

Ф. А. Тасалов*

Несвобода договора и несправедливые договорные условия в практике государственных и муниципальных закупок

Аннотация. Большинство современных исследований о свободе договора посвящено особенностям реализации этого принципа в коммерческих отношениях. В статье анализируется другая сторона свободы договора — его применение в государственных и муниципальных закупках. Автор анализирует выводы постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» на основе актуальных судебных споров между государственными заказчиками и поставщиками в рамках применения Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Выделены ключевые особенности действия принципа свободы договора на стадии определения поставщика и на этапе исполнения обязательств по государственным контрактам. Отдельное внимание уделено оценке переговорных возможностей государственных заказчиков и участников закупки, проблеме злоупотребления правом сильной стороной в зависимости от стартовых условий закупки и способов ее проведения заказчиком. Представлен анализ аргументации судов в отношении толкования условий государственных контрактов с точки зрения свободы договора и ее пределов. В заключение сформулированы практические рекомендации и выводы.

Ключевые слова: свобода договора, контрактная система, закупки, торги, неустойка, несправедливые договорные условия, государственный контракт, участник закупки, государственный заказчик, протокол разногласий, документация о закупке.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.085-094

Основной целью принятия обновленного законодательства о государственных и муниципальных закупках в 2013 г. было выравнивание баланса между заказчиками и участниками закупок, причем в сторону усиления позиций заказчиков, а не поставщиков.

Заказчики получили право на односторонний внесудебный отказ от исполнения обязательств, в законодательство была введена конструкция

типовых контрактов, обязательных к применению заказчиками и поставщиками, какие-либо возможности согласования заказчиком и поставщиком исполнения обязательств на условиях, отличающихся от предложенных заказчиком в проекте контракта, по-прежнему остаются почти полностью заблокированными.

На фоне всех перечисленных нововведений Федерального закона от 5 апреля 2013 г.

© Тасалов Ф. А., 2019

* Тасалов Филипп Артемьевич, кандидат юридических наук, руководитель отдела по нормотворческой работе ООО «РТС-тендер»

1351688@mail.ru

121151, Россия, г. Москва, наб. Тараса Шевченко, д. 23а

№ 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹ (далее — Закон № 44-ФЗ, Закон о контрактной системе) за скобками остается вопрос переговорных возможностей сторон, несправедливых договорных условий, злоупотребления правом заведомо сильным агентом и судебного контроля. Если посмотреть на заявленную проблематику шире, то речь должна идти о проблеме свободы договора в контрактных отношениях.

В условиях детальной регламентации законодателем процедур публичных закупок рассуждать о свободе договора на первый взгляд представляется бессмысленным. Такая свобода при поверхностной оценке отсутствует или ограничена императивными предписаниями.

Вместе с тем после принятия постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»² (далее — Постановление Пленума ВАС РФ) на его основе постепенно стала формироваться судебная практика в сфере публичных закупок, требующая анализа и формулирования проблем в плоскости реализации принципа свободы договора в контрактных отношениях.

Согласно позиции ВАС РФ, в отношении норм договорного права устанавливается опровержимая презумпция их диспозитивности: в случае отсутствия в норме явно выраженного запрета и невозможности определения критериев ее императивности, такая норма считается диспозитивной (п. 4).

ВАС РФ указал, что императивность нормы следует из прямого запрета на согласование сторонами иной модели в виде, например, предусмотренных нормой последствий признания договора недействительным (п. 2).

В свою очередь, критериями императивности нормы могут выступать цель охраны особо значимых интересов, включая прежде всего интересы слабой стороны, недопущение гру-

бого нарушения баланса интересов сторон, или императивность может следовать из существа законодательного регулирования отношений в рамках отдельного договора (п. 3).

Для целей применения приведенных разъяснений ВАС РФ суды обязаны осуществлять судебное толкование диспозитивности или императивности нормы в соответствии с приведенными критериями императивности, а также выяснять фактические обстоятельства дела: 1) переговорные возможности сторон; 2) характер присоединения стороны к сделке; 3) профессионализм сторон; 4) уровень конкуренции на рынке; 5) наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры, заключить аналогичную сделку с другим лицом (п. 10).

ВАС РФ предоставил лицу, которому другой стороной по договору были предложены несправедливые договорные условия, нарушающие существенным образом баланс интересов сторон, возможность применения п. 2 ст. 428 ГК РФ. Такое лицо не лишено возможности требовать признания ничтожности таких условий (ст. 169 ГК РФ) или их неприменения в соответствии с правилами ст. 10 ГК РФ (п. 9).

Юридическая природа несправедливых договорных условий, по мнению О. И. Мягковой, должна включать два элемента: существенный дисбаланс интересов сторон обязательства и недобросовестное поведение сильной стороны, использующей явное неравенство переговорных возможностей³. Отдельно исследователь справедливо указывает, что договорные условия, не соответствующие требованиям законодательства, не могут признаваться в качестве несправедливых, а требуют от судов квалификации в качестве недействительных в рамках ст. 168 ГК РФ⁴.

Нужно обратить особое внимание на то, что Постановление Пленума ВАС РФ не содержит разъяснений, посвященных реализации принципа свободы договора на стадии определения

¹ СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

² Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

³ См.: Мягкова О. И. Несправедливые договорные условия в российском гражданском праве // Российский юридический журнал. 2017. № 2. С. 105.

⁴ Мягкова О. И. Указ. соч.

заказчиком поставщика. В нем не дана оценка в отношении особенностей квалификации императивных и диспозитивных норм, несправедливых условий на стадии исполнения обязательств по контрактам.

Таким образом, вопрос реализации Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах применительно к сфере публичных закупок остается открытым с точки зрения законодательства о контрактной системе и практики его применения.

Стадия формирования заказчиком проекта контракта до его публикации Законом № 44-ФЗ не регулируется.

Исключение составляют типовые контракты и условия, применение которых заказчиками является обязательным в силу предписаний законодательства⁵. Возможность изменения заказчиком условий типового контракта существенно ограничена, поэтому свобода договора на стадии определения поставщика даже заказчика оказывается почти полностью заблокированной.

После публикации заказчиком в единой информационной системе в сфере закупок (далее — ЕИС) проекта контракта участник закупки вправе направить заказчику запрос о разъяснении условий проекта контракта⁶.

Закон о контрактной системе содержит запрет на переговоры между участником закупки и заказчиком в отношении заявки поставщика до определения победителя закупки (ч. 1 ст. 46). Из этой нормы следует вывод о том, что при проведении заказчиком закупки у единственного поставщика стороны свободны в проведении переговоров и согласовании условий сделки на приемлемых для контрагентов условиях, поскольку при прямом заключении контракта без торгов не может быть «победителя закупки».

Исключением из этого правила являются отдельные случаи закупки без проведения торгов, прежде всего в сфере энергоснабжения, где широкое распространение получила конструкция публичного договора (п. 8, 29 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ).

Называть запросы поставщиков о разъяснении положений проекта контракта «переговорами» было бы неверным. Такой вывод следует из того, что участник закупки не может предложить заказчику свою редакцию контракта, поскольку предмет запроса — только толкование заказчиком договорного условия, заказчик не обязан вносить изменения в проект контракта по запросу поставщика. Все, что требуется от заказчика, — это направить ответ на запрос участника закупки в установленные законодательством сроки. Но и здесь законодатель допускает много неточностей.

Так, при проведении конкурса его участник не ограничен в количестве направляемых заказчику запросов на разъяснение положений проекта контракта (ч. 7 ст. 50 Закона № 44-ФЗ). Напротив, участник электронного аукциона может только трижды обратиться к заказчику с запросом на разъяснение проекта контракта (ч. 3 ст. 65 Закона № 44-ФЗ).

Указанное расхождение в количестве запросов на разъяснение условий проекта контракта будет устранено только после введения новых электронных способов закупки, предусмотренных Федеральным законом от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁷: при проведении электронного конкурса и электронного аукциона их участники смогут обратиться

⁵ См.: постановление Правительства РФ от 2 июля 2014 г. № 606 «О порядке разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, а также о случаях и условиях их применения» (вместе с Правилами разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов) (п. 6) // СЗ РФ. 2014. № 28. Ст. 4053.

⁶ Здесь и далее для удобства мы используем термин «запрос» на разъяснение условий проекта контракта, а не принятый в Законе № 44-ФЗ оборот «запрос на разъяснение положений документации о закупке», поскольку нас интересуют именно условия проекта контракта, который является неотъемлемой частью документации о закупке.

⁷ СЗ РФ. 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 88.

к заказчику с запросом на разъяснение документации о закупке только три раза.

Практика проведения электронных аукционов показывает, что операторы электронных площадок не блокируют возможность направления участниками аукционов запросов на разъяснение аукционной документации после истечения установленного заказчиком срока для их направления, а заказчики вправе размещать ответы на такие запросы⁸.

Другим способом влияния участника закупки на условия проекта контракта является обжалование его условий в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок (ч. 3, 4 ст. 105 Закона № 44-ФЗ). По итогам рассмотрения жалобы антимонопольный орган вправе обязать заказчика внести изменения в проект контракта.

Наконец, последней возможностью для поставщика повлиять на условия будущей сделки выступает протокол разногласий на этапе заключения контракта.

Необходимо подчеркнуть, что в действующей редакции Закона о контрактной системе использование заказчиком и участником закупки протокола разногласий допускается только при проведении электронного аукциона.

Следовательно, возможность участника закупки направить заказчику протокол разногласий безосновательно поставлена законодателем в зависимости от способа конкурентной закупки, что создает дополнительные неоправданные ограничения прав поставщиков. Можно только догадываться, по какой причине победитель открытого конкурса не вправе направить заказчику протокол разногласий к условиям проекта контракта, а победителю электронного аукциона, пусть и в достаточно ограниченной форме, такая возможность предоставлена.

Между тем практика использования поставщиками протокола разногласий при проведении электронного аукциона показывает, что этот механизм не может рассматриваться в качестве эффективного способа изменения

условий контракта. Закон № 44-ФЗ ограничивает использование участником аукциона протокола разногласий только случаями расхождения условий проекта контракта с требованиями документации об аукционе и условиями исполнения контракта, предложенными поставщиком в заявке (ч. 4 ст. 70 Закона № 44-ФЗ).

Как правило, заказчики в ответ на протокол разногласий поставщика отказываются вносить какие-либо изменения в проект контракта. В обоснование этой позиции заказчиками стандартно приводится правило ч. 2 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, устанавливающее запрет на изменение условий контракта на этапе его заключения.

С 1 июля 2018 г. использование заказчиком и лицом, с которым заключается контракт, протокола разногласий на этапе заключения контракта вводится для новых электронных способов закупок — электронного конкурса, электронного двухэтапного конкурса, электронного конкурса с ограниченным участием, а также для электронных запросов котировок и запросов предложений⁹ (ч. 4, 5 ст. 83.2 Закона № 44-ФЗ в новой редакции).

Вместе с тем, поскольку заказчики будут обязаны применять электронные процедуры закупки только с 1 января 2019 г., при проведении заказчиками «бумажных» конкурентных процедур закупок использование протокола разногласий будет по-прежнему заблокировано.

Каковы же переговорные возможности заказчика и участника закупки на стадии определения поставщика?

Из всех возможных способов учета заказчиком волеизъявления участника закупки в отношении условий контракта единственным способом добиться таких изменений является обжалование положений проекта контракта в антимонопольный орган.

Но использование поставщиком этого административного механизма в любом случае не позволяет ему предложить иные условия исполнения обязательств, а может только

⁸ См.: письмо ФАС России от 20 августа 2015 г. № АЦ/43570/15.

⁹ Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд”».

фрагментарно исключить условия, явно несоответствующие императивным положениям законодательства. Именно поэтому исключение антимонопольным органом отдельных договорных условий в административном порядке нельзя рассматривать в качестве переговоров и реального механизма учета заказчиком волеизъявления участника закупки.

Запросы поставщиков на разъяснение положений проекта контракта и протокол разногласий, как было показано, не оказывают серьезного влияния на условия будущего контракта.

Итак, оценивая законодательство о контрактной системе в рассматриваемой части с позиции п. 10 Постановления Пленума ВАС о свободе договора и ее пределах, мы можем утверждать, что фактическое соотношение переговорных возможностей участника закупки и заказчика при проведении торгов всегда в пользу последнего.

Присоединение победителя закупки к условиям контракта, нарушающим баланс интересов сторон, всегда носит вынужденный характер, поскольку отказ от заключения контракта влечет признание заказчиком поставщика уклонившимся от его заключения, с перспективой включения антимонопольным органом информации об участнике закупки в реестр недобросовестных поставщиков.

Распространенной практикой заказчиков является определение в контракте условия об освобождении от ответственности за просрочку в оплате исполненных обязательств в случае недостаточного бюджетного финансирования.

На этапе определения поставщика участники закупки успешно обжалуют подобные контрактные условия. Контрольные органы в сфере закупок признают такие условия не соответствующими императивным нормам Закона № 44-ФЗ об ответственности заказчика (ч. 5 ст. 34)¹⁰. Однако такие жалобы, в отличие от количества сходных споров, которые рассматривают арбитражные суды, носят единичный характер.

Так, по одному из дел, рассмотренных арбитражным судом кассационной инстанции, заказчик частично оплатил выполненные подрядчиком работы. Остальная сумма задолженности была погашена заказчиком с просрочкой.

Условиями контракта была предусмотрена ответственность заказчика в случае просрочки исполнения и оговорка об освобождении заказчика от ответственности в случае недофинансирования. Подрядная организация потребовала в суде от заказчика пени в отношении периода просрочки, допущенного заказчиком.

Суд отказал лицу в удовлетворении кассационной жалобы, мотивируя решение ссылкой на п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора, предусматривающий, что отсутствие в норме явно выраженного запрета и критериев ее императивности должно влечь за собой квалификацию такой нормы, как диспозитивной. По мнению суда, включение заказчиком в контракт условия об освобождении его от ответственности в случае отсутствия финансирования не противоречит п. 1 ст. 314 и п. 1 ст. 746 ГК РФ и отвечает требованиям ст. 421 ГК РФ¹¹.

Известно, что обязательным условием контракта является положение об ответственности его сторон — как поставщика, так и заказчика (ч. 4 ст. 34 Закона № 44-ФЗ). Отдельно в Законе № 44-ФЗ императивно предусмотрена ответственность заказчика в случае просрочки (ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ), которая была предусмотрена контрактом и является законной неустойкой.

Анализ ст. 34 Закона № 44-ФЗ позволяет квалифицировать положения об ответственности сторон контракта в качестве существенных условий контракта (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Вместе с тем из анализа положений Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора необходимо констатировать, что *разъяснения ВАС РФ не могут применяться сторонами договорных отношений в отношении существенных условий сделки, определенных в законе в качестве*

¹⁰ См.: решение ФАС России от 5 декабря 2014 г. по делу № К-1798/14; решение УФАС России по Ростовской области от 8 апреля 2014 г. № 6062/03 по делу № 538/03.

¹¹ См.: постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 7 февраля 2018 г. по делу № А33-771/2017.

необходимых для определенного вида договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

Тем не менее суд счел возможным игнорировать императивное условие контракта об ответственности заказчика в пользу другого положения контракта, исключающего возможность применения императивной нормы.

Положениями Закона о контрактной системе и нормами ГК РФ в качестве основания для освобождения стороны контракта от ответственности рассматриваются обстоятельства непреодолимой силы или вина контрагента (ч. 9 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, п. 3 ст. 401 ГК РФ). Отсутствие средств в бюджете ни при каких условиях не может быть квалифицировано судом как обстоятельство непреодолимой силы, что следует из требований ст. 401 ГК РФ и позиции Верховного Суда РФ¹².

Таким образом, арбитражный суд, применяя п. 4 разъяснений ВАС РФ о свободе договора, обошел стороной предусмотренную этими же разъяснениями обязанность по выявлению фактических обстоятельств заключения контракта (п. 10) и ограничился констатацией диспозитивного характера норм ГК РФ о договоре подряда в части условий оплаты заказчиком выполненных подрядчиком работ (п. 1 ст. 746 Кодекса).

Подчеркнем, что в анализируемом деле суд не учел фактическое отсутствие у подрядной организации возможности ведения переговоров с заказчиком в отношении спорного условия до заключения контракта, тем самым необоснованно не применив п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ.

Ссылки суда на положения ГК РФ о договоре подряда в обоснование принятого решения также не выдерживают критики. Так, в силу п. 1 ст. 746 ГК РФ порядок и сроки оплаты по договору подряда определяются законом или договором.

Какого-либо противоречия этой нормы условиям спорного контракта о порядке и сроке оплаты действительно нет. Но спор, рассмотренный судом, имел отношение только к вопросу

освобождения заказчика от ответственности при просрочке и не был связан с применением сторонами контракта условия, отличного от правила, закрепленного в п. 1 ст. 746 ГК РФ.

Обращение суда к общим правилам о сроке исполнения обязательств (п. 1 ст. 314 ГК РФ) в подтверждение своей позиции является избыточным и не относящимся к обстоятельствам рассмотренного дела, поскольку контрактом были предусмотрены сроки оплаты, которые в итоге нарушил заказчик.

Как нам представляется, приведенное решение суда было продиктовано необходимостью защиты средств бюджета от взыскания, отсюда — отказ от квалификации переговорных возможностей сторон и необъяснимые ссылки суда на нормы ГК РФ, не подтверждающие выводы, содержащиеся в решении.

Следовательно, комментируемое решение арбитражного суда не соответствует Закону о контрактной системе, положениям ГК РФ и полностью искажает судебное толкование принципа свободы договора и его пределов, изложенное в Постановлении Пленума ВАС РФ.

В рассмотренном деле суд должен был признать условие об освобождении заказчика от ответственности при просрочке вследствие недофинансирования недействительным (ст. 168 ГК РФ) и применить императивную норму Закона о контрактной системе (ч. 5 ст. 34).

Рассматривая сходный спор между заказчиком и подрядчиком о взыскании пеней за просрочку в оплате выполненных работ, другой суд кассационной инстанции занял противоположную позицию, иск компании о взыскании с заказчика пеней в отношении периода просрочки удовлетворил, несмотря на условие контракта об освобождении заказчика от ответственности при его недофинансировании.

Коллегия судей, отклоняя доводы заказчика, указала, что *подрядчик является слабой стороной отношений, не обладавшей возможностью повлиять на спорное условие контракта, следовательно, условие об освобождении*

¹² См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». П. 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5.

заказчика от ответственности при недофинансировании явно обременительно и заведомо невыгодно для подрядчика и не подлежало применению¹³.

Суд, применяя п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора, в отличие от ранее приведенного решения, верно определил переговорные возможности сторон и подтвердил действие императивной нормы Закона о контрактной системе в отношении ответственности заказчика, являющейся существенным условием контракта.

Отсутствие бюджетного финансирования часто служит заказчикам не только в качестве способа освобождения от ответственности, но также широко используется как основание для отказа в оплате подрядчикам выполненных и принятых работ.

Так, заказчик, требуя пересмотра решений судов первой и апелляционной инстанций, которыми было удовлетворено требование подрядчика о взыскании основной суммы долга за выполненные работы и процентов за пользование чужими денежными средствами, указал, что заключенный контракт является сделкой под отлагательным условием. В качестве такого «отлагательного» условия заказчик привел положение контракта о том, что оплата выполненных работ проводится в соответствии с лимитами бюджетных обязательств, доведенными до заказчика.

Арбитражный суд кассационной инстанции обоснованно отказал в удовлетворении жалобы заказчика, отметив, что контракт по смыслу п. 1 ст. 157 ГК РФ не является сделкой под отлагательным условием, отсутствие бюджетного финансирования не освобождает заказчика от исполнения обязанности по оплате выполненных и принятых им работ¹⁴.

Позиция кассационного суда была поддержана Верховным Судом РФ¹⁵. Сходные решения об отсутствии оснований для отказа заказчиком в оплате выполненных работ при отсутствии финансирования принимают и другие арбитражные суды¹⁶.

Другим способом одновременного освобождения заказчика от ответственности при просрочке и от обязанности по своевременной оплате исполненных обязательств является условие контракта о том, что оплата производится заказчиком по мере поступления средств из бюджета.

Отсюда заказчики приходят к выводу о том, что недофинансирование означает, что срок оплаты не наступил, а следовательно, и ответственности за просрочку в подобных ситуациях заказчики не несут. Суды обоснованно признают подобную аргументацию заказчиков несостоятельной, а применение норм Закона № 44-ФЗ об ответственности заказчика — императивным требованием, которое не может быть отменено условиями финансирования должника в лице заказчика¹⁷.

Интересное преломление получил принцип свободы договора в отношении размера законной неустойки, предусмотренной Законом о контрактной системе.

Так, в Обзоре судебной практики в сфере закупок Верховный Суд РФ (далее — ВС РФ) пояснил, что размер неустойки, предусмотренный Законом № 44-ФЗ, может быть увеличен по соглашению сторон как в отношении заказчика, так и применительно к поставщику¹⁸.

Впрочем, в Обзоре ВС РФ приведен только один пример, когда размер ответственности был увеличен заказчиком в отношении поставщика и составил 1 % за каждый день просрочки.

Разумеется, ВС РФ привел в обоснование этой позиции п. 1 ст. 332 ГК РФ, не запрещаю-

¹³ См.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 7 декабря 2016 г. по делу № А71-3716/2015.

¹⁴ См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 2 февраля 2016 г. № Ф06-4527/2015 по делу № А12-25371/2015.

¹⁵ См.: определение Верховного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 306-ЭС16-2758.

¹⁶ См.: постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30 мая 2017 г. по делу № А48-4172/2016.

¹⁷ См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29 января 2018 г. № Ф06-28303/2017 по делу № А06-4002/2017.

¹⁸ См.: Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд

щий увеличение размера законной неустойки по соглашению сторон.

Здесь важна, естественно, не констатация судом такой возможности, а реально существующие механизмы, использование которых позволяло бы поставщику согласовать повышенный размер ответственности заказчика до заключения контракта.

Так, ВС РФ по одному из дел подтвердил, что условие о повышенном размере ответственности поставщика при его просрочке не противоречит Закону о контрактной системе¹⁹.

Однако если подобное условие будет включено в контракт в отношении заказчика, то позиция судов становится совершенно другой, а п. 1 ст. 332 ГК РФ неожиданно «выключается». Предваряя анализ решения одного из арбитражных судов, следует отметить, что случаи включения в контракт повышенной ответственности заказчика встречаются крайне редко и имеют место при заключении заказчиками контрактов с единственным поставщиком.

Так, условием контракта, заключенного между заказчиком и поставщиком в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ, была определена ответственность заказчика в отношении просрочки в оплате поставки в размере 0,1 % за каждый день просрочки.

Отметим, что несмотря на установленную Законом № 44-ФЗ возможность сторон в отдельных случаях закупки у единственного поставщика не устанавливать условие об ответственности (ч. 15 ст. 34), режим прямого заключения контракта позволяет включать условие об ответственности сторон сделки на согласованных сторонами условиях (ст. 421 ГК РФ).

Арбитражные суды трех инстанций отказали поставщику в удовлетворении иска о взыскании пени за просрочку, поскольку согласованный

сторонами размер неустойки превышал размер ответственности заказчика, предусмотренный ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ. Иск был удовлетворен судом только в отношении размера пеней, предусмотренного в ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ.

Суд счел, что *отсутствие законодательного запрета на увеличение размера законной неустойки не всегда означает возможность ее увеличения по соглашению сторон вследствие возможного ограничения свободы договора существом законодательного регулирования*²⁰.

В качестве обоснования суд привел позицию ВС РФ о том, что условие договора, противоречащее существу законодательного регулирования отдельных договорных отношений, может быть признано ничтожным²¹. Далее суд применил Постановление Пленума ВАС РФ о свободе договора и счел, что повышенный размер неустойки в отношении заказчика искажает суть ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, в которой размер ответственности заказчика ограничен 1/300 ключевой ставки Банка России.

Смысл ограничения законодателем предельного размера неустойки, по мнению суда, может заключаться в защите слабой стороны сделки, неспособной сопротивляться (именно такой термин использован в решении) включению завышенного размера неустойки в контракт. В рассмотренном споре заказчиком выступала школа — бюджетное учреждение, некоммерческая организация, которая, согласно выводам суда, не является профессиональным участником экономического оборота.

Указанные обстоятельства позволили суду применить п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и квалифицировать ч. 5 ст. 34 Закона о контрактной системе как императивную норму.

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28 июня 2017 г.). П. 35 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 12.

¹⁹ См.: определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. по делу № 306-ЭС15-15659.

²⁰ См.: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 июня 2017 г. по делу № А45-11005/2016.

²¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 74 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

Защита слабой стороны контракта, которой неожиданно оказался заказчик, позволила суду не только констатировать императивный характер ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, но сделать применение этой нормы обязательным всегда, несмотря на допускаемую Законом № 44-ФЗ возможность сторон контракта отказаться от включения в него условия об ответственности сторон и согласовать другой размер неустойки.

В итоге суд оставил в силе решения судов первой и апелляционной инстанций, которые удовлетворили требования истца только в размере неустойки, предусмотренном ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ²². Отказ арбитражных судов трех инстанций во взыскании пеней, предусмотренных контрактом, был поддержан Верховным Судом РФ²³.

Комментируемое решение показывает реальные, а не формально законодательные возможности у сторон контракта в отношении согласования условия о повышенном размере неустойки, от толкования которых с позиций принципа свободы договора ВС РФ отказался.

Другими словами, увеличение размера ответственности возможно в контрактных отношениях фактически только для одной, действительно слабой стороны — для поставщика, а предусмотренная в п. 2 ст. 332 ГК РФ возможность увеличения размера законной неустойки для обеих сторон отношения является фикцией.

Суд при разрешении спора не учел, что оснований для применения к спорному условию контракта размера неустойки, установленному в ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, не имеется, поскольку стороны добровольно воспользовались ч. 15 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, позволяющей не применять законную неустойку к контрактам с единственным поставщиком и не запрещающей сторонам иначе определить условие об ответственности в контракте.

Довод суда о том, что бюджетное учреждение не является профессиональным участником рынка, из чего суд заключил, что заказчик в дан-

ном случае выступает слабой стороной отношений, может быть легко опровергнут.

Дело в том, что ограничений для согласования условия проекта контракта об ответственности у заказчика не имелось. Суды не учли принцип профессионализма заказчика (ст. 9 Закона № 44-ФЗ), который распространяется на всех заказчиков вне зависимости от их организационно-правовой формы.

Наконец, если согласиться с тем, что все заказчики, выступающие в закупках в организационно-правовых формах некоммерческих организаций, являются слабой стороной таких отношений даже при заключении контрактов с единственным поставщиком, тогда потребуются пояснить, какой тогда стороной такие заказчики являются при проведении конкурентных процедур закупок, когда поставщик, как мы уже доказали, почти полностью ограничен в возможностях влияния на условия проекта контракта — слабой или сильной?

Получается, что при осуществлении закупок у единственного поставщика такой заказчик будет слабой стороной отношений, а при проведении торгов — сильной. Абсурдность позиции суда очевидна.

Переговорные возможности сторон в лице заказчика и участника закупки не только не равны, но и носят диспропорциональный характер, если речь идет о проведении заказчиком торгов. Все опции участника закупки согласовать справедливые условия контракта на этапе определения поставщика при проведении заказчиком конкурентной процедуры закупки исчерпываются обжалованием положений проекта контракта.

Напротив, режим закупки у единственного поставщика позволяет сторонам согласовать взаимоприемлемые условия исполнения контрактных обязательств, за исключением случаев закупки у единственного поставщика на основании конструкции публичного договора или несостоявшихся конкурентных процедур.

На этапе исполнения контракта должно найти более широкое применение правило

²² См.: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 июня 2017 г. по делу № А45-11005/2016.

²³ См.: определение Верховного Суда РФ от 17 октября 2017 г. № 304-ЭС17-14884.

о возможности суда по иску поставщика вносить изменения в условия контракта либо их отменять или признавать их несправедливыми договорными условиями, предусмотренное п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Мягкова О. И. Несправедливые договорные условия в российском гражданском праве // Российский юридический журнал. — 2017. — № 2. — С. 99—111.

Материал поступил в редакцию 29 апреля 2018 г.

"NON-FREEDOM" OF A CONTRACT AND UNFAIR CONTRACTUAL TERMS IN THE PRACTICE OF STATE AND MUNICIPAL PROCUREMENT

TASALOV Filipp Artemevich, PhD in Law, Head of the Rule-Making Department, RTS-Tender LLC
1351688@mail.ru
121151, Russia, Moscow, nab. Tarasa Shevchenko, d. 23a

Abstract. *The majority of contemporary studies devoted to the freedom of contract is devoted to the peculiarities of implementation of this principle in commercial relations. The article analyzes the other side of the freedom of contract — its application in state and municipal procurement.*

The author analyzes conclusions drawn in Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of March 14, 2014 No. 16 "On freedom of contract and its limits" on the basis of court disputes between public procurement authorities and suppliers within the framework of the Federal Law of April 5, 2013 No. 44-FZ "On the contract system in the procurement of goods, works and services for state and municipal needs."

The paper determines the key features of the principle of freedom of contract at the stage of determining the supplier and at the stage of performance of obligations under procurement contracts. Special attention is paid to the assessment of negotiation opportunities, public procurement authorities and participants of procurement, the problem of abuse of the right by a stronger party depending on the starting conditions of the purchase and the ways of its implementation by the public procurement authority. The analysis of arguments of courts concerning interpretation of terms of procurement contracts from the point of view of freedom of contract and its limits is presented. To sum up, the author provides for practical recommendations and conclusions.

Keywords: *freedom of contract, contract system, purchases, trades, penalty, unfair contract terms, public contract, procurement participant, public procurement authority, statement of disagreements, procurement documentation.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Myagkova O. I. Nespravedlivye dogovornye usloviya v rossiyskom grazhdanskom prave // Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal. — 2017. — № 2. — S. 99—111.