ТЕХНИЧЕСКОЕ ЗАДАНИЕ И ПРОЕКТ КОНТРАКТА:

ПРАКТИКА ПРИОБРЕТЕНИЯ ПРОДУКЦИИ КОНКРЕТНОГО ПРОИЗВОДИТЕЛЯ

КУЗНЕЦОВ
Кирилл Владимирович,

эксперт в сфере регламентирования закупок,
руководитель Центра эффективных закупок
Tendery.ru

Говоря об эффективности закупки товаров, работ и услуг, мы в первую очередь исходим из необходимости получения заказчиком нужных ресурсов на лучших условиях. Многие проблемы развития российской контрактной системы связаны с различиями в интерпретации этой прописной истины участниками контрактного процесса. Казалось бы, «кто платит, тот и заказывает музыку», однако хотя речь идет о расходовании бюджетных средств, государство до сих пор так и не определилось, какие «мелодии» ему предпочтительны.

Одни его представители считают, что ключевой задачей госснабжения является экономия выделяемых средств, другие во главу угла ставят минимизацию уровня коррупции, фетишем третьих является максимизация количества участников в закупочной процедуре, четвертые стоят за поддержку отечественного производителя, чего бы это ни стоило. И так далее, различных векторов можно насчитать десятки. К сожалению, можно констатировать, что задача получения максимального эффекта от закупки для заказчика в число приоритетных пока не входит.

ПУТЕВОДНЫЕ ВЕХИ БОЛЬШОГО ПУТИ

При проведении любой закупки можно выделить как минимум четыре ключевые точки, влияющие на ее эффективность и конечный результат:

- требования к участнику закупки (кто и на каком основании допускается к процедуре, какие существуют квалификационные и иные ограничения);
- описание объекта закупки (что именно должен получить заказчик в результате исполнения контракта);
- порядок и критерии выявления победителя (что определяет предпочтительное для заказчика предложение);
- условия исполнения контракта (что, когда, где и как выполняется, как принимаются результаты и др.).

В настоящей статье мы предлагаем поразмышлять над некоторыми подходами, которые используются заказчиками[1] при описании объекта закупки (формировании технического задания) для обеспечения выбора необходимой им продукции (а иногда даже – конкретного ее поставщика). Использование данной практики из любых побуждений представляется не соответствующей основным принципам закона 44-ФЗ[2] (закон о контрактной системе), однако ее существование, на наш взгляд, не только должно пресекаться контролирующими органами, но и побудить ответственных за развитие контрактной системы специалистов инициировать соответствующие изменения в правилах. В первую очередь направленные на расширение возможностей для заказчика в части приобретения продукции необходимого качества.

Отметим, что приобретение продукции конкретного поставщика не есть синоним коррупции, нередко подобные решения принимаются во имя обеспечения надежности и качества, которые не всегда удается обеспечить «законными» способами. Однако «закон есть закон».

«ПАЗЗЛ» ИЛИ «КЛЮЧЕВЫЕ ТОЧКИ»

Если буквально читать положения 44-ФЗ, то при описании объекта закупок заказчик должен исходить исключительно из тех его свойств, которые требуются для удовлетворения существующей потребности. Например, потребностью заказчика является не печатное устройство, а получение отображений на бумажном носителе копий

[1] Говоря о заказчике, речь идет, разумеется, об отдельных его сотрудниках.

[2] Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

ГОСЗАКАЗ: УПРАВЛЕНИЕ, РАЗМЕЩЕНИЕ, ОБЕСПЕЧЕНИЕ №42 [октябрь/декабрь] 2015

данных, представленных в электронной форме. Разумеется, определенного количества, качества и т.п. И альтернативой может оказаться вовсе не оборудование, а услуги типографии.

Данный подход представляется скорее теоретическим[3], на деле чаще всего заказчик определяет сам, что конкретно из представленного на рынке ему необходимо. Обычно вплоть до артикула изделия или конкретного подрядчика. Причем такой выбор, как правило, субъективен и базируется на конкретном решении (если речь идет о товаре – товарном знаке).

Закон о контрактной системе требует в общем случае воздерживаться от указания товарных знаков, знаков услуги, фирменных наименований и т.п., соответственно, заказчик старается так сформулировать своего рода «паззл» – набор параметров («кусочков»), каждый из которых не уникален, но совокупность которых соответствует только одному, вполне конкретному продукту. Уже сложилась определенная административная практика, в соответствии с которой, по мнению Федеральной антимонопольной службы России (ФАС), конкуренция не ограничивается при условии, что под требования заказчика подходят как минимум два продукта разных производителей (например, Решение ФАС России от 21.01.2015 по делу № П-28/15[4]).

В то же время, говоря о конкуренции, на наш взгляд, следует разделять два понятия – «ограничение конкуренции» и «необоснованное ограничение конкуренции». Каждая строчка в техническом задании сужает круг решений, удовлетворяющих потребность заказчика. И как показывает арбитражная и административная практика, если заказчик сможет обосновать, что соответствие установленным им требованиям, которые ограничили круг участников и даже свели требования к конкретной продукции, объективно ему необходимо, это не будет рассматриваться как неправомерные действия (по крайней мере с высокой вероятностью).

И здесь очень пригодилась бы независимая и профессиональная внешняя экспертиза, проведение которой для подобных случаев целесообразно предусмотреть в законодательстве. Она помогла бы контролирующим органам разобраться в существе спорных требований и снять сомнения в объективности и грамотности принимаемых решений. Причем такая экспертиза должна быть независимой не только от заказчика, но и от контролера.

ГОСТ ИЛИ НЕ ГОСТ, ВОТ В ЧЕМ ВОПРОС...

Закон о контрактной системе требует использовать при составлении описания объекта закупки, если это возможно, стандартных показателей, требований, условных обозначений и терминологии, касающихся технических и качественных характеристик объекта закупки, установленных в соответствии с техническими регламентами, стандартами и иными требованиями, предусмотренными законодательством Российской Федерации о техническом регулировании[5].

Однако на деле не все так просто, как может показаться. Заказчики используют различные приемы, связанные с отсылками к стандартам, тем не менее вводящих участников закупки в заблуждение. Рассмотрим некоторые подобные примеры.

НЕСТАНДАРТНЫЕ СТАНДАРТЫ

Если заказчиком при описании объекта закупки не используются стандартные показатели, требования, условные обозначения и терминология, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования других показателей, требований, обозначений и терминологии. Этой обязанностью заказчики нередко манкируют «…заказчик при описании требований к товарам использует нестандартные показатели и их значения, при этом обоснование использования нестандартных показателей (значений) в аукционной документации отсутствует» (из решения УФАС Санкт-Петербурга по делу № 44-2099/14 от 06.11.2014).

Однако также встречаются случаи установления дополнительных требований, стандартами не предусмотренных, либо отклонений от стандартов. Например, в документации указывается, что водопоглощение сантехники должно быть не более 5%, оно также должно соответствовать ГОСТ 15167-93 «Изделия санитарные керамические. Технические условия». В своей заявке участник закупки должен указать конкретные значения (диапазоны и др.). Подвох в том, что указанный стандарт предусматривает значение водопоглощения – не более 1%. Таким образом, находящийся в положении цейтнота или просто недостаточно внимательный участник попадает в ловушку, указав любое иное значение, пусть и не больше 5%.

Безотносительно стандартам встречаются случаи установления требований, взаимно противоречащих или частично дублирующих друг друга. Например, в одной части документации значение параметра должно быть в диапазоне от 10 до 20, а где-то в ее «глубине» (например в приложении, в плохо структурированном виде оно также, оказывается, должно быть еще и от 15 до 17).

Однако подобные хитрости все чаще выливаются в решения, такие, как «…указание Заказчиком в документации об Аукционе требования для толщины стали «не менее 2 мм», из которой должны быть выполнены квадраты, размером не менее 60х60 мм, не соответствуют требованиям ГОСТ 14637-89, что вводит участников закупки в заблуждение и не позволяет заполнить заявку на участие в Аукционе надлежащим образом»[6]. Ибо ключевой проблемой для заказчика остается обоснование таких странных подходов.

А ТЕПЕРЬ ПЕРЕМЕШАЕМ...

Еще один из приемов – описание требований к объекту закупки без соответствующих отсылок к ГОСТ и приведение отдельно огромного перечня ГОСТов, которым должна соответствовать продукция (без указания соответствия продукции и стандарта): «…В Приложении № 3 документации установлено: «При указании характеристик приведенных выше товаров Участник должен учитывать требования (распространяющиеся на данную группу товаров) следующих Государственных стандартов: ГОСТ 125-79; ГОСТ 6141-91, ГОСТ 6787-2001, ГОСТ 30244-94, ГОСТ 30402-96, ГОСТ 30493-96, ГОСТ 15167-93, ГОСТ 21485-94, ГОСТ 1145-80, ГОСТ 4643-75, ГОСТ 3134-78, ГОСТ Р 51324.1-2012, ГОСТ 7251-77, ГОСТ Р 52805-2007, ГОСТ 6266-97, ГОСТ 14254-96, ГОСТ 2162-97, ГОСТ 7399-97, ГОСТ 22032-76, ГОСТ 8240-97, ГОСТ 30245 2003, ГОСТ Р 52643-2006, ГОСТ 6629-88, ГОСТ 24698-81… Заказчиком не установлено, какой именно ГОСТ соответствует товару, в связи с чем участникам закупки не представляется возможным сопоставлять ГОСТ к товару при заполнении заявки…»[7].

Другой способ запутать участника – описывая продукцию, не системно ссылаться на требования, в том числе стандарты. Вот один из показательных примеров:

«…Заказчиком установлен список государственных стандартов, которым должны соответствовать товары, использующиеся при выполнении работ: «Товар под номером 48 в приложении №2 должен соответствовать ГОСТ 22483-2012. Товар под номером 44 в приложении №2 должен соответствовать ГОСТ 18690-2012. Товар под номером 45 в приложении №2 должен соответствовать ГОСТ 23286-78. Товар под номером 44 в приложении №2 должен соответствовать ГОСТ 31996-2012…» … Список составлен не в соответствии с порядковыми номерами товарных позиций, некоторые ГОСТ перечислены в разных частях данного списка, что значительно затрудняет участникам закупки подготовку сведений о конкретных показателях товаров…»[8]

Очевидно, что подобные подходы создают очень серьезные риски для заказчика.

[3] Хотя не уникальны примеры торгов, например, на «оказание услуг по обеспечению создания твердых копий электронных документов…» (извещение о проведении электронного аукциона №0173200001415001068 от 05.11.15).

[4] Заказчик установил требования к техническим характеристикам закупаемых автомобилей, которым, по мнению участника закупки, соответствуют только две модели одного производителя (Lada Kalina Hatchback и Lada Largus), что приводит к ограничению конкуренции.

[5] ст. 33 44-ФЗ.

[3] Решение ФАС по делу К-1799/14 от 08.12.2014.

[4] Решение ФАС России от 20.03.2015 по делу К-211/15.

[5] Решение УФАС по СПб от 20.04.2015 по делу №44-1157/15.

ДАЛЬШЕ, ВЫШЕ, БЫСТРЕЕ…

Заказчик может также установить требования, превышающие значения и диапазоны, предусмотренные ГОСТ. Более того, в некоторых случаях он может даже обосновать их, например, ссылаясь на необходимость обеспечения повышенной надежности, увеличенного срока эксплуатации и т.п.

При реализации таких контрактов, например, если это касается материалов, возможность использования подобного «не стандарта» выполнима только при условии предварительного соглашения исполнителя с производителем (заводом), что на этапе участия в закупке представляется невыполнимым или весьма обременительным для претендента.

Ключевым моментом в данном случае будет контроль исполнения контракта. Вернее, контроль за тем, как заказчик контролирует поставщика (подрядчика).

Есть две основные разновидности данной схемы. Первая – когда заранее избранный и проинформированный заказчиком подрядчик имеет возможность выстроить необходимое взаимодействие с производителем или поставщиком «особенных» материалов. Во втором случае при выполнении работ используются стандартные материалы, на что заказчик закрывает глаза при приемке.

Соответственно, при выявлении признаков, указывающих на описанные варианты, вполне может быть осуществлена проверка исполнения контракта контролером вплоть до взятия проб использованных материалов.

ОБЪЕМНЫЕ ОБЪЕМЫ…

Провести закупку продукции конкретного производителя можно и путем выведения за рамки конкурентного отбора остальных предложений. Тут могут сочетаться разные приемы – от заранее невыгодных для других претендентов условий исполнения контракта до нереальных требований, физически не исполнимых, а значит, влекущих наложение штрафных санкций, расторжение контракта заказчиком в одностороннем порядке и включение поставщика в реестр недобросовестных.

Ключевым моментом использования таких схем является халатное (обычно умышленное) отношение со стороны заказчика к контролю исполнения контракта, в первую очередь – к приемке.

Например, для выполнения работ, объективно производимых в трехмесячный срок, заказчиком устанавливается всего тридцать дней. В случае победы «нужного» подрядчика документы о приемке оформляются своевременно, несмотря на фактическое невыполнение работ. Или оформляются дополнительные документы, например, при поставке продукции – соглашения о временном хранении.

К уловкам можно также отнести вариации пересмотра условий исполнения контракта, например, графика выполнения работ. Изначально в графике предусматривается первый этап, продолжительность которого значительно меньше, чем реально необходимо. Контракт также допускает возможность уточнения графика по согласованию сторон, при этом общая продолжительность остается неизменной.

Соответственно, если подрядчиком оказывается желательная заказчику организация, стороны «уточняют» график, увеличивая за счет других этапов продолжительность первого. Тем самым не возникает ситуации нарушения условий исполнения контракта, а следовательно – взыскания штрафных санкций и далее, расторжения контракта заказчиком в одностороннем порядке с включением подрядчика в реестр недобросовестных поставщиков. Разумеется, при победе третьей стороны ни о каких шагах на встречу речи не идет.

Другой вариант – описание избыточных объемов работ. Подобное встречается, например, если работы на данном объекте уже выполнялись, но не были закончены. Или же осуществляются приписки.

Своего рода вариациями описанного приема являются манипуляции с досрочным прекращением гарантийных обязательств. Например, на одном и том же участке изначально производится асфальтирование, далее укладывается плитка (обязательства первого подрядчика прекращаются), далее меняются находящиеся под ней коммуникации (обязательства второго подрядчика прекращаются) и т.д.

О ПРАВИЛАХ РАЗРЕЗАНИЯ ТОРТА

Ограничительные подходы к формированию лотов можно отнести к старейшим способам обеспечения закупки продукции нужного производителя. Суть их – в составлении такого набора закупаемой продукции, который содержит требуемую, а также ряд уникальных позиций, которые другие претенд енты не в состоянии предложить.

Например, приобретение картриджей заказчиком, парк техники которого представлен различными производителями, возможно как закупка отдельными лотами (например по технике конкретного «бренда»), так и единым лотом, в который также могут включить расходные материалы для устройств редких или снятых с производства.

Следует учитывать, что существуют некоторые ограничения, связанные с лотами. Так, запрещается ограничение конкуренции путем включения в состав лотов продукции, технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом закупки[3]. Однако они обходятся грамотным формулированием предмета закупки.

Немного особняком стоят приемы, связанные с заменой продукции на эквивалент с улучшенными характеристиками. Учитывая, что именно заказчик определяет, что есть «улучшенность», очевидны риски избирательности в подобных решениях.

ЧТО ДЕНЬ ГРЯДУЩИЙ НАМ ГОТОВИТ?

С 1 января 2016 г. вступили в силу правила планирования закупок, предусмотренные 44-ФЗ. Они предусматривают обязательность обоснования закупок, причем описание объекта закупки должно соответствовать принятым нормам нормирования. Нормирование предполагается реализовать в двух «измерениях» – установление ограничительных требований к описанию объекта закупки, а также его ценовых рамок.

Например, ограничиваются ряд технических характеристик для легкового автотранспорта (мощность двигателя и др.), а также его максимальная цена. Аналогичные рамки будут установлены для многих других объектов закупки. И уже сейчас наиболее активные заказчики стали обкатывать схемы, при которых вместо приобретения товара осуществляется, к примеру, его аренда. Очевидно, что рано или поздно и на пути подобных схем будут поставлены ограничения, которые породят новые придумки.

Представляется, что радикально продвинуть контрактную систему в решении описанной выше проблемы может институт централизованных закупок, при котором все закупки на нужды заказчиков осуществляет профессиональный и независимый уполномоченный орган (своего рода «служба закупок» как муниципальная, так и на уровне региона,в первую очередь федеральном). При этом в своей деятельности уполномоченные органы и учреждения должны основываться на унифицированных требованиях к продукции, правилах нормирования и обоснования.

В качестве достойного примера можно также привести зарубежный опыт, к примеру, в рамках Федеральной контрактной службы США существует Администрация общих услуг (General Services Administration), взявшая на себя отбор поставщиков для обеспечения нужд федеральных заказчиков.

Все эти возможности предусмотрены и в 44-ФЗ. К сожалению, идея создания подобного центра на федеральном уровне пока далека от практической реализации, однако результаты некоторых субъектов и муниципальных образований вселяют оптимизм. ■

[3] п. 3 ст. 17 Закона №135-ФЗ «О защите конкуренции».