Изменение условий контракта в процессе его исполнения

Гурин Олег Юрьевич главный редактор журнала «ПРОГОСЗАКАЗ.РФ»

Практика применения подп. "б" п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона № 44-Ф3

Рассматриваемая норма

- 1. Изменение существенных условий контракта при его исполнении не допускается, за исключением их изменения по соглашению сторон в следующих случаях:
- 1) если возможность изменения условий контракта была предусмотрена документацией о закупке и контрактом, а в случае осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) контрактом:
- б) если по предложению заказчика предусмотренные контрактом количество товара, объем работы или услуги увеличиваются или уменьшаются не более чем на 10 %. При этом по соглашению сторон допускается изменение с учетом положений бюджетного законодательства РФ цены контракта пропорционально дополнительному количеству товара, объему работы или услуги исходя из установленной в контракте цены единицы товара, работы или услуги, но не более чем 10 % цены контракта. При уменьшении предусмотренных контрактом количества товара, объема работы или услуги стороны контракта обязаны уменьшить цену контракта исходя из цены единицы товара, работы или услуги. Цена единицы дополнительно поставляемого товара или цена единицы товара при уменьшении предусмотренного контрактом количества поставляемого товара должна определяться как частное от деления первоначальной цены контракта на предусмотренное в контракте количество такого товара

Рассматриваемая норма: идеальный случай

Исходные условия контракта: предусмотрена поставка 100 шт. товара «Х», цена 1000 руб./шт. (всего 100 000 руб.)

Подп. «б» п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ позволяет:

Увеличить количество товара до 110 шт., с пропорциональным увеличением цены контракта до 110 000 руб. исходя из цены 1000 руб./шт.



Уменьшить количество товара до 90 шт., с пропорциональным снижением цены контракта до 90 000 руб. исходя из цены 1000 руб./шт.



Вправе ли заказчик увеличить на 10 % от цены всего контракта объем только одного вида ТРУ?

Товар	Цена за ед., руб.	Кол-во, шт.	Стоимость, руб.
«A»	600,00	100	60 000,00
«Б»	400,00	100	40 000,00
		Цена контракта:	100 000,00

Если согласовать приобретение дополнительного количества товара «Б» в пределах 10 % цены контракта (на 10 000 руб.), объем поставок данного товара возрастет на 25 % (10 000 руб. / 400 руб./шт. = 25 шт., тогда как 10 % от 100 шт. – это 10 шт.).

Правильно будет увеличить количество товара «Б» на 10% (т.е. приобрести вместо 100 шт. 110 шт.), с увеличением общей цены контракта на 4 % пропорционально доле этого товара в структуре цены контракта (40 %)

Что, если объект закупки не делится на 10?

Заказчик заключил контракт на разработку проектной документации по объекту «Начальная школа», цена контракта 15 млн. руб. При исполнении контракта было заключено ДС, в соответствии с которым объем работ увеличился на 10 %, а цена контракта пропорционально возросла до 16,5 млн. руб.

Правовая оценка: объем работ по контракту (разработка проектной документации) изначально был определен в количестве одной работы. После подписания ДС он остался таким же («1 проектная документация»). ДС было признано недействительным (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27.06.2017 по делу № А24-3927/2016)

Подп. «б» п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ неприменим, если нет твердой цены

Заказчик настаивал на включении в договор энергоснабжения условия о возможности применения подп. «б» п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ. Гарантирующий поставщик отказывался это сделать, т.к. спорное условие противоречит Основным положениям функционирования розничных рынков электрической энергии

Правовая оценка: в сфере энергоснабжения абонент имеет право на произвольное (одностороннее) сокращение / увеличение количества принимаемого и оплачиваемого им ресурса. Для этого законодательство в сфере электроснабжения не требует заключения ДС. По договору энергоснабжения абонент вправе потреблять энергию в любом необходимом ему количестве и обязан оплатить фактически потребленное количество электроэнергии (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.06.2016 по делу № А42-3555/2015).

Что, если потребность в ТРУ изменяется более чем на 10% от первоначального объема?

Решение: расторгнуть контракт по соглашению сторон на основании ч. 8 ст. 95 Закона № 44-ФЗ, с оплатой фактически приобретенных ТРУ.

Нельзя расторгнуть контракт «в части». Иначе это будет уже не расторжение договора, а незаконное изменение его существенных условий

В ДС о расторжении договора на поставку мебели были определены:

- перечень товаров, в отношении которых контракт расторгнут;
- перечень товаров, обязательства по поставке которых сохранялись за поставщиком

Правовая оценка: обязанность поставщика по поставке мебели не прекратилась, а изменилась. При этом содержание произошедших изменений не соответствует подп. «б» п. 1 ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.11.2016 по делу № А56-79507/2015)

Можно ли включить в контракт дополнительные виды работ, не предусмотренные изначально?

Письмо Минэкономразвития России от 06.03.2015 № Д28и-561

• Увеличивать и уменьшать можно объемы только таких работ, которые предусмотрены контрактом

Письмо Минэкономразвития России от 18.08.2015 № Д28и-2497

 В случае возникновения необходимости в видах работ, не предусмотренных контрактом, заказчику необходимо осуществить отдельную закупку в целях заключения самостоятельного контракта на выполнение таких работ

Суды отказывают в удовлетворении исков о внесении в контракт неучтенных видов работ

Положения ст. 95 Закона № 44-ФЗ не допускают изменение состава и видов работ по контракту. Сохранение условий контракта в том виде, в котором они были изложены в извещении и документации о закупке, и исполнение контракта на этих условиях направлено на обеспечение принципов контрактной системы, на предотвращение коррупции и других злоупотреблений в сфере закупок с тем, чтобы исключить случаи обхода закона – искусственного ограничения конкуренции при проведении аукциона и последующего создания для его победителя более выгодных условий исполнения контракта

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 07.11.2016 по делу № А51-2049/2016.

Иногда суды анализируют сущность дополнительных работ, а не их наименования

Изменение сметной стоимости строительства произошло по тем наименованиям видов работ и затрат, по которым ранее утвержденная сметная стоимость строительства отсутствовала. По результатам административного расследования подрядчик был оштрафован на 1 млн. руб. на основании ч. 5 ст. 7.32 КоАП РФ

Правовая оценка: как первоначальный, так и дополнительный локальный сметный расчет предусматривают выполнение наружных отделочных работ, при этом в дополнительном локальном сметном расчете просто уточняются виды конкретных отделочных работ, а сами виды работ (отделочные) не изменяются (Постановление ФАС 3СО от 13.02.2017 по делу № А75-8496/2016. Определением ВС РФ от 19.05.2017 № 304-АД17-4527 оставлено в силе)

Могут ли быть оплачены доп. работы, выполненные в отсутствие ДС?

Если в ходе строительства возникла необходимость проведения доп. работ и увеличения сметной стоимости строительства, подрядчик обязан сообщить об этом заказчику.

Заказчик должен дать ответ в течение десяти дней, если иной срок не предусмотрен законом или договором подряда. В противном случае подрядчик обязан приостановить работы с отнесением на счет заказчика убытков, вызванных простоем.

Подрядчик, который не выполнил вышеизложенные обязанности, лишается права требовать от заказчика оплаты выполненных им доп. работ, если только не докажет необходимость немедленных действий в интересах заказчика, в частности в связи с тем, что приостановление работ могло привести к гибели или повреждению объекта строительства

Позиция 1. Доп. работы признаются согласованными, если заказчик до начала выполнения работ подписал сметный расчет их стоимости, а по факту выполнения — акты КС-2 и справки КС-3

Необходимость выполнения доп. работ для достижения предусмотренного контрактом результата заказчик не оспаривал. Однако оплачивать их отказывался: согласовывая сметы на доп. объемы работ, он рассчитывал, что указанные работы будут выполнены в рамках твердой цены контракта.

Правовая оценка: необходимость выполнения доп. работ сторонами была согласована, работы подрядчиком выполнены и заказчиком приняты, следовательно, подлежат оплате (Постановление ФАС Уральского округа от 27.10.2016 по делу № А60-56059/2015. См. также постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.05.2017 по делу № А42-4271/2016)

Позиция 2. Надлежащим согласованием доп. работ признается лишь заключение ДС

Подписанные заказчиком без возражений акты выполненных работ и справки о стоимости доп. работ подтверждают лишь факт выполнения таких работ, но не факт их согласования. Неосновательного обогащения на стороне заказчика при этом не возникает, т.к. лицо, выполнявшее работы, не могло не знать, что работы выполняются им при очевидном отсутствии обязательства

Определение Верховного Суда РФ от 19.09.2016 № 307-ЭС16-11063 по делу № А66-8374/2015. Решения с такой аргументацией чрезвычайно многочисленны: см. постановления ФАС Волго-Вятского округа от 12.02.2018 по делу № А29-7236/2016, от 20.04.2017 по делу № А29-7714/2015, от 06.10.2017 по делу № А28-5675/2016, ФАС Дальневосточного округа от 29.11.2017 по делу № А51-4218/2017, от 10.08.2017 по делу № А73-12241/2016, от 23.10.2017 по делу № А51-1491/2017, от 26.02.2018 по делу № А73-4774/2017, ФАС Северо-Западного округа от 24.08.2017 по делу № А13-16570/2016, от 18.05.2017 по делу № А05-7329/2016, от 21.03.2017 по делу № А66-1353/2016, от 12.01.2018 по делу № А66-2136/2017, ФАС Северо-Кавказского округа от 06.07.2017 по делу № А32-39787/2015, от 11.02.2016 по делу № А53-26415/2014, от 16.09.2016 по делу № А63-609/2016, ФАС Уральского округа от 29.06.2017 по делу № А60-38579/2016, от 30.05.2017 по делу № А60-42958/2016, от 06.06.2017 по делу № А60-42962/2016, от 28.11.2017 по делу № А71-11604/2015 и мн. др.

Подрядчик не вправе понудить заказчика к согласованию доп. работ путем подписания ДС

Из текста подп. «б» ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ следует, что инициатива по увеличению объема работ принадлежит заказчику («объем работ увеличивается *по* предложению заказчика»), поэтому иски подрядчиков об обязании заключить дополнительное соглашение к контракту оставляются судами без удовлетворения

См. постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 14.07.2017 по делу № A20-3138/2016, от 29.07.2016 по делу № A32-29657/2015, Десятого ААС от 10.08.2017 по делу № A41-17072/17

В каких случаях стоимость доп. работ, выполненных без ДС, всё-таки взыскивается

Если подрядчик доказал, что работы выполнялись в связи с необходимостью немедленных действий в интересах заказчика, в частности в связи с тем, что приостановление работ могло привести к гибели или повреждению объекта строительства.

Неотложный аварийно-восстановительный характер доп. работ, их несамостоятельность по отношению к предмету контракта и необходимость для достижения конечного результата часто подтверждаются заключением независимой строительно-технической экспертизы

См. постановления ФАС Дальневосточного округа от 05.02.2018 по делу № А24-1047/2017, от 07.02.2018 по делу № А37-555/2016; постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 12.01.2018 по делу № А32-5408/2017, от 08.12.2017 по делу № А53-9067/2016; постановление ФАС Уральского округа от 30.01.2018 по делу № А50-23816/2016

Легко взыскивается стоимость услуг, оказание которых исполнитель не вправе прекратить

В силу п. 4 ст. 51.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-Ф3 «О связи» при исполнении государственного контракта на оказание услуг связи для нужд органов государственной власти, нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка оператор связи, заключивший указанный государственный контракт, не вправе приостанавливать и (или) прекращать оказание услуг связи без согласия в письменной форме государственного заказчика. Поэтому оператор связи вправе требовать оплаты стоимости услуг, оказанных в отсутствие ДС к контракту (и даже в отсутствие контракта)

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.11.2016 по делу № А45-24749/2015, Определение Верховного Суда РФ от 24.09.2015 № 301-ЭС15-11821 по делу № А43-18042/2014

Дополнительные работы и «непредвиденные работы и затраты»

- 2% для объектов капитального строительства непроизводственного назначения;
- 3% для объектов капитального строительства производственного назначения;
- 10% для уникальных объектов капитального строительства, а также объектов атомной энергетики, гидротехнических сооружений первого класса, объектов космической инфраструктуры, метрополитенов.

п. 4.96 Методики определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации МДС 81-35.2004

Дополнительные работы и «непредвиденные работы и затраты»

При уменьшении объема выполняемых работ с пропорциональным снижением стоимости контракта объем непредвиденных затрат тоже подлежит сокращению.

Непредвиденные затраты подлежат оплате в объеме 2% от итоговой, а не от первоначальной стоимости контракта.

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.12.2017 по делу № A70-7339/2017

При заключении ДС о выполнении доп. работ к расценкам должен быть применен аукционный коэффициент

При заключении ДС о выполнении доп. работ не был учтен понижающий коэффициент 39,08%. По предписанию контрольного органа заказчик взыскал с подрядчика неосновательное обогащение.

Суды согласились, что при формировании цены дополнительных работ следовало применить понижающий коэффициент, т.к. цена контракта формировалась с его учетом

Постановление Семнадцатого ААС от 26.10.2017 по делу № A60-26721/2017

Изменение ±10% объема обязательств и цены контракта: допустимо ли ≥2 раз?

Вид цены контракта (ЦК)	Обозн.	Формула текущей ЦК	Текущая ЦК, руб.	Прирост текущей ЦК по ср. с предыдущей	Прирост текущей ЦК по ср. с первонач.
Первоначальная ЦК	Ц ₀	-	1 000 000,00	-	-
ЦК согласно ДС № 1	Ц ₁	$L_{1} = L_{0} \times 1,1$	1 100 000,00	10%	10%
ЦК согласно ДС № 2	Ц ₂	$L_2 = L_1 \times 1.1$	1 210 000,00	10%	21%
ЦК согласно ДС № 3	Ц ₃	$L_3 = L_2 \times 1.1$	1 331 000,00	10%	33%
					итл

и т.д.

Изменение штрафов при изменении ±10% объема обязательств и цены контракта

Цена контракта,		Размер штрафа			
тыс.руб.		для поставщика		для заказчика	
		% от цены	фиксированная	% от цены	фиксированная
		контракта	сумма, тыс.руб.	контракта	сумма, тыс.руб.
До изменения	1 000,0	10	100,0	2,5	25,0
После изм.	1 100,0	10	110,0	2,5	27,5

О необходимости изменения размера штрафов при изменении цены контракта см. также письма Минэкономразвития России от 03.04.2015 № ОГ-Д28-4635, от 09.03.2015 № Д28и-596

Что будет, если штрафы не изменить

Исходные условия контракта: предусмотрена поставка 100 шт. товара «Х», цена 1000 руб./шт. Цена контракта — 100 000 руб., штраф для поставщика — 10 % цены контракта (10 тыс. руб.)

Если цена контракта увеличится до 110 тыс. руб., а в рублевом выражении штраф останется прежним (10 тыс. руб.), это составит 9 % цены контракта

Если цена контракта уменьшится до 90 тыс. руб., а в рублевом выражении штраф останется прежним (10 тыс. руб.), это составит 11 % цены контракта





Учитывайте возможность нелинейного изменения размера штрафов!

Цена контракт	Штраф	
ОТ	до	(процент)
0	3 млн. руб.	10 %
3 млн. руб.	50 млн. руб. включительно	5 %
50 млн. руб.	100 млн. руб. включительно	1 %
100 млн. руб.	500 млн. руб. включительно	0,5 %
500 млн. руб.	1 млрд. руб. включительно	0,4 %
1 млрд. руб.	2 млрд. руб. включительно	0,3 %
2 млрд. руб.	5 млрд. руб. включительно	0,25 %
5 млрд. руб.	10 млрд. руб. включительно	0,2 %
10 млрд. руб.	_	0,1 %

Курьезы, обусловленные «ступенчатой» шкалой штрафов

Цена контракта, тыс.руб.		Размер штрафа			
		для поставщика		для заказчика	
		% от цены	фиксированная	% от цены	фиксированная
		контракта	сумма, тыс.руб.	контракта	сумма, тыс.руб.
До изменения	2 900,0	10	290,0	2,5	72,5
После изм.	3 190,0	5	159,5	2	63,8

Цена контракта, тыс.руб.		Размер штрафа			
		для поставщика		для заказчика	
		% от цены	фиксированная	% от цены	фиксированная
		контракта	сумма, тыс.руб.	контракта	сумма, тыс.руб.
До изменения	3 100,0	5	155,0	2	62,0
После изм.	2 790,0	10	279,0	2,5	69,75

В ст. 95 есть другие возможности для достижения тех эффектов, которых подп. «б» ч. 1 ст. 1 достичь не дает

Предмет контракта — строительство мостового перехода. Комиссия в составе представителя заказчика, подрядчика и автора проекта, осуществляющего авторский строительный надзор, постановила выполнить возникшие в ходе строительства доп. работы в счет отпадающих работ в пределах сметной стоимости объекта без увеличения цены контракта. ДС было заключено по ч. 7 ст. 95 Закона № 44-ФЗ!)

Суды указали, что Закон № 44-ФЗ не устанавливает критерии «улучшенности» технических характеристик и функциональных (потребительских свойств) ТРУ, в связи с чем заказчик устанавливает такие критерии самостоятельно, исходя из имеющихся у него потребностей. Своими действиями заказчик обеспечил эффективное использование бюджетных денежных средств, т.к. благодаря внесенным в контракт изменениям работы были выполнены по меньшей цене, нежели предполагалось изначально

Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19.06.2017 по делу № А17-6720/2015

Спасибо за внимание!

Хотите знать о 44-Ф3 еще больше?

Заходите на сайт прогосзаказ.рф