



Беляева Ольга Александровна,

главный научный сотрудник центра частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор Российской академии наук, почетный работник сферы образования Российской Федерации

E-mail: o.beliaeva@rambler.ru

Author ID 202981 SPIN-код 5123-5091
УДК 347.4 ББК 67.404 EDN YDDDTK

ЗАПРОС РАЗЪЯСНЕНИЙ И (ИЛИ) ДОКУМЕНТАЦИИ В КОРПОРАТИВНЫХ ЗАКУПКАХ

Аннотация. Предметом исследования в настоящей статье является формат общения заказчика с претендентами и участниками закупок в виде ответа на запрос о разъяснении положений извещения и (или) документации о закупке. В современной юридической литературе полностью отсутствуют публикации по этой проблематике, в то время как автором обнаружено в ней немало спорных правовых моментов, которые проиллюстрированы многочисленными прецедентами из административной и судебной практики. Главной сложностью был и остается дискреционный характер ответов заказчиков, трудности с установлением причинно-следственной связи между нарушениями при рассмотрении запросов (в том числе в части соблюдения сроков) и результатами конкретной процедуры закупки. Автор также анализирует административные составы, по которым заказчик и его должностные лица могут быть привлечены к ответственности за игнорирование запросов или предоставление ответов с просрочкой. Методологическую основу статьи оставили метод анализа и формально-юридический метод. По результатам проведенного исследования автором сформулированы конститутивные признаки процедуры запроса разъяснений, а также основные правила, которых следует придерживаться корпоративным заказчикам во избежание обвинений в сговоре с участниками закупочной процедуры.

Ключевые слова: административная ответственность; заинтересованность; заказчик; закупка; запрос разъяснений; конкурентная процедура; претендент; принципы закупки; участник закупки; штраф.

Трендом последнего десятилетия стало расширение пространства права. Предпосылкой этому много, в том числе повышение степени абстрактности правовых норм и ориентация на принципы права, которые периодически требуют переоценки и дополнительного толкования¹.

Как известно, и в закупочной деятельности корпоративные заказчики обязаны руководствоваться рядом принципов, закрепленных в ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»² (далее — Закон о за-

купках). К ним относятся: общедоступность информации о закупках; равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции в отношении участников закупки, отсутствие ограничений на участие в закупках путем установления неизмеряемых требований к участникам закупок. Данные принципы являются руководящими началами правового регулирования закупок, поэтому процедуры, опосредующие их реализацию, демонстрирующие определенные грани их толкования и интерпретации, содержатся в последующих нормах закона.

В частности, все вышеперечисленные принципы воплощаются в такой процедуре, как запрос разъяснений, которой в современной профессиональной литературе не уделяется внимания. Поэтому представляется целесообразным восполнить этот пробел.

¹ См.: Момотов В.В. Пространство права и власть технологий в зеркале судебной практики: современный взгляд // Журнал российского права. 2023. Т. 27. № 2. С. 112.

² Собрание законодательства РФ. 2011. № 30. (ч. 1). Ст. 4571.

Участники конкурентной закупки вправе направлять заказчикам запросы о разъяснении положений извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке в порядке, предусмотренном Законом о закупках и положением о закупке, (ч. 2 ст. 3² Закона о закупках). С точки зрения терминологической чистоты следует указать, что заказчик получает запрос от претендента, а не от участника закупки. Это связано с тем, что от правильного понимания положений извещения и (или) документации во многом зависит решение об участии или о неучастии в той или иной закупочной процедуре. При этом термин «претендент» в Законе о закупках отсутствует, в нем все возможные лица и даже их договорные объединения (так сказать, фигуранты отношений) именуются «участниками».

Соответственно, заказчики обязаны отвечать на запросы любых лиц независимо от того, подали они заявки на участие в конкретной конкурентной процедуре закупки или нет, не акцентируя свое внимание на термине «участник закупки».

Согласно ч. 3 ст. 3² Закона о закупках в течение трех рабочих дней со дня получения запроса заказчик обязан, указав предмет запроса, но не называя участника закупки, от которого поступил этот запрос, разъяснить положения документации о конкурентной закупке и направить данные разъяснения в единую информационную систему (далее — ЕИС).

Из этого положения следует, что, во-первых, заказчикам дается мало времени для ответа на поступившие запросы. Во-вторых, ответы должны быть опубликованы в ЕИС, то есть они должны быть общедоступными, чтобы о них узнали все участники закупки и иные потенциально заинтересованные в участии лица (претенденты). В-третьих, предмет запроса должен быть идентифицирован, но лицо, подавшее запрос, напротив, должно быть обезличено.

Бывают и прямо противоположные казусы, когда заказчик размещает в ЕИС ответы, не указывая предмет запроса, но, напротив, обозначая наименование участника закупки, от которого поступал запрос³.

³ См.: Решение Санкт-Петербургского УФАС от 2 августа 2021 г. № Т02-575/21 // <https://br.fas.gov.ru/>

Как показывает практика, существует множество случаев, когда заказчик игнорирует запрос (т.е. в ЕИС не размещаются разъяснения). Они чреваты привлечением к административной ответственности на основании ч. 5 ст. 7.32³ Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) с назначением наказания в виде административного штрафа⁴. Равным образом правонарушением является и такая ситуация, когда заказчик отправляет претенденту ответ на запрос о разъяснении по электронной почте, но не размещает его в ЕИС. Антимонопольный орган может выдать предписание об отмене протоколов и о возврате к приему заявок, квалифицируя в действиях заказчика нарушение принципа информационной открытости⁵.

Следует подчеркнуть, что к ответственности по данному административному составу может привлекаться и заказчик как организация, и его должностное лицо. Речь идет о лице, утвердившем документацию о закупке, либо о руководителе заказчика⁶.

При этом в документации о закупке обязательно должны быть указаны формы, порядок, дата и время окончания срока предоставления участникам закупки разъяснений положений документации о закупке (п. 11 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках). На мой взгляд, важно подчеркнуть, что закупка — это строго формализованное мероприятие, любое обращение участника закупки к заказчику должно квалифицироваться как запрос разъяснений, поскольку любой другой вид диалога с участниками рынка очень опасен, так как близок к антиконкурентному сговору⁷. Например, в одном из споров заказчик утверждал, что не дал конкретного ответа на запрос участника закупки, поскольку посчитал, что это не запрос разъяснений, а вы-

⁴ См.: Решение Санкт-Петербургского УФАС от 15 сентября 2020 г. № Т02-659/20 // <https://br.fas.gov.ru/>

⁵ См. Решение ФАС России от 17 июня 2022 г. № 223-ФЗ-244/22 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См. Решение ФАС России от 16 февраля 2022 г. № 223-ФЗ-77/22 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См. также: *Беляева О.А.* Диалог с участниками рынка: переговоры или сговор в корпоративных закупках? // Прогнозсказ. РФ. 2021. № 8. С. 33–42.

ражение мнения участника о невозможности выполнения работ в сроки, установленные в закупочной документации⁸. Позиция заказчика в данном случае ошибочна: у него нет полномочий проводить различие между «запросом» и «мнением».

Поэтому ответ на запрос разъяснений обязателен и всегда должен публиковаться в ЕИС. В некоторых случаях заказчиком удается фактически избежать административного штрафа, но они носят исключительный характер и возможны только в судебном порядке при обжаловании постановления антимонопольного органа о наложении административного штрафа. Речь идет о применении категории «малозначительность» (ст. 2.9 КоАП РФ), которая имеет место при отсутствии серьезной угрозы охраняемым общественным отношениям. Так, в одном из споров суды признали малозначительным отсутствие ответа на запрос разъяснений в связи с тремя обстоятельствами дела: закупка признана несостоявшейся, в текущем году повторная закупка не проводилась, а на следующий год в аналогичной закупке победил тот участник, который ранее подавал запрос о разъяснении и обжаловал в антимонопольном органе отсутствие ответа на него⁹.

Если запрос разъяснений поступил позднее чем за три рабочих дня до даты окончания срока подачи заявок на участие в закупке, заказчик вправе не давать разъяснение (ч. 3 ст. 3² Закона о закупках).

Президиум Верховного Суда РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой обязанность заказчика дать разъяснения положений документации о закупке возникает только при своевременном поступлении запроса участника закупки¹⁰. Не име-

ет значения то обстоятельство, что участник закупки считает установленный срок слишком коротким. Например, данная проблема характерна для такой процедуры, как запрос котировок, поскольку при ее проведении извещение размещается в ЕИС не менее чем за пять рабочих дней до дня истечения срока подачи заявок на участие в запросе котировок. Следует признать, что в запросе котировок срок на обращение за разъяснениями является чрезмерно коротким именно по объективным причинам.

На практике возникла непредвиденная проблема, связанная с правом заказчика давать разъяснения по истечении установленного срока. Например, одного из заказчиков обвинили в нарушении, поскольку он разместил в ЕИС ответ на запрос, поступивший не за три, а за два рабочих дня до окончания срока подачи заявок. Иными словами, заказчик должен был проигнорировать запрос, но вместо этого разместил в ЕИС ответ на него, что также было признано антимонопольным органом нарушением ч. 3 ст. 3² Закона о закупках¹¹. Такой вывод представляется в корне неверным, поскольку заказчик вправе не отвечать, право противоположно обязанности. Следовательно, действия заказчика в данный временной период — три рабочих дня до окончания срока заявок — определяются исключительно им самим.

При этом размещение ответа на запрос за пределами рабочего дня в 18.30 не является нарушением со стороны заказчика, поскольку ЕИС функционирует круглосуточно¹².

Разъяснения положений документации о конкурентной закупке не должны изменять предмет закупки и существенные условия проекта договора. Иными словами, разъяснения должны комментировать уже установленный и обозначенный предмет

⁸ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13 июля 2021 г. по делу № А56-47803/2020 // СПС «КонсультантПлюс»

⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 июля 2022 г. по делу № А56-76575/2021; п. 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях».

¹⁰ См.: Пункт 20 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2022), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 12 октября 2022 г. // <https://www.vsr.ru/documents/>

[practice/31604/](https://www.vsr.ru/documents/). Аналогичная позиция устоялась и в административной практике. См., напр.: Решение Оренбургского УФАС России от 20 февраля 2023 г. № 056/07/3-153/2023 // <https://br.fas.gov.ru/>

¹¹ См.: Решение Татарстанского УФАС России от 6 июня 2022 г. № 04-04/7227 // <https://br.fas.gov.ru/>

¹² См.: Решение Московского областного УФАС России от 13 сентября 2022 г. № 050/07/223-33020/2022 // <https://br.fas.gov.ru/>

закупки и условия проекта договора, не изменяя и не дополняя их первоначальное содержание.

Так, недопустимо давать разъяснения, отличающиеся от описания предмета закупки (например, технических или качественных характеристик), существенных условий будущего договора¹³.

Вправе ли заказчик установить ограничение количества запросов, которые может направить ему один участник закупки? Вопрос отнюдь нетривиальный, поскольку многочисленные запросы о даче разъяснений являются злоупотреблением правом, препятствуют своевременному проведению процедуры, отвлекают персонал заказчика на подготовку и размещение ответов. По мнению Минфина России, Закон о закупках и ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не устанавливают запрет заказчику ограничить количество запросов (в том числе руководствуясь аналогичным ограничением, предусмотренным при осуществлении закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд) о даче разъяснений, подаваемых одним участником закупки¹⁴.

Однако представляется, что корпоративным заказчикам следует быть осторожными и не придерживаться подобной позиции. Подобное ограничение может быть расценено как дискриминация участников закупки. В целом представляется ненужным следовать такого рода «административным прецедентам», ведь какой-либо ответственности за не вполне верное разъяснение орган власти не несет (один закон не запрещает, однако это не исключает вероятности нарушения другого закона), все последствия ложатся бременем на частных лиц. Административные прецеденты, буквально наводнившие современную закупочную практику, по сути, есть не что иное, как нарушение принципа защиты законных

ожиданий (его европейский аналог — концепция правомерных ожиданий)¹⁵.

Что подразумевается под разъяснением? Можно ли квалифицировать ответ заказчика как не содержащий конкретного разъяснения? По опыту ведь часто бывает так, что заказчик дает разъяснение общими фразами, тем не менее, соблюдая формальное нормативное требование о даче разъяснений. По этому поводу практика изобилует примерами различных споров, разрешение которых часто приводит к диаметрально противоположным результатам. Например, не был признан «разъяснением» ответ заказчика о необходимости продления срока предоставления разъяснений в связи со сложностью поступившего запроса¹⁶. Очевидно, что продления срока Закон о закупках не предусматривает, поэтому подобный ответ — лишь «отписка». В другом споре как отсутствие разъяснения был квалифицирован следующий ответ: «Вопрос требует дополнительного времени на рассмотрение, ожидайте ответа»¹⁷.

В то же время следует отметить, что большинство споров на эту тему имеют крайне субъективную, дискреционную окраску, поскольку нет каких-либо нормативных требований к содержанию разъяснений. Поэтому неполнота и неоднозначность ответа зачастую признаются антимонопольным органом недоказанными¹⁸. Наконец, степень удовлетворенности участника закупки полученными разъяснениями — это субъективный фактор, который выходит за рамки правовой оценки и зависит в том числе от компетентности участника¹⁹.

¹⁵ См.: *Василевич Г.А.* Толковательная функция нормотворческих органов // Журнал российского права. 2023. Т. 27. № 5. С. 60.

¹⁶ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17 марта 2022 г. по делу № А63-7126/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: Решение Сахалинского УФАС России от 16 сентября 2022 г. № 065/07/3-543/2022 // <https://br.fas.gov.ru/>

¹⁸ См.: Решения Краснодарского УФАС России от 15 августа 2022 г. № 023/07/3-3270/2022, Башкортостанского УФАС России от 7 декабря 2022 г. по жалобе № ТО 002/10/18.1-2162/2022 // <https://br.fas.gov.ru/>

¹⁹ См.: Решение Удмуртского УФАС России от 23 августа 2022 г. № 018/07/3-645/2022 // <https://br.fas.gov.ru/>

¹³ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 11 августа 2022 г. по делу № А56-101648/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ См.: Письмо Минфина России от 29 сентября 2020 г. № 24-04-07/85101 // СПС «КонсультантПлюс».

При любом обжаловании закупок (как административном, так и судебном) возникает важный процессуальный вопрос, который должен разрешаться, условно говоря, «на берегу», то есть до перехода к рассмотрению жалобы или иска по существу, — это заинтересованность. Так вот современная практика исходит из тесной взаимосвязи запроса о разъяснении и заинтересованности участника закупки в обжаловании.

Если потенциальный участник конкурентной процедуры считает, что в документации о закупке содержатся ошибки, неясности, противоречия, он может в любой момент запросить у заказчика разъяснения, а не быть вовлеченным в судебные разбирательства²⁰. Такой же подход используется и при рассмотрении споров по договорам, заключенным по результатам конкурентных процедур закупки. Так, правом обратиться за разъяснением документации истец не воспользовался, заключив договор на условиях, опубликованных на сайте электронной площадки, приступил к выполнению работ на определенных договором условиях, следовательно, наличие обстоятельств, препятствующих выполнению работ и создающих невозможность их завершения в установленный договором срок, истцом не доказано²¹.

Аналогичная позиция существует и в административной практике: «не направляя запрос о разъяснении положений документации — не можешь жаловаться на неясности документации или двоякость ее формулировок»²².

На мой взгляд, такой подход является весьма перспективным средством предотвращения злоупотреблений со стороны зая-

вителей жалоб и недобросовестных участников судебных процессов²³.

По опыту запрос о даче разъяснений нередко похож на угрозу и может действительно быть для заказчика тревожным звоночком накануне разбирательства в антимонопольном органе. Вместе с тем заказчик вправе, но не обязан вносить изменения документацию о закупке, корректируя ее в связи с мнением какого-либо участника закупки. Также возможная ситуация, когда в самом запросе содержится требование о внесении изменений в документацию, но заказчик не обязан его выполнять. Участники не вправе требовать изменения технических характеристик продукции, свои потребности заказчик определяет самостоятельно²⁴.

Основные выводы

- Запрос разъяснений извещения и (или) документации является воплощением и реализацией принципа информационной открытости закупок;
- любое обращение участника закупки или лица, заинтересованного в участии в процедуре закупки, к заказчику следует квалифицировать именно как запрос разъяснений, а не переговоры или обмен мнениями;
- игнорировать запрос можно, только если он поступил за пределами нормативно установленного срока — позже трех рабочих дней до окончания срока приема заявок;
- ответ на запрос должен быть размещен в ЕИС в течение трех рабочих дней, его основные черты: «предметность» и «обезличенность»;
- не следует ограничивать количество запросов, которые может направить заказчику один участник конкурентной процедуры закупки;
- нарушение срока размещения ответа на запрос о даче разъяснений или его не-

²⁰ См.: Постановления Арбитражного суда Московского округа от 18 января 2023 г. по делу № А40-64315/2022; Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29 октября 2021 г. № Ф01-5960/2021 по делу № А79-11726/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 ноября 2020 г. № Ф05-17411/2020 по делу № А41-102222/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

²² См.: Решения Татарстанского УФАС России от 1 марта 2023 г. № 04/04/1879; Волгоградского УФАС России от 21 февраля 2023 г. № 034/10/18.1-159/2023; Московского УФАС России от 9 ноября 2022 г. № 077/07/00-16552/2022, и проч. // <https://br.fas.gov.ru/>

²³ О современных взглядах на эту одну из самых сложных проблем гражданского права см. подробнее: *Мусарский С.В.* Основные судебные и научные подходы к сущности (критериям) злоупотребления правом в современном российском гражданском праве // Журнал российского права. 2022. Т. 26. № 2. С. 57–70.

²⁴ См.: Решение Московского УФАС России от 9 ноября 2022 г. № 077/07/00-16503/2022 // <https://br.fas.gov.ru/>