



Необычные подходы к реализации Закона № 223-ФЗ

Елена Пластинина

к.э.н., зав. кафедрой ГМУ
Академии промышленного менеджмента
им. Н.П. Пастухова



Виталий Абрамов

генеральный директор
специализированной организации
«Стройком-97»

Люди, оказавшиеся в профессии закупщика по призванию, отлично понимают, что их основная задача — получить необходимую организации продукцию точно в срок, а не удовлетворить амбиции контрольных органов и даже не обеспечить развитие экономики страны путем поддержания конкуренции производителей. Миссия, как показывает практика, оказывается выполнимой при условии прекрасного знания закона и проявления креатива. Отдельные примеры отличных идей и их успешной реализации мы рассмотрим в данной статье.

И снова о техническом задании

Установление требований к качественным и функциональным характеристикам предмета закупки остается одной из самых действенных мер обеспечения эффективности закупки. Самым верным способом избежать неприятных сюрпризов при исполнении договора было и остается указание на производителя закупаемой продукции. Но Закон № 223-ФЗ запрещает указание на товарные знаки в случае необоснованного ограничения конкуренции. Стало быть, ограничение конкуренции необходимо обосновать.

Верховный Суд РФ в п. 10 Обзора практики от 16.05.2018¹ дает заказчикам подсказку о критериях допустимости прямой ссылки на производителя: указание в закупочной документации товарного знака может быть признано допустимым в случаях, когда закупка эквивалентного товара приведет к дополнительным подтвержденным затратам. Это могут быть затраты на переобучение персонала, затраты на техническое обслуживание, обеспечение технической совместимости и пр.

Грамотные специалисты тут же ухватились за спасительную возможность.

Пример 1

Закупая антивирусное программное обеспечение, заказчик отметил, что потребность в продлении лицензии на право получения обновлений баз сигнатур Kaspersky Total Security обусловлена окончанием срока действия текущей лицензии. Данное программное обеспечение интегрировано с другими системами информационной безопасности заказчика².

Пример 2

При составлении документации на закупку термобумаги заказчик указал на необходимость поставки оригинальной термобумаги к видеопринтерам SONY, поскольку она указана в качестве расходного материала в руководстве по эксплуатации. Использование неоригинальной термобумаги влечет снятие видеопринтера с гарантии³.

Экономические критерии также не остаются без внимания специалистов при обосновании указания товарного знака в закупочной документации.

Пример

Прописывая в техническом задании навигационное оборудование марки ГЛО-НАСС, заказчик указал, что уже использовал указанное оборудование ранее

¹ «Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018).

² Решение ФАС России от 10.10.2018 № 223-ФЗ-760/18.

³ Решение Белгородского УФАС России от 31.10.2018 № 666-18-И. Авторы благодарят за пример В. Р. Байрашева: см. Байрашев В. Р. Конкурентные и неконкурентные закупки: как заказчику закупить желаемый товар // ПРОГОСЗАКАЗ.РФ. 2019. № 5.

и оно зарекомендовало себя с лучшей стороны. При этом ненадлежащая работа «эквивалентного» оборудования приводила к ежемесячным финансовым потерям, которые были подтверждены документально⁴.

Указание в проектной документации товарного знака по-прежнему остается убедительным аргументом для его включения в документацию о закупке.

Пример

Заказчик обосновал потребность в закупке кранов шаровых стальных для газа LD тем, что данные краны нужны на объекте, реконструируемом на основании проектной документации, спецификация которой предусматривала установку именно кранов шаровых стальных для газа LD. Суд поддержал позицию заказчика⁵.

Безусловно, самым надежным способом избежать встречи с «котом в мешке» является установление требования о предоставлении образца продукции, планируемого к поставке. Но в этом случае появляется риск встречи с ФАС России, которая много лет подряд утверждает, что участник не обязан иметь товар в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке. Однако суды не поддерживают позицию антимонопольного ведомства.

Пример 1

ОАО «РЖД» при закупке спецодежды попросило участника представить в составе заявки образец, который должен был состоять из изделия, изготовленного в соответствии с технической документацией, и ярлыка с описанием основных физико-механических характеристик и материалов, используемых для его изготовления. Комиссия ФАС России посчитала это ограничением конкуренции, но суд указал, что в действиях заказчика отсутствуют нарушения ч. 1 ст. 2, ч. 6 ст. 3 Закона № 223-ФЗ: отказывая обществу в допуске к участию в аукционе, заказчик действовал правомерно, в полном соответствии с нормами Закона № 223-ФЗ, подзаконных нормативных актов и положения о закупке ОАО «РЖД»⁶.

⁴ Решение Новосибирского УФАС России от 06.12.2018 по закупке № 31807164967. Авторы благодарят за пример В. Р. Байрашева: см. *Байрашев В. Р.* Конкурентные и неконкурентные закупки: как заказчику закупить желаемый товар // ПРОГОСЗАКАЗ.РФ. 2019. № 5.

⁵ Решение АС Свердловской области от 19.08.2019 по делу № А60-31481/2019.

⁶ Решение АС г. Москвы от 17.12.2018 по делу № А40-218397/2018. Оставлено без изменений постановлением Девятого ААС от 20.03.2019, постановлением ФАС Московского округа от 06.08.2019.

Пример 2

Компания ПАО «Транснефть» утвердила реестр основных видов продукции (далее — Реестр ОВП), предлагая которую участники закупок должны были подтвердить ее качество сертификатом, выданным дочерней компанией заказчика. Разумеется, для этого потенциальные участники должны были представить образцы вышеназванной продукции еще до участия в закупке. При рассмотрении спора по обжалованию этих требований суд занял позицию заказчика, указав, что спецодежда, которая являлась предметом спорных закупок, входит в перечень основных видов продукции. От качества спецодежды зависит жизнь и здоровье работников ПАО «Транснефть» и дочерних обществ, поэтому к ней предъявляются предельно строгие требования в части защитных, гигиенических и эксплуатационных свойств. Заявитель жалобы также не был лишен права участвовать в закупках, предлагая продукцию, включенную в Реестр ОВП⁷.

Кроме того, при закупке работ заказчик может попросить участника с «садиистскими» подробностями описать процессы, которые он планирует осуществлять при исполнении договора, а также материалы, планируемые к использованию при производстве работ.

Пример

Заказчик (ГУП «Московский дом книги») проводил аукцион в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства на ежемесячное техническое обслуживание и текущий ремонт помещений. ФАС России посчитала, что способ изложения требований, в т. ч. инструкция по заполнению заявки, не позволяет надлежащим образом идентифицировать потребность заказчика и провоцирует допущение участником закупки ошибок при заполнении заявки. Суд признал решение контрольного органа незаконным и не посчитал указанные требования к порядку подачи заявок нарушением Закона № 223-ФЗ⁸.

Предварительный квалификационный отбор

Предварительный квалификационный отбор, в отличие от квалификационного отбора, сам по себе не является ни закупкой, ни этапом закупочной процедуры и не влечет за собой обязанности заключить договор. При этом установление квалификационных требований и их проверка является

⁷ Решение АС г. Москвы от 01.04.2019 по делу № А40-258933/18, постановлением Девятого ААС от 18.07.2019 оставлено без изменений.

⁸ Решение АС г. Москвы от 10.09.2019 по делу № А40-87512/19-2-575. В настоящее время дело рассматривается Девятым ААС.

безусловной гарантией для заказчика, что на процедуру закупки не придет «всякий сброд». Легитимность указанных действий неоднократно подтверждалась судебными органами. Суды указывали, что по результатам квалификационного отбора могут проводиться даже закупки со специальным режимом, в т. ч. для субъектов малого и среднего предпринимательства.

Пример

Согласно извещению к участию в электронном конкурсе в на строительство канализационных сетей приглашались организации, прошедшие предварительный квалификационный отбор и отнесенные в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» к субъектам малого и среднего предпринимательства.

Суды не усмотрели в действиях заказчика каких-либо нарушений требований Закона № 223-ФЗ, указав, что процедура предварительного квалификационного отбора сама по себе не является торгами, допуск к участию в открытом конкурсе предприятий малого и среднего бизнеса, прошедших предварительный квалификационный отбор на общих основаниях, не свидетельствует об ограничении количества участников закупки, а является для организатора конкурса свидетельством наличия у данных участников надлежащей квалификации, отвечающей потребностям заказчика⁹.

Предсказуемость контрагента

Положительный опыт сотрудничества с участником в прошлом также является гарантией надлежащего исполнения контракта. Однако контрольные органы реагируют на длительные хозяйственные связи заказчика и участника как бык на красную тряпку, что делает невозможным использование положительного опыта сотрудничества с заказчиком в качестве требования к участнику. При этом устанавливать в качестве критерия оценки заявок опыт работы с заказчиком можно. ПАО «Транснефть» удалось отстоять данную позицию в суде: суды согласились, что невозможность победы в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих требованиям заказчика, не означает, что действия последнего повлекли необоснованное ограничение конкуренции¹⁰.

⁹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.03.2017 по делу № А56-16485/2016.

¹⁰ Определение Верховного Суда РФ от 19.07.2019 по делу № А19-15242/2018.

Антидемпинговые меры

Необоснованное снижение цены также является недобрым знаком для заказчика, тщательно подходящего к мониторингу рынка на этапе подготовки к закупочной процедуре. Традиционно демпингом принято считать снижение на 25 % и более от начальной (максимальной) цены. Заказчики используют различные меры защиты от легкомысленных участников — от отказа в допуске до предоставления дополнительного подтверждения предложенной цены в виде обоснования или внешнего экспертного заключения. Самым безопасным и эффективным способом защиты в данном случае является использование «двойных стандартов» при проведении процедуры оценки заявок.

Пример

Заявкам, в которых предлагается демпинговая цена, присваивалось максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявка каждого участника, в которой предложена не демпинговая цена, оценивалась путем сравнения начальной (максимальной) цены, сниженной на максимально допустимый размер снижения цены, с ценой, предложенной каждым участником. Такой порядок расчета баллов по критерию цена договора позволил заказчику максимально сократить разрыв между участниками, предложившими демпинговую цену, и участниками, предложившими цену в пределах допустимого процента снижения.

Суд указал, что заказчик правомерно и обоснованно установил в конкурсной документации условия относительно оценки заявок по критерию «Цена договора», предприняв необходимые действия для предотвращения незаконного демпинга¹¹.

Вместо вывода

Закупщик, который осознает, что его основная миссия — это поставка качественной продукции точно в срок, может придумать большое количество способов достижения данной цели. И в этом ему не смогут помешать ни странные законы, ни агрессивно настроенные контролеры. ■

¹¹ Решение АС г. Москвы от 22.07.2019 по делу № А40-76100/19-79-627.

Новости контрактной системы

С 22.11.2019 заказчики обязаны применять типовой контракт на ремонт электронного и оптического оборудования (утв. приказом Минпромторга России от 28.03.2019 № 997). А с 30.11.2019 подлежат применению восемь типовых контрактов в сфере культуры (утв. приказом Минкультуры России от 10.06.2019 № 745).