6 декабря 2011г.

**Замечания Комитета РСПП**

**по собственности и развитию конкуренции**

**по проекту федерального закона «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг»**

1. Предлагаем уточнить понятие «закупки» (подпункт 2) пункта 1 статьи 3), поскольку в текущей редакции под определение не подпадает гарантийное обслуживание («Процедура закупки… завершается приемкой товаров (работ, услуг) в предусмотренном настоящим Федеральным законом порядке, а также оплатой указанных товаров (работ, услуг»). Аналогичное замечание относится к статье 33, где отсутствуют указания на возможность (и необходимость) предусмотреть в контракте сроки, условия и иные параметры гарантийного обслуживания (есть только ссылка, что в случае просрочки исполнения поставщиком обязательства, в том числе гарантийного, он выплачивает заказчику неустойку (штраф, пени)), статье 86, где вопросы гарантий и гарантийного обслуживания не рассматриваются в рамках вопроса исполнения контракта. Фактически вопросы гарантии упоминаются только в статьях 31 как один из критериев оценки заявок (предложений) участников процедур закупок и 88 в части обеспечения исполнения контракта. Вместе с тем, для значительной части госзакупок вопрос гарантийного обслуживания является критически важным и должен быть максимально четко урегулирован.

Кроме того, формулировка «направленных на заключение и исполнение государственных или муниципальных контрактов» создает правовую неопределенность в отношении контрактов бюджетных учреждений, заключаемых в соответствии с данным законопроектом и не относящихся к государственным или муниципальным.

1. Учитывая, что статья 4 предусматривает равные права для общественных объединений по контролю и иных общественных объединений представляется излишним выделение самостоятельной категории «общественных объединений по контролю».
2. В статье 5 пункте 1 сказано, что единая информационная система содержит информацию о результатах аудита и контроля. Необходимо уточнить о каком аудите и контроле идет речь.
3. В статье 14 необходимо дать более четкую редакцию пункта 2 для однозначного определения деятельности, на которую не распространяются требования законопроекта (существует возможность неоднозначного толкования термина «контракт»).
4. Недостаточно четкими являются формулировки в пункте 2 статьи 19 в части определения товаров, работ, услуг с избыточными потребительскими свойствами или иными характеристиками, либо являющихся предметами роскоши, работ (услуг) высшей ценовой категории или относящихся к категории люкс.
5. Не обоснована целесообразность введения нового понятия – «нормирование в федеральной контрактной системе» (статья 19), поскольку его суть раскрывается в статье 32 без использования этого понятия.
6. Недостаточно прозрачной является возможность выбора методов определения начальной (максимальной) цены контракта, в частности, не определено, в каких случаях должен использоваться запросный метод дополнительно к методу индексации, а в каких случаях можно ограничиться только последним методом.
7. В статье 31 целесообразно уточнить термин «производные произведения».
8. В статье 33 наблюдается несимметричность формулировок в части освобождения от уплаты неустойки (штрафа, пеней). Для поставщика используется формулировка «… если докажет, что просрочка исполнения указанного обязательства произошла … по вине заказчика», а для заказчика «… по вине другой стороны». Предлагаем в пункте 4 указанной статьи заменить слова «… по вине другой стороны» на «… по вине поставщика (подрядчика, исполнителя)».
9. Предложенный принцип отклонения заявок с демпинговой ценой (статья 35) является разумной мерой, в то же время целесообразно прямо упомянуть о случаях, когда участник конкурса является компанией, использующей упрощенный режим налогообложения, а, значит, не является плательщиком НДС, поскольку это обосновывает большую часть предлагаемого в качестве контрольного размера «ниже 25 % начальной (максимальной) цены контракта». Это особенно существенно при существующей жесткой формулировке «При проведении процедур закупок в целях заключения контрактов на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ комиссия отклоняет заявки, содержащие предложение о цене контракта на 25 или более процентов ниже начальной (максимальной) цены контракта, независимо от наличия в них обоснования цены.»
10. В статье 37 пункте 4 сказано, что «Заказчик включает в состав комиссии преимущественно лиц, прошедших профессиональную переподготовку или повышение квалификации в сфере закупок…». Необходимо либо определить минимальную долю таких лиц в составе комиссии (более трети, 50 %, две трети членов комиссии и т.д.) либо отказаться от данного положения из-за его нечеткости.
11. В статье 43 пункте 2 сохраняется обязанность участника конкурса подавать в составе заявки выписку из единого государственного реестра юридических лиц или ее нотариально заверенную копию, а для индивидуальных предпринимателей – выписку из единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей или их нотариально заверенные копии. Предлагаем рассмотреть возможность распространения на государственные закупки принципа Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ "Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг": «Органы, предоставляющие государственные услуги, и органы, предоставляющие муниципальные услуги, не вправе требовать от заявителя: …2) предоставления документов и информации, которые находятся в распоряжении органов, предоставляющих государственные услуги, и органов, предоставляющих муниципальные услуги, иных государственных органов, органов местного самоуправления, организаций, в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными правовыми актами;».
12. Особую озабоченность вызывает большое количество отсылочных норм, в соответствии с которыми Правительство Российской Федерации и уполномоченный федеральный орган исполнительной власти должны утвердить перечень подзаконных актов (Правительство Российской Федерации должно утвердить перечень международных финансовых организаций, на заключение договоров оказания услуг которыми не распространяется данный законопроект; положение о Совете по федеральной контрактной системе и порядок его деятельности; порядок функционирования единой информационной системы, технологические и лингвистические требования к ней; уполномоченные органы исполнительной власти по реализации функций, связанных с федеральной контрактной системой; формы планов закупок, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и т.д.).
13. Не удалось в полной мере решить проблемы невозможности четкого прогнозирования необходимых закупок при проведении исследований и разработок. Требования проекта закона не распространяются на деятельность бюджетных учреждений по выполнению научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ за счет грантов, передаваемых безвозмездно и безвозвратно гражданами и юридическими лицами, в том числе иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, а также международными организациями, получившими право на предоставление грантов на территории Российской Федерации в установленном Правительством Российской Федерации порядке, грантов (субсидий на конкурсной основе), предоставляемых из соответствующих бюджетов бюджетной системы Российской Федерации. Данное предложение лишь частично решает возникающую проблему в условиях, когда грантовая форма финансирования исследований не является основной по независящим от исследователей причинам.

15. Текст законопроекта в целом необходимо привести в соответствие с Гражданским кодексом РФ, например по вопросам заключения, исполнения, расторжения и оспаривания государственных контрактов, устранив возможные расхождения и пробелы.

Это касается, в частности, судебного обжалования результатов размещения государственного заказа в случае нарушений, допущенных в процессе его размещения. Статья 449 ГК РФ устанавливает общее правило, согласно которому торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. Признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги. Законопроект о ФКС также допускает судебное обжалование результатов размещения заказа, но помимо торгов предусматривает и альтернативные способы, например, запрос предложений, запрос котировок, закупку из единого источника. Обжалование государственного контракта, размещенного способом, не связанным с проведением конкурса или аукциона (т.е. торгов), не регулируется статьей 449 ГК о недействительности торгов. Следовательно, порядок и условия обжалования (признания недействительным размещения контракта), необходимо установить в Законопроекте.

16. Статья 88 Законопроекта «Обеспечение исполнения контракта» предусматривает, что в обеспечение принимаются банковские гарантии, выданные банками и иными кредитными организациями. Предлагаем в Законопроекте оставить только термин «банковская гарантия», поскольку круг эмитентов в соответствии с ГК РФ шире и включает, в частности, также страховые организации (статья 368 ГК РФ).

17. Статья 87 Законопроекта «Изменение и расторжение контракта» закрепляет неравное положение сторон при расторжении государственного контракта, ограничивая случаи расторжения договора поставщиком (исполнителем). Однако согласно ГК РФ, помимо неоплаты со стороны заказчика, такими случаями могут быть: отсутствие содействия Заказчика, необходимого для проведения работ (уклонение от передачи вещи и т.п.) для договора подряда, а также уклонение от принятия товара для договора поставки и др.

Целесообразно, исходя их принципа равенства субъектов гражданского оборота, установить двусторонне действующую «зеркальную» норму в п. 8 ст. 87 о компенсации обеим сторонам убытков, причиненных в результате нарушения обязательств и расторжения договора по госзаказу. Подобные гарантии помогут повысить конкуренцию на торгах.

18. Требует доработки статья 94 Законопроекта, неоправданно расширяющая круг лиц, сведения о которых подлежат включению в реестр недобросовестных поставщиков при неисполнении контракта.

Представляется недопустимым включение в реестр недобросовестных поставщиков сведений об участниках/ акционерах, членах коллегиальных исполнительных органов и единоличном исполнительном органе. Включение в указанный реестр миноритарного акционера/ участника, который не нарушал закон, не мог повлиять на решение юридического лица и на поведение ее руководителей, приведет к тому, что будут отстранены от участия в госзакупках все другие компании, в которых участвует такой акционер.

В отношении руководителей компании такая мера может быть оправдана при совершении ими умышленных действий, что должно устанавливаться компетентными органами/ судами и вести к дисквалификации данных руководителей в порядке, установленном административным и уголовным законодательством.

19. Нуждаются в доработке положения об обосновании начальной (максимальной) цены контракта. В законопроекте предлагается следующая методология:

* Нормативный метод
* Метод одной цены (один производитель)
* Тарифный метод
* Метод индексации (расчет на основании цены товаров, закупленных заказчиком в предыдущем периоде). Используется при повторяющихся закупках
* Запросный метод (дополнительно к методу индексации и при наличии конкурентного рынка). Не менее 5 поставщиков
* Проектный метод (дорогостоящие долгосрочные проекты)
* Иные обоснованные заказчиком методы.

Указание на метод индексации в качестве основного, отсутствие прямого указания на учет результатов аналогичных закупок других заказчиков создает условия к поддержанию высоких цен. Если предыдущие закупки были проведены по завышенной цене, например, по результатам несостоявшихся торгов, то метод индексации сам по себе также приведет к завышенной цене.

Считаем необходимым предусмотреть метод, который позволял бы учитывать результаты аналогичных торгов, проведенных другими заказчиками, на основании данных единой системы мониторинга государственных закупок.

20. Необходимость обоснования формирования лотов.

Законопроект содержит общие указания на возможность размещения товара лотами, не определяя правила их формирования. Некоторые, но, очевидно, недостаточные нормы включены в статью 17 закона о защите конкуренции. Требуется включение в законопроект правил формирования лотов.

Следует учесть, что на ряде рынков с ослабленной конкуренцией, например, на олигополистических рынках, формирование крупных или составных лотов, предложение по которым может сделать лишь один участник рынка, способно привести к еще большему ограничению конкуренции. С другой стороны, разделение крупных закупок на более мелкие лоты может привести к снижению стимулов участия в торгах крупных игроков и к ограничению конкуренции. Таким образом, формирование лотов имеет не меньшее значение для конкуренции на торгах, чем, например, правильно определенная начальная (максимальная) цена. Определение размера и состава лота должно быть, следовательно, обоснованно заказчиком с применением методов, которые должны быть определены в законопроекте хотя бы в общих чертах.