

Общие проблемы тендерного законодательства России General problem of Tender Law and Enforcement in Russian Federation

В данной записке содержится краткий обзор недостатков российского тендерного законодательства и правоприменения, подтвержденных описанием некоторых примеров. Автор приходит к следующему очевидному выводу. Неэффективность российского тендерного законодательства предопределена отсутствием жесткого требования использовать при отборе претендентов уникальный и счетный критерий выбора наилучшего тендерного предложения (на заключительном этапе процесса).

The paper contains short review of shortcomings of Russian Tender Law and enforcement supported by some examples descriptions. Author concludes, the principal failure of Russian tender Law is inability to provide hard requirement of bidder selection procedure with unique and countable criteria of the best tender proposal (at final stage of the process).

Key words Законодательство о тендерных закупках, критерий определения победителя, лучшее тендерное предложение; *Tender Law; best bidder selection, tender proposal*

JEL codes H50, H72

Низкая конкуренция, коррупция, и, как следствие, большие потери российского бюджета, что особенно актуально при кризисном его состоянии, а также общее искажение институциональной среды, не благоприятствующее добросовестному предпринимательству, давно и хорошо известная проблема. В 2010 году тогдашний Президент РФ Дмитрий Медведев в президентском послании отметил: «...По самым скромным оценкам, нецелевые расходы, включая и прямое воровство, и «откаты», и просто нецелевые расходы, составляют не менее триллиона рублей».

Выступая на заседании Государственного совета в 2013 году, Президент РФ Владимир Путин отметил, что в 2012 году выявлены факты невыполнения законов о государственных и муниципальных заказах на сумму более 130 миллиардов рублей,

нарушений бюджетного законодательства - на 187 миллиардов рублей, по итогам выборочного мониторинга установлено, что более 60% закупок были осуществлены с нарушениями. Среди государственных закупок по неконкурентности лидирует федеральный уровень (32.9%), на муниципальном уровне осуществляется 19.6% закупок, на региональном – всего 8%. Остается довольно низким и среднее количество заявок в случае конкурентной закупки – около 3 на 1 лот в 2016 г. (так же, как и в 2015 г.).

Суммарная экономия составила по итогам 2016 года 417,9 млрд. рублей (в 2015 году аналогичный показатель составлял 380,4 млрд. рублей) – 8.8% от начальных цен. Еще более вопиющая ситуация по закупкам государственных компаний: 35.7% закупок осуществляются у «единственного поставщика», а 59.2% - «другими способами» (то есть, не конкурсами, не аукционами, не запросами котировок – они проходят отдельными статьями).

Долгое время российские власти видели проблему в старом, ныне отмененном законе №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» от 21.07.2005 г. После долгих дискуссий, ему на смену пришли два основных закона: ФЗ-№223 "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" от 18.07.2011 г. И ФЗ-№44 «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" от 05.04.2013 г.

Первый закон касается закупок государственных корпораций, государственных компаний, естественных монополий, акционерных обществ, в уставном капитале которых доля РФ, субъектов федерации или муниципальных образований превышает 50%, их дочерними и «внучатыми» юридическими лицами, при наличии внутреннего положения о закупках и при выполнении работ на основании грантов или по требованию заказчика (кроме государственных заказчиков в соответствии с ФЗ-№44) - бюджетными учреждениями, государственными унитарными предприятиями (ГУП) и муниципальными унитарными предприятиями (МУП), кроме того, федеральными государственными унитарными предприятиями (ФГУП), имеющими существенное значение для обеспечения прав и законных интересов граждан Российской Федерации, обороноспособности и безопасности государства – таких, по утвержденному Правительством РФ списку, насчитывается 72: от оборонных предприятий или технических центров ФСБ до цирков, газет и большого количества строительных управлений.

Второй – для поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг, приобретения или аренды недвижимого имущества от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования, а также бюджетными учреждениями (в части средств, полученных от приносящей доход деятельности), с 1 января 2017 года - ГУП, МУП (кроме особо значимых ФГУП, упомянутых выше). Из сферы действия закона исключаются закупки в рамках международных организаций, участником которых является РФ, закупки драгоценных камней и металлов для нужд государства, закупки для нужд ЦИК, закупки услуг государственных адвокатов, а также строительство объектов чемпионата мира по футболу 2018 г.

Ключевые отличия между «мягким» ФЗ-N223 и «жестким» ФЗ-N44 состоят в следующем. Во-первых, по ФЗ-223 заказчик может самостоятельно определить положение о закупках, в котором предусмотреть «прочие способы» этих закупок. Таких способов насчитываются многие тысячи, фактически, они маскируют закупку у единственного поставщика. Сами названия этих способов примечательны – «конкурентные переговоры», «закрытые конкурентные переговоры», «закрытый запрос цен» и т.п.

В то же время по ФЗ-N44 закупки четко специфицированы. В первом случае достаточно публично разместить отчеты об общей стоимости контрактов (в т.ч. закупок у единственного поставщика), во втором – нужны отчеты об исполнении контрактов, отчеты и обоснования закупок у единственного поставщика.

В первом случае от подрядчика может не требоваться обеспечение (или оно может быть установлено каким угодно), во втором – в размере от 5 до 30% при сумме до 50 млн. рублей, свыше 50 млн. – в размере от 10 до 30% (и увеличивается в полтора раза при снижении цены торгов на 25% и более). Обеспечение исполнения контракта в виде банковской гарантии не имеет четкой формулы цены и зависит от обстоятельств, но обычно, составляет порядка 5% от необходимой суммы, и это безвозвратные потери подрядчика (за исключением освобожденных от этого требования казенных предприятий). В первом случае существенные условия контракта (сроков, объемов и цен товаров, работ и услуг) могут быть изменены, во втором – не могут. При этом жалобы в ФАС на нарушение заказчиком обязательств должны осуществляться с учетом требований его внутреннего положения, что, в существенной степени, обесмысливает процесс.

Во втором случае необходимы общественные обсуждения (до и во время процедуры закупки) – в подавляющем большинстве случаев в обсуждениях никто не

участвует, но это полезная для подрядчика и государства формальная процедура. Невыгодность для подрядчика и выгода для заказчика ФЗ-N223 очевидна и подтверждается, например, таким забавным фактом, что в соответствии со ст.3 п.8.1 этого закона нарушение квот на привлечение малого и среднего бизнеса означает за собой перевод предприятия на ФЗ-N44, т.е. переход на одну из законодательных форм рассматривается как наказание.

Необходимо отметить, впрочем, что ст.93 даже «жесткого» ФЗ-N44 предусматривает целых 48 (!) оснований для определения единственного подрядчика. Изначально, в момент принятия закона, их было 28, что наглядно демонстрирует политэкономическую суть экспансии государственного регулирования. П.2 ст.93 наделяет таким безусловным правом Президента РФ; премьер-министра РФ; а также «сферы деятельности субъектов естественных монополий», то есть транспортировки нефти, нефтепродуктов и газа, железнодорожных перевозок, портовых услуг, передачи электрической и тепловой энергии, энергоснабжения гарантирующего поставщика, водоснабжения, общедоступной электросвязи и ряда более экзотических видов деятельности, вроде захоронения радиоактивных отходов; государственные учреждения или ГУПы по правовым актам Президента РФ, нормативным правовым актам Правительства РФ или даже законодательных актов субъектов РФ (!); содержание и ремонт нежилых помещений, приобретение в собственность и аренда зданий для нужд федеральных, региональных и муниципальных властей, строительство жилья экономического класса для «освоения территорий».

Закупки у единственного подрядчика выгодны ему еще и тем, что существует практика обширного авансирования по ним – от 30 до 80%, в то время как обычный поставщик обычно не авансируется вовсе. Кроме этого, можно выделить следующие основные проблемы тендерного законодательства по ФЗ-N44. 7.29-7.32.3 статьи Кодекса об административных нарушениях предусматривают совершенно ничтожные штрафы за нарушения процедуры организации государственных закупок, составляющие, максимум, 300 тысяч рублей. При этом, штрафы за некоторые виды нарушений вообще смехотворны. Так, чрезвычайно распространенное нарушение в виде публикации (ст.7.32.3 п.8) не соответствующих требованиям (например, в виде латинского шрифта и иных предумышленных ошибок, делающих поиск извещения практически невозможным) извещений о закупке карается штрафом от 2 до 3 тысяч для должностного лица и от 5 до 10 тысяч – для юридического. А ст. 7.32.1, говорящая о

санкциях за нарушение сроков оплаты государственного оборонного заказа, где речь идет о колоссальных суммах, карает должностное лицо штрафом от 30 до 50 тысяч рублей. Как правило, поставки осуществляются без аванса, то есть поставщик работает в долг. Однако наказание за несвоевременную оплату для заказчика невелико – пеня составляет 1/300 от суммы контракта, помноженной на ставку рефинансирования ЦБ, в день.

В начале мая 2017 г. Президент РФ подписал закон, который обязывает заказчиков расплачиваться по госконтрактам в 30-дневный срок (ранее это требовалось только с малым бизнесом и социально ориентированными некоммерческими организациями), впрочем, за исключением «иных случаев», которые только предстоит определить Правительству РФ. Однако, к слову, еще не принятые поправки к Кодексу об административных правонарушениях, предлагают штрафовать чиновников за нарушение сроков оплаты на суммы 30-50 тыс. руб., и лишь при повторном нарушении - дисквалифицировать на 1-2 года. При том, что речь идет о суммах невыплат, ничем не ограниченных.

Серьезным барьером могут служить квалификационные требования (установлены постановлением Правительства РФ N1085 от 28.11.2013 г.). Более того, по ст. 31 ФЗ-N44 к таковым можно отнести наличие финансовых ресурсов, оборудования и «иных» материальных ресурсов, опыта работы, наличия в штате необходимого числа специалистов и даже ничем не определенной «деловой репутации». Все это имеет мало практического смысла, когда до 50% контракта можно отдавать субподрядчикам, к которым все эти требования не применяются, да и оставшиеся работы, фактически, оплачивать по другим статьям. Частым примером подгонки заказа под определенного победителя является искусственное создание «комплексов» лотов со сложными техническими условиями – как правило, через взаимосвязанную между весьма простыми лотами информационную систему, являющуюся уникальной и заранее известной заказчику.

Вот ряд ярких примеров.

В 2015 году в ФАС обратились по поводу нарушения правил закупок на сумму 1.7 млрд. рублей, размещенных департаментом Москвы по конкурентной политике для нужд ГБУ «Автомобильные дороги». Требовалось поставить с 18 по 20 мая за 48 часов более 20 тысяч тонн краски для нанесения дорожной разметки. Стоимость маркировочных материалов составила более 855 млн.рублей и 890 млн рублей. Если

бы сумма заказа была более 1 млрд. рублей, требовалось бы общественное обсуждение, но закупки были разделены на две. Как было подсчитано, для перевозки такого количества краски за 48 часов понадобится примерно тысяча автомобилей с длиной автоколонны примерно в 15 километров. Тем не менее, московские власти объявили победителем обоих конкурсов единственного участника.

В декабре 2006 года власти Санкт-Петербурга провели конкурс на строительство нового стадиона «Зенит-арена». Победитель – «Синтез-СУИ» обязался построить стадион за два года, 6.7 млрд. рублей. В 2008 году контракт был расторгнут, был объявлен новый конкурс на этот раз на 23.7 млрд., победителем была объявлен «Инжтрансстрой», снизив цену на 30%. Заявка СУ-155 (предлагали снизить цену на 40%) отклонили на основании того, что нотариально заверена только копия титульного листа лицензионно разрешенных работ, а не каждая страница. Сроки снова были сорваны, и в январе 2011 года строительство переоценили в 33 млрд руб., затем, в 2016 г., в 43.8 млрд. рублей.

В 2012 г. ФАС по техническим причинам отменила конкурс на поставку трамваев Москве на 9 млрд руб. Конкретно, в ТЗ не были опубликованы точные требования к конструкции трамвая. Ранее, не допущенные к аукциону участники – консорциум УВЗ и Bombardier, а также СТМ утверждали, что условиям конкурса подходит единственная модель трамвая, представленная другим участником - Citadis Istanbul 301 X производства Alstom.

В 2013 г. Правительство Москвы отдало контракт на строительство нескольких веток и электродепо метро единственному участнику конкурса – «Мосинжпроект», который в свою очередь принадлежит правительству Москвы, за 546 млрд. рублей (на 27 млрд. ниже начальной цены). Это крупнейший контракт в истории строительства метро. По условиям контракта, участник должен иметь опыт проектирования и строительства метро, а кроме того, выручку за 2012 год не менее 40 млрд. рублей и на ту же сумму выполнить строительных работ в метро. Иные, даже крупные, компании не попадали под это годовое ограничение.

Согласно исследованию Forbes «Короли госзаказа», в 2016 году крупнейшим подрядчиком «Газпрома» по принципу единственного подрядчика – строительство комплекса по производству, хранению и отгрузке сжиженного природного газа в районе компрессорной станции «Портовая» в Ленинградской области и на строительство установки стабилизации конденсата ачимовских залежей на Ямале - на 176 млрд. рублей - стала компания «Петон» с годовой выручкой в 1.9 млрд. рублей. Примером же «привлечения малого бизнеса» стал удивительный факт, когда

«Томскпромтранс» с пятью сотрудниками получили 40 подрядов на 8 млрд. рублей для строительства объектов газопровода «Сила Сибири». Таким образом, основными направлениями совершенствования тендерного законодательства следует считать:

- 1) Установление исчерпывающего и небольшого перечня конкурентных способов осуществления закупок;
- 2) Установление исчерпывающего и небольшого перечня оснований для заключения договора с единственным поставщиком, закрытых конкурсов, двухэтапных конкурсов с предквалификацией;
- 3) Выработка типового положения о закупках в рамках ФЗ-N223;
- 4) Унификация условий авансовых платежей - в том числе определение крайне узкого перечня 100% авансирования вроде оплаты билетов, оплаты работ в условиях природных катастроф и т.п. При этом, речь может идти не только о недопустимости произвольной выплаты крупных авансов, но и, наоборот, об обязанности выплат некоторых авансов в определенных случаях и пределах (например, для поставщиков из числа малого бизнеса при наличии у них стажа безупречной работы по государственным контрактам);
- 5) Ужесточение ответственности за нарушения при проведении тендерных процедур и несвоевременную оплату закупок – как для должностных, так и для юридических лиц.

Законодательство о недропользовании

Важным, хотя и незаслуженно малоизвестным элементом тендерного законодательства служит законодательство о недропользовании. Как известно, в соответствии с ФЗ N2395-1 от 21.02.1992 г. (ред. от 03.07.2016 г.) «О недрах», недра являются государственной собственностью, однако добытые из недр ресурсы по условиям лицензии могут находиться как в государственной, так и в частной собственности. Ст.10.1 ФЗ устанавливает, что участки недр федерального значения могут распределяться решениями Правительства РФ по результатам аукционов, а также без аукционов в рамках перечня, определенного Правительством РФ. Участки недр местного значения могут распределяться как на основании аукционов, так и на основании конкурсов.

В соответствии со ст.13.1 ФЗ N2395-1, критерии определения победителя конкурса, равно как и допуска к конкурсу или аукциону, носят фактически полностью дискреционный характер. Так, говорится что «Основным критерием

выявления победителя при проведении аукциона на право пользования участком недр является размер разового платежа за право пользования участком недр», что довольно логично, однако «...Основными критериями выявления победителя при проведении конкурса на право пользования участком недр являются научно-технический уровень программ геологического изучения недр и использования участков недр, полнота извлечения полезных ископаемых, вклад в социально-экономическое развитие территории, сроки реализации соответствующих программ, эффективность мероприятий по охране недр и окружающей среды, обеспечение обороны страны и безопасности государства».

Таким образом, фактически, финансовый вклад вообще не фигурирует в качестве критерия определения победителя конкурса, что крайне странно (при проведении конкурсов по ФЗ-№44 он является не единственным, но самым важным). В соответствии со ст. 14 п. 3 ФЗ №2395-1 отказать в участии можно любому, кто «...не представил и не может представить доказательств того, что обладает или будет обладать квалифицированными специалистами, необходимыми финансовыми и техническими средствами для эффективного и безопасного проведения работ» - чрезвычайно широкое определение. Административный регламент федерального агентства по недропользованию по исполнению государственной функции по организации проведения в установленном порядке конкурсов и аукционов на право пользования недрами (утв. Приказом Минприроды РФ от 17.06.2009 г. №156) еще более расширяет нормы закона, требуя представить данные «...о наличии собственных и/или привлеченных, средств, данные о технических и технологических и кадровых возможностях заявителя, а также других предприятий, привлекаемых им в качестве подрядчиков, в том числе... справка о применяемых технологиях с их описанием и перечень технических средств, необходимых для проведения работ, с доказательством их принадлежности заявителю либо подрядчику... сведения о кадровом составе заявителя, квалифицированных специалистов, которые будут непосредственно осуществлять работы по освоению участка недр (копия штатного расписания заявителя, копии дипломов квалифицированных специалистов, и т.д.)». В условиях, когда перспективы победы на аукционе/конкурсе далеко не ясны, довольно странно требовать столь подробной информации.

Приведем ряд примеров.

В 2001 году на конкурс был выставлен крупный участок нефтяных месторождений «Вал Гамбургцева» в Ненецком АО (запасы 192 млн. тонн нефти).

Заявки были поданы компаниями «ЛУКОЙЛ», «Сургутнефтегаз», ЮКОС, «Сибнефть» и «Роснефть». Но победителем была объявлена малоизвестная компания «Северная нефть». Она предложила бонус всего в \$7 млн., на \$2 млн. больше стартовой цены, в то время как заявки конкурентов предусматривали бонусы на сумму свыше \$100 млн. Формальной причиной было объявлено то, что у «Северной нефти» лучшие предложения по социально-экономическому развитию округа.

В том же 2001 году крупное Талаканское нефтегазовое месторождение (124 млн. тонн нефти и 47 млрд. куб. м. газа) на конкурсе досталось малоизвестной компании «Саханефтегаз», предложившей самый крупный бонус – \$501 млн., опередив «Сургутнефтегаз» (\$61 млн.). Однако, затем результаты конкурса были отменены, так как выяснилось, что «Саханефтегаз» привлек кредит ЮКОСа, что было расценено как нарушение. Однако новый конкурс не проводился, и «Саханефтегаз» добывал сырье на основании временной лицензии. В 2003 году ее без особых объяснений отобрали, и передали «Сургутнефтегазу», а затем, все так же без конкурса, перевели ее в статус постоянной на основании решения Арбитражного суда Якутии, не исчерпав возможность апеллирования.

В 2010 году состоялся конкурс на месторождения им. Требса и Титова. участие в конкурсе, который прошел в 2010 году. Конкурсная комиссия допустила к конкурсу только "Сургутнефтегаз" и "Башнефть", и отказала в участии «ЛУКОЙЛ», ТНК-ВР, «Газпромнефти», "индийской ONGC). ЛУКОЙЛ, "Газпром нефть" и ТНК-ВР ссылаясь на то, что они не в состоянии обеспечить переработку не менее 42% от добытого углеводородного сырья на своих мощностях и направлять на реализацию на биржах в РФ не менее 15% углеводородного сырья. Были и другие забавные причины – например, комиссия усомнилась в достоверности отчетности «Лукойла». «Сургутнефтегаз» не перечислил задаток, потому «Башнефть» оказалась единственным покупателем, заплатив чуть более \$600 млн. (порядка 60 центов на баррель нефтяного эквивалента – при всей условности средних цен, весьма немного).

В 2015 году прошел конкурс на Гавриковский лицензионный участок в Ханты-Мансийском автономном округе (запасы – 136 млн. тонн). Его победителем стала аграрная компания «Юг Руси», основным бизнесом которой является производство подсолнечного масла. Она опередила дочерние компании «Роснефти» и «Газпромнефти». Причиной оказалось то, что обязательным условием для победителя почему-то оказалась поставка всей нефти на НПЗ Ростовской области.

Таких там всего два – Новошахтинский и Каменский, счастливым владельцем первого оказался «Юг Руси».

В настоящее время готовится аукцион на Гыданский лицензионный участок на Ямале. Его условием является наличие у претендентов мощностей по сжижению газа в Ямало-Ненецком АО. Фактически, это означает возможность участия только одного участника – «Новатек».

Доля продаж нефтегазовых лицензий единственному покупателю, бывшая всего несколько лет назад на уровне 50%, стремительно растет и сейчас превышает 70%. Государственный бюджет теряет из-за такой политики (равно как и из-за политики дарения участков по решению Правительства РФ) огромные суммы. Что совсем нехорошо в ситуации, когда плановый дефицит бюджета России на 2017 год – 2.7 трлн. рублей, 3% ВВП, на его покрытие будет полностью потрачен Резервный фонд, и придется тратить на поддержание текущего уровня социальных расходов Фонд национального благосостояния, который вообще-то был предназначен для балансировки пенсионной системы.

Выводы

В сфере тендерного законодательства о распределении лицензий на недропользование необходимо:

1) Отдавать приоритет претендентам, способным заплатить максимальный бонус;

2) Ликвидировать практику предъявления многочисленных невнятных требований к опыту работы, оборудованию, кадровому составу и так далее – для отсекаания фиктивных участников конкурсов вполне достаточно высокого обеспечения заявки;

3) Ликвидировать практику предъявления требований поставки или переработки добываемого сырья в определенном географическом регионе;

4) Приступить к разработке нового исчерпывающего закона «О недрах», который интегрировал бы в себе все требования к потенциальным недропользователям.

В России привыкли к разговорам о том, что «у нас особый путь», «общие принципы у нас не работают», «тут нужно думать не только о деньгах» и т.п. Эти спикеры, как раз, думают об обратном – только о тех деньгах, которые они на эксклюзивных условиях положат в карман или сэкономят. И сейчас явно не то время, когда государство и общество может их продолжать спонсировать.