

# Искусственное разделение однородных товаров, работ, услуг при закупках до 100 (400) тысяч рублей: противоречивые позиции прокуратуры и ФАС России в 2016 году



**Толстобок Олег Николаевич, кандидат технических наук, эксперт по комплексному контролю государственных и общественных закупок аккредитованный при Минюсте России, эксперт по антикоррупционной экспертизе НПА РФ**

Напомним, ранее в статье «Дробление закупок до 100 (400) тысяч рублей: практика контроля» автор статьи рассматривал практику контроля в 2014-2015 годах в части действий заказчика в случае осуществления закупок в предусмотренных Законом о КС объеме на одноименные товары, работы, услуги. Так, отличительной особенностью Закона о КС (44-ФЗ) в отличие от ранее действовавшего Закона о размещении заказов (94-ФЗ) является отказ от понятийного аппарата допустимого объема микро закупка до 100 тысяч в квартал на одноименные товары, одноименные работы, одноименные услуги и введение допустимых объемов таких закупок, исходя из расчета от совокупного годового объема закупок в объеме 5 % (или 2 млн. рублей) или в объеме 50 % (но не более 20 млн. рублей).

При этом как было отмечено автором статьи ранее (см. статья «Дробление закупок до 100 (400) тысяч рублей: практика контроля» Толстобок О.Н., информационно-аналитический еженедельник «Аукционный Вестник» № 288, апрель, 2016; статья ««Дробление закупок» малого объема: практика контроля» Толстобок О.Н., журнал «ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение», № 46, октябрь/декабрь, 2016; а также портал справочно-консультационной системы Гарант.ру <http://www.garant.ru/article/669768/> в рамках проведения онлайн – конференции на тему:

**В результате проверок закупок до 100 (400) тысяч рублей, в соответствии с п. 4 и 5 ст. 93 Закона № 44-ФЗ выявляются факты заключения договоров (контрактов) с одним и тем же поставщиком, подрядчиком, исполнителем в пределах непродолжительного периода времени на поставку одних и тех же товаров, выполнение одних и тех же работ, оказание одних и тех же услуг, что свидетельствует об искусственном дроблении закупок и ограничении количества возможных участников закупки. Вместе с тем автор статьи, анализируя правоприменительную практику 2016 года, делает вывод о неоднозначном подходе органов контроля по закупкам идентичных товаров, работ, услуг до 100 (400) тысяч рублей.**

«Государственные и регламентированные закупки: практика проведения плановых и внеплановых проверок») были сделаны выводы о том, что «дробление» закупок с целью непроведения конкурентных способов определения поставщиков, подрядчиков, исполнителей является нарушением не только 44-ФЗ, но и Закона о защите конкуренции. Не допустимым является заключение с одним поставщиком, подрядчиком, исполнителем договоров до 100 (400) тысяч даже с не превышением установленных Законом о КС предельных объемов (ограничений) на одни и те же товары, работы, услуги. Вместе с тем окончательно вопрос о "дроблении" предмета закупки может быть решен только судом, исходя из конкретных обстоятельств дела, поэтому было рекомендовано обжаловать решения органов контроля о «дроблении» закупок в установленном порядке.

В настоящей статье остановимся на обзоре практики контроля искусственного разделения предмета одного контракта на несколько отдельных с проведением закупки у единственного поставщика с целью непроведения конкурентных процедур в 2016 году.

В письме Минэкономразвития России от 14.07.2016 № Д28и-1805 указано, что закон не ограничивает число закупок до 100 тысяч рублей. Это касается также и случаев, когда предмет контрактов – приобретение одних и тех же товаров, работ, услуг в течение календарного периода времени (квартал, месяц, день). При этом заказчиком запрещено совершать действия, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок (ч. 2 ст. 8 № 44-ФЗ).

Вместе с тем, автором статьи отмечаются разные подходы прокуратуры и ФАС России при определении вины должностных лиц в случае «дробления» закупок. Рассмотрим подробнее позиции ФАС России в следующих случаях.

**Закупки у одного юр. лица одной датой разных товаров не является нарушением**

При проведении районной прокуратурой по обращению депутата Государственной Думы Федерального собрания

Российской Федерации законодательства о КС в действиях администрации Крыловского района Краснодарского края выявлены нарушение, влекущее за собой необоснованное сокращение числа участников закупки.

Так, 01.09.2015 г. администрация Крыловского сельского поселения Крыловского района, в лице <...>, с ИП Богданов А.А. заключен договор № 208 на поставку насоса PEDROLLO с ценой контракта 99 900 рублей.

01.09.2015 г. администрация Крыловского сельского поселения Крыловского района, в лице <...>, с ИП Богданов А.А. заключен договор № 206 на поставку устройства автоматического управления промышленным оборудованием, прожектора RGB (12V) с ценой контракта 99 900 рублей.

При рассмотрении материалов административного дела Краснодарским УФАС России установлено, что администрацией Крыловского сельского поселения Крыловского района проводилось две закупки с ценой контракта по каждой закупки 99 900 рублей, что соответствует требованиям п. 4) ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе.

Таким образом, заключение контракта у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) по п. 4) ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе возможно если сумма закупки товара, работы или услуги на сумму не превышающую сто тысяч рублей и годовой объем закупок по данному пункту не должен превышать два миллиона рублей. Иных ограничений по закупкам товаров, работ, услуг по п. 4) ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе не установлено действующим законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг.

Соответственно, в действиях <...>, заключившей договоры № 206, 208 от 01.09.2015 г., отсутствует состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 7.29 КоАП в части принятия решения о способе закупки с нарушением требований, установленных Законом о КС (см. Постановление о прекращении производства по делу об административном правонарушении Краснодарского УФАС России № 13 А-РЗ/2016 от 10.02.2016).

**Закупки у одного юр. лица разными датами одинаковых товаров не является нарушением**

Постановлением исполняющего обязанности прокурора Центрального района г. Твери юриста 1 класса В.А.В. от 26.09.2016 было возбуждено дело об административном правонарушении в отношении главного бухгалтера, руководителя контрактной службы Муниципального бюджетного общеобразовательного учреждения «Средняя общеобразовательная школа № 36» (далее – СШО № 36) С.О.В. по части 2 статьи 7.29 в связи с принятием решения о способе закупки с нарушением требований, установленных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг.

09.11.2015 МОУ «Средняя общеобразовательная школа № 36» и индивидуальным предпринимателем Е.А.В. заключен контракт № 30, в соответствии с которым подрядчик (ИП Е.А.В.) обязуется выполнить работы по замене оконных блоков в помещении МОУ СОШ № 36 по адресу: г. Тверь, ул. Ерофеева, д. 18. Цена контракта составила 387 000,00 руб., срок выполнения работ – с 20.11.2015 по 20.12.2015.

03.12.2015 МОУ «Средняя общеобразовательная школа № 36» и индивидуальным предпринимателем Е.А.В. заключен контракт № 35, в соответствии с которым подрядчик (ИП Е.А.В.) обязуется выполнить работы по замене оконных блоков в помещении МОУ СОШ № 36 по адресу: г. Тверь, ул. Ерофеева, д. 18. Цена контракта составила 63 292,00 руб., срок выполнения работ – с 10.12.2015 по 20.12.2015.

Указанные контракты заключены путем проведения закупки у единственного поставщика.

Вместе с тем, с позиции городской прокуратуры заключение указанных контрактов направлено на достижение одной общей цели – замену оконных блоков в помещении МОУ СОШ № 36. Изучением калькуляции к контрактам №№ 30, 35 прокуратурой установлено, что установке подлежат идентичные по обоим контрактам оконные блоки: профиль GUTVERG, фурнитура AXOR, заполнение 32 мм 4/10/4/10/4.

Период выполнения работ также совпадает, что свидетельствует о необходимости выполнения единого фронта

работ по замене оконных блоков. Единовременное заключение 2 контрактов с единым подрядчиком на выполнение работ, которые могут быть объединены в один объект закупки, свидетельствует о неверном выборе способа определения поставщика (подрядчика, исполнителя), желании избежать использования конкурентного способа определения поставщика (подрядчика, исполнителя).

При рассмотрении дела в Тверском УФАС России представитель прокуратуры дополнительно пояснила, что в нарушение требований пункта 5 части 1 статьи 93 Закона о КС, в соответствии с которой может быть заключен контракт с единственным поставщиком до 400 тыс. руб., и без конкурентных процедур Заказчиком — СОШ № 36, почти одновременно — в ноябре и декабре 2016 года, были заключены по единому объекту закупки — выполнение работ по замене оконных блоков в помещении школы, два контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) — ИП Е.А.В., на выполнение работ по замене оконных блоков в помещении школы, соответственно по цене 387 000,00 руб. (21 окно) и 63 292,00 руб. (3 окна), что превышает 400 тыс. руб., и с нарушением установленного Законом порядка заключения контракта — без определения и обоснования начальной максимальной цены второго контракта (на 63292,00 руб.), что привело к отсутствию возможности закупки единого объекта без конкурентных процедур, предусмотренных статьей 24 Закона и нарушению требований пункта 5 части 1 статьи 93 Закона.

Однако, как установлено Тверским УФАС России, согласно объяснениям С.О.В., оба контракта были заключены за счет сэкономленных бюджетных средств в ходе конкурентной процедуры по закупке на выполнение работ по ремонту отопительной системы. Таким образом, заказчик вправе осуществить закупки у единственного поставщика в соответствии с пунктами 4 и 5 части 1 статьи 93 Закона в случае соблюдения ограничений для осуществления таких закупок, предусмотренных Законом. Такими ограничениями, в соответствии с пунктами 4 и 5 статьи 93 Закона, является стоимость закупки по контракту и объем закупок от совокупного годового объема закупок, при этом одноименность закупок при заключении контрактов не является ограничением (запретом) в отличие от предусмотрен-

ного пунктом 14 части 2 статьи 55 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Как следует из Постановления о прекращении производства по делу об административном правонарушении Тверского УФАС России № 05-5/1-49-2016 от 01.11.2016, законодатель устанавливает общее правило — контракт должен быть заключен по результатам конкурентных процедур; возможность осуществления закупки у единственного поставщика носит исключительный характер — только в прямо предусмотренных Законом случаях. Перечень случаев закупки у единственного поставщика установлен статьей 93 Закона. Согласно представленным дополнительно С.О.В. документам, совокупный годовой объем закупок Заказчика в 2015 году составляет 11264,5 тысяч рублей; объем закупок по пункту 5 части 1 статьи 93 Закона — 3779,38 тысяч рублей.

Таким образом, годовой объем закупок, которые заказчик осуществил на основании пункта 5 части 1 статьи 93 Закона, в том числе при заключении спорных контрактов, не превышает пятьдесят процентов совокупного годового объема закупок заказчика. При этом, как указано выше, одноименность закупок при заключении контрактов на основании пункта 5 части 1 статьи 93 Закона не является ограничением. Следовательно, как указал Терской УФАС России спорные закупки осуществлены способом, предусмотренным Законом.

В заключении нельзя не обратить внимание заказчиков на то, что закупка у единственного контрагента допускается только в качестве исключения, контролирурующие органы могут придерживаться и иной позиции (ч. 5 ст. 24, ч. 2 ст. 48 Закона № 44-ФЗ). В том случае, если товары, работы, услуги, приобретаемые по нескольким контрактам, действительно технически и (или) функционально дополняют друг друга, то они могут квалифицироваться как притворные сделки, прикрывающие другую сделку, объектом которой является весь комплекс товаров (работ, услуг) (п. 2 ст. 170 ГК РФ). При этом есть вероятность признания сделки недействительной.

Ярким примером является Постановление Арбитражного суда Ураль-

ского округа от 26 августа 2016 г. по делу № Ф09-8787/16.

Как следует из материалов дела и установлено судами, между Обществом (поставщиком) и Управлением (покупатель) 20.07.2015 заключены договоры поставки товара № 31 и № 32, в соответствии с условиями которых поставщик принял на себя обязательства передать в собственность покупателя: компьютер в сборе с монитором CPU 4460/MB85/8Gb/1000Gd/DVDRW/Case400/монитор BenQ DL 221 — 1 шт. стоимостью 38 100 руб. (договор от 20.07.2015 № 31), компьютеры в сборе с монитором CPU 4460/MB85/8Gb/1000Gd/DVDRW/Case400/ монитор BenQ DL 2215 — 2 шт. на сумму 76 200 руб. (договор от 20.07.2015 № 32), а покупатель принял на себя обязательства принять и оплатить поставленные товарно-материальные ценности. Таким образом, общая стоимость товарно-материальных ценностей, поставляемых по названным договорам, составила 114 300 руб.

Полагая, что договор от 20.07.2015 № 31 в совокупности с договором от 20.07.2015 № 32 представляют собой искусственно раздробленную единую сделку на поставку идентичного товара, данные договоры имеют фактическую направленность на достижение единой хозяйственной цели; продавцом и покупателем по ним являются одни и те же лица, имеющие единый интерес на приобретение у одного продавца одновременно несколько одноименных товаров; в нарушение п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе совершенной в размере 114 300 руб., прокурор обратился в арбитражный суд с рассматриваемым иском.

Удовлетворяя иски требования, суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что оспариваемая сделка, искусственно раздробленная на два самостоятельных договора (договор от 20.07.2015 № 31 и договор от 20.07.2015 № 32), противоречит требованиям Закона № 44-ФЗ, так как цена указанных договоров на поставку одноименных товаров, превышает 100 000 руб., в связи с чем, данная сделка подлежала заключению на торгах, в порядке, предусмотренном названным законом.

Суды обоснованно пришли к выводу, что договоры поставки от 20.07.2015 № 31 и от 20.07.2015 № 32 направлены на достижение единой хозяйственной цели, приобретателем по ним являет-

ся одно и то же лицо, имеющее единый интерес, предметом — одноименные товары, в связи с чем фактически образуют единую сделку, искусственно раздробленную и оформленную двумя самостоятельными договорами-документами.

В этой связи и поскольку общая стоимость оспариваемых договоров превышает предельно допустимый размер закупки у единственного поставщика, суды также пришли к верным выводам о нарушении процедуры их заключения и, как следствие, о недействительности (ничтожности) сделки, оформленной указанными договорами, в связи с чем, правомерно удовлетворили заявленные требования в полном объеме.

Доводы Управления о том, что для исчисления максимального лимита контрактов имеет значение не их количество, а их совокупная сумма, которая не должна превышать 2 000 000 руб. или 5% от совокупного годового объема закупок, судами были отклонены, как основанные на ошибочном толковании закона. Как отмечено судами, оспариваемая сделка влечет нарушение публичных интересов, поскольку нарушает установленный законодателем порядок привлечения субъектов на товарный рынок, а также нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц, так как последние лишены возможности заключить договор на поставку товаров, предусмотренных в оспариваемых договорах.

Кроме того, в соответствии с п. 1 и 2 ст. 167 Гражданского кодекса Российской Федерации недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения, при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом. В рассматриваемом примере к ответчику применили последствия недействительности сделки, то есть управление обязали вернуть поставщику ранее купленные компьютеры и мониторы, а поставщик должен возвратить заказчику 114 000 рублей. ■