

*Журнал "Госзакупки.ру". Официальная информация. Письма. Комментарии.
Административная практика" № 1*

В прошлом году произошли значительные изменения в сфере размещения заказов для государственных и муниципальных нужд. В данной статье будут разъяснены некоторые сложные аспекты законодательства, вызывающие многочисленные вопросы у участников процесса размещения заказов.

Прошедший год с точки зрения изменения законодательства был бурным:

- Федеральный закон от 30.12.2008 № 308-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» установил требования к оформлению заявок и к правоспособности участников;
- Федеральный закон от 08.05.2009 № 93-ФЗ «Об организации проведения встречи глав государств и правительств стран – участников форума «Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году, о развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» установил порядок проведения электронных аукционов (гл. 3.1);
- Федеральный закон от 17.07.2009 № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» определил начало формирования качественного финансового обеспечения обязательств по контрактам (исключение страхования ответственности на электронных аукционах, введение возможности для заказчиков устанавливать невозможность предоставления страховок в качестве обеспечения обязательств по контрактам на обычных торгах и т. д.);
- Федеральный закон от 17.07.2009 № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации» внес изменения в КоАП РФ, направленные на снижение административной ответственности по запросам котировок и небольшим по стоимости торгам, а также при незначительных нарушениях сроков; введение ответственности по электронным аукционам;
- постановление Правительства РФ от 10.09.2009 № 722 «Об утверждении Правил оценки заявок на участие в конкурсе на право заключить государственный или муниципальный контракт на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд» определило порядок оценки и сопоставления заявок на конкурсах, благодаря чему практически исчезли жалобы, связанные с данными вопросами;
- Федеральный закон от 25.11.2009 № 273-ФЗ «О внесении изменений в статью 3.2 Федерального закона «О введении в действие Градостроительного кодекса Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» ознаменовал начало обязательного перехода заказчиков на проведение электронных аукционов в определенных законом случаях;
- распоряжение Правительства РФ от 17.12.2009 № 1996-р определило перечень товаров, работ и услуг, размещение заказов на которые обязательно для

федеральных заказчиков исключительно путем проведения электронных аукционов (в настоящее время ФАС России проводит специальную масштабную проверку исполнения данной нормы).

И это далеко не полный перечень всех изменений в данной сфере, произошедших за истекший год. 2010–2011 гг. с точки зрения изменения законодательства будут, конечно, не такими насыщенными. Но это будут годы реализации на практике заказчиками, предпринимателями и контролирующими органами всего того, что было принято в 2009 г.

Про электронные аукционы сейчас уже есть большое количество разъясняющих материалов, поэтому имеет смысл остановиться только на нескольких проблемных моментах применения законодательства, которые вызывают наибольшее количество вопросов у участников процесса размещения заказов.

Естественно, что, рассматривая данные вопросы, мы понимаем необходимость внесения изменений в законодательство в целях упорядочения работы всех сторон и исключения субъективного правоприменения.

1. Могут ли страховые компании предоставлять банковские гарантии? Какие последствия для участника размещения заказа на электронном аукционе (или на обычных торгах, в случае если заказчик установит требование об исключении страхования ответственности из возможных форм обеспечения обязательств по контракту) при предоставлении в качестве обеспечения обязательств по контракту банковской гарантии страховой компании?

В настоящее время страховые компании предоставлять банковские гарантии не могут, поскольку обязаны иметь лицензию ЦБ РФ, которой у них нет.

А в ближайшем времени возможность предоставления в сфере размещения государственного и муниципального заказа банковских гарантий исключительно кредитными организациями будет установлена непосредственно в Законе от 21.07.2005 № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон № 94-ФЗ).

В случае если сегодня участник размещения заказа предоставляет в качестве обеспечения обязательств банковскую гарантию страховой компании, он признается уклоняющимся от заключения контракта в связи с непредставлением надлежащего обеспечения.

Последствия такого признания – потеря права заключения контракта, включение участника в реестр недобросовестных поставщиков, а также потеря им обеспечения по заявке в размере до 5% от стоимости контракта. Последнее для предпринимателей особенно болезненно.

2. Как в дальнейшем будет складываться практика применения в качестве обеспечения обязательств по контрактам поручительств юридических лиц?

В ближайшее время данная форма обеспечения обязательств должна претерпеть существенные законодательные изменения для исключения ситуаций предоставления некачественного обеспечения.

3. Какие требования должны предъявляться к выписке из ЕГРЮЛ при рассмотрении вторых частей заявок участников?

Необходимо обратить внимание на две вещи:

- 6-месячная "свежесть" выписки из ЕГРЮЛ необходима исключительно для прохождения предпринимателями аккредитации на площадке.

В дальнейшем предприниматель не должен каждые 6 месяцев представлять на площадку новую выписку. Заказчик, осуществляя допуск участников размещения заказов по второй части заявок, смотрит исключительно на наличие выписки из ЕГРЮЛ в принципе и не обращает внимания на ее "свежесть";

- заказчик так же, как и контролирующий орган, не должен оценивать выписку из ЕГРЮЛ на ее соответствие законодательству. Если заказчик или контролирующий орган считают, что выписка из ЕГРЮЛ не соответствует требованиям законодательства, они могут обратиться в соответствующие органы власти, но это не может являться основанием для отказа в допуске участнику размещения госзаказа.

Также заказчик не может отказать участнику в допуске к торгам при указании в выписке иного адреса организации, ФИО директора и т. д., отличных от указанных в других представленных участником размещения заказа документах.

- Выписка из ЕГРЮЛ подтверждает исключительно факт регистрации данного лица и не более того. Все остальное подтверждается соответствующими документами по правоспособности, представленными участником.

4. Какова дальнейшая перспектива использования такой формы размещения государственного и муниципального заказа, как запрос котировок?

Данная форма должна быть исключена из Закона № 94-ФЗ как неконкурентный способ размещения заказа.

На первом этапе – в течение 8 месяцев – для федеральных заказчиков, на втором этапе – примерно во второй половине 2011 г. – для региональных и муниципальных заказчиков.

На смену данной форме должен прийти "короткий" по срокам электронный аукцион, который уже предусмотрен гл. 3.1 в Законе № 94-ФЗ до 3 млн руб. Возможно, что сроки проведения такого электронного аукциона будут еще несколько сокращены, а предельная сумма, до которой его можно проводить, увеличена до 5–10 млн руб.

5. Что такое "бинарный принцип", введенный в электронный аукцион?

"Бинарный принцип" – это одна из наиболее серьезных новелл гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ про электронные аукционы. Суть данного подхода в следующем.

В случае если заказчик установил в документации электронного аукциона торговую марку, то участник размещения заказа, предложивший такую же торговую марку, не должен описывать ее технические характеристики, ему достаточно сказать "да, я согласен".

В случае если он предлагает другую торговую марку, являющуюся эквивалентом того, что хочет получить заказчик в соответствии с параметрами эквивалентности, установленными заказчиком в документации, участник должен указать по требованию заказчика (обязательно установленного в документации электронного аукциона) как торговую марку, которую участник предлагает, так и ее характеристики, установленные заказчиком как требования к содержанию и составу заявки.

В случае если предметом размещения заказа является выполнение работ, оказание услуг, то участник также просто указывает свое согласие на выполнение работы или оказание услуги, которые заказчик описал в своей документации аукциона в электронной форме.

Если при выполнении данных работ или оказании услуг используются какие-либо материалы, имеющие торговые марки, то заказчик обязан также устанавливать параметры эквивалентности к этим торговым маркам. В этом случае участник

размещения заказа либо соглашается со всеми условиями, установленными в документации аукциона в электронной форме, либо он обязан указать по требованию заказчика (обязательно установленного в документации аукциона) как торговые марки, которые участник предлагает при исполнении данного контракта, так и их характеристики, установленные заказчиком как требования к содержанию и составу заявки.

Таким образом, подход в данном случае точно такой же, как и при поставке товаров.

Данная новелла в законодательстве введена для исключения ситуаций, когда заказчики требуют от предпринимателей практически полностью повторить свое техническое задание и в случае ошибки на той или иной странице отказывают такому предпринимателю в допуске к торгам.

Пока данная новелла действует исключительно в отношении аукционов в электронной форме, но, конечно, такой же принцип необходимо ввести и в правила проведения обычных торгов.

6. Каким образом предполагается наводить порядок со своевременной оплатой предпринимателям качественно выполненных контрактов?

На сегодняшний день это большая проблема, поскольку нередки случаи значительных задержек по оплате качественно выполненного контракта. Необходимо внести изменения в КоАП РФ, установив административную ответственность должностных лиц заказчика за необоснованный отказ подписания акта приема-сдачи товара, работы или услуги, а также за необоснованную задержку оплаты. Также необходимо ввести в Закон № 94-ФЗ предельный срок отсрочки платежей по надлежащим образом исполненному контракту. Перечисленные меры позволят защитить добросовестных предпринимателей уже на стадии исполнения контракта и оплаты за него.

7. Какова дальнейшая перспектива работы автономных учреждений?

Необходимо установить исчерпывающий перечень сфер, в которых могут быть созданы автономные учреждения (например, в научной сфере, сфере культуры и образования) одновременно с введением дополнительной регламентации работы таких учреждений.

В настоящее время в случае выявления фактов финансирования через такие учреждения строительства или закупки лекарственных средств данные факты рассматриваются нами как нарушение Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" в форме незаконной передачи государственной функции или субсидий.

В ряде субъектов РФ правоохранительными органами рассматривается вопрос о возбуждении уголовных дел на основании решений ТУ ФАС России по нарушению антимонопольного законодательства. Мы полностью поддерживаем необходимость привлечения должностных лиц к уголовной ответственности по всем таким случаям.

8. Можно ли подписывать дополнительные соглашения в случае задержки поставки товара, оказания услуги, выполнения работы?

Нет, такие соглашения подписывать нельзя. В таких случаях (при согласии заказчика принять исполнение по контракту) необходимо оформлять акт сдачи-приемки с указанием нарушения сроков исполнения по контракту.

В случае если задержка исполнения по контракту произошла вследствие вины предпринимателя (в т. ч. из-за некачественной работы его субпоставщиков или

субподрядчиков), проводить оплату необходимо за минусом штрафных санкций, предусмотренных контрактом. Если несвоевременное исполнение контракта произошло по вине заказчика, штрафные санкции с предпринимателя не взимаются, и должна быть ответственность должностных лиц заказчика, из-за которых произошел срыв контракта по срокам.

Логика такого подхода в законе проста – если бы можно было делать дополнительные соглашения, это означало бы легализацию новых сроков исполнения контракта, что изначально сделало бы бессмысленным его размещение на торгах (торги бессмысленны, если потом можно менять условия контракта).

9. Как происходит рассмотрение жалоб, касающихся вопросов “заточивания” заказчиком требований к товару, работе или услуге в документации торгов?

Рассмотрение жалоб происходит следующим образом. Мы спрашиваем у заказчика, какие другие торговые марки подходят под те критерии эквивалентности, которые он установил. Если заказчик не знает, то мы “сносим” торги, т. е. принимаем решение о внесении изменений в документацию с целью исключения ограничения количества участников и приведения ее в соответствие с требованиями Закона № 94-ФЗ, а также привлекаем должностное лицо заказчика, утвердившего документацию, к административной ответственности.

Если заказчик может назвать другие торговые марки, которые подходят под те параметры эквивалентности, которые он установил, то комиссия проверяет, действительно ли это так.

Заказчик всегда должен понимать, какие торговые марки подходят под его требования. Он может не знать всех марок, но несколько марок он знать должен (за исключением ситуации технической несовместимости). При этом заказчик должен иметь аргументированную позицию, почему он установил те или иные требования, исключающие ряд других торговых марок. Во многом процедура рассмотрения жалоб носит соревновательный характер, поскольку обжалующий действия заказчика предприниматель также должен представлять аргументированную позицию, почему он считает, что документация заказчика “заточена”.

10. Каким образом необходимо размещать информацию об электронных аукционах, проводимых по гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ?

Данную информацию (извещение и документацию) заказчик должен разместить в обязательном порядке на сайте той электронной площадки, на которой будет проходить размещение заказа.

Данный порядок будет действовать до 1 января 2011 г., когда у нас в стране начнет работать единый общероссийский портал, на котором будет сосредоточена вся информация о размещаемых заказах по стране.

С этого момента все заказчики должны будут размещать информацию исключительно на едином портале. До этого – у нас полгода переходный период, когда информацию об электронных аукционах необходимо размещать и искать непосредственно на электронных площадках.

11. Можно ли на электронном аукционе требовать от предпринимателя декларации о ненахождении компании в состоянии ликвидации, банкротства и т. д.? Каким образом проводить спецторги для субъектов малого предпринимательства на электронных аукционах?

В отличие от обычных торгов требовать от предпринимателя представления декларации о ненахождении компании в состоянии ликвидации, банкротства и т. д. нельзя, поскольку сам факт подачи заявки на участие в торгах означает, что компания считает себя не находящейся в состоянии ликвидации, банкротства и т. д. Никакой дополнительной декларации компании представлять не надо.

Если заказчик установит, что компания представила недостоверную информацию, такая компания подлежит отклонению на любом этапе размещения заказа.

На сегодняшний день в соответствии с гл. 3.1 Закона № 94-ФЗ в отличие от обычных торгов заказчик только обозначает, что торги проходят для субъектов малого предпринимательства, но не может требовать от участников каких-либо документов или деклараций.

Сам факт подачи заявки на участие в торгах означает, что компания считает себя субъектом малого предпринимательства. В то же время в законе есть норма, в соответствии с которой в случае выявления заказчиком в заявке участника недостоверной информации такой участник отстраняется от участия в размещении заказа на любой стадии его проведения. Возможно, в дальнейшем норма о спецторгах для субъектов малого предпринимательства претерпит законодательные изменения.

Также надо отметить, что в настоящее время ФАС России проводит специальную масштабную проверку исполнения федеральными и региональными заказчиками нормы о спецторгах для субъектов малого предпринимательства за 2009 г.

12. Вопросы по строительству. Можно ли не размещать на сайте проектно-сметную документацию (ПСД) или размещать ее частично? А также каким образом оформлять в контракте снижение цены на аукционе?

ПСД подлежит обязательному размещению на официальном сайте. Если ПСД не размещена или размещена частично, это нарушение Закона № 94-ФЗ, поскольку отсутствуют требования к работе. Последствия – фиксация нарушений, административная ответственность, предписание о внесении изменений в документацию (т. е. требование о размещении ПСД в полном объеме) и продление срока подачи заявок.

Снижение цены на аукционе оформляется следующим образом. При снижении начальной максимальной цены контракта участник размещения заказа не делает новую смету. Берется ПСД заказчика и под итоговой графой пишется начальная цена минус процент снижения на аукционе – и новая итоговая цена. Если этапов оплаты по контракту было несколько, данная запись делается после каждого этапа. При этом стоимость всех этапов снижается прямо пропорционально. Необходимо обратить внимание, что снижается не стоимость каждого вида работ, а именно стоимость этапов. Полученная таким образом ПСД и является частью заключаемого контракта, на основании которого проходит оплата работ подрядчика.

Соответствующие разъяснения были даны в августе 2009 г. Минэкономразвития России и ФАС России, ознакомиться с ними можно как на сайте zakupki.ru, так и на сайте fas.gov.ru в разделе “Контроль за госзаказом”.

13. Какова дальнейшая перспектива законодательных изменений по конкурсам?

Если же говорить про конкурсы, то, конечно, необходимо существенно совершенствовать данную процедуру.

Во-первых, нужно сократить количество критериев. Подавляющее число из них не содержит экономического смысла, и так же, как и на аукционе, их необходимо переформатировать в требования заказчиков к товару, работе или услуге. Если мы

возьмем тот же критерий срока поставки товаров или выполнения работ, оказания услуг, то на аукционе заказчик его устанавливает как требование заранее, и никто от этого не страдает.

По большому счету, реальных критериев на конкурсе у нас всего два – субъективный (качество и (или) квалификация) и цена контракта. При этом необходимо 2/3 значимости (от 20% или 45%) субъективного критерия перевести в количественно измеряемые показатели, что сделает конкурсы значительно более конкурентной процедурой, нежели чем они являются на сегодняшний день.