

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА № 223-ФЗ

Валентина Викторовна КОШЕЛЕВА, и. о. руководителя экспертно-консультационного центра Института госзакупок: в соответствии с изменениями, внесенными в Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в конце прошлого года (Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 324-ФЗ), часть юридических лиц была выведена из-под его действия. Тем не менее с каждым годом ряды заказчиков, подпадающих под сферу регулирования Закона № 223-ФЗ, пополняются.

В круг заказчиков, на которых распространяется действие Закона № 223-ФЗ, попадают в том числе государственные корпорации, субъекты естественных монополий, у которых доля выручки от монопольных видов деятельности превышает 10% и доля участия государства в которых более 50%, государственные автономные учреждения, унитарные предприятия. С 2014 года к ним примкнули и муниципальные унитарные предприятия, автономные учреждения, иные хозяйственные общества, созданные муниципальными образованиями. А в связи с принятием Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в число субъектов, применяющих Закон № 223-ФЗ, могут войти и бюджетные учреждения.

О САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ЗАКАЗЧИКА

Закон № 223-ФЗ устанавливает лишь общие правила закупок товаров, работ, услуг: принципы, требования к локальному правовому документу заказчика о закупке товаров, работ, услуг (положение о закупке), отдельные процедурные сроки, требования к содержанию извещения и документации о закупке, отчетность и некоторые другие. Основные же правила игры регламентируют сами заказчики в своих положениях о закупке. То есть заказчики самостоятельно устанавливают способы закупки, процедуры их проведения, требования к участникам, составу заявки, порядок заключения и исполнения договора, заключаемого по результатам закупки. При этом можно сказать, что в настоящее время сложились определенные подходы как в закупочной деятельности заказчиков, так и в работе контролирующего такие закупки органа власти — Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов.

Законом № 223-ФЗ установлена обязанность заказчиков разработать, утвердить и разместить на общероссийском официальном сайте (а это тот же официальный сайт, что и для государственных и муниципальных заказчиков, работающих в настоящее время по Федеральному закону № 94-ФЗ, — www.zakupki.gov.ru) внутренний правовой акт, регламентирующий правила закупки, — положение о закупке. В противном случае заказчики должны применять при закупках Закон № 94-ФЗ. Административной ответственности за несоблюдение данных требований в Кодексе об административных правонарушениях не установлено, однако встречаются случаи, когда антимонопольный орган привлекает заказчиков к ответственности за неприменение положений Закона № 94-ФЗ, возбуждая дела по статье 7.29 КоАП РФ (неправильный выбор способа размещения заказа).

Следует отметить, что многие заказчики не только разместили положение о закупке на официальном сайте, но и, проработав по нему некоторое время, успели неоднократно

его изменить в части способов закупок, отдельных технических правок по процедурам и в первую очередь по корректировке и расширению оснований для осуществления закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика). При этом напомним, что в соответствии с пунктом 12 постановления Правительства РФ от 10 сентября 2012 г. № 908 «Об утверждении Положения о размещении на официальном сайте информации о закупке» на сайте размещается не только измененное положение о закупке, но и отдельный документ, содержащий перечень внесенных изменений. Однако практически никто из заказчиков этого не делает, а размещают лишь положение о закупке в новой редакции.

О РАЗНООБРАЗИИ ПРОЦЕДУР

В положении о закупке должны быть определены все возможные для использования способы закупки (помимо конкурса и аукциона, которые в любом случае необходимо предусматривать в соответствии с частью 3 статьи 3 Закона № 223-ФЗ) и условия выбора каждого из способов (то есть критерии, которыми будет руководствоваться непосредственно сам заказчик при определении способа закупки конкретных товаров, работ, услуг). Нередко на практике единственным отличием в способах выступает ценовой порог закупки. Так, например, если сумма не превышает 1 млн руб., заказчик может проводить процедуру запроса цен или запроса предложений, если сумма выше, то торги (конкурс или аукцион). При этом различие в конкурсе и аукционе установлено самим законом (это используемые критерии выбора победителя: при проведении аукциона — только цена).

На сегодняшний день на официальном сайте в списке возможных процедур значится более 1,3 тыс. наименований. Наблюдается определенное разнообразие, но, к сожалению, оно сводится только к наименованию процедуры. У одного заказчика в положении предусмотрено такой способ, как «запрос предложений не в электронной форме», а у другого «запрос предложений неэлектронный». Если уж заказчики посчитали, что в данном случае в процедуре имеются различия, то трудно представить, как в таком разнообразии наименований разбираются поставщики, которые осуществляют поиск нужных им процедур...

Если же посмотреть по содержанию, условиям выбора и порядку проведения, то неторговые способы закупок можно объединить в две группы.

1. Используется только один критерий выбора победителя — цена (такие закупки чаще всего именуется запросами котировок цен, ценовых предложений).
2. Используется несколько критериев — цена, квалификация участника, сроки поставки продукции, срок оплаты и др. (запрос предложений, оферт, коммерческих предложений).

При этом как бы ни старались заказчики в своем положении разграничить торги и неторги (прямое указание на это есть в самих положениях о закупке — оговорка о том, что «проведение процедуры не налагает на заказчика обязанностей по заключению договоров с участниками, подавшими заявки», ссылки на статьи 447–449 Гражданского кодекса, указание на то, что данные процедуры не являются публичным конкурсом согласно статьям 1057–1061 Гражданского кодекса), ФАС России квалифицирует данные закупки как торги. И соответственно рассматривает жалобы по ним в порядке статьи 18.1

Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (см., например, решение Московского УФАС России от 29 мая 2013 г. по делу № 1-00-735/77-13 о нарушении процедуры открытого запроса предложений).

Следует отметить, что в связи с приказом ФАС России от 18 января 2013 г. № 17/13 «Об утверждении Порядка рассмотрения жалоб на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг» (вступил в силу 7 июня 2013 года) практика в этой части должна измениться, так как в самом приказе прямо устанавливается, что он применяется во всех случаях закупки, за исключением торгов и запроса котировок, жалобы по которым, как было указано выше, рассматриваются в соответствии с законом о защите конкуренции.

О ПОЛЬЗЕ СВЯЗЕЙ

В числе «экзотических» способов закупок, встречающихся на практике, можно назвать, например, такой, как «закупки на основе устойчивых хозяйственных связей». Суть его сводится к тому, что предложение о заключении договора направляется одному конкретному участнику закупки (без рассмотрения альтернатив) на основании того, что рынок закупаемого товара, работы, услуги изучен и избранный потенциальный участник закупки признан заказчиком лидером на данном рынке, способным предложить наиболее выгодные условия на долгосрочную перспективу. Либо потенциальный участник признан комиссией наиболее добросовестным контрагентом по результатам длительных (не менее года) отношений по аналогичным видам договоров. При этом критериями для оценки могут являться суммы договоров, периодичность сделок, отсутствие претензий к результатам сделки.

Такой способ имеет место, но фактически это прямая закупка у единственного поставщика, просто выделенная в отдельную процедуру. По ней заказчиком также размещаются извещение, документация о закупке, протокол, в котором раскрываются сведения о лицах, «имеющих длительные связи с заказчиком».

О ПРАВОТЕ КОМПАНИЙ

Заказчик самостоятельно выбирает, какой способ закупки ему использовать. Но тут есть исключение: если продукция включена в перечень товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются в электронной форме (постановление Правительства РФ от 21 июня 2012 г. № 616), то процедура проводится с использованием только электронного документооборота (в частности, заявки участниками подписываются электронной подписью), также допускается проведение таких закупок на электронных площадках. Так, в указанный перечень вошли канцелярские товары, медицинская аппаратура, услуги по техническому обслуживанию и ремонту оргтехники и некоторые другие.

В отношении подходов к закупкам в электронной форме заказчиков можно условно разделить на две категории. Первая — это те, которые достаточно давно, еще до принятия Закона № 223-ФЗ, и успешно применяют электронные формы закупок, активно проводят их с использованием электронных площадок, причем как привлеченных (B2B-Center, Сбербанк-АСТ, ОАО «ЕЭТП»), торговая площадка «Фабрикант», торговая система «ГазНефтторг.ру» и др.), так и специально созданных для закупок конкретного заказчика (например, электронной торгово-закупочной площадки ОАО «РЖД»). Вторая категория — заказчики, которые никогда не применяли электронную форму закупки

и не собираются этого делать.

Не применять электронную форму закупки им позволяет постановление Правительства РФ от 21 июня 2012 г. № 616, согласно которому, если закупка в соответствии с положением о закупке осуществляется у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), электронная форма может не применяться. Поэтому многие заказчики товары, работы, услуги из перечня электронных закупок внесли в свой перечень закупок у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

В ЧИСЛЕ ОСНОВАНИЙ ДЛЯ ПРЯМЫХ ЗАКУПОК ВСТРЕЧАЮТСЯ СЛЕДУЮЩИЕ:

- ✓ проведение корпоративных мероприятий;
- ✓ осуществление закупок автомобилей и специальной техники у завода-изготовителя или его официальных дилеров;
- ✓ закупка продуктов питания для организации питания сотрудников заказчика;
- ✓ услуги охраны;
- ✓ закупки по существенно сниженным ценам, когда такая возможность существует в течение очень короткого промежутка времени (сезон скидок);
- ✓ закупки у компании, созданной заказчиком, или, наоборот, закупки у материнской компании;
- ✓ аренда объектов недвижимости и др.

Все эти основания допустимы, они прямо не противоречат Закону № 223-ФЗ, но возникает вопрос: являются ли они обоснованными? Если Закон № 223-ФЗ в качестве одного из принципов устанавливает отсутствие необоснованных ограничений по отношению к участникам закупки, то в чем исключительность закупки, например, продуктов питания у единственного поставщика? Почему бы не произвести конкурентную процедуру и не выбрать квалифицированного поставщика, предлагающего качественную продукцию?.. То есть в подобных ситуациях прослеживается ограничение конкуренции между участниками закупки.

Что касается практики обжалования действий заказчиков в антимонопольном органе, то можно также выделить отдельные наиболее распространенные ситуации. Во-первых, участники жалуются на необоснованное отклонение их заявки либо неправильный допуск конкурентов. Во-вторых, поступают жалобы на содержание документации о закупке (требования к участникам, состав документов, критерии оценки заявок). В-третьих, имеют место нарушения, связанные с процедурными моментами: заказчик не разместил вовремя протокол, не направил уведомление участнику. При этом уже можно говорить, что складывается определенная практика: если заказчик не нарушает собственного положения о закупке, которое разработано в полном соответствии с Законом № 223-ФЗ, то он, конечно же, прав.

В завершение следует сказать о том, что Закон № 223-ФЗ работает уже почти полтора года, но его эффективность можно оценить, к сожалению, только практикой обжалования и судебной практикой. В перспективе — установление административной ответственности за нарушения в сфере закупок. В проекте изменений в Кодекс об административных правонарушениях предполагаемые размеры штрафов за нарушение

положений Закона № 223-ФЗ в несколько раз превышают аналогичные штрафы в области государственных закупок.