

**Участие в публичных закупках принесет убытки, если недобросовестный заказчик незаконно отклонит заявку, не допустит к торгам или необоснованно расторгнет контракт. Чтобы восстановить свои права, нужно установить точный размер убытков. Но непредсказуемый исход дела останавливает истцов. Эксперты рассмотрели необходимые обстоятельства и правовую конструкцию для взыскания.**

Текст: Олег Москвитин, член генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик КА «Муранов, Черняков и партнеры», Илья Жарский, член Ассоциации антимонопольных экспертов, управляющий партнер экспертной группы VETA

## Госзакупки по 44-ФЗ. Как доказать и рассчитать убытки

**О**рганизация еще на этапе подписания контракта или уже в ходе его исполнения несет расходы, которые затем заказчик не возмещает. А из-за недобросовестных действий участник закупки не получит доход. Если компания пострадала, то вправе возместить не только прямой ущерб, но и упущенную выгоду, то есть доходы, которые она могла бы получить, если заказчик провел бы торги правильно. В обоих случаях пострадавшему придется доказывать свои финансовые потери, обоснованность и размер убытков. Но если прямой ущерб доказать проще,

то убедить суд в размере упущенной выгоды — сложная задача. Часто участники не могут определить точный размер убытков, поэтому иски о возмещении практически отсутствуют.

В 2017 году ФАС разъяснила некоторые вопросы расчета убытков из-за нарушений антимонопольного законодательства. Хотя необоснованное отклонение тендерных заявок не всегда означает именно эти нарушения, подходы, которые выработал регулятор, можно применить и в таких случаях (разъяснение Президиума ФАС от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате

нарушения антимонопольного законодательства», далее — Разъяснение № 11).

## Не допустили к торгам

В общем виде законодатель закрепляет основания для отклонения заявки на участие в конкурсе в ч. 3 ст. 53 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе). Норма дает право заказчику отклонить заявку, если:

- заявка не соответствует требованиям конкурсной документации;
- участник не соответствует требованиям конкурсной документации;
- участник закупки признан не предоставившим обеспечение заявки;
- есть несоответствие требованиям ст. 14 Закона о контрактной системе.

Если заказчик применит иную причину, то антимонопольный орган признает решение необоснованным. В такой ситуации заявитель вправе требовать возместить затраты на подготовку к торгам и неполученный доход.

**Прямой ущерб.** Участник должен документально подтвердить все целевые расходы на подготовку к торгам. Например, расходы на банковскую гарантию, затраты на подключение к электронным площадкам, оплату услуг по подготовке документации и пр. Если расходы нецелевые, то возместить их не удастся. Например, расходы, связанные с поддержанием обычной деятельности организации.

**Упущенная выгода.** Доказать возможный доход и представить расчет должен несостоявшийся победитель. В сумму ущерба он может также включить расходы на подготовку исполнения контракта. После расчетов заявитель должен сопоставить размер выгоды со своей текущей прибылью, которая должна быть

сопоставима с маржой по контракту. Суд признает размер убытка необоснованным, если истец не докажет реальность получить нехарактерный размер прибыли.

## Расторгли госконтракт

Иногда заказчик в одностороннем порядке может расторгнуть заключенный госконтракт, необоснованно ссылаясь на его неисполнение. В таком случае пострадавшая компания вправе требовать возмещения (решение АС Москвы от 21.11.2017 по делу № А40-119633/2017). Если суд не установит, что заказчик действовал добросовестно, то откажет в иске (постановление АС Северо-Западного округа от 26.04.2018 по делу № А05-4999/2017). Но в любом случае истец должен доказать размер убытков в расчете. Даже если суд установит факт нарушения, то вправе отказать в возмещении, если размер убытков документально не подтвержден. Суд может вычеркнуть расходы из убытков, даже если купленный товар или результат работ можно предъявить в натуре, а документов на них нет (определение ВС № 305-ЭС16-12437 от 14.10.2016 по делу № А40-147253/2015).

**Прямой ущерб.** Исполнитель госконтракта при расчете убытков должен исходить из того, что он выполнил определенную часть работ, осуществил поставку части товара. Поэтому расчет можно проводить как по стоимости исполненной части контракта, так и затратам уже произведенных работ/поставок.

В подрядных договорах исполнитель должен определить размер доли выполненных работ. В сфере строительства, например, заказчик может оспорить стоимость скрытых работ или необходимость проведения дополнительных. В этом случае вместе с расчетами необходимо провести экспертизу. Также истец может включить в сумму ущерба затраты на подготовку работ/поставку продукции, которые

## ПОСМОТРЕТЬ ПРАКТИКУ

ФАС признала отклонение заявки необоснованным:

- решение Санкт-Петербургского УФАС от 11.01.2016 по жалобе № Т02-5/16;
- решение Московского УФАС от 12.10.2015 по делу № 1-00-1670/77-15);
- решение Санкт-Петербургского УФАС от 17.04.2015 № 02/9134 по жалобе № Т02-144/15.

еще не сделаны, но уже запланированы. Например, закупка оборудования, наем субподрядчика, покупка материалов. При этом необходимо подтвердить, что исполнитель произвел расходы в рамках контракта и не сможет использовать материалы и оборудование в других контрактах.

**Упущенная выгода.** Исполнитель по договору должен определить размер неполученных по контракту доходов за исключением части предполагаемых расходов. Также в данном случае необходимо провести независимую судебную или внесудебную экспертизу. Эксперты выводят недополученные доходы из стоимости контракта, а потенциальные расходы рассчитывают с учетом данных о затратах по выполненной до расторжения контракта части работ, поставленным товарам.

### Детали расчета упущенной выгоды

Чтобы посчитать предполагаемую выгоду, нужно из суммы потенциальных доходов вычесть сумму потенциальных расходов. Для этого необходимо выбрать метод расчета. В зависимости от специфики деятель-

ности организации это может быть либо ретроспективная оценка, либо экономическое моделирование. В некоторых ситуациях можно применить оба метода. Подробно их рассмотрела ФАС в Разъяснении № 11.

**Ретроспективная оценка.** Этот метод применяют, если определенное время бизнес уже действовал и нет необходимости проводить глубокий анализ рынка. В данном случае проводят оценку информации, которая отражена в отчетности за предыдущие периоды, например объема выручки, структуры и размера расходов.

**Экономическое моделирование.** Этот метод применяют, если бизнес или направление деятельности организации принципиально новые. Необходимо построить индивидуальную финансовую модель с учетом многих факторов. Эта модель должна не противоречить закону, быть физически осуществимой и экономически достоверной. Такой способ расчета более универсален, его можно применять и для действующего бизнеса, особенно там, где нет данных для ретроспективы.

**Потенциальный доход.** Размер этого дохода равен сумме контракта, предло-

## Важная процедура



Чтобы защитить права, пострадавшая компания не обязана сначала подавать жалобу в ФАС. Для взыскания убытков из-за антимонопольных нарушений можно обратиться сразу в суд. Но в данном случае разобраться в наличии нарушения суду сложнее, чем антимонопольному органу. Если компания, заявку которой отклонили, получит

решение ФАС в свою пользу, то будет владеть вспомогательным инструментом в вопросе взыскания убытков (разъяснение Президиума ФАС от 25.05.2016 № 6 «Доказывание и расчет убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства»). Когда же заказчик незаконно расторгает контракт, то обращаться в ФАС не стоит,

так как это не предусмотрено законом. Доказать незаконность пострадавшая компания может в рамках иска о взыскании убытков. Однако когда ФАС рассматривает вопрос о включении подрядчика/поставщика в реестр недобросовестных поставщиков, то может своим решением подтвердить, что контракт расторгли неправомерно.

женной участником (аукцион, котировки) или заказчиком (иные случаи). Если по условиям победитель может получить сопутствующий доход, то их объем необходимо доказать с помощью экономического моделирования или исследования с необходимыми статистическими данными.

**Потенциальный расход.** Необходимо учитывать разумные затраты, которые в целях получения выгоды потерпевшее лицо должно было понести, если бы его право не было нарушено. Такую формулу содержит п. 11 постановления Пленума ВС и Пленума ВАС от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ» (далее — Постановление № 6/8).

Заявитель может определить размер расходов тремя способами:

- первый — посмотреть себестоимость контракта. Например, смету по предварительным договорам и переговорам, включая деловую переписку;
- второй — сравнение, например, предыдущих аналогичных контрактов;
- третий — моделирование возможных расходов, например по рыночным данным, с оценкой результата.

Как правило, используются все три способа определения потенциальных расходов, если это возможно, или те, которые применимы в конкретной ситуации.

### Пример расчета

Администрация городского поселения Видное провела торги в виде запроса котировок на определение организатора рок-концерта. В них участвовали два ИП и РОО «Я-гражданин». Заявку РОО отклонили из-за несоответствия требованиям.

РОО подала жалобу в областное УФАС, которое признало решение котировочной комиссии незаконным. Однако городские власти все равно заключили договор с ИП, поэтому РОО обратилась в суд с просьбой

взыскать с администрации упущенную выгоду. Суд встал на сторону РОО, взыскав убытки в заявленном размере. Апелляция и кассация подтвердили это решение.

В этом деле реальный ущерб оказался равен расходам на получение банковской гарантии. А вот при расчете упущенной выгоды все было не так однозначно. Потенциальный доход определен по цене контракта минус потенциальные расходы. Так как концерт был заявлен бесплатным, без привлечения спонсоров и партнеров, то других доходов не предполагалось. Истец определил потенциальные расходы на основе себестоимости выполнения контракта — предварительные договоры, сметы, электронная переписка, спецификация и райдеры участников. В аналогичных случаях возможны еще два подхода. Сравнительный подход — исследование практики проведения подобных концертов как в самом городе, так и других населенных пунктах со схожим уровнем жизни. Моделирование расходов — стоимость аренды оборудования, а также затраты на исполнение требований (райдеров) участников. В данном случае необходимо определить соотношение между райдером, гонораром и уровнем исполнителя.

**Еще один нюанс.** РОО — некоммерческая организация, она обладает возможностями, которые недоступны бизнес-субъектам. В частности, может привлекать людей на добровольных началах. Расходы могли снизить за счет инструментов, которые нельзя назвать рыночными. Поэтому себестоимость контракта может отличаться от суммы, полученной как сравнительным подходом, так и методом экономического моделирования. Здесь сложно проверить, насколько обоснованна маржа: общественная организация априори создана не для получения экономической выгоды, поэтому возникает вопрос, как учитывать прибыльность некоммерческих организаций. ■

### ФОРМУЛА РАСЧЕТА

ВС отменил п. 11 Постановления № 6/8, но новая формула расчета упущенной выгоды не появилась. Это означает, что старую формулу можно использовать, так как это не противоречит закону (постановление Пленума ВС от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса РФ»).