

А. В. Новосельцева

Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (Новосибирск, Россия)

К. И. Толмачева

Сибирский институт управления — филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Новосибирск, Россия)

ПРОБЛЕМЫ ПРАКТИЧЕСКОГО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ

Принята к публикации 20.03.2019

Настоящая статья посвящена актуальным проблемам практического применения отдельных норм антимонопольного законодательства Российской Федерации, а именно законодательства о контрактной системе. Авторами рассматриваются вопросы предоставления преференций организациям инвалидов, являющихся участниками закупки, а также вопросы установления дополнительных требований к участникам закупки.

Методология работы основывается на комплексном применении формально-юридического и сравнительно-правового методов научного исследования. Объектом изучения выступает современное законодательство о контрактной системе, а также материалы правоприменительной деятельности.

Ключевые слова: контрактная система, государственные закупки, дополнительные требования, преимущества участникам закупки.

DOI: 10.32324/2412-8945-2019-1-61-65

С 2014 г. на смену Федеральному закону от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о размещении заказов) пришел Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ (ред. от 6 апреля 2015 г.) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе), вступивший в силу с 1 января 2014 г.

Целями создателей (как становится ясно из пояснительной записки) являлись:

— повышение качества обеспечения государственных (муниципальных) нужд за счет реализации системного подхода к формированию, размещению и исполнению заключаемых контрактов;

— обеспечение прозрачности всего цикла закупок — от планирования до приемки и анализа результатов;

— предотвращение коррупции и иных злоупотреблений в сфере обеспечения государственных и муниципальных нужд.

При этом, как отмечают Г. В. Артамонов и М. А. Храмова, указывалось, что «разработка принципиально нового закона была необходима

прежде всего потому, что существующие проблемы в российском госзаказе решить в рамках внесения изменений в действующее законодательство было невозможно» [1, с. 155].

Несмотря на тот факт, что Закон о контрактной системе действительно восполнил пробелы Закона о размещении заказов, представляется очевидным наличие большого количества пробелов и коллизий в законодательстве о контрактной системе в целом.

В частности, даже исходя из стремления улучшить качество исполнения обязательств по государственным и муниципальным контрактам, органы государственной власти ограничивают количество участников закупки, устанавливая дополнительные требования и тем самым вызывая вопросы не только у заказчиков и участников закупки, но и у контрольных органов при вынесении решения по поступающим жалобам.

Авторами в статье рассматриваются вопросы установления дополнительных требований к участникам закупки, в частности к организациям инвалидов и к участникам закупки отдельных работ и услуг (строительство, капитальный ремонт и др.).

Согласно ст. 31 Закона о контрактной системе заказчиком могут быть установлены дополнительные требования к участнику закупки.

Частью 3 ст. 31 установлено, что перечень документов, которые подтверждают соответствие участников закупок дополнительным требованиям,

указанным в ч. 2 и 2.1 настоящей статьи, устанавливается Правительством Российской Федерации.

Одним из нормативных актов, содержащих такие требования, является постановление Правительства Российской Федерации от 4 февраля 2015 г. № 99 «Об установлении дополнительных требований к участникам закупки отдельных видов товаров, работ, услуг, случаев отнесения товаров, работ, услуг к товарам, работам, услугам, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации, а также документов, подтверждающих соответствие участников закупки указанным дополнительным требованиям» (далее — постановление № 99). Соответственно, указанное постановление закрепляет норму о том, что контрактом (договором), подтверждающим соответствие участника закупки дополнительному требованию, предусмотренному п. 2 приложения № 1 к постановлению № 99, может являться исключительно контракт (договор) на выполнение соответствующих работ, или, как отмечает Е. А. Пластинина, «относящихся к той же группе строительных работ, на выполнение которых заключался контракт» [3, с. 8]. Отметим, что при этом одной из сторон выступает именно генеральный подрядчик.

Отсюда следует вывод о невозможности подтверждения наличия опыта строительства (капитального ремонта, реконструкции) самого объекта капитального строительства при помощи представления участником закупки договора субподряда на выполнение отдельных видов строительных работ.

Что касается подтверждения данного вывода, то здесь необходимо обратиться к правоприменительной практике.

В УФАС России по Новосибирской области обратилось ООО «Строительная Компания „ПЛЮС“» (далее — ООО СК «ПЛЮС») с жалобой на действия аукционной комиссии заказчика — Департамента энергетики, жилищного и коммунального хозяйства Новосибирска при проведении электронного аукциона № 0151300034918000090 на выполнение работ по ремонту и обустройству дворовых территорий многоквартирных домов, проездов к дворовым территориям многоквартирных домов на территории Дзержинского и Октябрьского районов Новосибирска.

Суть жалобы заключалась в том, что, по мнению ООО СК «ПЛЮС», признание аукционной комиссией заявки участника не соответствующей требованиям документации об электронном аукционе в части опыта согласно постановлению от 4 февраля 2015 г. № 99 являлось неправомерным.

Согласно решению от 8 февраля 2019 г. № 054/06/69-52/2019 Комиссия Новосибирского УФАС России установила следующее.

В соответствии с п. 6 ч. 5 ст. 63 Закона о контрактной системе в извещении о проведении электронного аукциона наряду с информацией, указанной в ст. 42 данного закона, указываются требования, предъявляемые к участникам такого аукциона, и исчерпывающий перечень документов, которые должны быть представлены участниками такого аукциона в соответствии с п. 1 ч. 1, ч. 2 и 2.1 (при наличии таких требований) ст. 31 указанного закона, а также требование, предъявляемое к участникам такого аукциона в соответствии с ч. 1.1 (при наличии такого требования) ст. 31 Закона о контрактной системе.

Согласно п. 3 ч. 2 ст. 31 Закона о контрактной системе Правительство Российской Федерации вправе устанавливать к участникам закупок отдельных видов товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются путем проведения конкурсов с ограниченным участием, двухэтапных конкурсов, закрытых конкурсов с ограниченным участием, закрытых двухэтапных конкурсов или аукционов, дополнительные требования, в том числе к наличию опыта работы, связанного с предметом контракта, и деловой репутации.

Пунктом 1 постановления № 99 установлено, что к участникам закупки отдельных видов товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются путем проведения конкурсов с ограниченным участием, двухэтапных конкурсов, закрытых конкурсов с ограниченным участием, закрытых двухэтапных конкурсов или аукционов, предъявляются дополнительные требования согласно приложению № 1. Соответствие участников закупки указанным требованиям подтверждается документами, предусмотренными приложением № 1 к данному постановлению.

Частью 2 приложения № 1 данного постановления предусмотрено, что при выполнении строительных работ, включенных в коды 41.2, 42, 43 (кроме кода 43.13) Общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности (ОКПД2) ОК 034-2014, в случае, если начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) превышает 10 млн руб., участник закупки должен обладать опытом исполнения (с учетом правопреемства) контракта (договора) на выполнение соответствующих строительных работ за последние 3 года до даты подачи заявки на участие в соответствующем конкурсе или аукционе. При этом стоимость ранее исполненного контракта (договора) составляет не менее 20 % начальной (максимальной) цены контракта, договора (цены лота), на право заключить который проводится закупка.

Вышеуказанные дополнительные требования были установлены заказчиком в подп. 4 п. 18 документации об электронном аукционе.

Вместе с тем в процессе рассмотрения жалобы Комиссией Новосибирского УФАС России было установлено, что в заявке ООО СК «ПЛЮС» представлена копия договора субподряда № ** от **.**.2017 на строительство блок-секции № 15

многоэтажного жилого дома, застройщиком по объекту являлось ООО МЖК «Энергетик», а генеральным подрядчиком выступало ООО СГ «Меридиан». Несмотря на то что приложенная копия договора субподряда свидетельствовала о выполненной части работ на объекте из договора генерального подряда, участник не подтвердил выполнение полного комплекса работ на объекте.

По мнению Комиссии Новосибирского УФАС, требования постановления № 99 установлены к опыту исполнения контракта самого участника закупки в качестве прямого исполнителя, но не соисполнителя.

Вместе с тем выполненные работы по договору подряда № ** от **.**, 2017 г. могут указывать на опыт исполнения контракта ООО СК «ПЛЮС» в качестве субподрядчика, что не соответствует требованиям постановления № 99.

Руководствуясь ч. 8 ст. 106, п. 1 ч. 15, п. 2 ч. 22 ст. 99 Закона о контрактной системе, Комиссия Новосибирского УФАС России вынесла решение признать жалобу ООО СК «ПЛЮС» на действия аукционной комиссии заказчика — Департамента энергетики, жилищного и коммунального хозяйства города Новосибирска при проведении электронного аукциона № 0151300034918000090 необоснованной.

Изложенная позиция также выражена в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 22 августа 2018 г. № Ф05-11083/2018 по делу № А40-223872/2017, решении Комиссии ФАС России от 6 декабря 2018 г. по делу № 18/44/105/1905, а также решении Комиссии ФАС России от 17 августа 2018 г. по делу № 18/44/105/1049.

Однако невозможно однозначно утверждать, что данное решение является единственно верным. Так, имеет место быть позиция, выраженная Новосибирским УФАС России по результатам рассмотрения жалобы ООО «Сибирские Магистралы» (решение № 08-01-31 от 7 февраля 2018 г.), которая основывается на том, что в постановлении № 99 не установлено требование о представлении в качестве подтверждения наличия опыта выполнения работ, связанного с предметом контракта, копии контракта (договора), в котором участник выступает генеральным подрядчиком.

Действительно, постановление № 99 не содержит требований к виду договора и статусу участника закупки в этом договоре.

Отметим, что начальная (максимальная) цена контракта по электронному аукциону № 0851200000617006608 (заявку на участие в котором подавало ООО «Сибирские Магистралы») была равна 41 149 930 руб. 00 коп. При этом участником закупки — ООО «Сибирские Магистралы» в качестве подтверждения опыта выполненных работ был представлен договор субподряда на сумму 247 905 632 руб. 42 коп., что в значительной мере превышает 20 % от начальной (максимальной) цены контракта и, как следствие, объем выполненных по контракту работ.

Из этого следует, что на практике возможны ситуации, когда участниками закупки в качестве подтверждения соответствия требованиям постановления № 99 прилагаются договоры субподряда по стоимости и объему выполненных работ, превышающие требования, установленные заказчиками по той или иной закупке. На основании этого можно сделать вывод о том, что, несмотря на складывающуюся практику применения заказчиками положений постановления № 99, данный вопрос является крайне спорным и подлежит дальнейшему детальному изучению в разрезе правоприменительной практики.

Существуют и ситуации, отличные от рассмотренной в статье, когда установленные законом требования раскрываются и дополняются разъяснениями и письмами центрального аппарата ФАС России.

Так, Законом о контрактной системе отдельным категориям участников закупок предусматривается предоставление преференций. Среди них необходимо выделить организации инвалидов (ст. 29).

Российское законодательство устанавливает два способа предоставления преимуществ при участии в закупках. К ним относятся выделение квоты участия в государственных закупках, а также корректировка цены предложения участника с помощью ценового коэффициента.

Если квотирование применяется в отношении субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций, то ценовая привилегия (ее размер составляет до 15 % от предложенной участником цены контракта, но не выше начальной (максимальной) цены контракта) действует применительно к учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы и, что важно, к организациям инвалидов.

Отметим, что, вступив в силу, Закон о контрактной системе обязал заказчика предоставлять ценовое преимущество участнику закупки. Как верно отмечают А. А. Гришин и О. В. Шмурыгина, ранее эта обязанность была лишь правом и, оставаясь на усмотрение заказчика, на практике использовалась в крайне редких случаях [2, с. 288], что было обусловлено отсутствием стимулов у заказчика к снижению размера экономии.

Российские организации инвалидов могут рассчитывать на получение преимуществ в случае, если:

- 1) организации инвалидов соответствуют параметрам, указанным в п. 2 ст. 29 Закона о контрактной системе;
- 2) закупаемые товары, работы, услуги входят в перечень, утвержденный постановлением Правительства Российской Федерации от 15 апреля 2014 г. № 341 «О предоставлении преимуществ организациям инвалидов при определении поставщика (подрядчика, исполнителя) в отношении предлагаемой ими цены контракта»;
- 3) проводимая закупка не является закупкой у единственного поставщика.

Остановимся на первом пункте.

В первую очередь организации инвалидов должны соответствовать параметрам, указанным в законе. К организациям инвалидов, которым предоставляются преференции при участии в государственных закупках, согласно ст. 29 Закона о контрактной системе, относятся:

— общероссийские общественные организации инвалидов (в том числе созданные как союзы общественных организаций инвалидов), среди членов которых инвалиды и их законные представители составляют не менее 80 %;

— организации, уставный (складочный) капитал которых полностью состоит из вкладов общероссийских общественных организаций инвалидов и среднесписочная численность инвалидов в которых по отношению к другим работникам составляет не менее 50 %, а доля оплаты труда инвалидов в фонде оплаты труда — не менее 25 %.

Закон устанавливает такие четко сформулированные критерии с целью ограничения круга потенциальных получателей преференций в закупках, что подтверждается мнением многих цивилистов, в частности В. С. Скворцовой [4, с. 1667]. В обратном случае высока вероятность финансирования сомнительных организаций за счет государственных средств, что, в свою очередь, в значительной степени затрудняет решение государством дополнительных задач в сфере государственных закупок.

Более того, до марта 2018 г., чтобы получить преимущества при участии в закупках, организации инвалидов необходимо было лишь соответствовать критериям, регламентированным ст. 29 Закона о контрактной системе. Однако письмом от 28 марта 2018 г. № ИА/21098/18 «По вопросу применения положений статьи 29 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ „О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд”» ФАС России обозначило определенную позицию касательно применения данной нормы, которая заключается в том, что преференции, установленные ст. 29 Закона о контрактной системе, предоставляются исключительно общероссийским общественным организациям инвалидов или организациям, уставный (складочный) капитал которых полностью состоит из вкладов общероссийских общественных организаций инвалидов, и не распространяется на иные общественные организации инвалидов, в том числе на региональные и местные.

Таким образом, организации инвалидов, являющиеся, к примеру, районной, областной или местной организацией (т. е. составной частью, но не филиалом) общероссийской общественной организации инвалидов, не могут претендовать на получение указанных ранее преференций.

Для наилучшего восприятия ситуации вновь следует обратиться к правоприменительной практике. В начале 2019 г. в Новосибирское УФАС России обратилось ООО «ОГИС ТРЕЙД» с жа-

лобой на действия аукционной комиссии заказчика — государственного учреждения — Новосибирского регионального отделения фонда социального страхования Российской Федерации при проведении электронного аукциона № 0251100003818000440 на поставку подгузников для обеспечения ими детей-инвалидов в 2019 г.

Суть жалобы заключалась в том, что по результатам рассмотрения вторых частей заявок аукционная комиссия признала заявку подателя жалобы не соответствующей требованиям в части соответствия указанным ст. 29 Закона о контрактной системе критериям.

Комиссией было установлено, что уставной капитал общества полностью состоит из вклада Сергиево-Посадской районной организации Московской областной организации общероссийской общественной организации «Всероссийское общество инвалидов» (согласно выписке из ЕГРЮЛ), что противоречит указанным обществом в декларации сведениям касательно отнесения общества к организациям, уставной (складочный) капитал которых полностью состоит из вкладов общероссийских общественных организаций инвалидов.

Соответственно, аукционной комиссией было принято правомерное решение, исходя из чего Комиссия Новосибирского УФАС России решением от 11 февраля 2019 г. № 054/06/69-70/2019 признала жалобу ООО «ОГИС ТРЕЙД» на действия аукционной комиссии заказчика — государственного учреждения при проведении электронного аукциона необоснованной.

Таким образом, своим письмом ФАС России не только наложила дополнительные ограничения на участие в закупках, но и внесла изменения в части применения положений Закона о контрактной системе, что повлекло формирование новой позиции заказчиков и контрольных органов в отношении данной категории участников закупок.

Отчасти решение кажется абсурдным: структурным организациям общероссийских общественных организаций инвалидов — участникам закупки не предоставляются преимущества. Вероятно, в данном случае немаловажную роль сыграла экономическая составляющая, иначе объяснить позицию законодателя весьма сложно. Вместе с тем данная позиция начинает активно практиковаться заказчиками при принятии решений в отношении участников закупки, что в будущем может спровоцировать недовольство со стороны региональных и местных отделений общероссийских общественных организаций инвалидов, что приведет к увеличению количества поступающих в территориальные органы жалоб.

Подводя итог, можно отметить как положительные, так и отрицательные моменты. С одной стороны, понятно стремление государства к предотвращению коррупции и иных злоупотреблений в сфере обеспечения государственных и муниципальных нужд за счет установления дополнительных требований к участникам закупки.

В то же время, используя методы, нерационально ограничивающие количество участников закупок, оно не только не способствует повышению качества обеспечения государственных (муниципальных) нужд в полной мере, но и препятствует единой правоприменительной практике.

Разумеется, на данном этапе реализации рассмотренных положений законодательства о контрактной системе рано говорить об их несостоятельности. Однако, исходя из анализа только некоторых материалов правоприменительной практики Новосибирского УФАС России, уже сейчас можно и нужно задуматься о возможных отрицательных последствиях как для участников закупки, так и для заказчиков и государства в целом. Представляется необходимым отслеживание законодателем развития описываемых в статье тенденций.

Список литературы

1. Артамонов Г. В., Храмова М. А. Актуальные проблемы реализации федерального законодательства в сфере государственных закупок // Вестн. Псков. гос. ун-та. 2017. № 5. С. 155—160.

2. Гришин А. А., Шмурыгина О. В. Федеральная контрактная система: осуществление закупок для государственных и муниципальных нужд // Проблемы обеспечения, реализации, защиты конституц. прав и свобод человека. 2015. № 4. С. 286—291.

3. Пластилина Е. А. Дополнительные квалификационные требования к участникам закупок // Советник бухгалтера гос. и муницип. учреждения. 2015. № 4. С. 7—11.

4. Скворцова В. С. Поддержка организаций инвалидов посредством предоставления им преференций при осуществлении государственных закупок // Рос. предпринимательство. 2018. Т. 19. № 5. С. 1664—1680.

A. V. Novoseltseva, X. I. Tolmacheva

PROBLEMS OF PRACTICAL LEGAL ENFORCEMENT SEPARATE FROM LEGISLATION NORMS ABOUT CONTRACT SYSTEM

This article is devoted to the actual problems of the practical enforcement of certain norms of the antimonopoly legislation of the Russian Federation, namely the legislation on the contract system. The authors consider issues of granting preferences to organizations of people with disabilities, who are the participants in the procurement are, as well as questions of establishing additional requirements for the participants in the procurement.

The methodology of the work is based on the integrated application of formal legal and comparative legal methods of scientific research. The object of the study is the modern legislation on the contractual system, as well as the materials of the law enforcement activity.

Keywords: contract system, government procurement, additional requirements, benefits to procurement participants.