



ЗАКОН О КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ: СПОРЫ С КОНТРОЛЬНЫМИ ОРГАНАМИ

О.Н. Толстобок,

к.т.н.,

заведующий кафедрой

государственных

и муниципальных закупок

университета государственного

и муниципального управления

(АНО ДПО «УГМУ»),

доцент кафедры

государственных, общественных

и муниципальных закупок (ФГБОУ

ДПО ИРДПО), эксперт

по антикоррупционной

экспертизы НПА РФ,

аккредитованный

при Минюсте России

Проанализируем некоторые положения Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ о контрактной системе (далее — Закон № 44-ФЗ). Дадим практические рекомендации заказчикам для исключения споров с контрольными органами по вопросам нового порядка расчета пеней, а также рассмотрим пример установления сроков возврата денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта.

У заказчика возникает обязанность вернуть денежные средства, внесенные в качестве обеспечения исполнения контракта по истечении срока, указанного в контракте.

Банковский и (или) рабочий день как нарушение закона о контрактной системе

В силу положений Закон № 44-ФЗ в ряде случаев заказчику необходимо самостоятельно устанавливать сроки. Вместе с тем контрольный орган ФАС России неоднозначно относится к понятиям «банковский», «рабочий» день в практике осуществления закупок.

Напомним, в соответствии с ч. 27 ст. 34 Закона № 44-ФЗ в контракт включается обязательное условие о сроках возврата заказчиком поставщику (подрядчику, исполнителю) денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта (если такая форма обеспечения исполнения контракта применяется поставщиком (подрядчиком, исполнителем)). В соответствии со статьей 190 Гражданского кодекса РФ установленный законом, иными правовыми актами, сделкой или назначаемый судом срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Соответственно, у заказчика возникает обязанность вернуть де-

нежные средства, внесенные в качестве обеспечения исполнения контракта по истечении срока, указанного в контракте.

При этом отсутствие в проекте контракта сроков возврата поставщику (подрядчику, исполнителю) денежных средств нарушает ч. 27 ст. 34 Закона № 44-ФЗ и приводит к назначению виновным должностным лицам заказчика штрафа в размере 3000 рублей в силу положений ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ.

Так, **ФАС России, проанализировала следующие условия проекта контракта:**

«...Принять к сведению, что исполнитель внес обеспечение исполнения контракта на сумму ____ рублей, что составляет 10% от цены контракта, в форме ____ (указывается форма, в которой предоставляется обеспечение исполнения обязательств, установленных контрактом). В случае продления срока оказания услуг или увеличения объемов оказываемых услуг по настоящему контракту исполнитель обязуется переоформить (соответствующую безотзывную банковскую гарантию) или передать заказчику дополнительные денежные средства в обеспечение исполнения настоящего контракта, в том числе в форме вклада (депозита)...»

и пришла к выводу, что заказчик неправомерно не установил сроки возврата денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта (см. решение ФАС России по делу от **17.12.2015 № К-1777-1/15**).

В большинстве случаев заказчики самостоятельно устанавливают сроки возврата денежных средств. ФАС России в решении от **30.07.2018 по делу № 18/44/105/873** отметила, что заказчик правомерно с учетом положений законодательства о градостроительной деятельности о том, что объект строительства считается завершенным (выполненным) с момента получения акта о вводе объекта в эксплуатацию, установил срок возврата денежных средств в течение 15 рабочих дней с даты получения вышеуказанного акта.

Автор статьи обращает внимание, что в ряде случаев в исчислении сроков возврата денежных средств, внесенных в качестве обеспечения исполнения контракта, заказчики указывают не рабочие, а банковские дни, что вызывает со стороны ФАС России неоднозначную и противоречивую практику контроля.

Например, в проекте контракта было установлено условие о возврате денежных средств исполнителю заказчиком после надлежащего исполнения всех своих обязательств в течение 10 банковских дней со дня получения соответствующего письменного требования. Центральный аппарат ФАС России в решении от **04.07.2018 по делу № 18/44/105/781** указала, что понятие «банковский день» не предусмотрено законодательством Российской Федерации. Таким образом, заказчиком не установлен надлежащим образом срок возврата денежных средств.

Вместе с тем Омский УФАС России не согласился с выводом прокуратуры о том, что понятие «банковский день» не содержится в российском законодательстве и обуславливает назначение соответствующего административного штрафа. Так, на основании ч. 1 ст. 2 Закона № 44-ФЗ законодательство о контрактной системе основывается на положениях Конституции РФ, Гражданского и Бюджетного кодексов РФ и состоит из Закона о контрактной системе и других федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с заключением и исполнением контрактов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг.

В силу п. 2 ст. 314 ГК РФ в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не предусмотрена законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из обычаев либо существа обязательства.

При непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не явствует из обычаев либо существа обязательства. При этом понятие «банковский день» не противоречит правилам обычая и фактически совпадает с понятием «рабочий день» (см. постановление о прекращении административного производства Омского УФАС России от 11.04.2018 № 03-10.2/59-2018/7.30).

Следует помнить, что **понятия «банковский день» и «рабочий день» не являются тождественными (одинаковыми).**

Согласно ч. 6 ст. 6.1 Налогового кодекса РФ срок, определенный днями, исчисляется в рабочих днях, если срок не установлен в календарных днях. При этом рабочим днем считается день, который не признается в соответствии с законодательством РФ выходным и (или) нерабочим праздничным днем.

В соответствии с п. 1.3 Положения о Плате счетов бухгалтерского учета для кредитных организаций и порядке его применения (утв. Банком России 27.02.2017 № 579-П) кредитная организация самостоятельно определяет продолжительность операционного дня, представляющего собой операционно-учетный цикл за соответствующую календарную дату, в течение которого все совершенные операции оформляются и отражаются в бухгалтерском учете по балансовым и внебалансовым счетам с составлением ежедневного баланса.

Операционный день включает в себя операционное время, в течение которого совершаются банковские операции и другие сделки, а также период документооборота и обработки учетной информации, обеспечивающий оформление и отражение в бухгалтерском учете операций, совершенных в течение операционного времени, календарной датой соответствующего операционного дня, и составление ежедневного баланса в сроки, установленные пунктом 2.2 данной части.

Согласно абз. 2 ч. 1 ст. 194 ГК РФ если действие должно быть совершено в организации, то срок истекает в тот час, когда в этой организации по установленным правилам прекращаются соответствующие операции.

Таким образом, **не** следует указывать вместо рабочих банковские дни в случаях прямого указания Закона № 44-ФЗ. Ярким примером является реализация ч. 13.1 ст. 34 Закона № 44-ФЗ в части срока оплаты заказчиком поставленного товара, выполненной работы (ее результатов), оказанной услуги не более 30 дней с даты подписания заказчиком документа о приемке. Так, постановлением о назначении административного наказания Мордовского УФАС России от 17.08.2018 № 504 руководителю заказчика был назначен штраф в размере 3000 рублей за установление срока оплаты услуг по контролю за состоянием и техническому обслуживанию средств пожарной сигнализации в течение 30 банковских дней со дня подписания приемочных документов.

Пени от ключевой ставки или ставки рефинансирования

Одним из нововведений в Закон № 44-ФЗ о контрактной системе является внесение изменений в порядок исчисления пеней. Изменения в части 5, 7 ст. 34 Закона № 44-ФЗ в отношении размера пени, исходя из ключевой ставки, вступили в силу с 1 июля 2018 года на основании Федерального закона от **31.12.2017 № 504-ФЗ**.

Обратите внимание! С 12 мая 2019 года в рассматриваемую статью Федеральным законом от **01.05.2019 № 71-ФЗ** были внесены изменения, которые **не** затронули позиций контрольных органов в отношении ключевой ставки рефинансирования.

Вместе с тем контрольный орган ФАС России не всегда считает нарушением указание в контракте расчета пеней без учета указанных изменений.

Напомним, что пунктами «а», «б» ч. 15 ст. 1 Закона № 504-ФЗ в части 5 и 7 статьи 34 Закона № 44-ФЗ внесены изменения, а именно: слова «ставки рефинансирования» заменены словами «ключевой ставки». Таким образом, с 1 июля 2018 года условие контракта о порядке расчета пеней за просрочку исполнения обязательств как заказчиком, так и поставщиком (подрядчиком, исполнителем) должны содержать указание ключевую ставку.

С позиции Челябинского УФАС России (решение по делу от **06.09.2018 № 537-ж/2018**) проект контракта предусматривал порядок определения размера пени заказчика и подрядчика не от ключевой, а ставки рефинансирования, указанной ранее ч. 5, 7 ст. 34 Закона № 44-ФЗ.

Так, пункт 8.6 проекта контракта, содержал следующее условие:

«Пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения Подрядчиком обязательства, предусмотренного контрактом, 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».

Кроме того, согласно пункту 8.7 проекта контракта:

«При несоблюдении «Заказчиком» предусмотренных настоящим контрактом сроков платежей, «Подрядчик» вправе потребовать уплаты пени за каждый день просрочки исполнения обязательства, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного контрактом срока исполнения обязательства. Размер такой пени устанавливается в размере 1/300 действующей на день уплаты пени ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от неуплаченной в срок суммы».

В ряде случаев, выявляя вышеуказанные нарушения в условиях проектов контрактов, контрольный орган считает, что указанное нарушение не влияет на результаты закупки и не приводит к нарушению прав и законных интересов участников закупок, учитывая тот факт, что значение ставки рефинансирования Центрального Банка России равно значению его ключевой ставки.

Например, Магаданским УФАС России в решении по делу от **05.09.2018 № 04-30/126-2018** указано, что в соответствии с решением Совета директоров Банка России (протокол заседания Совета директоров Банка России от **11.12.2015 № 37**) значение ставки рефинансирования Банка России приравнено к значению ключевой ставки Банка России, определенному на соответствующую дату, с 1 января 2016 года (Указание Банка России от **11.12.2015 № 3894-У**; далее — Указания № 3894-У). Кроме того, согласно письму Минфина России от **30.03.2016 № 02-02-04/18026** если в контракт включено условие о расчете пени от ставки рефинансирования Центрального банка России, то размер такой ставки признается равным размеру ключевой ставки.

Автор статьи обращает внимание, что центральный аппарат ФАС России и вовсе не считает нарушением указание в условиях контракта порядка расчета пеней от ставки рефинансирования ЦБ РФ. Рассмотрим указанную позицию на примере решения ФАС России от **29.10.2018 по делу № 18/44/99/470**.

Центральный аппарат ФАС России не поддержал довод заявителя о том, что заказчиком в проекте контракта неправомерно установлено, что в случае ненадлежащего исполнения и просрочки обязательств пени начисляются в размере 1/300 действующей на дату уплаты пени ставки рефинансирования ЦБ РФ.

Постановлением Правительства РФ от **08.12.2015 № 1340** установлено, что к отношениям, регулируемым актами Правительства РФ, в которых используется ставка рефинансирования Банка России, с 01.01.2016 вместо указанной ставки применяется ключевая ставка Банка России, если иное не предусмотрено федеральным законом. При этом согласно Указанию № 3894-У с 1 января 2016 года значение ставки рефинансирования Банка России приравнивается к значению ключевой ставки Банка России, определенному на соответствующую дату.

Таким образом, пункт 6.3.4 проекта контракта о том, что

«...пеня начисляется за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом, 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 поставщиком (подрядчиком, исполнителем)...»

не противоречит требованиям Закона № 44-ФЗ.

Легитимное продление срока исполнения контракта

Условия изменения сроков исполнения контракта на период, в течение которого действовали обстоятельства непреодолимой силы, строго и четко законом о контрактной системе не регламентируются. Наоборот, положениями ст. 95 Закона № 44-ФЗ не предусмотрено изменение существенных условий в части продления срока исполнения обязательств по контракту. Вместе с тем в каждом контракте существует особая оговорка о пересмотре сроков исполнения контракта в случае наступления обстоятельств непреодолимой силы. В нашей статье на примерах условий контрактов о продлении сроков их исполнения по причине обстоятельств непреодолимой силы проанализируем неоднозначную практику контроля и дадим практические рекомендации заказчику для исключения споров с контрольными органами.

Напомним, что ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ до 1 июля 2019 года установлен исчерпывающий перечень случаев изменения существенных условий контракта, если возможность их изменения была предусмотрена документацией о закупке и контрактом. С учетом внесенных Федеральным законом от **01.05.2019 № 71-ФЗ** изменений в рассматриваемую статью, после 1 июля 2019 года **заказчик будет вправе изменять существенные условия контракта при заключении контрактов с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем)** в соответствии с пунктами 1, 8, 22, 23, 29, 32, 34, 51 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

В соответствии со ст. 401 ГК РФ лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности. Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства. Согласно ч. 3 ст. 401 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Как было указано выше, положениями ст. 95 Закона № 44-ФЗ не предусмотрено изменение существенных условий (изменения срока исполнения обязательств по контракту) контракта в связи с возникновением обстоятельств непреодолимой силы. Таким образом, указание в разделах контрактов условий о том, что в случае возникновения обстоятельств непреодолимой силы срок выполнения обязательств по контракту отодвигается соразмерно времени, в течение которого действуют такие обстоятельства и их последствия, является неправомерным (см. решение Магаданского УФАС по делу от **04.07.2018 № 04-30/79-2018**).

С позиции Адыгейского УФАС России, указанной в постановлении о назначении административного наказания от **19.04.2018 № АЗ-110/18**, включение в проект контракта условия о том, что «если, по мнению сторон, исполнение контракта может быть продолжено в порядке, действовавшем до возникновения обстоятельств непреодолимой силы, то срок исполнения обязательств по контракту продлевается соразмерно времени, которое необходимо для учета действия этих обстоятельств и их последствий», не входит в перечень условий изменения контракта, предусмотренный ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ и влечет назначение штрафа виновному должностному лицу заказчика в размере 3000 рублей.

Вместе с тем ФАС России в решении по делу от **22.10.2018 № 18/44/105/1423** согласилась с позицией заказчика о допустимости включения в проект контракта вышеуказанного условия. Так, указанный пункт проекта контракта на поставку лабораторных центрифуг не предусматривает изменение сроков исполнения обязательств, а уточняет порядок действия сторон в случае наступления обстоятельств непреодолимой силы. Кроме того, указанное условие установлено в соответствии с приказом Минздрава России от **15.10.2015 № 724н** «Об утверждении типового контракта на поставку медицинских изделий, ввод в эксплуатацию медицинских изделий, обучение правилам эксплуатации специалистов, эксплуатирующих медицинские изделия, и специа-

листов, осуществляющих техническое обслуживание медицинских изделий» и не противоречит положениям Закона № 44-ФЗ.

Автор статьи обращает внимание, что согласно ч. 1 ст. 716 ГК РФ предусмотрено общее правило, что при наступлении обстоятельств непреодолимой силы течение срока контракта подлежит приостановлению, в связи с чем в контракт целесообразно включить условие о допустимости продления срока исполнения обязательств на период, в течение которого действовали обстоятельства непреодолимой силы.

Рассмотрим примеры, доказывающие правомерность вышеуказанных формулировок из практики контроля ФАС России.

Например, **проект контракта устанавливал следующее:**

«Если обстоятельство непреодолимой силы непосредственно повлияло на исполнение Сто-
роной обязательств в срок, установленный настоящим Контрактом, срок исполнения обяза-
тельств отодвигается соразмерно времени действия соответствующего обстоятельства».

В письменных возражениях заказчика, направленных в ФАС России, было указано, что указанный пункт проекта контракта не предусматривает изменение сроков исполнения обязательств, а уточняет порядок действия сторон в случае наступления обстоятельств непреодолимой силы (см. решение ФАС России **от 06.07.2018 по делу № 18/44/105/341**). Аналогичную позицию о допустимости включения рассматриваемых условий пересмотра сроков исполнения контракта выразил Хабаровский УФАС России в решении **от 06.08.2018 по делу № 219**, согласившись с позицией заказчика о том, что срок исполнения контракта остается неизменным, а вышеуказанным пунктом всего лишь уточняется порядок действия сторон в случае наступления обстоятельств непреодолимой силы.

Заказчикам также следует учесть, что в соответствии с пунктом 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ **от 24.03.2016 № 7** «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» требование чрезвычайности подразумевает исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях.

Если иное не предусмотрено законом, обстоятельство признается непредотвратимым, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий. Таким образом, **издание актов органами государственной власти не является обстоятельством непреодолимой силы**, так как указанные события не носят характер чрезвычайности и непредотвратимости, поскольку принятие таких актов подразумевает определенную последовательность действий, которые при этом не носят чрезвычайный характер.

Как следует из решения Челябинского УФАС России **от 24.08.2018 по делу № 124-ВП/2018**, заказчик неправомочно в условиях контракта под обстоятельствами непреодолимой силы, помимо объявленной или фактической войны, гражданских волнений, эпидемий, блокад, эмбарго, пожаров, землетрясений, наводнений и других природных стихийных бедствий, указал издание актов органами государственной власти, препятствующих исполнению обязательств или делающих такое исполнение невозможным.

