

Вопрос 7. Заключение и изменение договора по результатам закупки.

Заключение договора по результатам закупки.

В Письме Минэкономразвития России от 19.10.2015 № ОГ-Д28-13365 отмечено, что Закон № 223-ФЗ не определяет способов закупки, условий их применения и порядка проведения. Указанные вопросы должны быть урегулированы в утверждаемом заказчиком положении о закупке.

Согласно статье 158 Гражданского кодекса РФ гражданско-правовой договор может заключаться в устной и письменной форме.

Таким образом, положения Закона № 223-ФЗ позволяют заказчику заключать договор по результатам закупки за наличный расчет в любой форме, установленной положением о закупке и Гражданским кодексом РФ.

В Письме Минэкономразвития России от 26.10.2015 № Д28и-3141 отмечено, что в соответствии с частью 6 статьи 448 ГК РФ, если иное не установлено законом, лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора. Законом № 223-ФЗ не установлен порядок подписания протокола о результатах торгов.

Таким образом, заказчик вправе при проведении торгов в форме аукциона или конкурса определить срок и порядок заключения договора, заключаемого с победителем торгов, в своем положении о закупке.

В Письме Минэкономразвития России от 23.11.2015 № Д28и-3357 отмечено, что в соответствии с пунктом 1 статьи 432 Гражданского кодекса РФ договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

В связи с изложенным при заключении и исполнении договора правомерно внесение изменений в договор относительно объема, цены закупаемых товаров, работ, услуг или сроков исполнения договора по сравнению с указанными в протоколе, составленном по результатам закупки. Внесение иных изменений, изменяющих существенные условия договора, по мнению Департамента, неправомерно.

Учитывая изложенное, если договором, заключенным по итогам закупки, предусмотрено право пролонгации такого договора и при этом в случае пролонгации не изменяются существенные условия договора (за исключением объема, цены закупаемых товаров, работ, услуг и сроков исполнения договора), то продление срока действия договора без проведения повторной закупочной процедуры не противоречит требованиям Закона № 223-ФЗ. При этом заказчик в течение 10 дней со дня внесения таких изменений в договор обязан на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг (zakupki.gov.ru) разместить информацию о продлении срока действия договора.

С одной стороны, Закон № 223-ФЗ не устанавливает обязанности заказчика заключить договор по результатам закупки. В ст. 447 - 449 ГК РФ закреплен порядок, в соответствии с которым договор должен быть заключен с лицом, выигравшим торги. Заключение такого договора является обязанностью организатора торгов - заказчика.

Если торги признаны заказчиком несостоявшимися, так как к их участию был допущен

только один участник, который не является лицом, выигравшим торги, и победителем торгов, и если положением о закупке и документацией о закупке не предусмотрены последствия признания торгов несостоявшимися в виде обязанности заказчика заключить договор с единственным участником торгов, заказчик вправе отказаться от заключения договора.

На практике заказчики формулируют отказ от заключения договора в виде отказа от проведения закупки, ссылая на норму п. 3 ст. 448 ГК РФ, и одновременно подстраховываясь указанием на то, что закупка завершается в момент заключения договора.

По торгам, как правило, заказчики позволяют себе отказаться в любое время до окончания срока подачи заявок, а при проведении неторговых процедур - вплоть до заключения договора.

Например, в положении о закупках ОАО «Газпром» и компаний группы «Газпром» предусмотрено, что отказ в конкурсе возможен за три дня до окончания подачи заявок, а при проведении запроса предложений - в любое время.

Вместе с тем возможность такого отказа является спорной, так как основная цель закупки - это все-таки заключение договора. Кроме этого, в силу п. 5 ст. 448 ГК РФ «в случае уклонения одной из них от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, причиненных уклонением от его заключения». Так, в Едином отраслевом стандарте закупок (Положение о закупке) Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» (далее - Стандарт Росатома) по общему правилу отказ невозможен. Исключения составляют случаи изменения потребности в закупке и возникновение обстоятельств непреодолимой силы. В последнем необходимы подтверждающие обстоятельства документы, а вот в первом случае изменение потребности (кроме изменения финансовых, инвестиционных, производственных и иных программ) никак не подтверждается, что дает заказчику возможность манипулировать заключением договора. К сожалению, контрагент заказчика в данной ситуации никак не защищен.

Представляется разумной ситуация, когда основания и сроки отказа будут четко зафиксированы в положении о закупке, а в извещении, документации каждый раз будет указано на право отказаться от проведения закупки либо заключения договора. В этом случае шансов у заказчика отстоять свою позицию при возникновении спорной ситуации гораздо больше.

Также нужно учитывать практику контрольных, а в некоторых случаях и судебных органов при рассмотрении вопроса о правомерности незаключения договора по результатам неторговых процедур. Так, зачастую данные органы, приравнивая к торгам запросы котировок, запросы предложений и иные закупки, не относящиеся с точки зрения ГК РФ к торгам, понуждают заказчика к заключению договора по результатам таких закупок.

Несмотря на то что по результатам торгов заказчик в силу норм ГК РФ обязан заключить договор, представляется вполне логичным и обоснованным указание в положении о закупке возможных случаев отказа от заключения договора.

Такой позиции придерживается и Федеральная антимонопольная служба.

Так, в письме ФАС России от 24.12.2012 № ИА/44025/12 указано: «Частью 2 статьи 5 Закона № 223-ФЗ предусмотрены последствия уклонения победителя закупки от заключения договора, а именно включение сведений об участнике закупки, уклонившемся от заключения договора, о поставщике (исполнителе, подрядчике), с которым договор расторгнут в связи с существенным нарушением им договора, в реестр недобросовестных поставщиков».

Вместе с тем в положении о закупке могут содержаться положения о возможности и правомерности включения в положение, извещение, документацию о закупке тех или иных условий, при которых заказчик имеет право, а в некоторых случаях и обязан отказаться от заключения договора. В данном случае уместно провести аналогию с Законом о размещении

заказов (часть 3 статьи 9 Закона о размещении заказов), согласно которому заказчик обязан отказаться от заключения договора, например, в случае установления недостоверности сведений, содержащихся в документах, представленных участником закупки, установления факта проведения ликвидации участника и т.д.».

Если же такие основания в положении о закупке не перечислены, заказчик обязан будет заключить договор, даже если после определения победителя обнаружатся факты, нежелательные для заключения договора.

См.: Кошелева В.В. Сложные вопросы заключения и исполнения договоров, заключенных по результатам закупки // Корпоративные закупки - 2015: практика применения Федерального закона № 223-ФЗ. Сборник докладов. - М.: Юриспруденция, 2015. - С. 48 - 57; Сургутскова И.А. Отказ от заключения договора по результатам закупки // Корпоративные закупки - 2014: практика применения Федерального закона № 223-ФЗ. Сборник докладов. - М.: Юриспруденция, 2014. - С. 65 - 70.

В случае если победителем в процедуре закупки признан участник закупки, на стороне которого выступало несколько физических или юридических лиц, заказчиком должен быть заключен один договор со всеми юридическими или физическими лицами, выступавшими на стороне победившего участника закупки, при этом непосредственно подписание договора может осуществляться одним лицом, действующим от имени всех остальных лиц по доверенности или на основании договора простого товарищества, совершенного в письменной форме. Указанные лица солидарно отвечают перед заказчиком за исполнение обязательств, предусмотренных договором, заключенным по результатам процедуры закупки в соответствии со ст. 321 - 325, 1047 ГК РФ.

Изменение условий договоров, заключенных по результатам закупки.

В Законе № 223-ФЗ нет запрета на изменение условий договоров, заключенных по результатам закупки. Если у заказчика появилась необходимость увеличить количество товаров (работ, услуг), сроки по договору и даже цену договора, то заказчик вправе произвести эти изменения.

Однако, для того чтобы это сделать, необходимо в положении о закупке заранее предусмотреть такую возможность и не забыть прописать это в самом договоре.

Это вытекает из ч. 2 ст. 2 Закона № 223-ФЗ, согласно которой в положении о закупке в том числе должен быть порядок исполнения договора, а также из общих норм ст. 450 ГК РФ, устанавливающих, что договор может быть изменен по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором.

В Письме Минэкономразвития России от 24.09.2015 № ОГ-Д28-12981 и от 11.12.2015 № Д28и-3580 отмечено, что если в договор были внесены изменения, заказчики вносят в реестр договоров такую информацию и документы, в отношении которых были внесены изменения. Информация о результатах исполнения договора вносится заказчиками в реестр договоров в течение десяти дней со дня исполнения, изменения или расторжения договора.

В соответствии с частью 2 статьи 4.1 Закона № 223-ФЗ в течение трех рабочих дней со дня заключения договора заказчики вносят информацию и документы, установленные Правительством РФ в соответствии с частью 1 статьи 4.1 Закона № 223-ФЗ, в реестр договоров. Если в договор были внесены изменения, заказчики вносят в реестр договоров такую информацию и документы, в отношении которых были внесены изменения. Информация о результатах исполнения договора вносится заказчиками в реестр договоров в течение десяти дней со дня исполнения, изменения или расторжения договора.

Подпунктом «ж» пункта 2 Правил ведения реестра договоров, заключенных заказчиками по результатам закупки, утвержденных Постановлением Правительства РФ от

31 октября 2014 г. № 1132, установлено, что в реестр включаются информация об изменении предусмотренных частью 5 статьи 4 Закона № 223-ФЗ условий договора с указанием условий, которые были изменены, а также документы, подтверждающие такие изменения.

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона № 223-ФЗ, в случае если при заключении и исполнении договора изменяются объем, цена закупаемых товаров, работ, услуг или сроки исполнения договора по сравнению с указанными в протоколе, составленном по результатам закупки, не позднее чем в течение десяти дней со дня внесения изменений в договор в единой информационной системе размещается информация об изменении договора с указанием измененных условий.

Таким образом, заказчик вправе вносить изменения в заключенный договор только в случаях, установленных частью 5 статьи 4 Закона № 223-ФЗ.

В соответствии с подпунктом «в» пункта 10 правил заказчик в течение 10 дней формирует и направляет в Федеральное казначейство информацию и документы, указанные в подпункте «л», а именно информацию о расторжении договора с указанием оснований его расторжения, а также документы, подтверждающие такое расторжение.

Таким образом, при заключении соглашения о расторжении договора информация о расторжении договора с указанием оснований его расторжения размещается в реестре договоров на официальном сайте РФ в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг (zakupki.gov.ru) (далее - официальный сайт) с 2015 года. В свою очередь, документы, подтверждающие такое расторжение, публикуются на официальном сайте с 1 января 2016 года.

В соответствии с пунктом «з» части 2 Правил в реестр договоров включаются информация и документы, касающиеся результатов исполнения договора, в том числе оплаты договора.

Также пунктом 21 Порядка формирования информации и документов, а также обмена информацией и документами между заказчиком и Казначейством России в целях ведения реестра договоров, заключенных заказчиками по результатам закупки, утвержденного приказом Минфина России от 29 декабря 2014 г. № 173н (деле - Порядок), при формировании информации о сроке (периоде) исполнения договора указываются следующие сведения:

- дата начала исполнения договора, договора с субподрядчиком;
- дата окончания исполнения договора.

Пунктом 33 Порядка определена информация, касающаяся исполнения договора, в том числе его оплаты, данная информация включается в реестр договоров.

Таким образом, при заполнении заказчиком информации о сроке исполнения договора в реестре договоров под исполнением договора следует понимать полное исполнение сторонами взятых на себя обязательств, то есть приемку поставленного товара, выполненной работы (ее результатов) и оплату заказчиком поставленного товара, выполненной работы (ее результатов).

В случае если в заключенный договор были внесены изменения, заказчик в течение 10 дней размещает информацию об изменении условий договора в реестре договоров, а информацию об исполнении договора заказчик размещает в реестре договоров в течение 10 дней со дня приемки товаров, работ, услуг или оплаты товаров, работ, услуг.

В соответствии с частью 2 статьи 453 Гражданского кодекса РФ при расторжении договора обязательства сторон прекращаются, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства.

В соответствии с частью 3 статьи 453 ГК РФ в случае расторжения договора обязательства считаются прекращенными с момента заключения соглашения сторон о расторжении договора, если иное не вытекает из соглашения, а при расторжении договора в

судебном порядке - с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении договора.

Таким образом, информация о расторжении договора с указанием оснований его расторжения размещается в реестре договоров в течение 10 дней со дня расторжения договора.

Одновременно Департамент развития контрактной системы Минэкономразвития России обращает внимание, что юридическую силу имеют разъяснения органа государственной власти, в случае если данный орган наделен в соответствии с законодательством РФ специальной компетенцией издавать разъяснения по применению положений нормативных правовых актов. Минэкономразвития России - федеральный орган исполнительной власти, действующими нормативными правовыми актами РФ, в том числе Положением о Министерстве экономического развития РФ, утвержденным постановлением Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 437, не наделенный компетенцией по разъяснению законодательства РФ.

Договор можно изменить и по решению суда, такие возможность и основания также можно предусмотреть в положении о закупке, но в любом случае для суда необходимо будет соблюсти досудебный претензионный порядок изменения договора (п. 2 ст. 452 ГК РФ).

Спорным на сегодняшний день остается вопрос пределов изменения условий договора. В первую очередь это касается цены, объема, ассортимента продукции.

Складывается ситуация, когда законодатель не стал ограничивать заказчиков в свободе договора, но многие заказчики опасаются менять данные условия из-за того, что, по их мнению, антимонопольный орган может усмотреть в этом ограничение конкуренции и нарушение общих принципов Закона № 223-ФЗ. Поэтому они либо вообще устанавливают запрет на изменение условий, либо предусматривают предел в виде процентного отношения к первоначальным условиям (например, не более 25%).

Судебная практика по данному вопросу не отрицает возможности менять договор.

Так, например, в Постановлении Арбитражного суда Дальневосточного округа от 06.11.2014 № Ф03-4277/2014 по делу № А80-486/2013 указано:

«Законодательством о закупках предусмотрена возможность при заключении и исполнении договора изменить объем, ценукупаемых товаров, работ, услуг или сроки исполнения договора по сравнению с указанными в протоколе, составленном по результатам закупки. Целью предоставления данного права является рациональное использование денежных средств и эффективное участие предусмотренных частью 2 статьи 1 Закона № 223-ФЗ субъектов.

Суды, признавая подпункты 1 и 2 пункта 11.9 Положения о закупке товаров, работ, услуг ГУП ЧАО «Чукотснаб» незаконными, указали на предоставление данными нормами заказчику права произвольного изменения условий договора, усмотрев в этом нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Однако суды фактически исходили из предположения о возможном недобросовестном поведении заказчика при реализации содержащихся в обжалуемых пунктах правил, установленных в соответствии с законодательством о закупках. Указанное в силу главы 24 АПК РФ, в рамках которой рассмотрено заявленное требование, не может служить основанием для его удовлетворения.

Обжалуемые пункты содержат ссылку на возможность изменения условий договора только при наличии согласия участника, указанные в пунктах случаи изменений предусмотрены нормами гражданского законодательства, оснований полагать, что наличие данных пунктов в Положении о закупке товаров, работ, услуг ГУП ЧАО «Чукотснаб»

нарушает установленные частью 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции запреты, не имеется».

Несмотря на отсутствие законодательного запрета на изменение условий договора вариант наличия в положении о закупке пределов изменения условий договора представляется достаточно разумным, так как в отсутствие каких-либо ограничений возможна ситуация, когда заключается один договор, а затем к нему оформляется большое число дополнений на увеличение объема, цены, добавляются новые позиции товаров, работ, услуг, места поставок и т.д. и т.п. И может так сложиться, что заказчиками Закон № 223-ФЗ будет применяться только один раз - при заключении основного договора.

См.: Кошелева В.В. Сложные вопросы заключения и исполнения договоров, заключенных по результатам закупки // Корпоративные закупки - 2015: практика применения Федерального закона № 223-ФЗ. Сборник докладов. - М.: Юриспруденция, 2015. - С. 48 - 57.