**Аналитический обзор, связанный с внесением**

**антимонопольными органами сведений**

**в Реестр недобросовестных поставщиков**

В силу приказов ФАС России от 09.11.2011 № 789 «Об утверждении Положения об общероссийской специализации территориальных органов Федеральной антимонопольной службы» и № 790 «Об утверждении Реестра общероссийской специализации территориальных органов Федеральной антимонопольной службы» Омское УФАС России является ответственным исполнителем (без соисполнителей) в сфере проблемных вопросов применения законодательства Российской Федерации о размещении заказов при включении сведений о лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

Настоящий обзор посвящен обобщению проблемных вопросов, с которыми сталкиваются Федеральная антимонопольная служба и ее территориальные органы (далее также – антимонопольные органы), в том числе Омское УФАС России, при проведении внеплановых проверок и внесении сведений в реестр недобросовестных поставщиков с учетом судебной арбитражной практики, которая сложилась в последние годы.

В целях удобства поиска информации ссылки на источники являются интерактивными. Текст, выделенный курсивом, приведен без изъятий и исправлений в виде, содержащемся в цитируемом источнике.

Включение лиц, признанных победителями торгов либо запросов котировок цен, в реестр недобросовестных поставщиков является одним из административно-правовых способов обеспечения исполнения государственных и муниципальных контрактов, а также гражданско-правовых договоров бюджетных учреждений на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг (далее – контрактов), стимулирования добросовестности указанных лиц, поскольку одним из последствий включения лиц в реестр недобросовестных поставщиков (в качестве санкции за допущенное нарушение) может являться ограничение прав такого лица на участие в течение установленного срока в торгах или запросах котировок (пункт 2 части 2 статьи 11, пункт 10 части 4 статьи 22, часть 5 статьи 41.6, пункт 12 статьи 43 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о размещении заказов)).

Например, в постановлениях Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.02.2012 по делу № А70-4025/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/ac9cc0ba-521f-4091-89d9-5af1b12c9b5a>) и от 30.03.2012 по делу № А75-6422/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/fa694aca-e80f-43a3-91de-c52f42c72749>) особо отмечается, что *«Реестр недобросовестных поставщиков, является* ***специальной мерой ответственности****, установленной законодателем в целях обеспечения исполнения лицом принятых на себя в рамках процедуры размещения государственного или муниципального заказа обязательств»,* в пункте 7 письмаМинэкономразвития Российской Федерации от 02.05.2007 № 6121-АШ/Д04 указано, что Реестр недобросовестных поставщиков является *«****отдельным механизмом****»*, призванным обеспечивать защиту заказчиков от действий (бездействия) недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) при заключении и исполнении контрактов.

В соответствии с частью 1 статьи 19 Закона о размещении заказов ведение реестра недобросовестных поставщиков осуществляется уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти.

Таким уполномоченным органом в сфере предоставленных полномочий по контролю за размещением заказов является **Федеральная антимонопольная служба** (пункт 1 постановления Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 № 94 «О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд», пункт 5.3.4 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331), которая ведет реестр недобросовестных поставщиков в порядке, установленном постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 № 292 «Об утверждении Положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков» (далее – Положение о ведении реестра). При этом следует отметить, что в соответствии с приказом ФАС России от 15.03.2011 № 173 (в ред. от 05.04.2011) «О функциональном распределении обязанностей между структурными подразделениями центрального аппарата ФАС России» ведение реестра недобросовестных поставщиков (включение/исключение) входит в компетенцию Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России.

Сведения, содержащиеся в реестре недобросовестных поставщиков, доступны на официальном сайте <http://zakupki.gov.ru>.

 Согласно приказу ФАС РФ от 27.08.2007 № 267 (с изменениями, внесенными приказом ФАС России от 30.10.2007 № 352) «О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках» (далее – Приказ № 267) функциями по рассмотрению сведений наделена не только ФАС России, но и органы ФАС России, на территории осуществления деятельности которых размещался заказ.

Пунктом 2 Положения о ведении реестра предусмотрено, что реестр ведется в электронном виде путем использования информационной системы, включающей в себя средства программного обеспечения, отвечающие требованиям, установленным настоящим Положением.

Сведения включаются в реестр недобросовестных поставщиков на основании решений антимонопольных органов и приказов их руководителей. Ответственными специалистами антимонопольных органов через «личный кабинет» в автоматизированной системе «Реестр недобросовестных поставщиков» на портале ФАС России по адресу: <http://portal/systems/default.aspx> в электронном виде формируется заявка на включение в реестр, потом специалистами центрального аппарата ФАС России осуществляется дополнительная проверка сведений, содержащихся в таких заявках, на предмет наличия в них ошибок (см.письмо ФАС России от 21.02.2012 № АЦ/5090). При этом реестровая запись вносится исключительно и непосредственно ФАС России. Поэтому при обжаловании лицами решений антимонопольных органов о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков необходимо привлекать в арбитражные процессы в качестве ответчика ФАС России, поскольку только этот орган на основании решения суда вправе исключить сведения из реестра.

Данный вывод основывается на судебной практике Омского УФАС России по делу № А46-13966/2009 (<http://kad.arbitr.ru/Card/058b1114-9cd7-408d-b09e-c3f28f146008>), когда оказалось невозможным исполнение в срок постановления Восьмого арбитражного суда апелляционного суда от 22.09.2009 по делу № А46-13966/2009, которым признан незаконным приказ Омского УФАС России о включении в реестр сведений о ЗАО «…». Во исполнение указанного постановления Омским УФАС России был издан приказ от **07.10.2009** об отмене приказа, признанного незаконным, который вместе с постановлением был направлен в ФАС России, указанное отправление было получено ФАС России **13.10.2009,** но толькопосле повторного обращения Омского УФАС России от **13.11.2009** ФАС России исключила сведения о ЗАО «…» из реестра лишь **в конце ноября** **2009г**.Следует отметить, что по данному делу было возбуждено исполнительное производство, и руководитель Омского УФАС России был официально предупрежден об ответственности по статье 315 Уголовного кодекса Российской Федерации.

 На основании части 2 статьи 19 Закона о размещении заказов, раздела II Положения о ведении реестра, пункта 6 Приказа № 267 в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения **исключительно** в двух случаях:

- об участниках размещения заказа, уклонившихся от заключения контракта,

- о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Начнем, на первый взгляд, с наиболее простого - последнего случая, когда включение сведений в реестр недобросовестных поставщиков осуществляется на основании решения суда.

В силу части 6 статьи 19 Закона о размещении заказов в случае расторжения контракта в связи с существенным нарушением поставщиком (исполнителем, подрядчиком) контракта в течение трех рабочих дней со дня расторжения контракта заказчик направляет в уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти сведения, предусмотренные пунктами 1 - 4 части 3 настоящей статьи, а также копию решения суда о расторжении контракта.

В письме Минэкономразвития от 26.08.2011 № ОГ-Д05-1113, в частности указано, что *«положениями* *Закона* *N 94-ФЗ предусмотрено, что факт нарушения условий контракта должен быть подтвержден непосредственно решением суда. При этом* *ч. 6 ст. 19* *Закона N 94-ФЗ установлено, что для занесения сведений необходима копия решения суда о расторжении контракта. Таким образом, суд выступает арбитром в рассмотрении дел, связанных с неисполнением контрактов»*.

При этом судебная практика свидетельствует о том, что такое обстоятельство как расторжение контракта по решению суда в связи с существенным нарушением подрядчиком контракта **является безусловным основанием** для включения поставщика в реестр, принимая во внимание **отсутствие обязанности антимонопольного органа перепроверять основания расторжения** судом контракта (постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 31.01.2011 № А33-4891/2010 - <http://kad.arbitr.ru/Card/42db93e7-717b-4c2d-9c80-39c5a1e328bb>).

Данный вывод суда согласуется с позицией ФАС России, изложенной в письме от 07.10.2011 № АК/37996, в котором ФАС России обращает внимание территориальных органов ФАС России на то, что проверка *«не проводится исключительно в случае расторжения контракта в судебном порядке в связи с существенным нарушением поставщиком (исполнителем, подрядчиком) условий контракта* ***при наличии вступившего в силу решения суда****. В указанном случае, сведения о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми контракты расторгнуты в связи с существенным нарушением ими условий контракта, включаются в Реестр на основании приказа руководителя территориального органа ФАС России* ***без проведения внеплановой проверки*** *соблюдения законодательства Российской Федерации о размещении заказов».*

Следует отметить, что судебная и административная практика свидетельствуют о том, что, как правило, при включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков на основании решения суда о расторжении контрактов в связи с их существенным нарушением проблем у антимонопольных органов не возникает.

Здесь хотелось бы отметить, что настоящей проблемой для заказчика является сама процедура расторжения контракта по указанной причине.

Частью 8 статьи 9 Закона о размещении заказов предусмотрено, что расторжение контракта допускается исключительно по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

Согласно подпункту 1 пункта 1 статьи 450 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) по требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только при существенном нарушении договора другой стороной.

При этом пунктом 2 статьи 452 ГК РФ императивно установлено, что требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок.

Позиция судов по данному вопросу высказана однозначно в пункте 60 постановления Пленумов Верховного Суда РФ № 6, Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»: *«Спор об изменении или расторжении договора может быть рассмотрен судом по существу только в случае представления истцом доказательств, подтверждающих принятие им мер по урегулированию спора с ответчиком, предусмотренных пунктом 2* *статьи 452».*

Например, в судебных решениях о расторжении контракта отмечается, что *«суды признали соблюдение истцом досудебного порядка расторжения договора, предусмотренного* *пунктом 2 статьи 452* *Гражданского кодекса Российской Федерации, установили факт существенного нарушения ответчиком условий контракта и, руководствуясь* *статьей 450* *Гражданского кодекса Российской Федерации, пришли к выводу о наличии оснований для его расторжения»* (определения ВАС РФ об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 24.08.2011 N ВАС-10541/11 по делу № А40-76253/10-55-652 (<http://kad.arbitr.ru/Card/bfb1b2c4-3490-4419-a314-05fd333ef461>), от 16.05.2011 N ВАС-5614/11 по делу N А28-6946/2010-205-28 (<http://kad.arbitr.ru/Card/ade41496-2ff5-477b-8da4-16b7101a71dc>)).

Именно в связи с несоблюдением досудебного порядка расторжения контракта определением Арбитражного суда Омской области от 25.01.2010 по делу № А46-24500/2009 (<http://kad.arbitr.ru/Card/efc8c397-d8a2-4cc3-900c-f912d0018d8f>) было оставлено без рассмотрения исковое заявление заказчика к поставщику. С аналогичной формулировкой отказано в передаче дела № А26-12972/2009 (<http://kad.arbitr.ru/Card/95890edd-f99b-4693-8bba-7ab144a9486e>) в Президиум ВАС РФ - определение ВАС РФ от 10.12.2010 N ВАС-16867/10.

Необходимость соблюдения досудебного порядка расторжения контрактов приводит к тому, что большая часть контрактов, по которым поставщиками (исполнителями, подрядчиками) не исполняются обязательства, расторгается во внесудебном порядке, соответственно, лица, с которыми контракты расторгнуты заказчиками в таком порядке, не попадают в реестр недобросовестных поставщиков.

Например, за период с января по апрель 2012 года в реестр недобросовестных поставщиков ([http://rnp.fas.gov.ru](http://rnp.fas.gov.ru/)) в общей сложности ФАС России внесено более 860 реестровых записей (исключительно по предложениям антимонопольных органов), из них только 33% составляют сведения о недобросовестных поставщиках (исполнителях, подрядчиках), включенные на основании решений судов о расторжении контрактов в связи с их существенным нарушением.

Практика Омского УФАС России свидетельствует о том, что из поступивших в 2011 году 37 обращений заказчиков о включении сведений о хозяйствующих субъектах в реестр недобросовестных поставщиков не было ни одного обращения о лицах, с которыми контракты расторгнуты заказчиками по решению суда (36 обращений содержали сведения об уклонении участников размещения заказа от заключения контрактов и одно обращение содержало сведения о поставщике, с которым контракт расторгнут по соглашению сторон в связи с существенным нарушением поставщиком условий исполнения контракта). При этом следует отметить, что в случае расторжения контракта в связи с существенным нарушений условий по соглашению сторон сведения о поставщике (исполнителе, подрядчике) в реестр недобросовестных поставщиков не включаются (постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25.04.2012 по делу № А40-75712/11-139-641 (<http://kad.arbitr.ru/Card/2fdc2f6d-6ace-4074-b6f8-adf7a10f4019>).

Наибольшую сложность в правоприменительной практике составляют случаи доказывания факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта, поскольку, как очень верно отмечено в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 27.02.2012 по делу № А40-53664/11-120-208 (<http://kad.arbitr.ru/Card/7198ba0e-59a6-4085-8a41-3a1188f94907>): ***«Уклонение от заключения контракта может выражаться как в совершении целенаправленных (умышленных) действий или бездействия, осуществленных с указанной целью, так и в их совершении по неосторожности, когда участник открытого аукциона по небрежности не принимает необходимых мер по соблюдению норм и правил, необходимых для заключения контракта, то есть создал условия, влекущие невозможность подписания контракта»***.

В силу части 8 статьи 19 Закона о размещении заказов в случае поступления сведений об уклонении участника размещения заказа от заключения контракта и отсутствия документов, свидетельствующих об отказе участника размещения заказа от заключения контракта, в течение десяти рабочих дней уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти осуществляет проверку факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта. В случае подтверждения факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральный орган исполнительной власти осуществляет размещение сведений, предусмотренных частью 3 настоящей статьи, в реестре недобросовестных поставщиков в течение трех рабочих дней со дня подтверждения указанного факта.

При этом следует отметить, что из содержания части 4 статьи 19 Закона о размещении заказов можно сделать однозначный вывод о том, что «уклонившимся» может признаваться **исчерпывающий** круг лиц, а именно:

- победитель торгов,

- участник конкурса, заявке на участие в конкурсе которого присвоен второй номер,

- участник аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контракта,

- победитель в проведении запроса котировок.

В письме ФАС России от 07.10.2011 № АК/37996 четко и однозначно указано, что для включения сведений в отношении участника размещения заказа, уклонившегося от заключения контракта, Комиссией по контролю в сфере размещения заказов ФАС России или территориальных органов ФАС России при направлении заказчиком, уполномоченным органом указанных сведений в реестр недобросовестных поставщиков **осуществляется проверка фактов уклонения** участников размещения заказа от заключения контрактов. *«При этом в случае направления заказчиком, уполномоченным органом сведений в отношении участника размещения заказа, уклонившегося от заключения контракта, для включения указанных сведений в реестр недобросовестных поставщиков, Комиссия по контролю в сфере размещения заказов в соответствии с частью 8 статьи 19 Закона о размещении заказов* ***обязана осуществлять внеплановую проверку*** *соблюдения законодательства Российской Федерации о размещении заказов, в том числе проверку факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта».*

*«Комиссией по контролю в сфере размещения заказов одновременно с проверкой факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта осуществляется внеплановая проверка данного заказа на предмет соблюдения законодательства Российской Федерации о размещении заказов. По результатам проверки факта уклонения участника размещения заказа от заключения контракта и внеплановой проверки принимается* ***единое решение****, которое в течение трех рабочих дней с даты его вынесения изготавливается и направляется заказчику, подавшему сведения, и лицу, в отношении которого такие сведения поданы».*

В соответствии с пунктом 9 Приказа № 267 сведения об уклонении участников размещения заказа от заключения контрактов должны включаться в реестр недобросовестных поставщиков на основании решений Комиссий по контролю в сфере размещения заказов. Следует отметить, что в настоящее время порядок рассмотрения антимонопольными органами вышеуказанных сведений строго не регламентирован. Однако, учитывая необходимость соблюдения конституционных прав как заказчика, так и лица, сведения о котором будут рассматриваться, антимонопольные органы извещают этих лиц о дате, времени, месте рассмотрения Комиссией по контролю в сфере размещения заказов поступивших сведений.

При этом практика ФАС России подтверждает, что надлежащим является извещение, направленное на юридический адрес участника размещения заказа. Например, в пункте 2 Обзора судебной практики в сфере размещения заказов для государственных и муниципальных нужд (июнь 2010 года), подготовленном Управлением контроля размещения государственного заказа ФАС РФ для системы КонсультантПлюс, указано:

*«Суд, отказывая в удовлетворении требований заявителя о признании незаконным решения ФАС России от 14.12.2009 по делу N Р-44/09, указал в решении от 16.06.2010 по делу N А40-34131/10-144-147, в том числе на неподтвержденность довода заявителя об отсутствии в материалах дела доказательств надлежащего уведомления последнего.*

*При вынесении решения суд руководствовался разъяснениями ФАС России от 26.10.2007 "О порядке применения приказа ФАС России от 27.08.2007 N 267 "О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках" (далее - разъяснение).*

*В соответствии с разъяснением при проведении проверок фактов уклонения участников размещения заказа от заключения государственного контракта, ФАС России направляет заказчику, уполномоченному органу, участнику размещения заказа, уклонившемуся от заключения контракта (далее - стороны) уведомления о вызове.*

*Указанные уведомления направляются телеграммой либо иным способом, позволяющим подтвердить надлежащее уведомление сторон. При этом уведомления направляются сторонам по юридическому адресу в случае, если не указан или неизвестен адрес для получения почтовой корреспонденции****.*** *Уведомления направляются по почтовому (фактическому) адресу, если таковой содержится в сведениях о недобросовестном поставщике, представленных заказчиком, документации по торгам (запросу котировок) на официальном сайте или на сайте поставщика (подрядчика, исполнителя) в сети Интернет.*

*Заказчик, представляя в ФАС России информацию об уклонившемся участнике, представил сведения о юридическом адресе ООО "…", который содержится в составе его заявки и документах по торгам, размещенных на официальном сайте в сети Интернет.*

*Так, согласно протоколу проведения аукциона местом нахождения ООО "…" является следующий адрес: 103030, г. Москва, ...*

*Согласно сведениям, внесенным в Единый государственный реестр юридических лиц, адресом (местонахождением) ООО "…" является тот же адрес.*

*Вследствие этого суд заключил, что ФАС России правомерно уведомило заявителя о месте и времени рассмотрения обращения заказчика путем направления уведомления на юридический адрес. Несмотря на то, что ООО "…" не находится по своему юридическому адресу, сведений об этом ФАС России представлено не было. Уведомление об отправке телеграммы содержало информацию о том, что последняя не доставлена, так как такого учреждения нет.*

*На основании вышеизложенного суд заключил, что действия ФАС России соответствуют положениям* *статьи 19* *Закона о размещении заказов и* *Постановлению* *Правительства Российской Федерации от 15.05.2007 N 292 "Об утверждении положения о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков".*

*В дальнейшем Федеральный арбитражный суд Московского округа* *Постановлением* *от 26.10.2010 по делу N А40-34131/10-144-147* (<http://kad.arbitr.ru/Card/e2d2c55a-13c6-4eaf-acd9-d6b3e53f787a>) *оставил указанное решение суда первой инстанции без изменения.*

*(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 16 июня 2010 года по делу N А40-34131/10-144-147)».*

О том, что нарушение антимонопольным органом порядка извещения о времени и месте проведения заседания комиссии привело к существенному нарушению прав участника размещения заказа отмечено в постановлении Федерального арбитражного суда Уральского округа от 10.12.2011 № Ф09-8165/11 по делу № А76-6066/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/efbbd0c6-fba4-47ea-b91b-c25ac997f10b>), постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа в от 28.06.2012 по делу № А27-15636/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/0f903d1a-0ae7-4a33-ae6f-ed7ffea42c29>).

Из судебной практики антимонопольных органов однозначно следует, что арбитражные суды, **помимо установления факта уклонения от заключения контракта обязательно исследуют обстоятельства, послужившие причиной пропуска срока подписания контракта, в том числе наличие вины лица**, которое было признано антимонопольными органами уклонившимся от заключения контракта.

При этом арбитражные суды в мотивировочных частях судебных актов, например, указывают следующее:

*- «…при поступлении сведений об уклонении участника размещения заказа от заключения государственного контракта, антимонопольный орган должен провести проверку и установить факт уклонения данного лица от заключения государственного контракта с заказчиком (обстоятельства, свидетельствующие о намерении отказаться от заключения), и только в случае подтверждения указанного факта он осуществляет размещение сведений об участнике размещения заказа в реестре недобросовестных поставщиков.*

*Включение хозяйствующего субъекта в реестр недобросовестных поставщиков является мерой государственного принуждения, применяемой к лицу, совершившему правонарушение (уклонение от заключения контракта), влекущей возложение на него неблагоприятных последствий (невозможность участвовать в размещении заказов), то есть является мерой юридической ответственности. Следовательно,* ***включение лица в реестр невозможно без установления его вины, выражающейся в сознательном уклонении от заключения контракта, основанием для включения в реестр является только такое уклонение, которое предполагает недобросовестное поведение лица.***

*Таким образом, проверка по факту уклонения общества от заключения государственного контракта, проведенная формально, без установления его* ***вины****, умысла его не заключать, без сбора необходимых доказательств, свидетельствующих о наличии объективных причин, препятствующих своевременному подписанию государственного контракта, не соответствует положениям действующего законодательства, следовательно, является незаконной»* (постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 14.02.2012 по делу № А67-2246/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/d2135efa-a998-403a-aa7b-34d5c990476b>);

 - *«…для целей исключения возможности необоснованного ограничения прав лица на дальнейшее участие в аукционах, административным органом наряду с фактом отказа от заключения контракта, должно быть установлено, что участник размещения заказа* ***отказался от заключения контракта немотивированно, без наличия к тому веских и объективных оснований, не позволяющих выполнить условия этого контракта; антимонопольному органу следует установить факт недобросовестности и вины участника заказа****.*

*Если такие обстоятельства установлены не будут, то решение о признании Общества уклонившимся от заключения государственного или муниципального контракта должно быть признано незаконным с учетом того, что повлечет необоснованное включение Общества в реестр недобросовестных поставщиков, что само по себе является специфической формой принудительного воздействия на участников размещения заказа; данная мера связана с возложением негативных последствий - наличие в свободном доступе информации о лице как о ненадежном поставщике, ненадлежащим образом исполнившим принятое на себя обязательство и, как следствие, подрыв деловой репутации и возможное уменьшение в будущем количества заключенных сделок, а также выгоды от осуществления предпринимательской деятельности.*

*В силу статей 17* *(часть 3)**, 55* *(часть 3)* *Конституции Российской Федерации исходящее из принципа справедливости конституционное требование соразмерности установления правовой ответственности предполагает в качестве общего правила ее дифференциацию в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обусловливающих индивидуализацию при применении взыскания.*

*Следовательно, антимонопольный орган, рассматривающий вопрос о признании лица уклонившимся от заключения государственного или муниципального контракта,* ***не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта*** *установления заказчиком* ***уклонения победителя*** *аукциона от заключения государственного (муниципального) контракта,* ***не выявляя иные связанные с ним обстоятельства, в том числе наличие или отсутствие вины соответствующих субъектов, в какой бы форме она ни проявлялась****»* (постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.02.2012 по делу № А70-4025/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/ac9cc0ba-521f-4091-89d9-5af1b12c9b5a>);

*- «По общему правилу, при привлечении лица к публично-правовой ответственности государственным органом должна быть установлена* ***вина*** *этого лица в нарушении закона. Конституционный Суд Российской Федерации в своих судебных актах указывает, что применяемые государственными органами санкции 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 (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30.07.2001* *N 13-П**, от 21.11.2002* *N 15-П**)»* (постановления Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 24.05.2011 по делу № А06-6805/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/972b5d81-d453-4eb3-9cc9-cfec5b06ff89>) и от 08.09.2011 по делу № А14-10464/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/29994868-0db6-403f-b9f4-ffe9772f979d>); Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15.06.2011 по делу № А53-19238/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/65d53690-ce26-4c03-8e90-3b489733bdf2>); постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2012 по делу № А44-2326/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/8604026c-9468-4772-aeb1-61144fc2b3a6>); постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 06.12.2011 по делу № А64-5905/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/37b224dc-bf1f-40e7-adc5-ccea22928138>)).

Исходя из указанных оснований, арбитражные суды делают выводы о том, что **антимонопольные органы не должны проводить проверки формально** и ограничиваться констатацией факта уклонения.

Здесь следует отметить, что само по себе направление заказчиками в антимонопольный орган сведений в отношении участников размещения заказов, признанных уклонившимися от заключения контракта, не означает включение данных сведений в реестр недобросовестных поставщиков.

Например, в пункте 4 Обзора судебной практики в сфере размещения заказов для государственных и муниципальных нужд (февраль 2011 года), подготовленного Управлением контроля размещения государственного заказа ФАС РФ для системы КонсультантПлюс, приведен пример из практики ФАС России. Так, при рассмотрении сведений об уклонении ЗАО «…» от заключения контракта, Комиссией Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере размещения заказов было установлено, что заказчик в установленный срок не направил победителю протокол и проект государственного контракта, в связи с чем было принято решение об отказе во включении сведений о ЗАО «…» в реестр недобросовестных поставщиков. Данное решение было обжаловано в арбитражный суд, который поддержал позицию антимонопольного органа (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.12.2009 по делу № А40-44996/09-121-153 - <http://kad.arbitr.ru/Card/df677b92-0a4f-4ffd-8a4e-039b2c7a629c>).

В аналогичной ситуации, поддерживая позицию антимонопольного органа об отказе внесения сведений в реестр недобросовестных поставщиков, Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа в постановлении от 19.01.2012 по делу № А53-14354/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/f88a6832-55fa-44ec-9dc4-b14cf475b8b8>) указал: *«Судебные инстанции установили, что протокол аукциона без проекта государственного контракта вручен обществу 23.03.2011, что подтверждается распиской директора общества (том 1, л.д. 70).*

*Общество предприняло действия, направленные на заключение государственного контракта, и представило в министерство договор поручительства в порядке обеспечения исполнения государственного контракта. Оценив указанное обстоятельство и документы, представленные в подтверждение совершения указанных действий, судебные инстанции обоснованно указали, что данный факт не подтверждает получение обществом проекта государственного контракта.*

*Регистрационная карточка системы электронного документооборота и делопроизводства министерства "Дело" не может достоверно свидетельствовать об исполнении министерством обязанности по направлению обществу проекта государственного контракта, поскольку является внутренним документом министерства и составляется в одностороннем порядке. Доказательства того, что почтовое отправление с проектом государственного контракта регистрировалось при отправлении адресату в отделении почтовой связи министерство не представило, как не представило и иные доказательства о непосредственном вручении или направлении обществу указанного документа. Как следует из материалов дела, общество не подтвердило получение проекта государственного контракта.*

*Отсутствие в действующем законодательстве указаний на обязательное направление документов заказной корреспонденцией в рамках конкурсных процедур, предусмотренных* *Законом* *N 94-ФЗ, не освобождает государственного (муниципального) заказчика от обязанности по доказыванию факта вручения (направления) указанных документов участникам конкурсных процедур».*

 Также была поддержана арбитражными судами позиция антимонопольного органа, указавшего в своем решении об отказе о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков о том, что заказчик, *«действуя разумно и добросовестно, должен был направить в адрес ООО «…» письмо об исправлении ошибки по ассортименту товара в такой срок, который бы позволил Обществу исправить указанную ошибку и направить заявителю подписанный проект контракта с исправленной Спецификацией до истечения срока подписания контракта»* (постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15.12.2011 по делу № А46-3297/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/8158fe15-00c4-41a3-8353-61f05de679e1>).

В связи с указанным следует отметить, что «отрицательная» для антимонопольных органов судебная практика также свидетельствует о том, что при рассмотрении сведений антимонопольные органы должны проверять факт надлежащего поступления проекта контракта.

Так, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа, признавая постановлением от 21.07.2011 по делу № А79-10993/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/311d6f43-dc27-49f1-82f9-a93324e3e584>) незаконным решение антимонопольного органа о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков, в частности, указал, что *«вопрос о получении Обществом проекта государственного контракта от оператора электронной торговой площадки антимонопольным органом при проведении проверки не исследовался»; «изучив материалы дела, а также проведя непосредственное исследование в судебном заседании электронных сообщений, поступивших от оператора электронной площадки в "личный кабинет" Общества, суд первой инстанции установил, что проект государственного контракта Обществу не поступал; «тот факт, что Общество в пояснительной записке от 23.07.2010 N 190/01, подготовленной антимонопольному органу, указало на то, что нарушение сроков подписания государственного контракта связано с невнимательностью при изучении регламента работы электронной площадки Сбербанк-АСТ,* ***при отсутствии доказательств вручения Обществу проекта контракта не может являться основанием для принятия решения о включении его в реестр недобросовестных поставщиков»****.*

Федеральный арбитражный суд Центрального округа, проанализировав представленные доказательства, в постановлении от 08.09.2011 по делу № А14-10464/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/29994868-0db6-403f-b9f4-ffe9772f979d>) установил, что *«Обществом были совершены активные действия, направленные на реализацию государственного контракта, как-то: закуплена подлежащая поставке заказчику электронно-вычислительная техника на сумму 1335075,52 руб., закуплено оборудование, подлежащее поставке УФССП по Воронежской области, на сумму 1228886 руб.*

*Помимо этого, при рассмотрении антимонопольным органом сообщения УФССП по Воронежской области, Общество неоднократно высказывало желание и готовность заключить контракт, указывая на произведенные закупки для исполнения государственного контракта.*

*Ввиду изложенного, судом приняты во внимания размещенные на официальном сайте ФАС России 26.07.2010 Разъяснения по ведению реестра недобросовестных поставщиков, проведению проверок фактов уклонения участников размещения заказа от заключения контрактов, проведению внеплановых проверок. В названных Разъяснениях ФАС России указано, что при рассмотрении сведений о недобросовестном поставщике, если контракт по такому размещению заказа не заключен, и стороны явились на заседание комиссии, а факт уклонения от заключения контракта прямо не очевиден, Комиссия ФАС России предлагает непосредственно на заседании заключить контракт, и, если от его заключения отказывается заказчик, то сведения о таком участнике размещения заказа не вносятся в реестр недобросовестных поставщиков, а заказчику выдается предписание о заключении контракта с данным участником размещения заказа, на условиях, указанных в конкурсной документации.*

*Вместе с тем, суд также исходил из того, что антимонопольным органом не опровергнуто утверждение и представленные Обществом сведения о том, что при открытии файла notification\_ContractProgectSent.zip обнаружено, что содержащиеся в нем файлы не содержат проекта государственного контракта, подлежащего заключению и являются набором неких символов, в связи с чем Общество связывалось как с представителем оператора электронной площадки, так и представителем заказчика.*

*Перечисление обеспечения исполнения контракта в размере 193000 руб. в более поздние по сравнению с установленными законом сроки (20.09.2010), было вызвано* ***отсутствием у Общества читаемого контракта, что, по мнению суда, не может служить доказательством нежелания ООО "…" заключать контракт****».*

Хотелось также обратить внимание на арбитражную практику антимонопольных органов, связанную с неполучением участниками размещения заказов проектов контрактов, а именно на постановления Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 07.06.2011 по делу № А12-15846/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/ffc13ab3-2acf-44a5-83fa-44d2fef26f4a>) и от 02.02.2012 по делу № А12-22826/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/1b06a3c8-f787-4ed9-96b4-144ac4c9e247>), постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 03.05.2012 № Ф03-1504/2012 по делу № А51-12411/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/bb6c797e-9968-4bb2-a178-e780655057be>), .

В данных постановлениях арбитражными судами, в частности, установлено, что отказ от заключения контракта подписан неустановленными лицами (подделаны подписи, оттиск печати). При этом суд, отменяя решение о включении сведений о лицах, в частности, в одном из указанных случаев указал: *«Доводы антимонопольного органа об отсутствии у него оснований для проверки сведений, судом кассационной инстанции отклоняются, так как в соответствии с* *пунктом 4 статьи 19* *Закона N 94-ФЗ такая обязанность у антимонопольного органа имелась.*

*Ссылка антимонопольного органа на то, что в его компетенцию не входит исследование достоверности подписи и печати на документах, представленных участниками торгов, не принимается, поскольку данное обстоятельство не исключает возможности привлечения для этих целей специалиста».*

Учитывая изложенное, Омское УФАС России в своей административной практике при проведении каждой проверки запрашивает у заказчика, уполномоченного органа доказательства направления и получения участником размещения заказа проекта контракта, а в случае проведения аукциона в электронной форме такие сведения истребуются у оператора электронной площадки, при этом участнику размещения заказа, сведения о котором рассматриваются, предлагается предоставить письменные пояснения, в которых необходимо отразить информацию о получении (неполучении) проекта контракта.

Хотелось бы обратить внимание еще на один аспект, связанный с установлением виновности лица, признаваемого уклонившимся.

Например, исходя из практики Омского УФАС России, не может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков участник размещения заказа, заявка которого изначально не соответствовала требованиям документации о торгах (извещения о запросе котировок). Данное обстоятельство подтверждается судебными решениями, например, постановлениями Федерального арбитражного суда Уральского округа от 09.04.2012 № Ф09-1587/12 по делу № А07-10784/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/bc58559c-f0aa-4de9-9872-c90cc56b2f15>) и Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.04.2012 № А56-27335/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/aa4e71f5-4b35-48dc-ae0c-bbefb96f5aee>) (хотя особо следует отметить, что в последнем постановлении, помимо указанного, ссылка суда на техническую ошибку при подаче заявки и вообще на отсутствие намерения на участие в аукционе, на мой взгляд, весьма и весьма спорна).

Далее попытаюсь сгруппировать и выделить наиболее часто встречающиеся причины, по которым участники размещения заказа признавались антимонопольными органами уклонившимися от заключения контрактов, а также указать обстоятельства, по которым арбитражные суды признавали решения антимонопольных органов о включении в реестр недобросовестных поставщиков либо правомерными, либо недействительными:

1. **Нарушение процессуального срока заключения контракта**.

Данное основание включения сведений об «уклонистах» в реестр недобросовестных поставщиков является наиболее распространенным, поскольку это обстоятельство напрямую связано с проводимыми аукционами в электронной форме. При данном способе размещения заказа, если нарушается процессуальный срок подписания контракта, оператор электронной площадки в силу императивных норм Закона о размещении заказов автоматически признает участника размещения заказа уклонившимся от заключения контракта и программно-аппаратными средствами блокирует возможность заключения контракта. Вместе с тем, это не означает, что лица, нарушившие процессуальные сроки, также автоматически попадают в реестр недобросовестных поставщиков. Сведения об указанных лицах тоже рассматривают комиссии антимонопольных органов.

В то же время, рассматривая дела об обжаловании решений антимонопольных органов, арбитражные суды, как правило, признают, что не является фактом уклонения незаключение в срок контракта по причинам, связанным с так называемыми **«техническими сбоями»**, подтвержденными соответствующими документами:

- выход из строя оборудования у провайдера интернет-услуг (постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 30.03.2012 по делу № А75-6422/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/fa694aca-e80f-43a3-91de-c52f42c72749>);

- сбой в работе электронного ключа подписи по вине иного юридического лица, в чьи обязанности входило обеспечение функционирования устройства хранения такого ключа (постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 16.12.2011 по делу № А21-830/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/3699d944-c7b0-4a3b-9fe3-d7265c60736f>);

- сбой работы проводной интернет-связи (постановления Федерального арбитражного суда Уральского округа от 10.12.2011 № Ф09-8165/11 по делу № А76-6066/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/efbbd0c6-fba4-47ea-b91b-c25ac997f10b>; от 14.05.2012 № Ф09-2746/12 по делу № А76-15996/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/402b8750-9e08-4b2f-aaed-2efe5381e51a>);

- сбой в работе сервера (постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.08.2011 и определение ВАС РФ от 12.04.2012 № ВАС-3725/12 по делу № А76-4965/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/762485be-dc23-4da2-a53f-c793645cf802>);

- неактивирование карточки контракта на электронной площадке (постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 31.01.2012 по делу № А65-11361/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/bb5db3a4-67e5-4c84-8363-aac8bb70229f>);

- недоступность функции "личный кабинет" (постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 14.02.2012 по делу № А06-2805/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/911fb05a-13a0-4d64-a0b8-a364404b2113>);

- DOS-атака интернет-шлюза, блокировка рабочей станции с материалами для отправки и интернет-канала (постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 25 мая 2012 г. по делу № А52-2275/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/e32190d1-b893-4020-a10b-66a0ee952dc8>);

- сбой в работе компьютерной техники и программного обеспечения в результате вирусной атаки на сервер компьютера, повреждение системных файлов, необходимых для работы операционной системы, отказ жесткого диска компьютера (постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.06.2012 по делу № А63-4152/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/d364c0b8-cdf9-4026-a364-c6e62f8e9477>; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21.05.2012 № Ф09-3160/12 по делу № А76-16409/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/8c21ad67-dac8-4020-999d-17e68c2fef91> );

- перебои в электропитании предприятия и отсутствия доступа к сети Интернет (постановления Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 28.02.2012 по делу № А29-3639/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/cbb4826c-6d1c-40ba-b47a-94885b81a362>), Федерального арбитражного суда Дельневосточного округа от 06.03.2012 № Ф03-322/2012 по делу № А04-4728/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/0fe1d899-8ecb-450e-a4c4-e752996fea36>), Федерального арбитражного суда Уральского округа от 09.04.2012 № Ф09-1587/12 по делу № А07-10784/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/bc58559c-f0aa-4de9-9872-c90cc56b2f15>) и от 19.04.2012 № Ф09-2363/12 по делу № А76-12222/11 (<http://kad.arbitr.ru/Card/e87a97cd-e274-4b49-8690-217f5d5aaaa7>));

следует отметить, что в последнем постановлении арбитражный суд признает также доказательством добросовестности участника факт подписания им контракта и направления его заказчику в простой письменной форме, мотивируя данное доказательство следующим:

*«Доводы управления о несоблюдении обществом установленной законом формы договора судом кассационной инстанции отклоняется.*

*Согласно* *ч. 1 ст. 434* *Гражданского кодекса Российской Федерации договор может быть заключен в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма.*

*Согласно* *п. 1 ст. 158* *Гражданского кодекса Российской Федерации сделки совершаются устно или в письменной форме (простой или нотариальной).*

*В соответствии с* *подп. 1 п. 1 ст. 161* *Гражданского кодекса Российской Федерации сделки юридических лиц между собой и с гражданами должны совершаться в простой письменной форме, за исключением сделок, требующих нотариального удостоверения.*

*Пунктом 2 ст. 434* *Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной и иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.*

*Из названных положений Гражданского* *кодекса* *Российской Федерации, а также требований, установленных* *Законом* *о размещении заказов следует, что для контрактов, заключаемых по результатам открытого аукциона предусмотрена письменная форма договора.*

*Из материалов дела следует, что муниципальный контракт заключен между обществом и учреждением в письменной форме путем составления единого документа.*

***Установленная в*** ***Законе*** ***о размещении заказов необходимость заключения договора в электронной форме не исключает возможность заключить договор иным, предусмотренным законом способом.***

*Таким образом, вывод антимонопольного органа о несоблюдении формы сделки сторонами в данном случае является ошибочным».*

Следует отметить, что такая арбитражная практика противоречит позиции ФАС России, изложенной в письме от 15.07.2011 N АЦ/27696, в котором указано:

*«…при проведении электронных аукционов весь документооборот осуществляется исключительно в электронной форме через электронную площадку.*

*По результатам проведения электронного аукциона контракт должен заключаться в форме электронного документа. Иная форма заключения контракта по результатам проведения электронного аукциона (в том числе письменная форма на бумажном носителе)* *статьей 41.12* *Закона о размещении заказов не предусмотрена и, соответственно, не допускается.*

*На основании изложенного, в соответствии со* *статьей 168* *Гражданского кодекса Российской Федерации контракт, заключенный по результатам электронного аукциона в письменной форме на бумажном носителе, является ничтожным.*

*При этом участник размещения заказа, подписавший контракт в письменной форме на бумажном носителе вместо подписания контракта в форме электронного документа, является уклонившимся от заключения контракта и подлежит включению в реестр недобросовестных поставщиков, а денежные средства, внесенные таким участником в качестве обеспечения заявки, подлежат перечислению заказчику после включения сведений о данном участнике в реестр недобросовестных поставщиков».*

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа также придерживается иной позиции, нежели та, которую высказал Федеральный арбитражный суд Уральского округа от 19.04.2012 № Ф09-2363/12 по делу № А76-12222/11, указав в постановлении от 16.03.2012 по делу № А21-3780/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/e2fc55ca-b3bf-426f-a2fa-41cd09f992c4>) следующее: *«…законодательство о размещении заказа при проведении открытого аукциона в электронной форме не предоставляет лицу никакого иного (кроме как в электронном виде) способа подписания проекта государственного контракта (в том числе в письменном виде на бумажном носителе)*. Такой же позиции придерживаются арбитражные суды по делу № А64-5713/2011 (решение Арбитражного суда Тамбовской области от 14.10.2011, постановления Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.12.2011 и Федерального арбитражного суда Центрального округа от 18.06.2012 - <http://kad.arbitr.ru/Card/185540c7-10d9-4c37-a208-c01a313cc932>).

Вместе с тем, по делу № А21-3780/2011 суд признал, что *«сам факт подписания Обществом контракта в письменном виде на бумажном носителе и передача его заказчику в данном случае свидетельствуют о намерении ООО "…" заключить контракт, а не уклониться от его подписания»,* а по делу № А64-5713/2011 суды признали общество уклонившимся, при этом суд первой инстанции указал в решении следующее: *«Ссылка заявителя на направление подписанного в установленный срок государственного контракта на бумажном носителе, отклоняется судом, поскольку электронными торгами не предусмотрен такой вариант заключения договора»*.

Далее хотелось бы отметить полезное для правоприменения решение суда, связанное с исчислением сроков.

В постановлении от 13.10.2011 по делу № А63-1358/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/c2637bab-3378-403c-9230-da670f4f555b>) Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа указал, что антимонопольный орган при включении сведений неверно исчислил **сроки подписания контракта**:

*«Судебные инстанции обосновано исходили из того, что, принимая решение о включении сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков, антимонопольный орган не учел, что* *Законом* *N 94-ФЗ специальные правила исчисления сроков не установлены. В связи с этим, исчисляя сроки, определенные для заключения государственного контракта, антимонопольный орган должен был руководствоваться нормами Гражданского* *кодекса* *Российской Федерации, согласно* *статьям 190**,* *191* *которого установленный законом, иными правовыми актами, сделкой или назначаемый срок исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами; течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которым определено его начало. Если его окончание приходится на нерабочий день, применяются правила* *статьи 193* *Гражданского кодекса Российской Федерации, в силу которой, если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день.*

*Суды правильно указали, что в соответствии со* *статьей 112* *Трудового кодекса Российской Федерации первым рабочим днем 2011 года являлось 11 января.*

*Судебные инстанции сделали обоснованный вывод, что, вменяя обществу уклонение от заключения контракта, антимонопольный орган не учел того обстоятельства, что в силу вышеперечисленных норм законодательства срок подписания государственного контракта, выпадающий на нерабочий день 03.01.2011, истекал в ближайший следующий за ним рабочий день, то есть 11.01.2011. Общество подписало и направило подписанный электронной цифровой подписью проект государственного контракта, а также подписанный электронной цифровой подписью документ об обеспечении исполнения контракта - 05.01.2011, в силу чего не могло быть признано уклонившимся от заключения государственного контракта и нарушившим* *часть 11 статьи 41.12* *Закона N 94-ФЗ.*

*Ссылка управления на то, что заключение государственных контрактов регулируется исключительно* *Законом* *N 94-ФЗ, а нормы Гражданского* *кодекса* *Российской Федерации в данном случае неприменимы, обоснованно отклонена судами».*

Нельзя не согласиться с данным выводом арбитражного суда, поскольку в силу части 1 статьи 2 Закона о размещении заказов законодательство Российской Федерации о размещении заказов основывается, в частности, на положениях Гражданского кодекса Российской Федерации.

 В продолжение темы исчисления сроков приведу еще два примера по делам, связанным с признанием недействительными решений антимонопольных органов:

- постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.09.2011 № А53-25918/2010 - <http://kad.arbitr.ru/Card/f4d3bd4a-63a3-4918-8461-d6d5994f5ca2> (при рассмотрении дела судами установлено, что контракт был подписан участником размещения заказа в сроки, установленные извещением о проведении запроса котировок цен, направлен заказчику до истечения двадцати дней, предусмотренных частью 7.1 статьи 47 Закона о размещении заказов, получен заказчиком за пределами срока, установленного указанной нормой *Закон**а; как указано в постановлении: «Суды приняли во внимание удаленность учреждения и общества друг от друга, что не учло управление, и обоснованно указали на несвоевременное направление учреждением протокола конкурса и проекта контракта обществу.*

*Суды признали, что указанный в извещении срок подписания контракта не является разумным, поскольку определенный заказчиком срок в один - первый день начала исчисления срока подписания контракта является неисполнимым, за один день подписать и представить контракт невозможно, учитывая территориальную отдаленность общества и учреждения»*);

- постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.11.2011 по делу № А27-2747/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/01a03aa1-8643-4694-8218-810c8a8e09a4>, в котором указано, что *«представление ЗАО "…" подписанного проекта контракта с нарушением установленного срока на 1 час 52 минуты при отсутствии иных обстоятельств, свидетельствующих об уклонении участника от заключения государственного контракта, не может являться безусловным основанием для включения общества в реестр недобросовестных поставщиков»*.

Следует также обратить внимание на постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21.06.2012 по делу А45-15698/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/eae96e6b-4899-4c8f-89d3-2e946afc7996>), в котором фактически признано, что при рассмотрении сведений должен учитываться и так называемый «человеческий фактор» - суд не признал факт уклонения от заключения контракта, поскольку директор общества, имеющий право электронной подписи, на момент истечения срока подписания контракта находился на лечении в больнице.

Весьма интересна практика антимонопольного органа по делу № А19-5757/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/8e708aa9-e340-427d-a9fb-53b7e4363cbb> (решение Арбитражного суда Иркутской области от 16.06.2011, постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 05.08.2011 и Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.10.2011).

Из материалов дела следует, что заказчик представил в антимонопольный орган информацию об уклонении участника размещения заказ от заключения контракта, на основании которых сведения об этом участнике были внесены в реестр недобросовестных поставщиков. Однако при обжаловании в ходе судебного разбирательства участником размещения заказа, признанным уклонившимся, в суде первой инстанции были представлены оригиналы заключенного и расторгнутого с заказчиком контракта. В судебных актах по данному делу указано, что заявлений о фальсификации представленных суду документов в соответствии с требованиями Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не заявлено. При этом непоследовательность и противоречивость действий заказчика, заключившего и расторгнувшего контракт, и одновременно принявшего решение о признании победителя аукциона уклонившимся от его заключения, не может опровергнуть факт заключения заявителем контракта в установленный срок. Думается, что в целях профилактики недопущения подобных ситуаций впредь, антимонопольному органу следовало бы привлечь «непостоянного» заказчика к административной ответственности по статье 19.7.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (представление заведомо недостоверных сведений).

 Полезным для практики считаю также арбитражное дело № А47-722/2010 - <http://kad.arbitr.ru/Card/fb60aa8c-627a-4d82-9465-32997a8f4441> (Решение Арбитражного суда Оренбургской области от 04.04.2011 и постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.06.2011). Суть дела заключается в том, антимонопольный орган включил в реестр недобросовестных поставщиков сведения об участнике, уклонившемся от заключения контракта, направленного им заказчиком по итогам аукциона, впоследствии признанного решениями арбитражных судов недействительным. С учетом этого обстоятельства суды указали, что результаты рассматриваемого аукциона не породили для заявителя каких-либо правовых последствий, включая обязанность по подписанию направленного в его адрес проекта государственного контракта. Это, в свою очередь, свидетельствует об отсутствии предусмотренных Федеральным законом «О размещении заказов» оснований для включения сведений о заявителе в реестр.

В то же время, например, по делу № А44-2326/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/8604026c-9468-4772-aeb1-61144fc2b3a6>) арбитражные суды (решение Арбитражного суда Новгородской области от 09.09.2011, постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2011, постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.03.2012) не приняли во внимание попытки общества, включенного антимонопольным органом в реестр недобросовестных поставщиков, направленные на подписание контракта (переговоры с заказчиком и оператором электронной площадки, направление на основании платежного поручения обеспечения контракта), указав, что данные действия совершены после истечения срока подписания контракта. При этом апелляционная коллегия не приняла ссылку общества на иные судебные акты по конкретным делам, указав, что *«судебная практика не является источником права, обусловлена конкретными обстоятельствами рассмотренных дел и не содержит обязательных для применения правовых позиций»*.

Обращает на себя внимание практика антимонопольного органа о включении сведений об участнике аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контрактов по двум лотам (далее – предприниматель). Следует особо отметить, что изначально этот предприниматель пожаловался на то, что победитель аукциона представил недостоверные сведения о товаре, в связи с чем заказчик отказался от заключения контракта с победителем. Соответственно, проект контракта был передан предпринимателю, который письменно уведомил заказчика об отказе от заключения контрактов, в связи с возникновением, по его мнению, обстоятельств форс-мажорного характера (утратой папки с документами производителей товаров). На основании обращения заказчика антимонопольный орган включил сведения о предпринимателе в реестр недобросовестных поставщиков, предприниматель обжаловал данное решение в судебных инстанциях. В решении Арбитражного суда Омской области от 16.02.2011 и постановлении Восьмого арбитражного апелляционного суда от 04.05.2011 по делу № А46-13870/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/99e00e30-dbe2-46ef-9c8d-c754b0e2848e>) указано, что *«ссылка заявителя на названное обстоятельство, как на обстоятельство непреодолимой силы, является несостоятельной»; «указанные предпринимателем обстоятельства не являются обстоятельством непреодолимой силы».* При этом ссылка предпринимателя на то, что заказчик не обратился в суд с иском о понуждении предпринимателя заключить контракты, мотивирована судом тем, что *«заявителем не учтено, что заказчик самостоятельно выбирает способ защиты»*. С учетом данных обстоятельств в удовлетворении требований предпринимателя арбитражный суд отказал.

Также привожу ссылки на ряд дел, по которым арбитражными судами отказано в удовлетворении требований заявителей о признании недействительными решений антимонопольных органов о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков в связи с непредставлением в срок подписанных контрактов: № А50-11257/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/715d598e-982e-4ad9-9518-4109addf0a07>), № А76-8724/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/952919d9-95c4-483e-8060-144876940774>), № А76-10900/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/4aa95ad5-98cf-45d6-a05e-2885eb27f008>), № А13-4112/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/d60a00bc-c154-4fb6-9bed-360867288461>), № А37-1093/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/443f626e-a661-4864-9088-1b1a51ae2ed5>).

 2. **Непредставление или ненадлежащее представление обеспечения контракта**.

 По общему правилу (часть 4 статьи 29, часть 4 статьи 38, часть 19 статьи 41.12 Закона о размещении заказов), если до 23.07.2012 документаций о торгах было установлено требование о предоставлении обеспечения исполнения контракта, контракт заключался **только после предоставления** участником торгов, с которым заключается контракт:

- безотзывной банковской гарантии, выданной банком или иной кредитной организацией,

- договора поручительства,

- передачи заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита),

в размере обеспечения исполнения контракта, установленном документацией об открытом аукционе в электронной форме. Способ обеспечения исполнения контракта из указанных в настоящей части способов определяется таким участником открытого аукциона в электронной форме самостоятельно.

 С момента официального опубликования и вступления в силу изменений в Закон о размещении заказов, внесенных Федеральным законом от 20.07.2012 № 122-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (опубликован в «Российской газете», № 166, 23.07.2012), официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 23.07.2012) из вышеуказанных видов обеспечения исполнения контракта **исключен** договор поручительства.

 Рассмотрим общетеоретические и практические аспекты, связанные с предоставлением указанных видов обеспечения исполнения контракта и ведением реестра недобросовестных поставщиков.

2.1. Начнем с понятия «**банковская гарантия**».

По определению, данному в пункте 1 статьи 368 ГК РФ, в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

 Из данного понятия следует, что ГК РФ наделяет страховые организации правом выдавать банковские гарантии. В то же время при заключении контрактов следует учитывать часть 2 статьи 9 Закона о размещении заказов, в силу которой контракт заключается в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами с учетом положений настоящего Федерального закона. При этом Закон о размещении заказов предусматривает лишь предоставление банковской гарантии, выданной исключительно банком или иной кредитной организацией.

Например, Б.Е.Кошелюк в своей статье «К вопросу об обеспечении исполнения государственных контрактов» ("Гражданское право", 2011, N 3) правомерно отмечает:

*«В настоящее время исключены из действующего законодательства о страховании права выдачи страховыми организациями банковской гарантии, так как вопросы предоставления банковских гарантий регулируются законодательством о банках и банковской деятельности. В результате ни одно юридическое лицо в Российской Федерации, за исключением получившего от Банка России лицензию на совершение банковских операций, не может использовать в своем наименовании слово "банк" или иным образом указывать на то, что данное юридическое лицо имеет право на осуществление банковских операций.*

*В соответствии с* *п. 1 ст. 6* *Закона РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" страховщики - это юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации для осуществления страхования, перестрахования, взаимного страхования и получившие лицензии в установленном данным Законом порядке.*

*Таким образом, не являясь кредитной организацией, страховщик не может получить лицензию Банка России на осуществление банковских операций. Следовательно, страховые организации не имеют права выдавать банковские гарантии»*.

 Обращаю также внимание, что в связи с возникающими в судебной практике вопросами в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» даны разъяснения, связанные с применением положений ГК РФ о банковской гарантии.

 Имеющаяся судебная практика антимонопольного органа об отказе о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков свидетельствует о том, что при предоставлении заказчику обеспечения исполнения контракта в виде банковской гарантии участнику размещения заказа достаточно предъявить только банковскую гарантию без приложения дополнительных документов (постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 19.03.2012 № Ф09-812/12 по делу № А50-577/2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/9517c8db-78bc-4578-b47c-a48a8cdf7aad>).

 В ином случае, отменяя решение антимонопольного органа о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков, суды указали, что нарушение участником размещения заказа срока подписания контракта и предоставления банковской гарантии произошло по причине, не зависящей от участника размещения заказа. При этом материалами дела подтверждено, что участник направил оператору электронной площадки на один день позже срока подписанный контракт и банковскую гарантию, а также дополнительно в письме просил не считать его уклонившимся от подписания контракта, поскольку при рассмотрении заявки о выдаче банковской гарантии произошла накладка из-за отсутствия членов кредитной комиссии, в связи с чем решение о выдаче банковской гарантии было принято на один рабочий день позже. Причем с просьбой восстановить возможность подписания контракта в адрес оператора обращался также и заказчик. При этом Федеральный арбитражный суд Поволжского округа в постановлении от 24.05.2011 по делу № А06-6805/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/972b5d81-d453-4eb3-9cc9-cfec5b06ff89>) указал, что *«довод антимонопольного органа о возможности заявителя выбрать другой способ обеспечения исполнения контракта не состоятелен, так как заявитель, выбрав банковскую гарантию, не мог предвидеть несвоевременность ее оформление банком.*

*Доводы представителя антимонопольного органа о том, что при принятии решения о признании лица уклонившимся от заключения государственного контракта объективные и субъективные причины неисполнения таким лицом установленного* *Законом* *N 94-ФЗ о размещении заказов порядка подписания государственного контракта значения не имеют, и что сам факт нарушения срока подписания контракта сам по себе уже является уклонением от заключения государственного или муниципального контракта и влечет автоматически включение победителя торгов в реестр недобросовестных поставщиков, судом обосновано отклонен.*

*Как правомерно установили суды, в материалах дела отсутствуют доказательства и того, что спорное поведение общества могло повлечь невозможность заключения с ним контракта как признанного победителем аукциона и, как следствие, нарушение прав заказчика, в том числе относительно срока исполнения контракта. Наоборот, обстоятельства дела свидетельствуют о том, что все действия заявителя были направлены именно на заключение спорного контракта и свидетельствуют о его добросовестности».*

В то же время в схожей ситуации, связанной с просрочкой представления банковской гарантии, арбитражные суды по делу № А33-13809/2010 (постановления Третьего апелляционного суда от 01.02.2011, Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.05.2011 - <http://kad.arbitr.ru/Card/68908a1b-5519-4ff6-a9c6-d5e214a54a70>) признали неправомерным отказ антимонопольного органа о включении сведений об участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков.

Вступившим в законную силу решением Арбитражного суда Омской области от 05.10.2011 по делу № А46-8454/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/d942a6e2-8164-4411-9766-9e90d4ca4e22>) поддержано решение Омского УФАС о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков в связи с непредставлением в срок заказчику банковской гарантии. Данное дело интересно тем, что участник размещения заказа, признанный уклонившимся (далее – Общество), был включен в реестр недобросовестных поставщиков только после вступления в силу решения арбитражных судов об отказе в удовлетворении исковых требований Общества о понуждении заказчика заключить с ним контракт (решение Арбитражного суда Омской области от 01.02.2011 и постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда Омской области от 21.04.2011 по делу № А46-14714/2010 - <http://kad.arbitr.ru/Card/b400f140-b765-45aa-bb6c-07db6d82eedc>). В указанных решениях арбитражные суды указали, что Обществом не представлено доказательств о предоставлении в установленные сроки обеспечения исполнения контракта.

В постановлении от 27.01.2012 по делу № А40-58885/11-2-382 (<http://kad.arbitr.ru/Card/8297084d-9a5c-4ffc-9904-25abddabbc26>) Федеральный арбитражный суд Московского округа, поддерживая позицию антимонопольного органа о включении сведений об участнике в реестр недобросовестных поставщиков, указал, что *«представленная банковская гарантия не покрывала всех возможных убытков и (или) неустойки в случае ненадлежащего исполнения/неисполнения принятых обществом на себя в рамках государственного контракта обязательств, что свидетельствует об уклонении заявителя от выполнения условий государственного контракта, в частности от обязанности представить в установленные сроки надлежащим образом оформленный документ об обеспечении исполнения контракта».*

 2.2. Несмотря на то, что в настоящее время из видов обеспечения исполнения контракта исключен договор поручительства, хотелось бы все же прокомментировать нормы законодательства о **поручительстве**, а также привести обзор судебной практики, связанный с указанным видом обеспечения.

В Законе о размещении заказов не содержалось специальных запретов и ограничений в отношении лиц, являющихся поручителями, помимо требований, установленных частью 4 статьи 29, частью 4 статьи 38, частью 19 статьи 41.12 указанного Закона. Данное обстоятельство подтверждается разъяснениями Минэкономразвития России от 03.12.2009 № Д22-1469.

 Вместе с тем возникал вопрос о том, между какими лицами должен быть заключен договор поручительства: либо между заказчиком и поручителем, либо между поручителем и победителем, либо между заказчиком, поручителем и победителем.

 С одной стороны, сложившаяся практика заключения контрактов (практика делового оборота) была основана на разъяснениях ФАС России от 23.05.2011 № ИА/19715 «О порядке заключения договора поручительства», в которых указано:

*«Согласно* *статье 362* *ГК РФ договор поручительства должен быть совершен в письменной форме.*

*В соответствии с* *частью 2 статьи 434* *ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами.*

*Положениями* *статьи 153* *ГК РФ установлено, что любой договор, в том числе договор поручительства, является актом волеизъявления сторон.*

*Согласие должника (участника размещения заказа) и поручителя на заключение договора поручительства выражается в подписании письменной формы такого договора, волеизъявлением заказчика на принятие представленного участником размещения заказа поручительства является подписание заказчиком контракта после предоставления участником размещения заказа договора поручительства. При этом подписи заказчика на договоре поручительства не требуется».*

 С другой стороны, заслуживала особого внимания позиция оппонентов, указывающих, что в силу пункта 1 статьи 361 ГК РФ по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.

Исходя из данного определения, например, в статье А.А.Федорова «Поручительство как способ обеспечения исполнения контракта в государственных и муниципальных закупках» («Юрист», 2011, № 16) делается вывод о том, что *«по общему правилу сторонами договора поручительства являются поручитель и кредитор (заказчик), участие должника (участника торгов, с которым заключается контракт) в качестве стороны договора хоть и допускается, но не носит обязательного характера.*

*Согласно* *пункту 1 статьи 433* *Гражданского кодекса Российской Федерации договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Таким образом, участник торгов, с которым заключается контракт, по сути, не имеет возможности представить заказчику договор поручительства, и исполнение требований* *Закона* *N 94-ФЗ о передаче заказчику договора поручительства осуществляется путем предоставления заказчику (кредитору) оферты на заключение договора поручительства, подписанной только поручителем, либо договора о предоставлении поручительства, заключенного между поручителем и должником. Заказчику же необходимо подписать со своей стороны договор поручительства или иным способом обеспечить соблюдение письменной формы сделки как необходимого условия действительности договора поручительства, предусмотренного* *статьей 362* *Гражданского кодекса Российской Федерации, к примеру, путем направления поручителю уведомления о принятии поручительства или совершения отметки о принятии поручительства на договоре о предоставлении поручительства (см.: информационное* *письмо* *Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. N 28 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве" // Вестник ВАС РФ. 1998. N 3. С. 92».*

Далее автор мотивированно полагает, что в указанном письме ФАС России *«безосновательно смешивается договор поручительства (между кредитором и поручителем) с договором о предоставлении поручительства (между поручителем и должником). Кроме того, в письме не учтены положения* *пункта 2 статьи 438* *Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон. Предлагаемый антимонопольным органом вариант следует рассматривать именно как молчание, поскольку поручитель не получает какого-либо ответа от кредитора и не имеет сведений о принятии заказчиком его оферты.*

 *Серьезно рассматривать применение конструкции, предложенной ФАС России, представляется возможным только при условии наличия в оферте на заключение договора поручительства прямого указания, что заключение кредитором (заказчиком) контракта, исполнение которого обеспечивается поручительством, признается акцептом данной оферты. В этом случае можно будет говорить о соблюдении письменной формы договора при акцепте оферты в порядке, предусмотренном* *пунктом 3 статьи 438* *Гражданского кодекса Российской Федерации, т.е. путем совершения лицом, получившим оферту (заказчиком), действий по выполнению указанных в ней условий договора».*

В целях объективности представляемой информации следует отметить, что судебной практикой (постановления Федерального арбитражного суда Уральского округа от 15.03.2012 № Ф09-817/12 по делу № А07-10214/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/f85bc35a-4f7a-41ca-abd4-4476a7b289b1>) и от 29.03.2012 № Ф09-1371/12 по делу № А07-10007/2011 ([http://kad.arbitr.ru/Card/ad7c1460-5efa-4541-8507-c7a75095f326)](http://kad.arbitr.ru/Card/ad7c1460-5efa-4541-8507-c7a75095f326%29)) была признана необоснованной позиция антимонопольного органа *«об отсутствии необходимости подписания договора поручительства со стороны государственного заказчика, поскольку в силу правовой природы договора поручительства договор поручительства является консенсуальной сделкой, сторонами которой являются поручитель и кредитор (в рассматриваемой ситуации - государственный заказчик), а в отдельных случаях и должник (возможность участия должника предусмотрена* *ч. 3 ст. 365* *Гражданского кодекса Российской Федерации). Подписание договора всеми его сторонами является необходимым условием его заключения (**ст. 432* *Гражданского кодекса Российской Федерации)».*

В письме от 17.03.2011 № АК/9281 ФАС России обращала внимание на то, что *«в случае,* ***если договор поручительства составлен лицом, несоответствующим требованиям, установленным положениями Закона о размещении заказов, такое обеспечение исполнения государственного или муниципального контракта является ненадлежащим и считается не предоставленным****»*.

Нормами Закона о размещении заказов (часть 4.1 статьи 29, часть 4.1 статьи 38, часть 20 статьи 41.12) было установлено, что в случае, если обеспечением исполнения контракта является договор поручительства, поручителем выступает юридическое лицо, государственная регистрация которого осуществлена в установленном порядке на территории Российской Федерации и которое соответствует следующим требованиям:

1) капитал и резервы поручителя, указанные в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должны составлять не менее чем триста миллионов рублей и превышать размер поручительства не менее чем в десять раз;

2) чистая прибыль поручителя, указанная в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должна превышать не менее чем в три раза размер поручительства или размер чистой прибыли поручителя должен составлять более чем сто миллионов рублей;

3) стоимость основных средств (в части зданий) поручителя, указанная в соответствующем разделе бухгалтерской отчетности, должна составлять не менее чем триста миллионов рублей и превышать не менее чем в десять раз размер поручительства или стоимость указанных основных средств должна составлять более чем один миллиард рублей.

Соответствие поручителя установленным требованиям определялось по данным бухгалтерской отчетности за два последних отчетных года или, если договор поручительства заключен до истечения срока предоставления годовой отчетности, установленного законодательством Российской Федерации о бухгалтерском учете, по выбору поручителя по данным бухгалтерской отчетности за два отчетных года, предшествующих последнему отчетному году. При этом соответствие поручителя установленным требованиям определялось по данным бухгалтерской отчетности за каждый отчетный год (часть 4.2 статьи 29, часть 4.2 статьи 38, часть 21 статьи 41.12 Закона о размещении заказов в редакции, действовавшей до 23.07.2012).

При этом антимонопольный орган, рассматривая такие сведения, обязан был привести в своем решении информацию о том, каким именно требованиям не соответствовал поручитель со ссылкой на соответствующие разделы бухгалтерской отчетности – к такому выводу пришли Арбитражный суд г.Москвы в решении от 27.10.2011 и Девятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 19.01.2012 по делу № А40-67874/11-17-579 (<http://kad.arbitr.ru/Card/2fbfdfbe-3072-44b4-b644-638542510b8a>).

В постановлениях Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 29.09.2011 по делу № А65-1302/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/6a04a19a-6111-454b-adb6-23271bdf25dc>), Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 03.05.2012 по делу № А53-18849/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/002e7cb6-8894-4df8-989b-be5d8841bdd8>), Федерального арбитражного суда Московского округа от 23.03.2012 по делу № А40-32822/11-72-167 (<http://kad.arbitr.ru/Card/93f48ab2-097e-46ac-9edf-464f3c9bc30f>) также дается оценка сведениям, содержащимся в бухгалтерской отчетности поручителя.

Анализ практики, сложившейся в Федеральном арбитражном суде Западно-Сибирского округа (постановления от 06.02.2012 по делу № А70-4025/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/ac9cc0ba-521f-4091-89d9-5af1b12c9b5a>), от 06.06.2012 по делу А27-11186/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/738320eb-eaab-48a6-b092-f4011ac8765c>), от 14.02.2012 по делу № А67-2246/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/d2135efa-a998-403a-aa7b-34d5c990476b>)), позволяет сделать вывод о том, что суды не признают фактом уклонения от заключения контракта случаи несвоевременного предоставления сведений о поручителе:

- в первом случае общество в срок направило оператору электронной площадки подписанные со своей стороны проект контракта и договор поручительства без приложений, однако в тот же день на бумажном носителе в адрес заказчика был направлен договор поручительства с приложением необходимых документов;

- во втором случае общество в срок подписало проект контракта и представило договор поручительства, а бухгалтерскую отчетность поручителя направило на бумажном носителе через 4 дня;

- в третьем случае участником был в срок представлены подписанные со своей стороны проект контракта и неполный пакет документов к договору поручительства, договор поручительства с внесенными изменениями был представлен на один день позже установленного срока.

Хотя в сходной ситуации, установив нарушение срока представления сведений о поручителе, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в постановлении от 08.11.2011 по делу № А56-6192/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/8e1d7552-9cf6-4eda-ac81-1f9d9b70d783>), признавая правомерным включение сведений в реестр недобросовестных поставщиков, указал: *«Само по себе наличие поручительства, без соответствующих сведений о поручителе, не позволяет судить о надлежащем обеспечении контракта»*.

Обращаю также внимание на позицию ФАС России по вопросу возможности подписания договора поручительства электронно-цифровой подписью со стороны участника размещения заказа вместо собственноручной подписи (19.01.2012 размещены на официальном сайте ФАС России <http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30363.html>).

 По данному вопросу ФАС России сообщила следующее:

*«Согласно статье 362 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) договор поручительства должен быть совершен в письменной форме.*

*В соответствии с частью 2 статьи 434 ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами.*

*Положениями статьи 153 ГК РФ установлено, что любой договор, в том числе договор поручительства является актом волеизъявления сторон.*

*Согласие должника (участника размещения заказа) и поручителя на заключение договора поручительства выражается в подписании письменной формы такого договора, волеизъявлением заказчика на принятие представленного участником размещения заказа поручительства является подписание заказчиком контракта после предоставления участником размещения заказа договора поручительства. При этом подписи заказчика на договоре поручительства не требуется.*

*Учитывая изложенное,* ***договор поручительства******должен быть подписан*** *со стороны участника размещения заказа* ***собственноручной****, а не электронно-цифровой* ***подписью****».*

При этом Федеральный арбитражный суд Уральского округа в постановлении от 19.04.2012 № Ф09-2379/12 по делу № А76-10364/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/68ac4826-65f8-4b23-844a-c5ebc7cb7729>), в частности, излагает иную позицию:

*«Из договора поручительства видно, что сторонами договора поручительства являются: поручитель - общество "Прикамская строительная компания", государственный заказчик - учреждение, исполнитель - общество "ЭлроЭнергоСервис".*

*Названный договор поручительства содержит печать, подпись поручителя - общества "Прикамская строительная компания"* ***и подписан электронной цифровой подписью участником размещения заказа*** *- общества "ЭлроЭнергоСервис", но не имеет подписи заказчика.*

***Из договора поручительства видно, что он является трехсторонним, что в свою очередь, не противоречит требованиям действующего законодательства.***

*Договоры, согласно положениям* *ч. 1 ст. 154* *Гражданского кодекса Российской Федерации, могут быть как двухсторонними, так и многосторонними. По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части (**ст. 361* *Гражданского кодекса Российской Федерации).*

*Согласно* *ст. 362* *Гражданского кодекса Российской Федерации договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. В соответствии с* *ч. 2 ст. 434* *Гражданского кодекса Российской Федерации договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами.*

*В силу* *ч. 4 ст. 41.12**,* *ч. 2 ст. 41.2* *Федерального закона N 94-ФЗ при проведении электронных аукционов существует лишь единственная форма предоставления договора поручительства - электронная.*

*Системное толкование норм* *ч. 9 ст. 41.2**,* *ч. ч. 4**,* *19 ст. 41.12* *Федерального закона N 94-ФЗ* ***свидетельствует об отсутствии в*** ***законе*** ***регламентированной обязанности и возможности направления участником размещения заказа заказчику проекта договора поручительства, а тем более подписанного как поручителем и исполнителем, так и заказчиком договора поручительства до момента направления оператору электронной площадки проекта контракта, подписанного электронной цифровой подписью.***

*С учетом изложенного представление договора поручительства, подписанного поручителем и исполнителем не лишило возможности заказчика заключить контракт в соответствии с требованиями* *ч. 19 ст. 41.12* *Федерального закона N 94-ФЗ.*

***Поскольку в данном случае подписание договора поручительства электронной цифровой подписью не может служить основанием для признания этого договора не подписанным соответствующей стороной****, у учреждения отсутствовали основания для отказа в подписании контракта».*

О соответствии предоставленного заказчику договора поручительства также указано в постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15.02.2012 по делу № А28-4842/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/e7660acc-b0d5-4617-89d8-b86dede1157a>).

Следует отметить, что специалисты–правоведы достаточно критично относятся к предоставлению обеспечения как в форме банковской гарантии, так и договора поручительства.

Например, О.А. Беляева в статьях «Электронные аукционы по размещению государственных заказов: совершенствование правового регулирования» («Журнал российского права», 2011, № 7) и «Гарантия под контракт» («Юридическая газета», 2011. № 14) называет действующие нормы о порядке предоставления обеспечения «весьма сомнительными», указывая в обоснование на следующее: *«Если охарактеризовать их вкратце, то они предусматривают предоставление заказчику документа об обеспечении контракта с электронной цифровой подписью лица, имеющего право действовать от имени участника, с которым подписывается контракт. Но выполнить подобное требование участнику будет сложно.*

*В силу* *ст. 368* *ГК РФ банковская гарантия представляет собой одностороннюю сделку банка, и подпись иного лица на ней определенно появиться не может. Ведь не участник аукциона берет на себя гарантийное обязательство, а банк. На практике участники аукционов исхитряются предоставить заказчику либо соглашение о предоставлении банковской гарантии (это договор, предшествующий выдаче самой гарантии), либо электронное сопроводительное письмо, к которому гарантия приложена. Однако это не соответствует требованиям* *ст. 41.12* *Закона.*

*Аналогичная проблема характерна и для предоставления заказчику договора поручительства. На нем не может оказаться электронная цифровая подпись участника аукциона, ведь поручительством признается договор между кредитором и поручителем (**ст. 361* *ГК РФ).*

*Пожалуй, укладывается в рамки электронного документооборота на электронных аукционах только перечисление заказчику денежных средств в качестве обеспечения исполнения контракта, что подтверждается платежным поручением с подписью уполномоченного лица участника открытого аукциона».*

Данную позицию приводит также А.А.Сатюков в своей статье «Размещение государственного и муниципального заказа путем проведения открытого аукциона в электронной форме» («Право и политика», 2011, № 10).

2.3. Согласно пункту 1 статьи 334 ГК РФ в силу **залога** кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом. В случаях и в порядке, которые установлены законами, удовлетворение требования кредитора по обеспеченному залогом обязательству (залогодержателя) может осуществляться путем передачи предмета залога в собственность залогодержателя.

 При этом следует отметить, что Закон РФ от 29.05.1992 N 2872-1 «О залоге» применяется в части, не противоречащей статьям 334 - 358 ГК РФ. Кроме того, обращаю внимание, что разъяснения по вопросам, возникающим в судебной практике, даны в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге».

На основании пункта 3 статьи 334 ГК РФ залог возникает в силу договора. Залог возникает также на основании **закона** при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге.

Правила настоящего Кодекса о залоге, возникающем в силу договора, соответственно применяются к залогу, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

Как уже было указано выше, передача заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита) предусмотрена частью 4 статьи 29, частью 4 статьи 38, частью 19 статьи 41.12 Закона о размещении заказов.

Отношение арбитражных судов к несвоевременной передаче заказчику в залог денежных средств, в том числе в форме вклада (депозита), в частности, высказано в следующих постановлениях.

Постановлением Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 20.12.2011 по делу № А70-6027/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/9ffc67d1-a755-45a2-ae25-cdbeb4c1df3f>) удовлетворено требование участника размещения заказа о признании незаконным и отмене решения антимонопольного органа о включении его в реестр недобросовестных поставщиков. В предусмотренный срок этим участником был подписан проект контракта и ошибочно направлена справка, которая не являлась документом об обеспечении исполнения контракта. При этом арбитражный суд, указывая об отсутствии доказательства умышленного уклонения участника от заключения контракта, не учел, что оплата обеспечения была произведена платежным поручением уже после того, как антимонопольным органом была начата внеплановая проверка.

Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа в постановлении от 15.06.2011 по делу № А53-19238/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/65d53690-ce26-4c03-8e90-3b489733bdf2>) не признал общество уклонившимся от заключения контракта, посчитав уважительной просрочку перечисления денежных средств на один день в связи с задержкой оформления банковской гарантии, отмечая при этом, что на момент принятия решения об отказе от заключении контракта денежные средства находились на счете заказчика.

Постановлениями Седьмого арбитражного апелляционного суда от 18.04.2011 и Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.07.2011 по делу № А27-15621/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/1d88bf41-0bd7-45c5-84a6-dd2447b3bc7b>) отменено решение антимонопольного органа о включении сведений об ООО «…» в реестр недобросовестных поставщиков, при этом суды указали, что антимонопольным органом *«не рассматривался вопрос соответствия договора залога денежных средств, представленного Обществом в качестве обеспечения, требованиям законодательства и невозможность принятия его как обеспечительной меры. Управление в решении констатировало лишь факт непредставления в установленный срок надлежащим образом оформленного документа, подтверждающего обеспечение исполнения государственного контракта»* (следует отметить, что в адрес заказчика ООО «…» были направлены два экземпляра подписанного государственного контракта и два экземпляра **договора** о залоге денежных средств в качестве обеспечения исполнения контракта).

Обращаю внимание на письмо ФАС России от 17.03.2011 № АК/9281, в котором указано: *«Принимать простой вексель в качестве обеспечения исполнения государственного контракта неправомерно».*

3. **Подписание контракта неуполномоченным лицом.**

Федеральный арбитражный суд Центрального округа постановлением от 05.03.2012 по делу № А23-2637/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/e0f975d4-6156-4ef5-93f0-e5165c153e36>) подтвердил правомерность включения антимонопольным органом сведений об участнике размещения заказа в Реестр недобросовестных поставщиков, установив, что проект контракта был подписан электронно-цифровой подписью лица (генерального директора), полномочия которого на момент подписания контракта истекли. В частности, в данном постановлении указано:

*«В силу положений* *ст. 4* *Федерального закона от 10.01.2002 N 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи":*

*1**. Электронная цифровая подпись в электронном документе равнозначна собственноручной подписи в документе на бумажном носителе при одновременном соблюдении следующих условий: сертификат ключа подписи, относящийся к этой электронной цифровой подписи, не утратил силу (действует) на момент проверки или на момент подписания электронного документа при наличии доказательств, определяющих момент подписания; подтверждена подлинность электронной цифровой подписи в электронном документе; электронная цифровая подпись используется в соответствии со сведениями, указанными в сертификате ключа подписи.*

*2**. Участник информационной системы может быть одновременно владельцем любого количества сертификатов ключей подписей. При этом электронный документ с электронной цифровой подписью имеет юридическое значение при осуществлении отношений, указанных в сертификате ключа подписи.*

*В материалах дела находится копия сертификата ключа, выданного удостоверяющим центром ОАО "ЕЭТП" серийный номер 3740.*

*Владельцем сертификата указан В. генеральный директор ООО "…".*

*11 марта 2011 года В. выдана доверенность на представление интересов ООО "…" как заместителю генерального директора - главному инженеру.*

*Таким образом, 14.03.2011 электронная цифровая подпись использовалась В. с нарушениями положений* *ст. 4* *Федерального закона от 10.01.2002 N 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи" и условиями, указанными в сертификате ключа подписи.*

*При этом электронный документ с электронной цифровой подписью не соответствующей условиям внесенным в сертификат, не имеет юридическое значение при осуществлении отношений, указанных в сертификате ключа подписи.*

*Кроме того, суд учитывает, что сведения об освобождении от должности генерального директора В. и назначении генеральным директором П. были размещены на сайте электронной торговой площадки www.etp.roseltorg.ru».*

4. **Ошибка при подаче ценового предложения**.

В судебных актах по делу № А64-5905/2010 - <http://kad.arbitr.ru/Card/37b224dc-bf1f-40e7-adc5-ccea22928138> (решение Арбитражного суда Тамбовской области от 05.05.2011, постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 06.12.2011, определение ВАС РФ от 12.04.2012 № ВАС-3851/12) указано, что у антимонопольного органа не имелось оснований для принятия решения о признании общества уклонившимся от заключения контракта, поскольку в поведении Общества отсутствовали признаки недобросовестности (такие как злоупотребление и умышленность). При этом суды указали: *«Заявителем были предприняты меры по извещению заинтересованных лиц о невозможности исполнения заказа по цене 98099,98 руб., указанной в результате технической ошибки, и готовности заключить контракт по цене 980990,98 руб. а потому включение его в реестр недобросовестных поставщиков не может рассматриваться в качестве необходимой меры ответственности, а в данном случае является несоразмерным характеру допущенного нарушения»*.

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать вывод о том, что фактическое совершение действий, направленных на заключение и исполнение контракта, по моему мнению, должно признаваться доказательством добросовестности участников размещения заказа, свидетельством намерения заключить контракт.

При написании данного обзора использованы материалы, размещенные [http://www.fas.gov.ru](http://www.fas.gov.ru/), <http://www.arbitr.ru> («Картотека дел» <http://kad.arbitr.ru/>), в Общероссийской Сети распространения правовой информации КонсультантПлюс, а также использована информация, представленная территориальными органами ФАС России. Всем коллегам, откликнувшимся на запрос Омского УФАС России, огромная благодарность.

Шмакова Тамара Петровна,

 заместитель руководителя

Омского УФАС России

тел. рабочий (381-2) 530-313,

to55@fas.gov.ru, tamara-shmakova@yandex.ru