

ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРАВИТЕЛЬСТВА РФ ОТ 16.09.2016 г. № 925: ПОДДЕРЖКА ИМПОРТОЗАМЕЩЕНИЯ ИЛИ СНИЖЕНИЕ ЭФФЕКТИВНОСТИ ЗАКУПОК?



БАЙРАШЕВ
Виталий Радикович,

специалист по регламентированным закупкам

Постановление Правительства РФ от 16.09.2016 г. № 925 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами» (далее — ПП РФ 925) — по-настоящему революционный нормативный акт в области корпоративных закупок. Его появление, как и любое революционное событие, характеризовалось внезапностью для большинства хозяйствующих субъектов и масштабностью вызванных им последствий¹.

В момент своего принятия ПП РФ 925 вступило в противоречие с рядом нормативных актов и одновременно поставило перед заказчиками проблему выбора между необходимостью поддержки производства российских товаров и отечественных подрядчиков (исполнителей) для целей импортозамещения и эффективностью закупочной деятельности. А недостаточная ясность некоторых норм ПП РФ 925 в совокупности с длительным отсутствием аргументированных мнений нормотворческих и контролирующих органов обусловила необходимость самостоятельного выбора заказчиками путей реализации ПП РФ 925.

В данной статье, построенной на анализе российских и международных нормативных актов, а также имеющейся правоприменительной практики, представлены возможные варианты применения ПП РФ 925 в закупочной деятельности заказчиков по Закону № 223-ФЗ².

ИЗМЕНЕНИЯ В ЗАКУПОЧНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Принятию ПП РФ 925 предшествовало внесение изменений в Закон № 223-ФЗ, в соответствии с которым Правительство Российской Федерации получило право установления приоритета российским товарам, а также подрядчикам и исполнителям.

Вместе с тем ПП РФ 925 не только установило приоритет, но и существенно расширило требования к содержанию Положения о закупке и документации о закупке, установленные ч. 2 ст. 2 и ч. 10 ст. 4 Закона 223-ФЗ. Оставляя за рамками настоящей статьи оценку правомерности подобного действия, отметим, что п. 5 ПП РФ 925 фактически ставит предоставление приоритета в зависимость от наличия в Положении о закупке и документации о закупке указанных в п. 5 ПП РФ 925 сведений.

С таким толкованием ПП РФ 925 согласен ряд территориальных управлений ФАС России:

«ПП РФ 925 установлен перечень сведений, которые Заказчик вправе установить в документации о закупке с целью предоставления приоритета... в соответствии с п. 5 ПП РФ 925 условием предоставления такого приоритета является включение в документацию о закупке сведений, перечисленных в подпунктах «а»-«и» п. 5 ПП РФ 925, которые при этом должны быть определены положением о закупке... В связи с отсутствием сведений о предоставлении указанного приоритета в Положении о закупках Заказчика, а также в документации о закупке следует вывод, что... приоритет товарам российского происхождения, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, не предоставляется» (решение Иркутского УФАС России от 13.03.2017 г. № 136 (закупка № 31704687028)).

Аналогичные выводы содержатся в решении Оренбургского УФАС России от 08.02.2017 г. по делу № 07-16-28/2017 (закупка № 31704685623), решении Санкт-Петербургского УФАС России от 02.03.2017 г. по делу № Т 02-140/17 (закупка № 31704802765), решении Тюменского УФАС России от 17.04.2017 по делу № Т 17/34-223 (закупка № 31704884274). В некоторых случаях заказчикам были выданы предписания о внесении изменений в Положение о закупке.

Другие территориальные управления ФАС России при рассмотрении жалоб, связанных с применением ПП РФ 925, формируют более радикальную в отношении заказчиков практику:

«Положение о закупке, извещение, а также Документация о закупке не содержат сведений, предусмотренных п. 5 ПП РФ 925... Отсутствие указанных сведений может привести к неверному определению победителя запроса предложений...» (решение Кемеровского УФАС России от 16.02.2017 г. по делу № 21/03-18.1-2017 (закупка № 31704721526)).

На основании данного решения Кемеровское УФАС России в выданном заказчику предписании помимо внесения изменений в положение о закупке потребовало отмены процедуры закупки. В такой же ситуации Московское УФАС России в решении от 27.04.2017 г. по делу № 1-00-793/77-17 (закупка № 31704825879) ограничилось выдачей

¹ Несмотря на прохождение ПП РФ 925 формальной процедуры общественного обсуждения (<http://regulation.gov.ru/projects#пра=44889>), данный акт, затрагивающий сферу закупок с объемом совокупных затрат только за 2016 год более 25 трлн руб., не получил широкой огласки в СМИ и последующего обсуждения в экспертном сообществе.

² Федеральный закон от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

предписания об отмене протокола оценки заявок и подведения итогов закупки, обязав заказчика провести повторную оценку заявок с учетом ПП РФ 925.

Следует уточнить, что подавляющее большинство комиссий территориальных управлений ФАС России признают право заказчиков не устанавливать в документации о закупке приоритет только в том случае, если сведения п. 5 ПП РФ 925 отсутствуют в положении о закупке. Если такие сведения в Положении о закупке присутствуют, то заказчик обязан установить приоритет в документации о закупке:

«Комиссией установлено, что в п. 4 ст. 14 Положения о закупках включены сведения, предусмотренные п. 5 ПП РФ 925, однако в Документации данные сведения отсутствуют. Следовательно, довод жалобы заявителя обоснованный» (решение Оренбургского УФАС России от 09.02.2017 г. по делу № 07-16-27/2017 (закупка № 31704682645)).

К похожему выводу пришли комиссия Иркутского УФАС России в решении от 23.03.2017 г. № 175 (закупка № 31704789139), комиссия Забайкальского УФАС России в решении от 29.03.2017 г. № 04-20-04-2017 (закупка № 31704874330).

Таким образом, несмотря на вступление в силу ПП РФ 925 с 01 января 2017 года, его фактическое применение с учетом п. 5 ПП РФ 925 может быть отложено заказчиком на неопределенный срок. Довольно уникальная в закупочном законодательстве ситуация, не правда ли?

Другим примером несоответствия ПП РФ 925 требованиям российского законодательства и сложившейся правоприменительной практике является содержание п. 2-4 ПП РФ 925, обязывающих устанавливать приоритет не по стоимостному критерию оценки заявок, а по предложенной участниками закупки цене договора.

Не секрет, что закупки по Закону 223-ФЗ характеризуются намного большей гибкостью, чем закупки по Закону 44-ФЗ³, и могут включать различный порядок оценки заявок и условия исполнения договоров, предусмотренные Гражданским кодексом РФ (далее — ГК РФ).

В частности, заказчиками активно используется ст. 429.1 ГК РФ, позволяющая установить перечень закупаемой продукции и стоимость каждой единицы, чтобы впоследствии заказывать продукцию по заявкам в необходимом количестве (объеме).

В случае установления порядка оценки заявок с учетом п. 2-4 ПП РФ 925 применение подобных

схем становится затруднительным, так как цена договора в подобных случаях обычно не меняется и служит лимитом договора.

Возможным вариантом решения этой проблемы представляется проведение торгов с использованием коэффициента снижения, применяемого как ко всем закупаемым единицам продукции, так и к лимиту договора, который впоследствии можно будет пропорционально увеличить до первоначального значения, если это не противоречит положению о закупке.

Вместе с тем, в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона 223-ФЗ, выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора или, если при проведении аукциона цена договора снижена до нуля и аукцион проводится на право заключить договор, наиболее высокую цену договора.

Порядок проведения закупки иными способами определяется положением о закупке (ч. 3 ст. 3 Закона 223-ФЗ), где заказчиком могут быть определены иные стоимостные критерии оценки заявок (наименьшая стоимость единицы закупаемой продукции, формула цены и т. д.). Представляется, что ПП РФ 925 неоправданно ограничивает возможности по установлению порядка оценки заявок, предоставленные Законом 223-ФЗ.

При применении ПП РФ 925 у заказчиков может возникнуть закономерный вопрос о возможности включения в документацию о закупке товарных знаков, наименования продукции, иных сведений, указывающих на конкретную продукцию, так как подобное действие делает применение приоритета фактически невозможным.

Автор придерживается подхода о возможности указания в документации о закупке сведений, указывающих на конкретную продукцию, что подтверждается как ранее сформированной судебной практикой, так и решением Рязанского УФАС России от 22.03.2017 г. по делу № 58-04-4/2017 (закупка № 31704737213), когда заказчиком закупался товар определенного производителя:

«В рассматриваемом случае все участники вышеуказанного запроса ценовых котировок являются юридическими лицами, зарегистрированными в Российской Федерации, предлагающими товар иностранного производства (Германия). Согласно пп. б) п. 6 ПП РФ 925 приоритет не предоставляется в случаях, если в заявке на участие в закупке не содержится предложений о поставке товаров российского происхождения, выполнении работ, оказании услуг российскими лицами. Следовательно,

в случае признания рассматриваемого запроса ценовых котировок состоявшимся, приоритет, предусмотренный п. 2 ПП РФ 925, не мог быть предоставлен в силу пп. б) п. 6 ПП РФ 925».

Также ПП РФ 925 не содержит конкретных мер ответственности участников закупки за предоставление недостоверных сведений о стране происхождения товара, указанного в заявке на участие в закупке. Представляется, что данные меры, например отклонение заявки, могут быть предусмотрены заказчиком в положении о закупке.

ПП РФ 925 И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Пункт 8 ПП РФ 925 содержит оговорку о том, что приоритет устанавливается с учетом положений Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года (далее — Соглашение ВТО) и Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 г. (далее — Договор ЕАЭС).

В то же время в ПП РФ 925 отсутствуют указания на конкретные механизмы реализации указанных Соглашения ВТО и Договора ЕАЭС. Данная неопределенность предопределила два пути реализации норм ПП РФ 925:

1. Приоритет предоставляется только российским товарам и российским подрядчикам (исполнителям).

Представляется, что указанный подход получил наиболее широкое распространение среди заказчиков в силу привычки следования букве и духу Закона 223-ФЗ. Действительно, ПП РФ 925, в отличие от Приказа Министерства экономического развития РФ от 25.03.2014 г. № 155, послужившего основой ПП РФ 925, не содержит указания на необходимость приравнивания российских товаров (подрядчиков, исполнителей) и товаров (подрядчиков, исполнителей) из стран ВТО или ЕАЭС.

К тому же КоАП РФ не содержит ответственности за нарушение заказчиком норм международных договоров, но включает в себя ответственность за нарушение состава документации о закупке, предусмотренного законодательством РФ.

И имеющаяся административная практика, сформированная некоторыми территориальными управлениями ФАС России, подтверждает возможность предоставления безоговорочного приоритета российским товарам, работам, услугам:

1) «Из диспозиции нормы п. 1 ПП РФ 925 следует, что приоритет установлен в отношении товаров российского происхождения. Буквальное значение данной нормы свидетельствует о том, что круг лиц, которым

может быть предоставлен приоритет, ограничен юрисдикцией Российской Федерации без каких-либо условий и оговорок, которые могут относиться к странам-участникам Всемирной торговой организации и странам-участникам Евразийского экономического союза» (Решение Московского УФАС России от 11.04.2017 г. по делу № 1-00-985/77-17 (закупка № 31704799953));

2) «...к предложениям участников, декларировавших поставку российского товара, был применен понижающий коэффициент ... к заявке, содержащей предложение о поставке иностранного товара, понижающий коэффициент применен не был... Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России не усматривает в действиях Закупочной комиссии Организатора закупки нарушений, допущенных при проведении процедуры Закупки» (решение Санкт-Петербургского УФАС России от 04.04.2017 г. по жалобе № Т 02-192/17 (закупка № 31704772883));

3) «...Заявитель (Y) предложил товар, производителем которого является ООО ___ (Республика Беларусь). Победителю (X) представлен приоритет товаров РФ, т. к. доля товара российского происхождения 100,00%. Таким образом, организатор торгов правомерно признал победителем закупки X» (решение Новосибирского УФАС России б/н от 06.03.2017 г. (закупка № 31704706404)).

К очевидным недостаткам следования этому пути реализации ПП РФ 925 следует отнести потенциальное удорожание закупаемой продукции на 15% в каждом случае, когда заказчиком применяется приоритет, что, несомненно, окажет негативное влияние на финансовые показатели компании.

2. Приоритет предоставляется товарам (подрядчикам, исполнителям) стран ВТО, а также подрядчикам и исполнителям стран ЕАЭС наравне с российскими товарами (подрядчиками, исполнителями)

Данный подход не является столь же очевидным, но представляется, что он в большей степени учитывает нормы как российского, так и международного законодательства, представленного Соглашением ВТО и Договором ЕАЭС.

Соглашением ВТО (п. 4 ст. III ч. II ГАТТ 1947 года, ст. II ГАТС 1994) установлено следующее:

«Товарам с территории любой договаривающейся стороны, ввозимым на территорию другой договаривающейся стороны, предоставляется режим не менее благоприятный, чем тот,

³ Федеральный закон от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

который предоставлен аналогичным товарам отечественного происхождения в отношении всех законов, правил и требований, затрагивающих их внутреннюю продажу, предложение к продаже, покупку, транспортировку, распределение или использование»;

«В отношении любой меры, охватываемой настоящим Соглашением, каждый Член немедленно и безусловно предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена режим не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет для аналогичных услуг или поставщиков услуг любой другой страны».

Аналогичные нормы в отношении работ и услуг закреплены в Приложении № 16 к Договору ЕАЭС:

«Каждое государство-член в отношении всех мер, затрагивающих торговлю услугами, предоставляет услугам, поставщикам и получателям услуг другого государства-члена режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый при таких же (подобных) обстоятельствах своим собственным таким же (подобным) услугом, поставщикам и получателям услуг».

Возможность приравнивания российских товаров и товаров из стран ЕАЭС с точки зрения оценки заявок по ПП РФ 925 автору найти не удалось⁴.

Следует отметить, что в случае следования данному пути реализации ПП РФ 925, стоимость закупаемой продукции почти не изменится, в отличие от первого варианта, так как подавляющее большинство стран входит в ВТО. В то же время при следовании этой логике ПП РФ 925 практически полностью утрачивает свое экономическое значение⁵, что, впрочем, не является проблемой заказчиков.

В защиту этой позиции заказчики могут использовать ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, устанавливающую приоритет международных договоров, ч. 2 ст. 18 Закона № 488-ФЗ⁶, предусматривающую установление приоритета в случаях, не противоречащих международным договорам Российской Федерации, письма Минэкономразвития России⁷, а также имеющуюся практику ФАС России:

«...в приведенном в статье 20 Соглашения перечне, на которые распространяется действия Постановления о приоритете товаров на закупки, отсутствует предмет закупки оказание услуг финансовой аренды (лизинга)... представитель

Заявителя не представил иных документов, сведений, подтверждающих, что установление требований, предусмотренных ПП РФ 925, являются обязательными для данной закупки» (решение ФАС России № 223ФЗ-333/17, 223ФЗ-332/17 от 18.04.2017 г. (закупка № 31704987608));

«В соответствии с пунктом 1 статьи 1 ГААТ 1947 любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляемые любой Договаривающейся Стороной любому товару, происходящему из или предназначенному для любой другой страны, должны немедленно и безусловно предоставляться аналогичному товару, происходящему из или предназначенному для территорий всех других Договаривающихся Сторон. Согласно ГААТ 1947 Китайская Республика является по соглашению договаривающейся стороной. Учитывая изложенное, преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляются также в части товаров, производимых на территории Китайской Республики» (решение ФАС России № 223ФЗ-369/17 от 27.04.2017 г. (закупка № 31704886886)).

В отношении ПП РФ 925 и международных договоров также обращает на себя внимание пп. г) п. 5 ПП РФ 925, предписывающий предоставлять приоритет на основании декларации наименования страны происхождения поставляемых товаров.

Такой способ действительно предусмотрен ст. 60 Таможенного кодекса Таможенного союза (далее — ТК ТС), но ст. 61 ТК ТС также предусмотрена возможность предоставления сертификата о происхождении товара. И в рамках закупок отдельных видов продукции по Закону № 44-ФЗ предусматривается предоставление участникам закупки сертификатов СТ-1, выданных уполномоченным органом.

Кроме того, для многих видов продукции, в отношении которых приняты технические регламенты, предусмотрено наличие деклараций или сертификатов соответствия, в которых содержится информация о месте нахождения изготовителя товара.

Конечно, никто не запрещает заказчику требовать предоставления этих деклараций или сертификатов соответствия не в качестве подтверждения страны происхождения товара, а в качестве подтверждения их соответствия требованиям технической части документации о закупке. Но, тем не менее, применение такого упрощенного подхода к предоставлению приоритета стимулирует недобросовестных участников закупки предостав-

лять недостоверные сведения о стране происхождения товара с целью применения к ним приоритета, что в некоторых случаях приводит к комичным ситуациям:

«Комиссией Брянского УФАС России установлено, что заявка Х содержит указание на поставку продуктов питания (фрукты) только российского происхождения, а именно: апельсины российского происхождения... при рассмотрении и оценке заявки Х у комиссии заказчика возникли сомнения в достоверности сведений о российском происхождении апельсинов, но проверка достоверных сведений не проводилась, заявка Х была принята, рассмотрена... Таким образом, заказчиком не произведены все необходимые действия по надлежащему рассмотрению и оценке заявок участников, что повлекло за собой нарушение принципов равноправия, справедливости установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона 223-ФЗ, ущемление интересов участника закупки» (решение Брянского УФАС России от 02.03.2017 г. по делу № 11 (закупка № 31704688041)).

Безусловно, предоставление приоритета российским товарам, подрядчикам, исполнителям в сфере корпоративных закупок является важным решением, позитивно воспринятым многими участниками закупки, представляющими интересы отечественного рынка. Однако успех любой революции в сфере управления, по мнению автора, невозможен без ее тщательной подготовки, выражающейся в поиске эффективно работающего механизма, учитывающего как правовые, так и экономические реалии, в которых приходится работать объектам регулирования.

Назвать таким механизмом ПП РФ 925 довольно трудно хотя бы потому, что в случае предоставления приоритета российским товарам (подрядчикам, исполнителям) без оглядки на нормы ВТО и ЕАЭС заказчик нарушает нормы международных договоров и закупает товары, работы, услуги по завышенным ценам, что противоречит принципу экономически эффективного расходования денежных средств (п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона 223-ФЗ)⁸. Учет норм ВТО и ЕАЭС, в свою очередь, лишает предоставление приоритета экономического смысла

ла, так как подавляющее большинство государств является членами ВТО.

Кроме того, ПП РФ 925 увеличивает издержки осуществления закупочной деятельности, вызванные необходимостью рассчитывать начальные (максимальные) цены единицы каждого закупаемого товара, работы, услуги, и вводит дополнительные ограничения на возможность формирования гибких условий закупки, отмеченные выше.

Между тем российским законодательством предусмотрен инструмент, позволяющий на этапе подготовки нормативного акта оценить его обдуманность, возможность достижения с помощью этого акта поставленных целей, а также спрогнозировать последствия принятия акта.

Этот инструмент называется оценкой регулирующего воздействия. ПП РФ 925 не стал исключением, и соответствующая оценка (скорее, похожая на отписку) была подготовлена и опубликована Минэкономразвития России:

«Минэкономразвития России сделан вывод о наличии достаточного обоснования решения проблемы предложенным способом регулирования.

По результатам оценки регулирующего воздействия проекта акта может быть сделан вывод об отсутствии в проекте акта положений, которые вводят избыточные административные и иные ограничения и обязанности для субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют их введению, а также способствуют возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации»⁹.

Представляется, что акты, подобные ПП РФ 925, на этапе их подготовки должны быть подвергнуты более тщательной оценке с целью выявления и учета факторов, препятствующих достижению целей регулирования.

Впрочем, исправить ситуацию к лучшему еще не поздно, и представленная статья может быть использована регулятором для этой цели, ведь в настоящее время Минэкономразвития России готовятся поправки в ПП РФ 925¹⁰. ■

⁴ Среди стран ЕАЭС только Республика Беларусь не входит в Соглашение ВТО.

⁵ Данное обстоятельство явно обозначено в решении Новосибирского УФАС России б/н от 22.05.2017 г. (закупка № 31704948250).

⁶ Федеральный закон от 31.12.2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации».

⁷ Письма Минэкономразвития России от 09.01.2017 г. № Д28и-5, от 09.01.2017 г. № Д28и-55, от 09.01.2017 г. № Д28и-42, от 06.12.2016 г. № Д28и-3197, от 18.11.2016 г. № Д28и-3107, от 10.01.2017 г. № Д28и-106, от 21.10.2016 г. № Д28и-2806, от 09.01.2017 г. № Д28и-25.

⁸ В отличие от Приказа Министерства экономического развития РФ от 25.03.2014 г. № 155 ПП РФ 925 не содержит какого-либо перечня товаров, работ, услуг, в отношении которых необходимо предоставлять приоритет, что может привести к удорожанию всего спектра закупаемой продукции.

⁹ Не менее горько автору осознавать тот факт, что еще в 2014 году, то есть задолго до вступления в силу ПП РФ 925, Минэкономразвития России в письме от 25.12.2014 г. № 32585-НП/Д28и «О разработке механизма установления приоритета промышленной продукции Таможенного союза» подтвердило юридическую невозможность реализации механизма ценовых преференций. В данном письме предлагались альтернативные варианты решения данной задачи, частично реализованные на данный момент в Законе 223-ФЗ.

¹⁰ Принять участие в обсуждении готовящихся поправок можно здесь: <http://regulation.gov.ru/Projects#npa=66480>