А. Комментарий к Обзору судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденному Президиумом ВС РФ 28.06.2017 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 8. С. 97—120. [Garanzha S. A. Commentary on the case law review concerning russian legislation on the contract system in public and municipal procurement of goods, works and services (adopted by the rf supreme court presidium on 28 june 2017) // Bulletin of economic Justice. 2017. № 8. P. 97—120 (In Russ.).]
2. Белянинова Ю. В., Кузьмин В. А. Комментарий к Федеральному закону от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» / Под ред. Н. С. Мановой. Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2015. [Belyaninova Y. V., Kuzmin V. A. Commentary to the Federal law of July 15, 1995 No. 103-FZ "On the detention of suspects and accused of committing crimes" / ed. By N. S. Manova. Saratov: AI PI Er Media, 2015 (In Russ.).]
3. Вайпан В. А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности. Монография. М.: Юстицинформ, 2020. 696 с. [Vaypan V. A. Implementation of the principle of social justice in the legal regulation of entrepreneurial activity. Monograph. Moscow: Justicinform, 2020. 696 p. (In Russ.).]

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта...

Сведения об авторах

Хомяков Андрей Николаевич: руководитель Башкортостанского УФАС России
E-mail: to02-homyakov@fas.gov.ru

Алиев Вадим Алиевич: заместитель руководителя Башкортостанского УФАС России
E-mail: to02-aliev@fas.gov.ru

Москвитин Олег Андреевич: заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов
E-mail: omoskvitin@hse.ru

Бочинин Илья Павлович: юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», аспирант кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА)
E-mail: I.Bochinin@dcpravo.ru