

ДРОБЛЕНИЕ И УКРУПНЕНИЕ ЗАКУПОК.

ПРАКТИКА КОНТРОЛЯ
И ОБОСНОВАНИЕ
ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ
ЗАКАЗЧИКОМ



КУЗНЕЦОВ
Кирилл Владимирович,

эксперт-практик по организации и контролю закупочной деятельности, Центр эффективных закупок Tendery.ru

Тема корректного формирования лота (объема закупки) уже не первый год является зоной бескомпромиссных баталий между заказчиками, участниками закупок и контролерами. Причем это вполне можно назвать сражением без правил. Разделишь закупку на несколько мелких — виновен, «раздробил»! Объединишь несколько схожих потребностей в рамках единой закупки — виновен, «укрупнил»! Все как у классиков¹: «белые придут — грабят, красные придут — грабят... И куда бедному крестьянину податься?»

Давайте вновь порассуждаем о путях минимизации рисков и обосновании размера и состава лота заказчиком.

КУРИЦА И КОРОВА: НАМ НЕ ВСТРЕТИТЬСЯ, ПОДРУГА...

Начнем немного издалека: с объединения в одном лоте разнородной продукции.

Заказчики уже чуть ли не наизусть знают положения ст. 17 Закона о защите конкуренции², запрещающей действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. При закупках по правилам контрактной системы ответственность усиливается еще и запретом на ограничение конкуренции путем включения в состав лотов продукции, технологически и функционально не связанной с той, которая является предметом закупки.

Но даже экспертам, не говоря о рядовом заказчике, порою очень сложно определить, насколько соответствует лот и рыночное предложение, а значит, ограничивает ли он конкуренцию. Давайте рассмотрим вопрос, ответ на который очевиден обывателю: можно ли купить вместе куриное яйцо и молоко?

Многие специалисты по Закону 44-ФЗ единогласно скажут решительное «нет» подобному попранию духа конкуренции. И отчасти будут правы — в большинстве случаев ФАС России считает именно так.

Но смотрите рыночные реалии: практически в любом продуктовом магазине присутствуют названные продукты, причем зачастую стоят рядом. И розничные магазины, как правило, закупают весь подобный ассортимент у единого поставщика. Потому что объемы их закупок не представляют в большинстве случаев ни малейшего интереса для производителей яиц и молока. Как не особо интересна для металлургического комбината значимая для городка закупка нескольких десятков рельсов для ремонта трамвайных путей.

Вот на уровне оптовиков, торговых сетей — тут уже объемы закупок позволяют проводить выбор поставщика «узкими» лотами. Что поделаться, реалии рынка.

Напомним, что в Законе № 135-ФЗ речь идет о конкуренции в целом, а не конкуренции производителей. И если обратиться к арбитражной практике, мы увидим неожиданную картину: суды неоднократно³ принимали решения, согласно которым в случаях, когда предметом закупки является поставка товара, а не его изготовление (и, соответственно, участником закупки, помимо производителя, может выступить любое другое лицо), отсутствие у конкретного участника закупки возможности поставить товар с требуемыми характеристиками вовсе не свидетельствует о том, что заказчик ограничил конкуренцию.

Если продукция (пусть даже одного конкретного производителя) свободно обращается на рынке, что мешает участнику закупки ее приобрести и поставить заказчику?

Тем более, что действия заказчика (формирование именно такого лота) обусловлены существую-

¹ к/ф «Чапаев», 1934 г.

² Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ (далее — закон о защите конкуренции, закон № 135-ФЗ).

³ Постановления ААС Волго-Вятского округа от 13.07.2015 г. № Ф01-2510/2015 по делу № А11-8121/2014, от 16.06.2016 г. № Ф01-2186/2016 по делу № А31-7300/2015 и др.



щей потребностью, связанной с осуществлением основной деятельности. Разумеется, право в нашей стране не прецедентное и иных решений так же найдется в достатке, тем не менее — повод для размышлений.

Итак, мы получили **первый возможный аргумент** для принятия решения (и обоснования позиции в случае претензий антимонопольного органа) об объединении разнородных товаров при формировании лота: наличие нескольких конкурирующих между собой поставщиков, заинтересованных в продаже **объема** продукции, необходимого заказчику⁴.

«КАК ВЫ ЯХТУ НАЗОВЕТЕ...»⁵

Вернемся к формулировке ч. 3 ст. 17 Закона 135-ФЗ. В состав лота должна включаться продукция, только связанная с предметом закупки. Очевидно отсутствие подобной связи при попытке включить яйцо в лот «Молочная продукция».

Но и молоко, и яйца — это продукты питания. И если речь пойдет уже о закупке «продуктов питания» ситуация заметно меняется — уже нет столь очевидного несоответствия.

Уместно вспомнить давнишнее, но не потерявшее своей актуальности решение суда⁶, который

счел допустимым объединение в один лот указанных продуктов, поскольку формирование лота направлено на исполнение обязанности заказчика по обеспечению регулярным питанием детей детского сада на основании заранее определенного меню. Которое состоит из готовых блюд, потому определяющим для заказчика является приобретение продуктов питания разного вида в рамках одного контракта.

А значит, мы получаем **второй аргумент**: входящая в состав лота продукция соответствует определенному заказчиком **предмету закупки** и, что особо важно — **задаче, которую заказчик должен решить по результатам данной закупки**.

«СВЯЗАННЫЕ ОДНОЙ ЦЕЛЮ...»⁷

Актуальность описанной выше проблемы подчеркивается и ее включением в «Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁸, на который с этого лета ориентируется отечественная судебная система.

Констатируя допустимость включения в один лот технологически и функционально взаимосвя-

занных между собой товаров, работ и услуг, в качестве иллюстрации Верховный суд приводит два примера:

В первом судом сочтено допустимым объединение в один лот технологически и функционально связанных товаров: **компьютеров и программного обеспечения**.

Как же так, это же разные рынки?! Еще более разные, чем яйца и молоко! Однако суд указывает на то, что **без использования программного обеспечения начало использования компьютерной техники невозможно**, а значит, такое объединение соответствует требованиям ст. 8 и п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе.

В другом деле арбитражный суд указал на неправомерность действий заказчика по объединению в одном лоте работ по подготовке проектно-сметной документации и выполнению строительно-монтажных работ. Результатом такого объединения является необоснованное ограничение количества участников конкурса ввиду того, что проектные и строительные работы представлены на разных товарных рынках, на каждом из которых имеется круг потенциальных участников торгов, готовых выполнить эти работы.

Кроме того (а возможно и — ключевой аргумент), отсутствие проектной документации в полном объеме в составе документации о торгах на строительство объекта означает, что заказчик не установил требований к качеству, техническим характеристикам, безопасности, результатам работ, что является нарушением положений ст. 33 Закона о контрактной системе.

Итак, второй аргумент получает поддержку со стороны Президиума Верховного суда. Если нам нужен омлет и предметом контракта будет «приобретение ингредиентов для изготовления омлета», почему бы не приобрести вместе яйца, масло, соль и молоко... а кое-кто может даже о сковородке задуматься (но настолько далеко заходить мы точно не советуем).

ДРОБЛЕНИЕ ЗАКУПКИ. «МЫ ДЕЛИЛИ ПОМИДОР — РАНЫ НОЮТ ДО СИХ ПОР...»⁹

Разделение потребности заказчика на несколько закупок диктуется разными соображениями. Иногда на рынке практически отсутствуют поставщики, способные предложить сразу весь необходимый заказчику объем. В других же случаях заказчик старается избежать длительных процедур и, «дробя закупки», уходит от торгов к запросам котировок, а от последних — к закупке у единственного поставщика.

Собственно, именно второй случай и вызывает вопросы при контроле закупочной деятельности заказчика. Хотя, как справедливо указывал в своем письме¹⁰ прошлый регулятор контрактной системы, Закон № 44-ФЗ не содержит ограничений в количестве закупок, не превышающих ста тысяч рублей, которые заказчик вправе осуществить у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) на основании п. 4 ч. 1 ст. 93 44-ФЗ, в том числе в случаях, когда предметом контрактов является приобретение одних и тех же товаров, работ, услуг в течение какого-либо календарного периода времени (квартал, месяц, день).

Впрочем, он также предусмотрительно отмечал, что в соответствии с ч. 2 ст. 8 Закона № 44-ФЗ запрещается совершение любых действий, которые противоречат требованиям указанного закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности — к необоснованному ограничению числа участников закупок. А закупка у единственного поставщика как раз не конкурентна.

Примеров, когда однотипные закупки рассматриваются в качестве нарушений, становится все больше. Так, прокуратура посчитала, что заказчик нарушил закон, приобретя у единственного поставщика на основании п. 4 ч. 1 ст. 93 двумя договорами три компьютера (на сумму 38 100 руб. и 76 200 руб.).

По мнению суда¹¹, договоры были направлены на достижение единой хозяйственной цели, продавцом и покупателем по ним являлись одни и те же лица, предметом — одноименные товары, в связи с чем фактически они образуют единую сделку, искусственно раздробленную и оформленную двумя самостоятельными договорами-документами.

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.

Аналогичным нарушением было сочтено заключение двух договоров на оказание услуг аренды спортивного зала для организации и проведения тренировок. Стоимость каждого договора составляла менее 100 тыс. руб., однако, так как услуги оказываются непрерывно, а их общая стоимость превышает 100 тыс. руб., по мнению прокуратуры, налицо нарушение требований ст. 21, 24 Закона № 44-ФЗ: контракты заключены без проведения конкурентных процедур. Причем надзорный орган

⁴ Можно даже попробовать направить запрос ценового предложения на птицефабрику еще на этапе планирования. Правда, будьте готовы, что его просто проигнорируют.

⁵ из м/ф «Приключения капитана Врунгеля».

⁶ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.01.2013 г. по делу № А56-27356/2012.

⁷ «Наутилус Помпилиус» — «Скованные одной цепью».

⁸ Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28 июня 2017 года (п. 3 обзора).

⁹ «Мы делили апельсин», Куранов Андрей.

¹⁰ Письмо МЭР РФ от 14.07.2016 г. № Д28и-1805.

¹¹ Решение АС Уральского округа от 26.08.2016 г. № Ф09-8787/16 по делу № А34-6943/2015.

счел, что заказчиком нарушены и положения ст. 7 ФЗ «О противодействии коррупции»¹².

Нарушением признавалось также и разделение на две закупки ремонтных работ в соседних помещениях, приобретения и монтажа оборудования и т. п.

Анализ подобных случаев позволяет сформулировать рекомендации, следование которым позволит минимизировать риски обвинений в дроблении:

- желательно при разделении объема **не уходить к менее конкурентной процедуре**. Разделив потребность в 800 тыс. руб. на две закупки вполне можно провести два электронных аукциона, а не запросы котировок;
- по возможности — не заключать однотипные («раздробленные») контракты **с одним контрагентом** или аффилированными поставщиками;
- дистанцировать подобные сделки **во времени**. В идеале — проводить закупку только по имеющимся заявкам. Например, если у заказчика запланировано приобрести компьютеров в течение года на 1 млн руб., то заключить договор «до ста тысяч» стоит, только если на момент закупки поступило заявок на компьютеры в пределах этой суммы¹³;
- обосновывать **соответствие цены рыночной**.

УКРУПНЕНИЕ ЛОТА. «ПОРОСЕНОЧЕК РОС, РОС... И ВЫРОСЛА...»¹⁴

И вот мы, наконец, подошли к ключевой проблеме нашего обзора. А насколько крупным может быть лот?



Укрупнять его можно как «вширь» (по ассортименту), так и «ввысь» (количественно). Не случайно для предотвращения картелизации рынка госзакупок лекарственных средств правительство в свое время было вынуждено принять специальное решение об ограничении смешения в одном лоте разных препаратов¹⁵.

Может показаться, что чем крупнее лот, тем ниже уровень конкуренции. В качестве примера приведем результаты контроля ФАС России закупок в сфере дорожного строительства за период с 1 января по 30 июня текущего года¹⁶.

За первое полугодие 2017 года было выявлено около 2,2 тысячи нарушений в ходе закупок на дорожное строительство. Антимонопольная служба указала, что чаще всего при проведении аукционов в сфере дорожного строительства заказчики устанавливают излишние требования к описанию объекта закупки и необоснованно укрупняют лот. Например, объединяют в один лот десятки **не связанных друг с другом** дорог, расположенных в разных районах города или целого субъекта.

«Необоснованное укрупнение лота приводит к тому, что контракт достается посредникам, которые затем привлекают реальные строительные компании в качестве субподрядчиков. При этом в силу раздутости лота реальные строительные компании лишены возможности участвовать в такой закупке напрямую, снижается конкуренция на торгах, а бюджет в свою очередь лишается экономии», — отметил заместитель руководителя ФАС России Рачик Петросян.



Суды так же поддерживали¹⁷ антимонопольную службу в случаях, если в один лот включались работы **в разных, несвязанных районах** или, наоборот, работы по одному району разбиты на несколько лотов с одновременным объединением с работами по другим районам.

Но особый интерес в контексте этой проблемы представляет поручение¹⁸, данное Д. А. Медведевым по итогам совещания о дорожном хозяйстве Омской области, которое прошло 25 апреля 2017 года.

ФАС России совместно с Правительством Омской области поручено проработать возможность привлечения крупных дорожных организаций **путем укрупнения лотов за счет объединения нескольких контрактов**. По мнению участников совещания, это должно повысить качество дорожных работ и обеспечения гарантийных обязательств. Ведь меньшие лоты для крупных игроков не представляют особого интереса, а именно такие компании могут обеспечить высокий уровень качества при минимизации издержек.

И ранее в судебной практике тоже встречалась поддержка такого подхода. Например, арбитражный суд Московского округа посчитал¹⁹, что объединение работ в один лот целесообразно, учитывая, что на балансе заказчика находится более 350 автодорог в 33 районах протяженностью бо-

лее 13 тыс. км, 80 % которых находятся в неудовлетворительном состоянии. А **разбивка на более мелкие лоты является правом, а не обязанностью заказчика и приведет к росту затрат бюджетных средств** на организацию торгов и оплату стоимости работ в несколько раз.

Таким образом, мы приходим к выводу, что в некоторых случаях, если работы/услуги, включаемые в состав лота, **взаимосвязаны** и на рынке **присутствуют несколько участников**, способных выполнить подобные объемы, то вполне **возможно проведение закупки без разделения лота**. Кстати, при закупке товаров такой подход нареканий у контролеров обычно и не вызывает.

Разумеется, **риски** разбирательства с антимонопольным органом тут довольно **велики**, но и шансы на победу в суде при наличии указанных выше обоснований вполне удовлетворительные.

Резюме напрашивается само собой: прежде чем формировать лот, заказчику стоит изучить рынок покупаемой продукции, существующее предложение.

Если планируемый им объем готовы предложить несколько участников закупки, то, следуя описанным выше принципам, используя рассмотренные подходы, вполне можно провести эффективную закупку, которая успешно пройдет проверки контролирующих органов, а если потребуется — и испытание судами. ■

¹² Федеральный закон «О противодействии коррупции» от 25.12.2008 г. № 273-ФЗ.

¹³ Вариант организации такой деятельности: техника закупается только после поступления на нее заявки. Если до момента закупки поступило несколько заявок, они должны быть объединены в одну.

¹⁴ х/ф «Мистер Икс», 1958 г.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 17.10.2013 г. № 929.

¹⁶ Письмо ФАС России в Минфин России, <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=51401>.

¹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 28.03.2016 г. № 307-КГ16-1305.

¹⁸ Резолюция от 25.04.2017 г. № ДМ-П9-23пр

¹⁹ Постановление АС Московского округа от 18.06.2015 г. по делу № А40-46361/2014.