

ПРОБЛЕМА ОТСУТСТВИЯ ДОВЕРИЯ В ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ: АНАЛИЗ АНТИКОРОНАВИРУСНЫХ ПОПРАВOK 2020 ГОДА



ТАСАЛОВ
Филипп Артемьевич,

Руководитель управления по нормотворческой
работе и правоприменительной практике
ООО «РТС-тендер»,
кандидат юридических наук,
основатель Телеграм-канала «Закупки и госзаказ»

Несмотря на тяжелую экономическую ситуацию, обусловленную пандемией, последствия которой еще только предстоит оценить в ближайшие годы, изменения законодательства о контрактной системе в 2020 году показали, что российское государство по-прежнему с недоверием относится к участникам закупок.

Наиболее ярко проблема отсутствия доверия в публичных закупках проявляется в рамках финансовой модели взаимоотношений заказчика и поставщика.

Несмотря на то, что ни один контракт не является фидуциарной сделкой, тем не менее, это не означает невозможности постановки вопроса о доверии в российской системе закупок как частном случае более общей проблемы отсутствия доверия между российским бизнесом и государством.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА В ИНТЕРЕСАХ БАНКОВ

С 1 июля 2020 г. вступили в силу изменения в порядке установления заказчиками требований к обеспечению исполнения контракта, вызванные необходимостью снижения финансовой нагрузки на участников закупки¹.

Заказчики получили право устанавливать требование обеспечения контракта в диапазоне от 0,5 до 30% начальной (максимальной) цены контракта (далее также — НМЦК) (ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Такой шаг законодателя был обусловлен практикой осуществления крупных строительных

закупок, когда ранее действовавшая минимальная планка размера обеспечения исполнения контракта (5% НМЦК) приводила к признанию заказчиком закупки несостоявшейся². Потенциальные подрядчики отказывались от участия в таких торгах ввиду отсутствия возможности получения такого обеспечения от банка или внесения таких средств на счет заказчика (часто — заемных, обеспеченных залогом).

Вместе с тем законодатель не отказался от порочного по своей сути подхода, заключающегося в обязанности заказчика по установлению размера обеспечения исполнения контракта для большинства закупок в процентном соотношении к НМЦК, который впервые был закреплён в нашем законодательстве еще в период действия Закона № 94-ФЗ. На необходимость полного отказа от такого подхода я указывал еще в 2013 году, но, увы, с тех пор мало что поменялось³.

Провалившаяся попытка описания на законодательном уровне механизма ценообразования в Законе № 44-ФЗ привела к фактическому отсутствию как правил (а не рекомендаций) обоснования заказчиками НМЦК, так и понимания того, зачем такая цена нужна. Однако это не мешает российскому законодателю требовать, чтобы размер обеспечения исполнения контракта находился в зависимости от размера НМЦК.

В итоге финансовая модель отношений между заказчиком и поставщиком оказалась основанной на конструкции начальной (максимальной) цены контракта, существование которой не имеет под собой доктринального обоснования, а порядок ее определения — законодательной основы в форме императивных правил, а не пожеланий.

Бенефициарами такой системы, в основе которой глубинное недоверие российского госу-

¹ Федеральный закон от 24.04.2020 № 124-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения устойчивого развития экономики в условиях ухудшения ситуации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 17. Ст. 2702.

² См.: Письмо Минфина России от 13.04.2020 № 01-02-02/24-293-23.

³ См.: Тасалов Ф.А. Отношения по размещению и исполнению государственного заказа: особенности гражданско-правового регулирования (на примере Российской Федерации и США). М., 2013. С. 10.



дарства к бизнесу (любому — малому, среднему, крупному), являются банки, де-юре даже не являющиеся участниками контрактной системы в сфере закупок и не несущие ответственности за нарушения, допускаемые при выдаче банковских гарантий и других финансовых продуктов в сфере публичных закупок.

На этом фоне правительство, действительно, помогло банкам, снизив требования к их кредитным рейтингам, необходимым для выдачи банковских гарантий в рамках Закона № 44-ФЗ. Чтобы выдавать такие гарантии, банку теперь достаточно соответствовать рейтингу «B-(RU)»,

который показывает низкий уровень кредитоспособности⁴. Ослабление требований к кредитным рейтингам банков в 2021 году приведет к росту количества кредитных организаций, которые вправе выдавать гарантии в соответствии с Законом № 44-ФЗ.

Очевидно, что размер обеспечения исполнения контракта, доходящий до 30% НМЦК, выгоден в первую очередь банкам, выдающим гарантии под обеспечение исполнения контрактов и кредитные средства для внесения поставщиками обеспечительных платежей. Такие размеры финансового обеспечения не известны

развитым европейским порядкам в сфере публичных закупок и, более того, отрицательным образом сказываются на уровне конкуренции при проведении заказчиками закупок.

Как видно, даже пандемия не смогла переломить подход Минфина России к порядку определения размера обеспечения исполнения контракта.

АВАНС ДОЛЖЕН БЫТЬ ОБЕСПЕЧЕН

Экономический кризис всегда обостряет проблему финансирования публичных контрактов, ставит на повестку дня вопрос эффективности действующего порядка оплаты по контрактам. В этой связи условия авансирования контрактов приобретают первоочередное значение.

В основе авансирования контрактов в России лежит твердое убеждение государства в том, что поставщик, получив аванс, не исполнит контракт в дальнейшем, откажется его возвращать. Такая проблема действительно существует. Ясно, что государство стремится выработать механизмы, направленные на максимально возможное нивелирование рисков невозврата поставщиком аванса. Вместе с тем найденное российским законодателем решение этой проблемы является сомнительным.

Так, Закон № 44-ФЗ предусматривает, что наличие в контракте условия об авансе влечет требование заказчика о его обеспечении поставщиком, причем не менее чем размер такого аванса, за исключением случаев, когда контракт подлежит казначейскому сопровождению, о котором речь пойдет далее (п. 1 ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Однако законодательное требование обязательного обеспечения поставщиком аванса с экономической точки зрения является абсурдным.

Например, при заключении контракта на строительные работы в условиях Крайнего Севера выплата аванса имеет существенное значение для начала исполнения контракта в условиях сложной транспортной схемы и короткого навигационного периода: подрядчик имеет возможность начать подготовку к строительству, заранее закупив требуемые для строительства материалы.

Требование обеспечения подрядчиком такого аванса приводит к длительному отвлечению компанией денежных средств, необходимых для обеспечения аванса, и полностью обесценивает смысл аванса как платежа, позволяющего подрядчику компенсировать, хотя бы в неболь-

шой части, издержки, которые компания несет на первоначальном этапе исполнения контракта.

Недоверие государства к участникам закупок, приводящее к обязательному требованию обеспечения аванса поставщиком, приводит в одном случае к его полному обесцениванию, если компания предоставит заказчику обеспечительный платеж в размере аванса, а в случае банковской гарантии — существенно снижает платежную функцию аванса для бизнеса.

Другой проблемой является отраслевая несогласованность между положениями бюджетного законодательства о размере и порядке авансирования и условиями обеспечения авансовых платежей, предусмотренными законодательством о контрактной системе.

Так, с весны 2020 г. федеральным заказчикам было предоставлено право устанавливать авансовые платежи в размере до 50% цены контракта⁵. В августе 2020 г. Минпромторг России обеспечил принятие акта правительства, предусматривающего обязанность федеральных заказчиков по установлению повышенных размеров авансов при осуществлении закупок российской промышленной продукции, размер которых должен составлять не менее 80% цены контракта⁶.

Увы, благие намерения по поддержке отечественных станкостроителей в последнем случае и общее увеличение суммы аванса для федеральных заказчиков в первом случае обернулись для участников таких закупок не помощью, а новым обременением: Закон № 44-ФЗ требует, чтобы размер обеспечения исполнения контракта, предусматривающего аванс, соответствовал сумме такого аванса (п. 1 ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

В итоге изначально закладываемая правительством логика, направленная на поддержку бизнеса, работающего в сфере закупок в условиях пандемии, оказалась полностью дезавуированной непродуманным требованием Закона № 44-ФЗ об обеспечении поставщиками авансов, получаемых от государства.

Как видим, недоверие российского государства к бизнесу оказывается в рамках Закона № 44-ФЗ сильнее, чем экономическая логика.

КАЗНАЧЕЙСКОЕ СОПРОВОЖДЕНИЕ Контрактов как единственный ГАРАНТИРУЮЩИЙ МЕХАНИЗМ

Казначейское сопровождение контрактов впервые стало внедряться в практику закупок

⁵ См.: Постановление Правительства РФ от 30.04.2020 г. № 630 «О внесении изменения в постановление Правительства Российской Федерации от 24 декабря 2019 г. № 1803 и о приостановлении действия отдельных положений некоторых актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 19. Ст. 3007.

⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 26.08.2020 № 1289 «Об авансировании договоров (государственных контрактов) о поставке промышленных товаров для государственных и муниципальных нужд, а также для нужд обороны страны и безопасности государства» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 35. Ст. 5586.

⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 16.12.2020 № 2134 «О внесении изменений в постановление Правительства РФ от 12 апреля 2018 г. № 440» // <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202012210045>.

в 2016 г. и с тех пор активно применяется при осуществлении расчетов по контрактам. Смысл такого сопровождения заключается в замыкании всех расчетов по контрактам на государство: поставщику открывается лицевой счет в Казначействе, все расчеты между заказчиком и поставщиком осуществляются через органы внутреннего финансового контроля. В этом случае заказчик вправе не требовать от бизнеса обеспечения исполнения контракта, а если такое требование будет установлено заказчиком, то максимальный размер такого обеспечения ограничен 10 % НМЦК (ч. 6.1 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

В случаях, когда аванс подлежит казначейскому сопровождению, размер обеспечения такого контракта заказчик обязан устанавливать от НМЦК, уменьшенной на сумму аванса (п. 3 ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Таким образом, единственным случаем, когда заказчик вправе предоставить бизнесу аванс без его обеспечения, является казначейское сопровождение средств такого аванса. Это говорит в пользу вывода о том, что только система взаиморасчетов сторон контракта, полностью контролируемых государством, снимает проблему недоверия государства к участникам закупок.

Однако парадоксальным образом казначейскому сопровождению подлежат авансовые платежи в отношении крупных контрактов, как правило, от 100 млн. руб., конкурировать за которые малый и средний бизнес не может⁷.

«ПОМОЩЬ» МАЛОМУ БИЗНЕСУ И СОЦИАЛЬНО ОРИЕНТИРОВАННЫМ НКО

С 1 апреля по 31 декабря 2020 г. заказчики получили право освободить субъектов малого предпринимательства и социальные НКО от обязанности по внесению обеспечения исполнения контрактных и гарантийных обязательств при проведении закупок в соответствии с положениями ст. 30 Закона № 44-ФЗ, если контрактом не предусмотрен аванс⁸ (ч. 64 ст. 112 Закона № 44-ФЗ).

Известно, что заказчик вправе установить ограничение участия в закупке только для субъектов малого бизнеса и социальных НКО, если НМЦК не превышает 20 млн. руб. (п. 1 ч. 1 ст. 30 Закона № 44-ФЗ). Если сумма аванса подлежит казначейскому сопровождению по контракту, заключенному заказчиком по итогам закупки с огра-

ничением, то субъект малого бизнеса или социальная НКО должны представить заказчику обеспечение исполнения контракта в привязке к цене контракта за вычетом суммы аванса. Вместе с тем такие ситуации не известны практике, поскольку, как уже отмечалось, авансовые платежи подлежат сопровождению по контрактам, как правило, цена которых составляет не менее 100 млн. руб., что не соответствует предельному показателю НМЦК для закупок с ограничением участия, который в 5 раз меньше цены контракта, требующего сопровождения.

Следовательно, наличие аванса влечет для малого бизнеса и социальных НКО обязанность по представлению заказчику обеспечения исполнения такого контракта (п. 1 ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ), полностью обесценивая значение аванса.

В отношении права заказчика не устанавливать обеспечение исполнения контракта, предусмотренного антивирусными поправками, какого-либо широкого распространения такая практика не получила. В итоге анализируемая антикризисная мера оказалась фикцией.

КОНТРАКТ БЕЗ ОБЕСПЕЧЕНИЯ — ЭТО ВСЕГДА ПЛОХО?

Если заказчик воспользуется правом освободить субъекта малого предпринимательства или социально ориентированную НКО от обеспечения исполнения контракта (ч. 64 ст. 112 Закона № 44-ФЗ) или заключит контракт без обеспечения в случае, если у компании есть надлежащий опыт исполнения контрактов (ч. 8.1 ст. 96 Закона № 44-ФЗ), правомерно возникает вопрос о дальнейшей юридической судьбе таких контрактов.

До сегодняшнего времени отсутствуют какие-либо исследования таких контрактов с целью определения количества таких сделок, обязательства по которым не были исполнены надлежащим образом или не были исполнены в принципе.

Тем не менее, хорошо известно другое: отрицательное отношение российского законодателя к контрактам без обеспечения. Вывод, который легко сделать из анализа ч. 1, 2 ст. 96 Закона № 44-ФЗ. Отсюда недоказанная презумпция о том, что контракт без обеспечения — это всегда контракт с нарушениями, поскольку единственным действенным рычагом воздей-

⁷ См.: Федеральный закон от 8.12.2020 № 385-ФЗ «О федеральном бюджете на 2021 год и на плановый период 2022 и 2023 годов» (ч. 2 ст. 5) // Собрание законодательства РФ. 2020. № 50 (часть I). Ст. 8030; Постановление Правительства РФ от 15.12.2020 № 2106 «Об утверждении Правил казначейского сопровождения средств в случаях, предусмотренных Федеральным законом «О федеральном бюджете на 2021 год и на плановый период 2022 и 2023 годов» (п. 4). <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202012170020>.

⁸ См.: Федеральный закон от 1.04.2020 № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 14 (часть I). Ст. 2028.



ствия на недобросовестный (априори) бизнес в руках заказчика выступает только обеспечение исполнения контракта.

С одной стороны, у этой точки зрения есть сильные аргументы. Неустойка недобросовестные компании никогда не останавливала, а право заказчика на односторонний внесудебный отказ от контракта далеко не всегда приводит к попаданию сведений о компании в реестр недобросовестных поставщиков.

С другой стороны, не доказано, что контракты с обеспечением всегда исполняются компаниями лучше, чем без такового; не объяснено, что мешает Минфину России сделать неустойку действенным инструментом воздействия заказчика в отношении поставщика.

Выводы

Таким образом, антивирусные поправки, вступившие в силу в 2020 году, являются не последними для сферы финансового взаимодействия заказчиков и поставщиков.

Российское государство по-прежнему ставит поддержку банков всегда выше интересов российского бизнеса, работающего в сфере публичных закупок.

Принятые послабления не решили ни одной из концептуальных проблем, связанных с обеспечением исполнения государственных и муниципальных контрактов, и лишний раз подчеркнули, что недоверие российского государства к бизнесу носит системный и глубокий характер. ■