

СОСТАВЛЕНИЕ ПРОЕКТА КОНТРАКТА.

ОШИБКИ, КОТОРЫХ СЛЕДУЕТ ИЗБЕГАТЬ



**СЕРАЖЕТДИНОВ
Роман Ренатович,**

руководитель центра юридического сопровождения и консалтинга Института управления закупками и продажами им. А. Б. Соловьева НИУ ВШЭ

Неотъемлемой частью любой документации о закупке является проект контракта, условия которого оказывают значительное влияние на эффективность закупки. Закон № 44-ФЗ обязывает заказчиков включать в проект контракта ряд условий, например: условие о том, что цена контракта является твердой и определяется на весь срок исполнения контракта; условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом; условие о порядке и сроках оплаты товара, работы или услуги; условие об уменьшении суммы, подлежащей уплате физическому лицу, на размер налоговых платежей, связанных с оплатой контракта в случае

заключения контракта с физическим лицом, и другие. Помимо Закона № 44-ФЗ требования к содержанию контрактов могут быть установлены типовыми контрактами, типовыми условиями контрактов, разработанными и принятыми в том числе Правительством Российской Федерации, федеральными органами исполнительной власти.

Отдельно следует отметить, что Законом № 44-ФЗ не предусмотрена возможность изменения заказчиком положений проекта контракта по истечении срока для внесения изменений в извещение, документацию о проведении закупок, вследствие чего проект контракта должен включать в себя все обязательные условия, предусмотренные законодательством о контрактной системе в сфере закупок.

В связи с этим при проведении контрольных мероприятий ФАС России оценивает на соответ-



ствии требованиям Закона № 44-ФЗ, в том числе, и содержание проектов контрактов. Рассмотрим примеры наиболее часто встречающихся нарушений.

1. В ПРОЕКТЕ КонтракТА НЕ УСТАНОВЛЕН ПОРЯДОК И СРОКИ ОПЛАТЫ ТОВАРА, РАБОТЫ ИЛИ УСЛУГИ.

1.1. В проекте контракта не установлен порядок и сроки выплаты аванса.

При рассмотрении жалобы № 201600100161004524 Комиссией ФАС России выявлено, что пунктом 4.2 проекта государственного контракта документации об аукционе установлены следующие положения:

«Государственный Заказчик предоставляет Подрядчику аванс в размере 10% от цены Контракта. Удержание аванса производится ежемесячно, начиная с месяца, последующего за месяцем выдачи аванса, при расчете за выполненные работы путем вычетов пропорциональных сумм из сумм очередных платежей, причитающихся Подрядчику».

При этом Комиссией установлено, что проект контракта, являющийся неотъемлемой частью документации об аукционе, не содержит положений, предусматривающих порядок и сроки выплаты аванса, что не соответствует положениям части 13 статьи 34 Закона № 44-ФЗ.

1.2. В проекте контракта не установлен конкретный размер авансового платежа.

Данное нарушение было выявлено в ходе рассмотрения жалобы № 201700100161000693.

В пункте 3.7 проекта контракта документации об аукционе установлено, что государственный заказчик производит выплату генподрядчику авансового платежа на приобретение гранитной плитки, применяемой для устройства мощения тротуаров и проездов, остановочных павильонов нового образца, информационных стелл, кабельных колодцев, деревьев и кустарников в размере _____ (_____) рублей _____ (_____) копеек, в т. ч. НДС 18%.

При этом в пункте 9 приложения «Техническое задание» к документации об аукционе установлено, что размер аванса не должен превышать 10% от цены контракта.



Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России пришла к выводу о том, что в проекте контракта документации об Аукционе не установлен конкретный размер авансового платежа, что нарушает часть 13 статьи 34 Закона № 44-ФЗ.

1.3. Проект контракта не содержит порядок оплаты выполненных работ.

В ходе рассмотрения жалобы № 201600100161003664 Комиссией ФАС России было установлено следующее. Согласно разделу 3 «Цена контракта, порядок и сроки оплаты» проекта контракта документации об аукционе установлена информация об оплате аванса, а именно «авансирование в размере 30% от цены контракта».

Приложением № 2 «График исполнения денежных обязательств сторонами контракта» проекта контракта документации об аукционе установлена поэтапная оплата выполненных работ. При этом проект контракта не содержит порядок оплаты выполненных работ, что нарушает часть 13 статьи 34 Закона № 44-ФЗ.

1.4. Отсутствие в проекте контракта положений, предусматривающих условие об уменьшении суммы, подлежащей уплате физическому лицу, на размер налоговых платежей, связанных с оплатой контракта, в случае если контракт заключается с физическим лицом, за исключением индивидуального предпринимателя или иного занимающегося частной практикой лица.

Данное нарушение достаточно часто выявляется при проверках. По всей видимости, заказчики считают возможным включить данное условие в контракт после определения победителя закупки, если таким победителем признано физическое лицо. Нужно отметить, что в Законе № 44-ФЗ данное требование установлено под отлагательным условием, однако ФАС России, указывая на невозможность корректировки контракта при его заключении, настаивает на его включении в проект контракта.

В случае отсутствия данного условия в проекте контракта ФАС России опять же фиксирует нарушение части 13 статьи 34 Закона № 44-ФЗ (например, жалобы № 201600100161004520, 201600100161004551, 201600100161004596).

2. В ПРОЕКТЕ КонтракТА НЕ УСТАНОВЛЕНА ОБЯЗАННОСТЬ ПОСТАВЩИКА (ПОДРЯДЧИКА, ИСПОЛНИТЕЛЯ) ПРЕДОСТАВЛЯТЬ ИНФОРМАЦИЮ О ПРИВЛЕКАЕМЫХ СОИСПОЛНИТЕЛЯХ, ЗАКЛЮЧИВШИХ ДОГОВОР С ПОСТАВЩИКОМ

(ПОДРЯДЧИКОМ, ИСПОЛНИТЕЛЕМ), ЦЕНА КОТОРОГО СОСТАВЛЯЕТ БОЛЕЕ ЧЕМ 10% ЦЕНЫ КонтракТА.

Согласно пункту 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 04.09.2013 г. № 775 установлены следующие размеры начальной (максимальной) цены контракта, при превышении которых в контракте должна быть указана обязанность поставщика (подрядчика, исполнителя) предоставлять информацию обо всех соисполнителях, субподрядчиках, заключивших договор или договоры с поставщиком (подрядчиком, исполнителем), цена которого или общая цена которых составляет более чем 10 процентов цены контракта:

- 1 млрд рублей — при осуществлении закупки для обеспечения федеральных нужд;
- 100 млн рублей — при осуществлении закупки для обеспечения нужд субъекта Российской Федерации и муниципальных нужд.

При рассмотрении жалобы Комиссией ФАС России установлено, что извещением о проведении закупки, документацией об аукционе установлена начальная (максимальная) цена муниципального контракта — 954963074 рубля, в связи с чем Заказчик обязан устанавливать к подрядчику требование о предоставлении информации о всех соисполнителях, заключивших договор или договоры с подрядчиком, если цена такого договора составляет более чем 10 процентов цены контракта.

Вместе с тем Комиссией установлено, что Заказчиком в проекте контракта данное требование не установлено, что нарушает часть 23 статьи 34 Закона № 44-ФЗ.

Данное нарушение было выявлено в ходе рассмотрения жалобы № 201600100161004524.

3. УСТАНОВЛЕННЫЕ В ПРОЕКТЕ КонтракТА УСЛОВИЯ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗАКАЗЧИКА И ПОСТАВЩИКА (ПОДРЯДЧИКА, ИСПОЛНИТЕЛЯ) ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ИЛИ НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ КонтракТОМ, НЕ СООТВЕТСТВУЮТ ТРЕБОВАНИЯМ ЗАКОНА № 44-ФЗ.

ФАС России еще в конце 2014 года в письме от 01.12.2014 г. № АД/48791/14 выразил свою позицию относительно порядка определения условий об ответственности сторон по контракту.

«Надлежащим исполнением обязанности заказчика по установлению размеров неустойки целесообразно считать включение в проект контракта:

- пени за каждый день просрочки исполнения заказчиком обязательства, предусмотренного контрактом, в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не уплаченной в срок суммы;
- штрафа за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом, в размере процента цены контракта, указанного в подпунктах «а»-«г» пункта 5 Правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 г. № 1063 (далее — Правила);
- пени за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, путем указания формул и порядка расчета пени, указанных в пунктах 6–8 Правил;
- штрафа за ненадлежащее исполнение поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом, в размере процента цены контракта, указанного в подпунктах «а»-«г» пункта 4 Правил.

При этом подпункты «а»-«г» пунктов 4 и 5 Правил содержат различные размеры штрафа в зависимости от цены контракта. Учитывая, что контракт заключается по цене, предлагаемой участником закупки, но не превышающей начальную (максимальную) цену контракта, заказчикам целесообразно устанавливать в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, предусмотренные Правилами для каждого порогового значения цены контракта, за исключением пороговых значений, превышающих начальную (максимальную) цену контракта.

Кроме того, следует учесть, что включение в проект контракта ссылки на Правила вместо установления вышеуказанных размеров штрафа, пени не является надлежащим исполнением обязанности заказчика по установлению размеров неустойки».

Несмотря на это, в действиях заказчиков ФАС России зачастую выявляет нарушения положений частей 5–8 статьи 34 Закона № 44-ФЗ.

Например, при рассмотрении жалобы № 201600100161003867 Комиссией установлено, что проект контракта, являющийся неотъемлемой частью документации об аукционе, содержит следующие положения:

«4.1. За ненадлежащее исполнение Подрядчиком обязательств, предусмотренных настоящим Договором, за исключением просрочки исполнения Подрядчиком обязательств, предусмотренных настоящим Договором, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, составляющей __ (_____) процентов от цены договора, указанной в п. 3.1 настоящего Договора, а именно _____ руб.

4.2. За ненадлежащее исполнение Заказчиком обязательств по настоящему Договору, за исключением просрочки исполнения обязательств, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, составляющей ___ (_____) % от цены Договора, указанной в п. 3.1 настоящего Договора, а именно _____ руб.)».

Таким образом, заказчик не установил в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, предусмотренные Правилами для каждого порогового значения цены контракта.

В другом случае, согласно решению, принятому по жалобе № 201700100161000139, нарушение выразилось в установлении в проекте государственного контракта порядка расчета пени, не соответствующего положениям постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 г. № 1063. Пунктом 28.5 Проекта контракта Конкурсной документации, в том числе, установлено: «Пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения Подрядчиком указанных выше обязательств и устанавливается в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пени ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от цены контракта, уменьшенной на сумму, пропорциональную объему обязательств, предусмотренных контрактом и фактически исполненных Подрядчиком».

То есть заказчик не установил порядок расчета пени за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, путем указания формул и порядка расчета пени, указанных в пунктах 6–8 Правил.

А в рамках рассмотрения жалоб № 201700100161000761, 201700100161000842 выявлено, что пунктом 7.1 проекта контракта документации об аукционе установлено: «За неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по настоящему Контракту Стороны несут ответственность, в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Таким образом, в проекте контракта Заказчиком не установлены соответствующие требова-

ниям Правил условия об ответственности сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, а именно размер штрафа, пени в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения сторонами обязательств, предусмотренных контрактом.

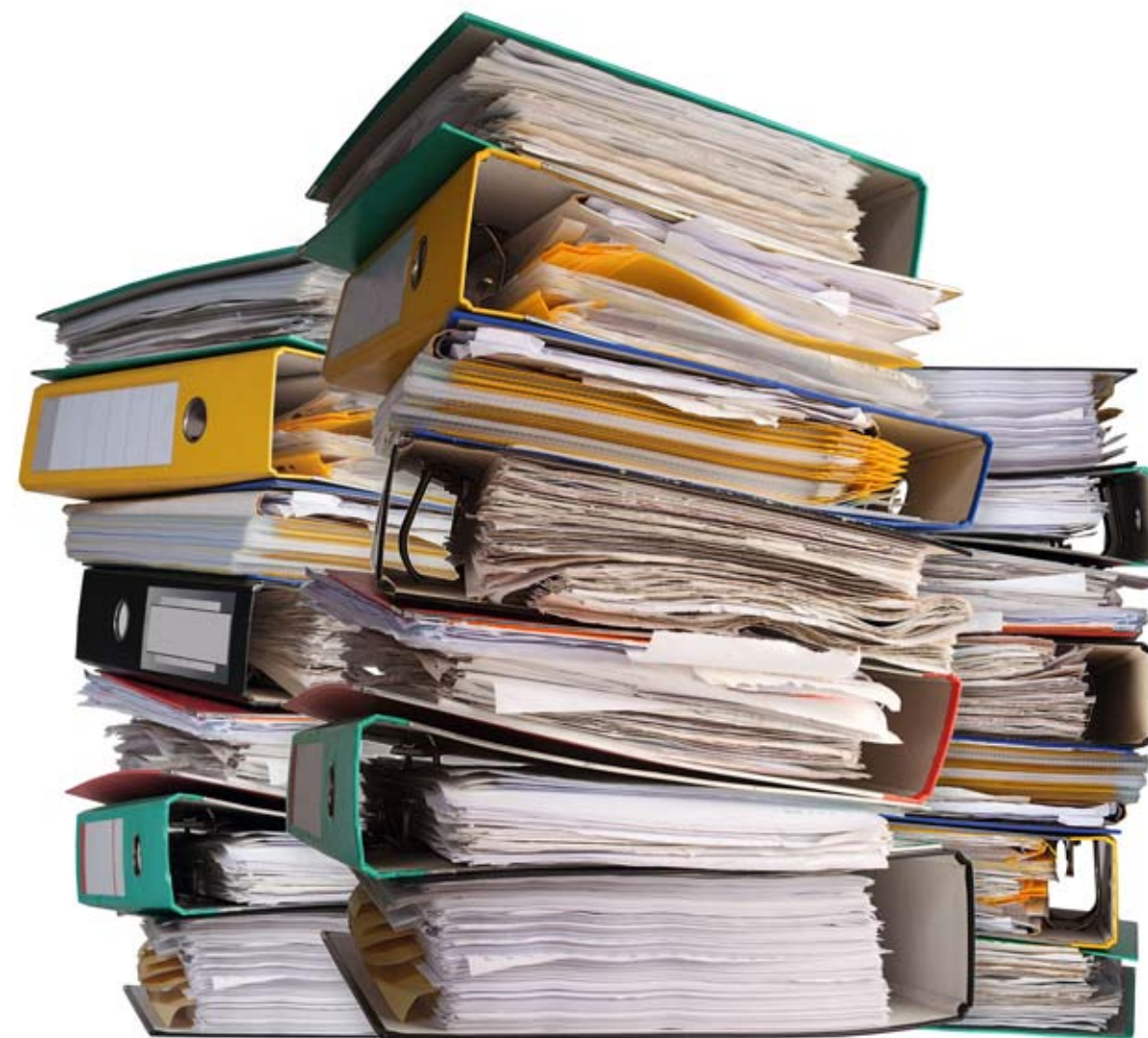
4. В ПРОЕКТЕ КонтракТА НЕ УСТАНОВЛЕН ОБЪЕМ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ИСПОЛНЕНИЮ КонтракТОВ СУБПОДРЯДЧИКОВ, СОИСПОЛНИТЕЛЕЙ ИЗ ЧИСЛА СУБЪЕКТОВ МАЛОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА, СОЦИАЛЬНО ОРИЕНТИРОВАННЫХ НЕКОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ В ВИДЕ КОНКРЕТНОГО ПРОЦЕНТА ЦЕНЫ КонтракТА.

В соответствии с частью 6 статьи 30 Закона № 44-ФЗ условие о привлечении к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерче-

ских организаций в случае, предусмотренном частью 5 статьи 30 Закона № 44-ФЗ, включается в контракты с указанием объема такого привлечения, установленного в виде процента от цены контракта.

При рассмотрении жалобы № 201600100161004600 Комиссией ФАС России установлено следующее. В пункте 4.4.30 проекта контракта указано: «Исполнитель при исполнении Контракта обязан привлечь к исполнению Контракта субподрядчиков из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций. Общий объем работ, услуг, выполняемый данными привлекаемыми субподрядчиками, в денежном выражении должен составлять не менее 15% от цены Контракта».

Указанные положения не позволяют установить конкретный объем привлечения к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа СМП, СОНКО, что нарушает часть 6 статьи 30 Закона № 44-ФЗ.





5. ПРОЕКТ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА НЕ СОДЕРЖИТ УСЛОВИЙ, ПРЕДУСМАТРИВАЮЩИХ ПРИВЛЕЧЕНИЕ К ИСПОЛНЕНИЮ КОНТРАКТОВ СУБПОДРЯДЧИКОВ, СОИСПОЛНИТЕЛЕЙ ИЗ ЧИСЛА СМП, СОНКО.

Как уже было указано, требования к содержанию контракта могут быть установлены и типовыми контрактами, типовыми условиями контрактов, разработанными и принятыми Правительством Российской Федерации.

Так, постановлением Правительства Российской Федерации от 23.12.2016 г. № 1466 «Об утверждении типовых условий контрактов, предусматривающих привлечение к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций» установлены типовые условия контрактов, предусматривающие привлечение к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций.

Однако в ходе рассмотрения жалобы № 201700100161000817 Комиссия ФАС России установила, что проект государственного контракта документации об аукционе не содержит вышеуказанных условий, предусматривающих привлечение к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа СМП, СОНКО.

Таким образом, действия Заказчика нарушили часть 7 статьи 30 Закона № 44-ФЗ.

6. УСТАНОВЛЕНИЕ НЕ ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЗАКОНОМ № 44-ФЗ ТРЕБОВАНИЙ К ОБЕСПЕЧЕНИЮ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА.

Согласно части 3 статьи 96 Закона № 44-ФЗ исполнение контракта может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком и соответствующей требованиям статьи 45 Закона № 44-ФЗ, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику. Способ обеспечения исполнения контракта определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия контракта не менее чем на один месяц.

При рассмотрении жалобы № 201700100161000377 Комиссией ФАС России выявлено, что пунктом 7.1 проекта контракта Конкурсной документации установлено, в том числе, следующее: «Срок действия обеспечения Контракта должен превышать срок действия Контракта на 3 (три) месяца».

Комиссия пришла к выводу, что в проекте контракта ненадлежащим образом установлен срок действия банковской гарантии, действия

Заказчика нарушают часть 3 статьи 96 Закона № 44-ФЗ.

В связи с принятием определения Верховного Суда РФ от 02.05.2017 г. № 305-ЭС16-20341 по делу № А40-227679/2015 позиция ФАС России по данному вопросу может измениться.

В указанном определении Судебной коллегией сделан важный вывод о том, что Закон № 44-ФЗ устанавливает обязательное условие банковской гарантии — превышение срока действия банковской гарантии над сроком контракта минимум на один месяц. Вместе с тем, максимального предела действия банковской гарантии законодателем не установлено.

Судебная коллегия признала необоснованными выводы судов о нарушении заказчиком статьи 96 Закона № 44-ФЗ в результате увеличения срока действия гарантии, из-за неверного толкования данной нормы.

При проведении контрольных мероприятий ФАС России оценивает содержание проектов контрактов не только в части наличия обязательных условий, предусмотренных Законом № 44-ФЗ, но и в части отсутствия излишних требований к обязанностям поставщика (подрядчика, исполнителя).

В частности, согласно позиции ФАС России **требование о получении письменного согласия Заказчика на привлечение к выполнению работ по контракту субподрядчиков является нарушением части 6 статьи 31 Закона № 44-ФЗ, поскольку такое требование не предусмотрено частью 1 статьи 31 Закона № 44-ФЗ.**

Данная позиция изложена в решении по жалобе № 201600100161004529, согласно которому в пункте 2.3.1 проекта государственного контракта документации об аукционе, в том числе, установлено следующее: «Подрядчик может заключить договор субподряда только после получения соответствующего письменного согласования с Государственным заказчиком».

Аналогичное решение принято и при рассмотрении жалобы № 201600100161003451, в ходе которого выявлено, что пунктом 5.2.4 проекта контракта Конкурсной документации установлено: «По согласованию с Государственным заказчиком привлекать к выполнению работ по Контракту третьих лиц, обладающих специальными знаниями, соответствующей квалификацией, специальным оборудованием и т. п. При этом ответственность перед Государственным заказчиком за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств третьими лицами по Контракту несет Подрядчик».

Также ФАС России указывает на нарушение Закона № 44-ФЗ в случае выявления в проекте кон-

тракта **требования о предоставлении заказчику документов, подтверждающих статус субъекта малого предпринимательства, не предусмотренных Законом № 44-ФЗ.**

Данное нарушение было выявлено в ходе рассмотрения жалобы № 201700100161000693.

При рассмотрении жалобы Комиссией ФАС России выявлено, что в пункте 6.1.30 проекта контракта установлена обязанность подрядчика: «Представить Государственному заказчику документы, подтверждающие статус субъекта малого предпринимательства (если торги проводились среди субъектов малого предпринимательства):

- копию свидетельства о внесении в Реестр субъектов малого предпринимательства, либо;
- копию учредительных документов;
- справку, подписанную руководителем и главным бухгалтером организации, с указанием средней численности работников, включая работающих по договорам гражданско-правового характера, по совместительству с учетом реально отработанного времени, а также работников представительств, филиалов и других обособленных подразделений юридического лица, за последний отчетный период;
- копию отчета о финансовых результатах за предшествующий календарный год и последний отчетный период с отметкой налогового органа или формы, предусмотренные упрощенной системой налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства, содержащие информацию о выручке (совокупном доходе) от реализации продукции (услуг, работ).

В случае если учредителем (одним из учредителей) Генподрядчика является юридическое лицо с долей участия в уставном капитале более 25%, данное юридическое лицо также обязано предоставить требуемый перечень документов, подтверждающий статус организации как субъекта малого предпринимательства».

Комиссия указала, что статьей 30 Закона № 44-ФЗ установлено: документом, подтверждающим право участника закупки на получение преимуществ в соответствии со статьей 30 Закона № 44-ФЗ, является исключительно декларация.

Действия заказчика, включившего в проект контракта указанные требования о предоставлении заказчику документов, подтверждающих статус субъекта малого предпринимательства, не предусмотренных Законом № 44-ФЗ, нарушают часть 3 статьи 30 Закона № 44-ФЗ. ■