



В.Р. Байрашев
*независимый эксперт
в сфере государственных и корпоративных закупок*

Правовые и экономические барьеры участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках по 44-ФЗ и 223-ФЗ

Подготовлено по материалам одноименного доклада, сделанного автором на XIV Всероссийском Форуме-выставке «ГОСЗАКАЗ-ЗА честные закупки»

Говоря о поддержке малого и среднего предпринимательства (далее – МСП) с помощью государственных и корпоративных закупок, представители регулятора редко обозначают цель такой поддержки.

В 44-ФЗ и 223-ФЗ эта цель явно не определена, но, анализируя инструменты поддержки, можно предположить, что цель заключается в перераспределении определенной доли федерального, регионального, местного бюджетов, бюджетов компаний с государственным участием и других крупных заказчиков по 223-ФЗ в пользу МСП.

В процентном выражении объемов поддержки лидируют закупки по 44-ФЗ, так как все без исключения заказчики обязаны поддерживать субъекты малого предпринимательства и социально ориентированные некоммерческие организации (далее – СОНКО).

В стоимостном выражении поддержка МСП намного больше у заказчиков по 223-ФЗ, распоряжающихся большим бюджетом в сравнении с заказчиками по 44-ФЗ.

Рис. 1 Объем поддержки субъектов малого предпринимательства и СОНКО посредством 44-ФЗ¹



Рис.2 Объем поддержки субъектов МСП посредством 223-ФЗ



¹ По данным мониторинга закупок Минфина России <https://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/>

В 44-ФЗ и 223-ФЗ в настоящий момент отсутствует верхняя планка по объемам поддержки МСП и СОНКО, что свидетельствует о намерениях законодателя постепенно увеличивать объемы поддержки.

Среди мер поддержки МСП и СОНКО преобладают административные рычаги, а именно:

- 1) увеличение объемов поддержки в рамках постановления Правительства РФ от 11.12.2014 № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – ПП РФ 1352);
- 2) расширение перечня заказчиков, обязанных применять ПП РФ 1352;
- 3) введение предельных сроков оплаты по контрактам по 44-ФЗ и договорам с МСП по 223-ФЗ.

Однако указанные методы не учитывают множества существующих правовых и экономических реалий, в которых вынуждены действовать субъекты МСП, участвующие в закупках. А ведь включение во внимание регулятора обстоятельств, о которых речь пойдет ниже, способно заметно облегчить доступ МСП к закупкам по 44-ФЗ и 223-ФЗ.

Dura lex, sed lex²

Несмотря на наличие в 44-ФЗ и 223-ФЗ безоговорочного права любого лица, в том числе МСП и СОНКО, участвовать в закупках, на деле это право нередко необоснованно ограничено нормами специального законодательства.

Так, согласно п. 3 ст. 3 Федерального закона от 29.12.2012 № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» **головной исполнитель поставок продукции по государственному оборонному заказу – юридическое лицо**, созданное в соответствии с законодательством Российской Федерации и заключившее с государственным заказчиком государственный контракт по государственному оборонному заказу.

А ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности» указывает, что **обязательный аудит** бухгалтерской (финансовой) отчетности организаций, ценные бумаги которых допущены к организованным торгам, иных кредитных и страховых организаций, негосударственных пенсионных фондов, организаций, в уставных (складочных) капиталах которых доля государственной собственности составляет не менее 25 процентов, государственных корпораций, государственных компаний, публично-правовых компаний, а также бухгалтерской (финансовой) отчетности, включаемой в проспект ценных бумаг, и консолидированной финансовой отчетности **проводится только аудиторскими организациями**.

² «Закон суров, но это закон». Впрочем, в контексте данной статьи фраза не требует перевода.

Трудно сказать, почему в указанных случаях исполнение договора юридическим лицом, созданным за месяц до участия в закупке, будет предпочтительнее, чем исполнение договора индивидуальным предпринимателем, имеющим многолетний положительный опыт участия в закупках.

Подобные ограничения существуют и для получения отдельных видов разрешительных документов, необходимых для участия в закупках, где их наличие является обязательным.

Другие труднообъяснимые ограничения содержатся в текстах самих 44-ФЗ и 223-ФЗ (таб. 1).

Таблица 1

Условия поддержки МСП и СОНКО в рамках 44-ФЗ и 223-ФЗ

Ст. 30 44-ФЗ	ПП РФ 1352 (223-ФЗ)
Заказчики обязаны осуществлять закупки у субъектов малого предпринимательства , СОНКО в объеме не менее чем 15% совокупного годового объема закупок. При этом начальная (максимальная) цена контракта не должна превышать двадцать миллионов рублей.	В случае если начальная (максимальная) цена договора... не превышает 400 миллионов рублей и товары, работы, услуги включены в перечень , заказчик вправе осуществить закупки таких товаров, работ, услуг у субъектов МСП.

При сравнении субъектов поддержки обращает на себя внимание тот факт, что регулятор не видит необходимости поддерживать субъекты среднего предпринимательства посредством 44-ФЗ, а СОНКО посредством 223-ФЗ.

Такое же негативное воздействие на объемы поддержки МСП и СОНКО оказывают и стоимостные ограничения закупок, зависящие от размера начальной (максимальной) цены договора. Почему-то считается, что даже нацеленный на расширение малый бизнес не справится с более чем 20-миллионным контрактом, а средний бизнес не сможет исполнить договор дороже 400 миллионов рублей, даже если он будет рассчитан на несколько лет и будет предусматривать авансирование.

А перечень закупаемых у МСП товаров, работ, услуг по 223-ФЗ, о котором нередко любят рассказывать представители Корпорации МСП, и вовсе затрудняет хозяйственную деятельность заказчиков, вынужденных просчитывать последствия включения той или иной позиции ОКПД2 в перечень.

Ведь куда проще и эффективнее было бы принимать решение о проведении закупки только среди субъектов МСП ситуативно, в зависимости от наличия или отсутствия поставщиков МСП в интересующем заказчика сегменте рынка.

Невидимые последствия электронизации закупок

Очередной виток электронизации закупок по 44-ФЗ и 223-ФЗ, случившийся под занавес уходящего 2017 года, был воспринят множеством участников рынка как несомненное благо. Только какова цена этой электронизации?

Для ответа на этот вопрос следует посмотреть на определения закупки в электронной форме, включенные в тексты 44-ФЗ и 223-ФЗ: они предполагают наличие электронных подписей у участников закупки.

Только их приобретение ежегодно обойдется поставщикам, среди которых большая часть составляют субъекты МСП, в 3-6 млрд рублей³.

Требование об обязательном использовании электронных подписей фактически поставит крест на участии в закупках для многих иностранных поставщиков⁴. Именно поэтому крупнейшие коммерческие заказчики, не применяющие 223-ФЗ, например, ПАО «МТС», ПАО «ММК», не требуют использования электронных подписей для участия в своих закупках.

А недостаточная компьютерная грамотность поставщиков нередко становится причиной срыва торгов, когда в последний момент выявляется техническая невозможность подачи заявки.

Но электронные подписи не являются единственной статьей расходов поставщиков на участие в закупках по 44-ФЗ и 223-ФЗ. Поставщик еще должен оплатить свое участие в закупках.

По 44-ФЗ в настоящий момент это реализовано с помощью обеспечения заявок, что при активном участии в закупках требует отвлечения значительных оборотных средств.

С 01.07.2018 будет использоваться смешанная модель (обеспечение заявок при закупке от 1 млн рублей⁵) и плата с победителя закупки⁶ (не более 5 000 рублей). При такой модели участие в 10 закупках по 5 млн руб. каждая потребует заморозки 500 000 руб. на счетах площадок (обеспечение = 1% НМЦК) + плата с победителя.

Закупки по 223-ФЗ для поставщиков отличаются еще большим разнообразием в отношении затрат на участие. Кроме описанных выше вариантов

³ По данным сайта clearspending.ru в ЕИС есть данные о 1,5 млн. поставщиках, треть из них может не являться активными участниками закупки. Стоимость электронной подписи обычно зависит от числа поддерживаемых ею электронных площадок.

⁴ По причине существующих ограничений на вывоз средств электронной подписи за пределы России и неполной поддержки существующих электронных подписей у стран-участниц Договора о ЕАЭС.

⁵ С 1 июля заказчики должны были бы устанавливать требование к обеспечению заявок на участие в конкурсах и аукционах, только если НМЦК превышает 5 млн. руб. (см. новую редакцию ч. 1 ст. 44 44-ФЗ). Однако у Правительства РФ есть право «установить иное», и постановлением от 12.04.2018 № 439 ценовой порог был снижен до 1 млн. руб.

⁶ В соответствии с постановлением Правительства РФ от 10.05.2018 № 564.

в различных сочетаниях, встречаются случаи взимания платы за участие вне зависимости от результата закупки для поставщика. Иногда размер платы настолько высок, что поставщики-МСП отказываются от участия в закупках⁷.

В этой связи наиболее справедливой для поставщиков-МСП представляется модель участия, когда плата списывается со счета поставщика только в случае признания поставщика победителем, и эта же сумма служит обеспечением заявки.

В этом случае участие в 10 закупках по 5 млн руб. каждая потребует заморозки только 50 000 руб. на счетах площадок (обеспечение = 5000 руб.) + плата с победителя.

Но этим затраты поставщиков-МСП на участие в закупках не ограничиваются: некоторые электронные площадки активно навязывают услуги своих платных систем электронного документооборота⁸ или требуют наличия электронных подписей, выданных определенным удостоверяющим центром (либо наличия специальных платных расширений к ним)⁹.

Закупки с заранее известным результатом

Не меньшую головную боль для участников закупки представляют так называемые «управляемые торги», когда поставщики сталкиваются с намеренными действиями заказчиков и организаторов торгов, нацеленными на отклонение максимального количества заявок¹⁰.

Регулярные отклонения заявок создают впечатление, что «рынок поделен», и приводят к отказу от участия в закупках по 44-ФЗ и 223-ФЗ многих поставщиков.

Принимаемые регулятором меры, например, отмена конкретных показателей в технической части заявок, ограничение требований к составу заявок¹¹, позволят решить только малую долю проблем и, скорее всего, создадут новые. Ведь заказчики заинтересованы в первую очередь в привлечении именно квалифицированных субъектов МСП, имеющих опыт решения сложных задач, а не просто в перераспределении части своего бюджета в пользу МСП.

А время на создание и внедрение каталога товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд было безнадежно упущено.

Идет уже пятый год применения 44-ФЗ, но основное внимание регулятора по-прежнему приковано к процедурным вопросам. Игнорирование важности

⁷ <http://www.tendery.ru/forum/viewtopic.php?f=521615&t=2037286>

⁸ <http://www.fko.msk.ru/fko/complaints/detail.php?ID=1414>

⁹ <http://etzp.rzd.ru/freeccee/main>

¹⁰ Явление подробно рассмотрено автором в статье «Ловушки» и «заточки» в техническом задании как инструмент управляемых торгов // «Госзаказ: управление, размещение, обеспечение», № 50 (2017).

¹¹ <http://regulation.gov.ru/projects#npa=49800>

описания предмета закупки приводит к комичным примерам, один из которых представлен ниже.

Рис 3. Пример позиций каталога (дизельное топливо)

✓ Размещено в КТРУ	19.20.21.342-00001	 
	Топливо дизельное межсезонное экологического класса не ниже К2 (оптовая реализация)	Размещено: 05.12.2017 Обновлено: 05.12.2017
	Дата начала обязательного применения позиции каталога: 01.01.2018 Дата окончания обязательного применения позиции каталога: Бессрочно	
	▼ ХАРАКТЕРИСТИКИ ТОВАРА, РАБОТЫ, УСЛУГИ	
Сведения		
✓ Размещено в КТРУ	19.20.21.343-00001	 
	Топливо дизельное межсезонное экологического класса не ниже К3 (оптовая реализация)	Размещено: 05.12.2017 Обновлено: 05.12.2017
	Дата начала обязательного применения позиции каталога: 01.01.2018 Дата окончания обязательного применения позиции каталога: Бессрочно	
	▼ ХАРАКТЕРИСТИКИ ТОВАРА, РАБОТЫ, УСЛУГИ	
Сведения		
✓ Размещено в КТРУ	19.20.21.344-00001	 
	Топливо дизельное межсезонное экологического класса не ниже К4 (оптовая реализация)	Размещено: 05.12.2017 Обновлено: 05.12.2017
	Дата начала обязательного применения позиции каталога: 01.01.2018 Дата окончания обязательного применения позиции каталога: Бессрочно	

Так, в соответствии с Техническим регламентом Таможенного союза 013/2011 «О требованиях к автомобильному и авиационному бензину, дизельному и судовому топливу, топливу для реактивных двигателей и мазуту» (далее – ТР ТС 013/2011) с 1 января 2018 года в каталоге предусмотрена возможность выбора экологического класса бензина и дизельного топлива от К2 до К5.

Составителями каталога упущена одна важная деталь: с 1 января 2018 года ни одно из государств-членов Договора о ЕАЭС не допускает выпуск в обращение и обращение на своей территории бензина и дизельного топлива экологического класса ниже К5 (ч.ч. 7.3, 7.4 ст. 7 ТР ТС 013/2011).

Конечно, проблемы, связанные с разработкой и учетом мер поддержки субъектов МСП не должны оставаться без внимания регулятора и контролирующих органов. Но в то же время представляется, что переориентация их усилий на устранение описанных барьеров способно в большей степени облегчить участие субъектов МСП закупках по 44-ФЗ и 223-ФЗ. ■