

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА И ГОСУДАРСТВЕННОЙ
СЛУЖБЫ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»
(РАНХиГС)

НАУЧНЫЙ ДОКЛАД

«Преимущества в публичных закупках: целеполагание, современная практика, векторы
развития правовой реторсии»

Научно-исследовательская работа выполнена в соответствии с государственным заданием
РАНХиГС на 2020 год по научному направлению «Институциональные факторы
экономического роста. Формирование долгосрочных приоритетов конкурентной политики
в России»

Докладчик
Руководитель НИР,
Заведующий Научно-
исследовательской
лабораторией «Исследование
актуальных вопросов развития
конкурентной политики и
государственного заказа в
российской экономике» Центра
развития конкурентной
политики и государственного
заказа РАНХиГС, д.ю.н., проф.
РАН

О.А. Беляева

Москва 2020

ВВЕДЕНИЕ

Научно-исследовательская работа проводилась сотрудниками научно-исследовательской лаборатории «Исследования актуальных вопросов развития конкурентной политики и государственного заказа в российской экономике» в составе:

- О.А. Беляева, заведующий лабораторией, д.ю.н., проф. РАН (руководитель);
- Е.В. Агапова, ведущий научный сотрудник, к.э.н., доц. (исполнитель);
- Д.Н. Зулкашева, старший преподаватель (исполнитель).

В ходе проведения научно-исследовательской работы проанализированы 267 источников, среди которых нормативные правовые акты, документы административной и судебной практики, диссертационные исследования, монографии, научные статьи. Объем отчета о выполнении научно-исследовательской работы составил 8 п.л. В качестве апробации проведенного исследования опубликованы две научные статьи в журналах, рецензируемых ВАК России:

- 1) Агапова Е.В., Беляева О.А. Государственные закупки: современный инструментарий социальной политики // Юрист. 2020. № 6. С. 2 – 10;
- 2) Агапова Е.В., Беляева О.А. Неординарный правовой режим закупок у субъектов малого и среднего предпринимательства // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2020 (июль – сентябрь). № 3. С. 26 – 31.

Кроме того, Беляева О.А. выступила с докладом «Конкуренция и преференции в публичных закупках: антагонизм целей правового регулирования» на IX Международной научно-практической конференции «Право и бизнес: правовое пространство для развития бизнеса в России» (круглый стол «Теоретические проблемы правового регулирования экономической деятельности», 4 июня 2020 г., РАНХиГС).

Научно-исследовательская работа выполнялась по трем направлениям. Во-первых, было исследовано современное состояние контрактной системы, выявлены ее современные черты как в экономическом, так и в регуляторном аспекте с тем, чтобы определить и обобщить те экономические предпосылки, которые стали предвестниками формирования института преимуществ. Второе направление состояло в исследовании текущего состояния преференциальных режимов, изучению зарубежных подходов, актов международного права. Отдельное внимание было уделено сложнейшему и актуальному в последние годы вопросу реализации политики импортозамещения.

Третье направление исследования было ориентировано на критическую оценку практических ситуаций, связанных не столько с нарушениями законодательных предписаний, сколько со злоупотреблениями, потому что в этом на сегодняшний день состоят системные проблемы правовой дисциплины в сфере публичных закупок: нет

открытых нарушений, нет саботирования закона, но есть правомерные действия, нацеленные на то, чтобы закон обойти, достигнув неправомерного результата, подменив цели и задачи регулирования. В рамках работы по этому направлению была составлена типология споров, связанных с преференциальными правовыми режима в двух сегментах: корпоративные закупки и государственные (муниципальные) закупки. Кроме того, были сформулированы в качестве завершающего этапа основные направления оптимизации регулирования.

Работа проводилась по двум закупочным сегментам, в каждом из которых преференциальная проблематика рассматривалась обособленно (в этом состоит идеология исследования: не смешивать секторальные закупки по принципу «отдельное регулирование – отдельный анализ»).

Далее представляем вниманию Ученого совета доклад о содержании проделанной работы.

В разделе 1 «Генезис законодательства о публичных закупках в Российской Федерации» были изучены теоретико-правовые основы публичных закупок в Российской Федерации, выдвинуты следующие основные тезисы.

В настоящее время отчетливо наблюдается формирование целостного структурно-правового образования, которое можно именовать «право публичных закупок». Есть мнение, что публичные закупки – это правовой институт¹, но оно представляется дискуссионным, поскольку базируется на уже неактуальном представлении об отраслевом делении российской правовой системы. В то время как определить отраслевую принадлежность публичных закупок не представляется возможным определить, на них в равной степени воздействуют нормы административного, гражданского, финансового права. Право публичных закупок – относительно автономная область юридической регламентации с доминированием в ней разрешительного типа регулирования².

В публичных закупках наблюдается взаимопроникновения публично-правовых (прогнозирование, планирование, бюджетное финансирование, контроль) и частноправовых (заключение, выполнение, изменение и расторжение контрактов) начал, что, собственно, аргументирует теорию единства (целостности) правового воздействия на отношения по осуществлению предпринимательской деятельности и ее государственному регулированию³. Тем более, что сторона заказчика является не только получателем благ и плательщиком по контракту, но еще и регулятором, и контролером этой системы.

Публичные интересы связаны с решением наиболее весомых для государства задач, в частности, гарантирование занятости населения, защита окружающей природной среды и пользование естественными ресурсами, составление государственного бюджета, обеспечение безопасности государства и обороны страны, финансирование государственных и общественных потребностей, определение и соблюдение приоритетов в экономическом и социальном развитии.

Однако контрактная система – это неоднородное правовое образование, в нем происходит перманентная конвергенция норм частного и публичного права. Отечественная контрактная система имеет сложное внутреннее устройство полисегментную институциональную среду.

¹ См. Соловьев М.С. Административно-правовые основы публичных закупок: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2019. С. 6, 10.

² См. Соловьев М.С. Указ. соч. С. 10, 18.

³ См. Андреева Л.В. Теория государственных закупок в науке предпринимательского права // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 80.

Публичными уместно называть не только государственные и муниципальные закупки, но также и законодательно регулируемые закупки компаний с государственным участием и хозяйствующих субъектов, осуществляющих регулируемые виды деятельности (корпоративные закупки). Правда, публичность, в этом сегменте закупок имеет несколько иное значение, на наш взгляд, она больше ориентирована на транспарентность закупочных циклов, а не на удовлетворение общественно значимых интересов.

Государство – крупнейший оптовый покупатель, причем в большинстве случаев состоятельный с финансовой точки зрения. Отметим, что продвижение товара внутри контрактной системы обусловлено не финальным потреблением или ритейлом, а иными стадиями торгового оборота (оптовые закупки, государственно-частное взаимодействие, стратегическое партнерство), а равно и иными категориями (заказчик, инвестор). В конечном счете, государство закупает продукцию для публичных нужд и лишь отчасти для своего собственного функционирования, это важно понимать и стараться избегать искусственного разграничения «нужд» и «потребностей», чем грешат современные исследователи⁴. В фокусе публичного заказчика – обслуживание интересов неопределенного круга лиц и выполнение своих публичных интересов, отдельными потребностями такой заказчик, по нашему убеждению, не обладает.

Контрактные отношения представляют собой разнообразные алгоритмы взаимоотношений участников (агентов) экономического сегмента закупок товаров, работ для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Создание и функционирование контрактной системы нацелено на повышение эффективности обеспечения общественных нужд путем применения системного подхода к формированию и исполнению государственных и муниципальных контрактов, достижения прозрачности всего цикла закупок от планирования потребности до приемки результатов исполнения контрактов, а также оценки их соответствия потребностям заказчика.

Российская система публичных закупок на сегодняшний день имеет немало положительных достижений и это следует подчеркнуть в пике распространенной критике нашего законодательства о контрактной системе. По большей части проблемы возникают не в связи с ущербностью законодательства, а по причине его неправильного толкования и последующего применения.

⁴ См. Кикавец В.В. О целесообразности разграничения публичных потребностей в сфере закупок товаров, работ и услуг на общие и внутриорганизационные // Правовая парадигма. 2019. Т. 18. № 4. С. 84 – 88.

Например, в отношении государственных и муниципальных закупок реализовано полноценное, можно сказать, замкнутое, правовое регулирование полного закупочных циклов (начиная с планирования), внедрены сквозной мониторинг закупок, общественный контроль. Нельзя не отметить, что принципы контрактной системы – это отнюдь не декларативные нормы, Так, не только регламентированы, но и отчасти успешно реализованы принципы результативности закупок и профессионализма заказчика. Для примера можно обратиться не только в профессиональным стандартам, но и отметить, что большинство списочного состава закупочных комиссий и контрактных служб укомплектованы лицами, обученными по программам дополнительного профессионального образования в сфере закупок. Кроме того, законодательно определены цели закупок, дальнейшее нормативное развитие получает и специальная административная юрисдикция для защиты прав и законных интересов участников закупок посредством оспаривания действий (бездействия) ответственных лиц заказчика и операторов электронных торговых площадок. Сформированы условия для публичного размещения сведений о спросе (планы-графики, извещения) и процедурах закупок, предприняты шаги по использованию института закупок как ресурса для стимулирования роста малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций, реализации инновационной и промышленной политики.

Вместе с тем, нужно констатировать отсутствие должной стабильности законодательства, сложность правил о контрактной системе привела к значительным трудностям в правоприменительной деятельности. Новые поправки, направленные якобы на комплексное совершенствование и консолидацию законодательства, не позволяют утверждать, что у регулятора имеется какая-то (хотя бы прогнозная в краткосрочной перспективе) концепция дальнейшего развития контрактной системы.

В современной юридической науке доминирует позиция о том, что в Российской Федерации из всех известных источников (форм) права в основном применимы такие источники, как нормативный правовой акт, нормативный договор, общеправовые принципы и правовой обычай. Каждый из этих видов источников имеет разное значение, несовпадающие объем и область применения⁵. Нетипичным источником права иногда

⁵ См. Теория государства и права: учебник для юридических вузов / А.И. Абрамова, С.А. Боголюбов, А.В. Мицкевич и др.; под ред. А.С. Пиголкина. М.: Городец, 2003. Цит. по: СПС «КонсультантПлюс».

называют и правовую доктрину, способом воспроизведения которой в позитивном праве (среди прочего) выступают и принципы права⁶.

Сейчас наиболее интересной теорией, объясняющей роль и значение принципов является концепция интегративного правопонимания, разработанная проф. В.В. Ершовым⁷.

Так, на современном этапе развития юриспруденции в научной литературе все больше внимания уделяется таким типам правопонимания, как синтезированное и интегративное правопонимание. Для юридического позитивизма право – это, прежде всего, законодательство, законы, а точнее, нормативные правовые акты, которые принимаются правотворческими органами государственной власти, и судебные прецеденты, которые вырабатываются судами. В свою очередь, синтезированный тип правопонимания отождествляет право и неправо, например право и справедливость, правовые позиции судов, судебные прецеденты и т.д. Следовательно, для данного типа правопонимания характерен синтез онтологически разнородных правовых и неправовых регуляторов общественных отношений, разнообразных социальных явлений. Искусственный синтезированный тип правопонимания в результате ведет к самой разнообразной, нестабильной судебной практике, а также не способствует объективному и ожидаемому правотворчеству и правоприменению.

Интегративный тип правопонимания ограничивается интеграцией только права и права, принципов права и норм права, которые содержатся в различных формах национального и международного права. То есть право объективно выражается в принципах и нормах права, которые содержатся в единой и многоуровневой системе форм национального и международного права, которые реализуются в государстве. С позиции синтезированного правопонимания принципы права литературе сводятся к морали, справедливости – к онтологически разнородным социальным регуляторам, праву и неправу⁸.

Принципы права – теоретическое обобщение опыта, который выработан на основе многолетней правотворческой и правореализационной практики, наиболее существенного, типичного и системообразующего во внутригосударственном и (или) международном

⁶ См. Рыженков О.Я., Яковлева О.А. «Нетипичные» источники гражданского права // Бизнес в законе. 2012. № 1. С. 37

⁷ См. Ершов В.В. Теоретические и практические проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2008. № 7. С. 14.

⁸ См. Гемонова Е.А. Соотношение принципов права и норм права на примере нормативного правового договора // Российская юстиция. 2019. № 11. С. 6.

праве. Принципы права обладают максимальной универсальностью, высшей императивностью и абстрактностью⁹. В контексте интегративного правопонимания принципы права являются не началами, идеями и положениями, а средствами правового регулирования общественных отношений, объективно существующими элементами системы права. Кроме того, их следует рассматривать как своего рода «дорожную карту» для правотворческих органов, которая должна применяться ими в процессе конкретизации принципов права и выработки норм права. Принципы права – это «дух» права.

Кроме того, принципы права как его основные идеи показывают максимальный уровень выражения неопределенности в праве. Принципы права в самом общем виде демонстрируют, образно говоря, симптоматику закономерностей общественного уклада, преобразуя их в основы содержания права. Очевидно, что без обобщения конкретных жизненных обстоятельств и ситуаций, перевода их на уровень общих и неопределенных (в определенном смысле) нормативных предписаний это сделать невозможно. По этим причинам принципы права приобретают свойства своего рода «центров» юридического воздействия¹⁰. Не исключено, а в последние годы, все более привычно нормативное закрепление принципов права, причем нормативность принципов обладает более патетически обобщающим свойством в отличие от традиционных (обычных) норм¹¹.

Вместе с тем широкое апеллирование к принципам имеет и теневые следствия, причем негативные, ведь появляется весьма широкое поле для дискреции, тогда как основой разрешения любого диспута должен быть исключительно закон¹².

Отметим, что наше законодательство (вслед за другими правопорядками романо-германского типа)¹³ демонстрирует высокую степень формализации принципов права и хорошим примером тому является контрактная система. Есть мнение, что «дорожной

⁹ См. Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М.: РГУП, 2018. С. 294.

¹⁰ См. Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 36.

¹¹ См. Вопленко Н.Н., Рудковский В.А. Понятие и классификация принципов права // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 4. С. 37.

¹² См. Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / отв. ред. А.В. Габов. М., 2016. С. 254; Актуальные вопросы современного конкурентного права: сборник научных трудов. Вып. (3) 2019 / отв. ред. М.А. Егорова. М., 2019. С. 26.

¹³ См. Попов Н.Ю. К вопросу о принципах права в некоторых аспектах их формализации в романо-германских правовых системах // Тезисы докладов на теоретической конференции аспирантов Института государства и права АН СССР и Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова / Академия наук СССР. Институт государства и права. М., 1983. С. 27 – 29.

картой» для формирования принципов контрактной системы должны быть принципы гражданского и бюджетного права, иными словами, они должны обладать производным характером¹⁴. Однако *de lege lata* контрактная система располагает собственным арсеналом специальных принципов. Среди них: открытость и прозрачность информации (принцип транспарентности), профессионализм заказчиков, стимулирование инновационных закупок, обеспечение конкуренции, единство контрактной системы, ответственность за результативность удовлетворения публичных нужд, эффективность проведения процедур закупок¹⁵.

По поводу корреляции принципов контрактной системы современными отечественными специалистами высказываются разные мнения, в частности, о нецелесообразности закрепления в одном нормативном акте разноплановых целей – удовлетворении нужд органов власти, публичных учреждений и противодействия коррупции¹⁶. Однако дистанцировать эти принципы друг от друга невозможно, они «переплетены».

Государственные закупки прочно ассоциируются в нашем обществе с коррупцией, потому что доступ к бюджетным средствам и наличие распорядительных полномочий порождает соблазн личного обогащения. Исторически законодательное регулирование этой сферы (казенных подрядов и поставок) всегда имело антикоррупционную направленность¹⁷.

Аналогичным образом в специальной литературе отмечается, что нужно определять главные или приоритетные цели Закона о контрактной системе и в таком контексте принципы противодействия коррупции и обеспечения гласности, прозрачности не нужно позиционировать в качестве главных¹⁸.

¹⁴ См. Кикавец В.В., Сальникова А.И. О роли принципов контрактной системы в сфере закупок с точки зрения концепции интегративного правопонимания // Право и современная экономика: сборник материалов I Международной научно-практической конференции юридического факультета СПбГЭУ. 2018. С. 299.

¹⁵ См. ст. 6 Закона о контрактной системе.

¹⁶ См. Примак Т.К. Проблемы правового регулирования отношений по обеспечению государственных нужд в свете принятия нового законодательства // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2013. № 9. С. 40.

¹⁷ См. Смотрицкая Т.А. Трансформация системы государственных закупок в России: автореф. дис. ... д-ра экон. наук. М., 2009. С. 30.

¹⁸ См. Белов В.Е. Концептуальные проблемы формирования и функционирования контрактной системы в сфере закупок в России: монография. М., 2018. С. 94.

Представляется, что это не так. Все принципы следует рассматривать в неразрывном единстве: например, прозрачность (транспарентность) как таковая неотделима и от обеспечения конкуренции, и от воспрепятствования коррупции. Это многомерная модель руководящих начал правовой реторсии на отношения в сфере контрактной системы, приоритет применения того или иного принципа следует определять только в конкретных спорных ситуациях¹⁹.

Право – это отражение нормативной модели экономических отношений, оно является универсальным инструментом многофункционального управления, позволяющим обеспечить разрешение множества поставленных задач, достижение требуемых целей, формирование необходимого баланса интересов²⁰.

Квинтэссенция правового равенства – это равенство правовых возможностей, которыми пронизана вся система формально-определенных и общеобязательных юридических норм пронизывающее. В нем идеи социальной справедливости получают свое «нормативное» измерение. «Правовые возможности» – это воплощенные в юридических нормах модели поведения, которые могут быть реализованы в различных видах правоотношений. «Равенство правовых возможностей» означает, что вся система общеобязательных правил поведения фиксирует равную правовую меру для каждого участника правоотношений²¹.

Социальная справедливость в своем нормативном измерении означает довольно простую идею: в нормах права не должно быть необоснованных льгот и преимуществ, искажающих равенство правовых возможностей в интересах определенных социальных групп, отдельных людей или участников предпринимательской деятельности. Нам представляется, что преференции в контрактной системе устанавливаются как раз в целях выравнивания правовых возможностей определенных (подчеркнем, многочисленных) субъектов²².

¹⁹ См. п. 1 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28 июня 2017 г. В частности, высшей судебной инстанцией было отмечено, что соблюдение одного принципа контрактной системы не может нивелировать соблюдение другого принципа.

²⁰ См. Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2012. № 12. С. 5.

²¹ См. Вайпан В.А. Теория справедливости: право и экономика: монография. М., 2017. С. 195.

²² См. Вайпан В.А. Указ. соч. С. 215.

Льготы, преимущества и гарантии для отдельных категорий субъектов являются одним из способов нормативной реализации идей социальной справедливости, это и есть юридическое выравнивание. Вместе с тем, конечно, должны быть исключены необоснованные льготы и преимущества²³.

Закупки могут осуществляться не только в целях непосредственного удовлетворения государственных нужд в товарах, работах, услугах, но и для решения значимых социальных и экономических задач. Такая точка зрения распространена не только в юридической и экономической науке²⁴, она формализована в самом институте преимуществ (преференций), являющемся составной частью отечественной контрактной системы.

Палитра преференций достаточно разнообразна. В частности, преференцией можно считать установление случаев закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), это позволяет получать контракт на «прямой» основе, снимает временные затраты, нивелирует риски проигрыша, т.е. неполучения конкретного заказа. В этой части наше законодательство устанавливает широкие возможности для получения «прямых» контрактов учреждениями и предприятиями уголовно-исполнительной системы. В учреждениях и на предприятиях уголовно-исполнительной системы необходимо создавать рабочие места, поскольку основной способ исправления осужденных – это их трудовая адаптация (от лат. *adapto* – «приспосаблию»). Каждый осужденный к лишению свободы обязан трудиться на работах и в местах, определяемых администрацией исправительных учреждений. В свою очередь, администрация исправительных учреждений, обязана привлекать осужденных к лишению свободы к труду с учетом их пола, возраста, трудоспособности, состояния здоровья и, по возможности, специальности, а также исходя из наличия рабочих мест²⁵. Обязательность труда осужденных воплощает приоритет основной задачи исправления осужденных. Труд – это одна из основных составляющих пенитенциарной политики (ст. 9 УИК РФ).

²³ См.: Вайпан В.А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 19 – 22.

²⁴ См. Скворцова В.С. Поддержка организаций инвалидов посредством предоставления им преференций при осуществлении государственных закупок // Российское предпринимательство. 2018. Т. 9. № 5. С. 1663.

²⁵ См. ст. 103 УИК РФ.

Из этого и вытекает потребность в государственной поддержке.

Кроме того, имеются меры косвенной поддержки. Речь идет об обеспечительных сделках. В контрактной системе есть два вида подобных сделок. Во-первых, это обеспечение заявок на участие в аукционах и конкурсах. Обязанность предоставления обеспечения исполнения контракта является мерой, направленной на защиту государственного или муниципального заказчика от возможных недобросовестных действий со стороны участника закупки, с которым заключается контракт, и реализуемой в целях повышения эффективности осуществления закупок²⁶. По своей юридической природе эта «косвенная» преференция является акцессорной сделкой в виде обеспечительного платежа (ст. 381¹ ГК РФ).

Во-вторых, преференция, использовать которую можно уже непосредственно при вступлении в контрактные отношения, – это освобождение от внесения обеспечения исполнения контракта. Так, на основании п. 1 ч. 8 ст. 96 Закона о контрактной системе участник закупки – казенное учреждение освобожден от внесения обеспечения исполнения контракта. Отметим, что все учреждения уголовно-исполнительной системы созданы именно в такой организационно-правовой форме.

Еще одним нестандартным преимуществом следует назвать типовые условия контракта. Так, Правительством РФ утверждены типовые условия контрактов, согласно которым к исполнению привлекаются субподрядчики, соисполнители, относящиеся к субъектам малого предпринимательства, социально ориентированным некоммерческим организациям²⁷.

Становление системы закупок на определенном этапе продемонстрировало потребность стандартизации алгоритмов закупки на всех ее этапах. Миссия стандартизации заключается в нивелировании риска ошибок, исключении возможных нарушений, как и объективного свойства, так и субъективных, т.е. допускаемых заказчиками умышленно. Поэтому Российская Федерация стремится стандартизировать процедуру закупок по всем параметрам. Типовой контракт представляет собой своего рода лекало, которое заказчики должны применять, приобретая определенные виды товаров и услуг. Типовые формы (формуляры) позволяют сократить процесс подготовки

²⁶ См. письмо Минфина России от 17 июня 2020 г. № 24-03-08/52224.

²⁷ См. ч. 7 ст. 30 Закона о контрактной системе; постановление Правительства РФ от 23 декабря 2016 г. № 1466 «Об утверждении типовых условий контрактов, предусматривающих привлечение к исполнению контрактов субподрядчиков, соисполнителей из числа субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций».

проектов контрактов, добиться унификации в формулировках контрактных условий при поставке товаров, выполнении работ, оказании услуг. Типовые контракты – явление относительно новое²⁸. Наряду с типовыми контрактами законом допускаются также типовые условия контрактов, которые разрабатываются в отношении не всех, а отдельных условий соответствующего контракта и должны включаться заказчиками в проекты заключаемых ими конкретных контрактов. Довольно близкой конструкцией являются примерные условия договора, предусмотренные ст. 427 ГК РФ. Но это не тождественные понятия. Примерные условия применяются по усмотрению контрагентов²⁹, в то время как в отношении типовых контрактов дискреция (усмотрение) исключена.

Типовые условия мы относим к преференции, поскольку типизация и стандартизация в данном случае минимизирует возможности злоупотреблений и ущемления интересов данных субъектов. В своем роде это уникальная преференция, аналогов которой в контрактных отношениях нет.

В современной экономической политике акцент делается на качественную эволюцию малого и среднего бизнеса как естественного наполнителя структуры конкурентного рыночного предложения. Малому бизнесу сложно соответствовать требованиям крупнейших заказчиков, зачастую не хватает технологического уровня, не хватает компетенций и проч. Это привело к рождению идеи о «доращивании поставщиков», которая вышла на программный уровень³⁰, позиционируется как инструмент развития конкуренции³¹. Но, вместе с тем, вызывает серьезные опасения правильность такого подхода. Нам представляется, что эффект здесь обратный: не

²⁸ См. ч. 11 ст. 34 Закона о контрактной системе, постановление Правительства РФ от 2 июля 2014 г. № 606 «О порядке разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, а также о случаях и условиях их применения».

²⁹ Согласно п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» для определения условий договоров стороны могут воспользоваться примерными условиями (стандартной документацией), разработанными в том числе саморегулируемыми и иными некоммерческими организациями участников рынка для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. При этом стороны могут своим соглашением предусмотреть применение таких примерных условий (стандартной документации) к их отношениям по договору как в полном объеме, так и частично, в том числе по своему усмотрению изменить положения стандартной документации или договориться о неприменении отдельных ее положений.

³⁰ Так, создание системы акселерации субъектов малого и среднего предпринимательства предусмотрено Указом Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года».

³¹ См. Загорский И.О. «Доращивание» поставщиков как инструмент развития конкуренции // Госзаказ. Управление. Размещение. Обеспечение. 2018. № 51. С. 73.

развитие конкуренции, а ее игнорирование. Потому что выходит так, что одни субъекты должны соревноваться за получение контрактов и договоров, а других вырастят для себя сами заказчики, проводя для них мероприятия по оказанию финансовой, правовой, методической, информационной и иной поддержки в рамках программы развития. Станным нам представляется еще и то обстоятельство, что государство тем самым перекладывает свои задачи на хозяйствующих заказчиков – некоторых заказчиков, функционирующих в сфере корпоративных закупок. Обманной и неперспективной вся эта конструкция видится еще и по той причине, что позиционируется она исключительно как право заказчиков, только вот право это будет регламентировано на подзаконном уровне нормативными актами, а Корпорация развития малого и среднего предпринимательства начнет формировать реестр программ развития поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Одним из явлений, отражающих современные тренды развития общества, выступающего критерием оценки уровня демократизма, доверия граждан органам власти, стали социально ориентированные некоммерческие организации (СОНКО). Возникновение таких организаций объективно детерминировано развитием самого общества. В последние десятилетия наблюдается рост количества СОНКО. Социально ориентированной может быть признана любая деятельность имеющая признаки общественно-полезной, т.е. приносящая пользу обществу, вне зависимости от того каковы источники доходов, направленных в последствии на реализацию общественно-полезных целей.

Последней преференциальной группей являются организации инвалидов. Современная социальная политика в отношении людей с инвалидностью ориентирована на их интеграцию в общество. Подавляющее количество людей с инвалидностью не имеют возможности полноценно трудиться, основной причиной этого является сложная адаптация к современным условиям рынка труда. Хотя общественные организации инвалидов не имеют в своем распоряжении ресурсов государства, у них есть ряд преимуществ, которыми не обладает государственный аппарат. Среди таких преимуществ можно выделить следующие: 1) объединения инвалидов могут полнее учесть в работе приоритеты своих членов; 2) информация, которую получают эти организации, является более полной и всесторонней для участия в помогающей и законотворческой деятельности; 3) собственные инициативы инвалидов позволяют найти новые механизмы интеграции этой социальной группы в социум и другие.

Таким образом, предпосылкой предоставления преференций в этой группы является опосредованная помощь государства в загрузке производственных мощностей таких организаций и, как следствие, обеспечение занятости инвалидов.

В разделе II «Текущее состояние правовое регулирования преимуществ в России и зарубежных правовых порядках» представлены следующие основные суждения и выводы.

Закон о контрактной системе не только неодинаково регламентирует процедуру предоставления преимуществ, но и их сущностное содержание. Преимущества для учреждений и предприятий, входящих в УИС, а также для организаций инвалидов носят индивидуальный характер и чаще всего имеют форму ценовой надбавки; в то время как преференции субъектам малого предпринимательства и социально ориентированным некоммерческим организациям выделяются всеми заказчиками. Они представляют собой конкретную долю закупок (процент от совокупного годового объема).

Следует отметить общую рассогласованность законодательства и по кругу субъектов, которым оказывается поддержка, и по форме ее предоставления. Одно очевидно совершенно точно: современные меры поддержки – это сплошной административный инструментарий (увеличение квот закупок, увеличение круга заказчиков, установление императивных сроков оплаты обязательств и проч.)³².

Обязанность заказчиков предоставлять преимущества учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы установлена ст. 28 Закона о контрактной системе. Такие преимущества в отношении предлагаемой ими цены контракта (суммы цен единиц товара (работы, услуги)) в размере до 15% предоставляются в установленном Правительством РФ порядке и в соответствии с Перечнем товаров, работ, услуг, утвержденным постановлением Правительства РФ от 14 июля 2014 г. № 649.

Обязанность заказчиков предоставлять преимущества организациям инвалидов установлена в ст. 29 Закона о контрактной системе. Такие организации перечислены в ч. 2 названной статьи. Подчеркнем, что преимущества предоставляются только общероссийским общественным организациям инвалидов. Этой позиции придерживается и Минфин России³³, а именно:

³² См. Попов Д.В. Экономические и правовые условия участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках (основные проблемы и решения) // Оборонно-промышленный комплекс: вопросы права. 2019. № 2. С. 38 – 41.

³³ См., например, письма Минфина России от 14 февраля 2018 г. № 24-01-07/9059, от 16 мая 2017 г. № 24-03-07/29544. О спорах, связанных с определением статуса организация инвалидов и ее соответствия установленным преференциальным критериям См. также постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18 февраля 2020 г. № Ф04-7526/2019 по делу № А70-9281/2019; Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30 мая 2019 г. № Ф07-5048/2019 по делу № А44-8183/2018; Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 15 апреля 2019 г. № Ф02-889/2019 по делу № А69-1211/2018.

– общероссийские общественные организации инвалидов (в том числе созданные как союзы общественных организаций инвалидов), среди членов которых инвалиды и их законные представители составляют не менее чем 80%;

– организации, уставный (складочный) капитал которых полностью состоит из вкладов общероссийских общественных организаций инвалидов и среднесписочная численность инвалидов в которых по отношению к другим работникам составляет не менее чем 50%, а доля оплаты труда инвалидов в фонде оплаты труда – не менее чем 25%.

Для организаций инвалидов предусмотрены преимущества в размере до 15% от предлагаемых ими цены контракта, суммы цен единиц товара (работы, услуги). Такие преимущества предоставляются в соответствии с Перечнем и Правилами, которые утверждены постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 341. Информация о преимуществах должна быть отражена в извещениях и документации о закупках, если закупаемые товары (работы, услуги) приведены в указанном Перечне. Отметим, что запрещено включать в один лот товары (работы, услуги), которые перечислены в Перечне, и товары (работы, услуги), не включенные в него (п. 5(1) Правил)³⁴. При закупке у единственного поставщика рассматриваемые преимущества не предоставляются.

Интересно, что в судебной практике имеются споры о неверном предоставлении преимуществ, что выражается в предъявлении исков о возврате неосновательного обогащения в виде предоставленного ценового преимущества, однако прецедентов их удовлетворения в настоящее время нет.

Заказчики в течение года должны осуществить закупки у субъектов малого предпринимательства (СМП) и социально ориентированных некоммерческих организаций (СОНКО) на сумму, которая определяется согласно положениям ч. 1 ст. 30 Закона о контрактной системе. документом, подтверждающим принадлежность участника закупки к субъектам малого предпринимательства или социально ориентированным некоммерческим организациям, является декларация. Необходимость представления иных документов указанным Законом не установлена³⁵. Уместно подчеркнуть, что эта декларация составляется в произвольной форме. Существующая ситуация представляется не вполне оправданной в контексте существования Единого

³⁴ См. решение Новосибирского УФАС России № 054/06/29-1488/2020.

³⁵ См. письма Минэкономразвития России № 7158-ЕЕ/Д28и, ФАС России № АЦ/13590/14 от 4 апреля 2014 г.

государственного реестра субъектов малого и среднего предпринимательства³⁶, использование которого игнорируется нормами Закона о контрактной системе. Хотя было бы, на наш взгляд, логичным уравновесить декларирование обязанностью заказчиков (точнее: комиссии по закупкам) проверять достоверность соответствующих сведений.

Требование об осуществлении закупок у СМП, СОНКО может быть выполнено заказчиком двумя способами.

1. Заказчик может ограничить участие в закупке, предусмотрев, что ее участниками могут выступать только указанные субъекты (организации)³⁷. Такая закупка должна осуществляться посредством открытого конкурса, конкурса с ограниченным участием, двухэтапного конкурса, электронного аукциона, запроса котировок, запроса предложений. Начальная (максимальная) цена контракта не должна превышать при этом 20 млн руб.

2. Заказчик может установить в извещении об осуществлении закупки требование к участникам, не являющимся СМП или СОНКО, привлекать таких субъектов (организации) в качестве субподрядчиков (соисполнителей) при исполнении контракта³⁸. Условие о привлечении этих субподрядчиков (соисполнителей) должно быть включено в контракт. При этом должен быть указан объем привлечения в процентах от цены контракта³⁹. Важно также отметить, что действующее законодательство исходит из того, что исполнитель имеет право привлекать соисполнителя по государственному контракту только в тех случаях, когда это прямо предусмотрено в извещении об осуществлении закупки в качестве одного из требований к исполнителю (поставщику). Поскольку запрет направлен на обеспечение надлежащего исполнения подрядчиком основного обязательства, являющегося предметом контракта (договора), для защиты интересов заказчика от возможной уступки прав и обязанностей по заключенному контракту в части исполнения обязательств по поставке товара, выполнению работ, оказанию услуг. Произвольного привлечения соисполнителей к выполнению государственных

³⁶ <https://rmsp.nalog.ru/search.html>.

³⁷ См. ч. 3 ст. 30 Закона о контрактной системе.

³⁸ См. ч. 5 ст. 30 Закона о контрактной системе.

О возможности применения подобной нормы лишь в усеченном виде ввиду отсутствия соисполнителей в контрактных отношениях см. Беляева О.А. Контрактная система: основные проблемы правоприменения и пути их преодоления // Журнал российского права. 2015. № 7. С. 41.

³⁹ См. ч. 6 ст. 30 Закона о контрактной системе; при этом следует предоставить заказчику доказательства состоявшегося «субподряда», например, предоставить копию соответствующего договора (см. письмо Минфина России от 15 апреля 2020 г. № 24-01-06/29992, постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 сентября 2019 г. № Ф05-14422/2019 по делу № А41-91091/2018).

контрактов действующее законодательство не допускает⁴⁰.

Следует констатировать, что существующее регулирование не исключает ситуаций, в которых наблюдается «наслоение» преимуществ. Допустим, заказчик закупает товары, на которые распространяются преимущества в отношении учреждений (предприятий) уголовно-исполнительной системы и (или) организаций инвалидов. Можно ли ограничить круг участников закупки субъектами малого предпринимательства и социально ориентированными некоммерческими организациями? Нет, нельзя, поскольку указанные условия закупки являются взаимоисключающими.

Закон о закупках также предусматривает преференциальную политику, в своем общем контуре она похожа на аналогичный подход в контрактной системе, более того, Расширение доступа субъектов МСП к закупкам товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд и к закупкам товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц в качестве ключевого показателя предусмотрено в Национальном плане развития конкуренции в Российской Федерации на 2018 – 2020 годы, утвержденном Указом Президента РФ от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции». Но эта политика предоставления преференция в сфере корпоративных закупок реализуется совершенно иначе. Проводить определенный объем таких закупок должны следующие заказчики (п. 2 ч. 8 ст. 3 Закона о закупках, п. 2 постановления Правительства РФ № 1352): 1) юридические лица вне зависимости от организационно-правовой формы, годовой объем выручки которых за прошлый год превысил 500 млн руб., если они сами не являются СМСП; 2) кредитные организации, величина активов которых за прошлый год превысила 500 млн руб.; 3) автономные учреждения, если общая стоимость договоров за прошлый год превысила 250 млн руб.; 4) государственные компании, государственные корпорации компании, их «дочки» и «внучки»; 5) АО «Федеральная корпорация по развитию малого и среднего предпринимательства».

Всего за год заказчику необходимо закупить у СМСП на сумму не менее 20% от годового стоимостного объема договоров, заключенных по результатам закупок. При этом не меньше 18% годового стоимостного объема договоров нужно заключить по

⁴⁰ См. постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 24 декабря 2019 г. № Ф01-6865/2019 по делу № А11-9173/2018.

результатам процедур, к участию в которых допускаются только СМСП (п. 5 Положения об особенностях участия СМСП в закупках), т.е. посредством т.н. «спецторгов».

Срок оплаты по договору с СМСП вне зависимости от круга лиц, среди которых проводилась закупка, должен составлять не более 15 рабочих дней со дня приемки по договору или его отдельному этапу (п. п. 14(3), 28, 32(1) Положения об особенностях участия СМСП в закупках). Данное условие включается в документацию о закупке и проект договора. Представляется, что императивно установленный срок оплаты также следует причислять к своего рода преференциям (преимуществам).

Европейское право публичного заказа (или же права публичных закупок) в значительной степени базируется на двух принципах: принцип конкуренции и запрет дискриминации. Отчетливо видно, что эти начала характерны и для современной отечественной контрактной системы. Разумеется, оба этих принципа производны от фундаментального принципа любого правопорядка – принципа равенства.

В европейском праве есть институт «генерального ответственного», который сам ничего не выполняет, а организует менеджмент силами вспомогательных предприятий. Это аналог отечественных контрактов «второй руки» для целей привлечения малого бизнеса к крупным государственным заказам. Схожим образом реализуются так называемые пакетированные заказы, к примеру, если обоснована нерациональность или рискованность разукрупнения заказа на отдельные лоты (затруднение координации исполнения, удорожания итоговой стоимости).

В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках 2011 г. какие-либо конкретные преференции закрепления не получили, однако допускается преференциальная поправка или любая другая преференция (подп. «б» п. 3 ст. 11), это может быть и преференция в цене.

В государствах – членах ЕАЭС и СНГ практикуются различные, но в целом похожие, меры по развитию малого и среднего предпринимательства, увеличению его конкурентоспособности. К ним можно отнести улучшение законодательной основы их деятельности, увеличение доступа таких субъектов к источникам финансирования и кредитования, использование специальных и льготных налоговых режимов, развитие диалога между государственным и частным сегментами экономики, строительство инфраструктуры поддержки, упрощение правил бухгалтерского учета и отчетности и проч. В иностранных государствах политика поддержки малого и среднего предпринимательства выступает одним из приоритетных направлений деятельности

государства. В 1997 г. было заключено межгосударственное соглашение, направленное на содействие развитию малого предпринимательства в государствах – участниках СНГ (г. Москва, 17 января 1997 г.), в котором указаны базовые векторы содействия развитию малого предпринимательства. В частности, это меры содействия развитию и установлению торговых и инвестиционных отношений между представителями малого бизнеса государств – участников СНГ; формирование условий для активизации внешнеэкономической деятельности субъектов малого предпринимательства; реализации мер содействия развитию межгосударственной и национальных инфраструктур малого предпринимательства; стимулирование финансово-кредитной и инвестиционной сферы малого предпринимательства; внедрение разнообразных форматов инновационной деятельности в сегменты малого и среднего предпринимательства; создание совместимых национальных и единой межгосударственной систем информационного и консультативного обеспечения малого предпринимательства и проч. Значимым направлением взаимодействия признано сближение нормативно-правовых основ, регулирующих деятельность малого предпринимательства. Данными субъектами на основании ст. 2 Соглашения признаются юридические и физические лица, получившие этот правовой статус в соответствии с актами законодательства того государства, в котором они зарегистрированы (*lex societatis*).

В Модельном законе о государственной поддержке малого предпринимательства⁴¹ определены общие принципы, кроме того, предусмотрены формы и методы государственного стимулирования и регулирования деятельности субъектов малого предпринимательства. Решением Совета глав правительств СНГ от 29 мая 2015 г. санкционированы инструменты повышения роли субъектов МСП в целях обеспечения экономического роста в государствах – участниках СНГ.

В Договоре о ЕАЭС установлено, что согласно законодательству стран – участников ЕАЭС, регулирующему государственные и муниципальные закупки, при проведении процедур закупки предусматриваются льготные условия для учреждений и предприятий уголовно-исполнительной системы, организаций инвалидов, субъектов малого и среднего предпринимательства, а также социально ориентированных некоммерческих организаций (п. 40). Тем самым можно констатировать, что политика

⁴¹ Принят 8 июня 1997 г. Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ.

предоставления преимуществ при осуществлении публичных закупок реализуется именно посредством национального законодательства. Международно-правовые акты эту политику санкционируют, но детальной регламентации не содержат.

Сегодня мировая политика находится на новом витке противостояния протекционизма и равенства в торговле. Очевидно, что идеи протекционизма берут верх, мировая экономика вновь вступает в эпоху торговых войн. Фактически открытие границ для иностранных товаров уходит в историю и кажется даже в определенной мере парадоксальным.

«Война санкций» не снижает обороты уже много лет, а текущая ситуация борьбы с новой коронавирусной инфекцией (к примеру, запрет экспорта медицинских масок в ряде государств) обнажила проблемы сепаратизма. Актуальность защиты внутреннего рынка (производителей, товаров, работников) в последнее время повышается, при этом обостряется противоречие между внутригосударственным и международным законодательствами. Идеи национального суверенитета вступают в противоречие с положением о верховенстве международных договоров.

Если бы отечественные производители и работники производили необходимый для внутреннего рынка товар и услуги по самой низкой цене самого высокого качества, тогда меры протекционистского характера не были бы нужны. В них появляется необходимость, если качество, цена, доступность и иные характеристики отечественных товаров и услуг хуже, чем у иностранных предложений.

В общем понимании национальный режим – это принцип международного права, согласно которому суверенное государство, являющееся стороной международного договора и предоставляющее определенные права, преференции и привилегии субъектам национального правопорядка, должно предоставлять эти преимущества и субъектам иностранных юрисдикций в не меньшем объеме. Юридическое отношение к импортированным товарам и товарам местного производства должно быть равным⁴².

Актуальность национального режима в сегменте государственных и муниципальных закупок обусловлена, в первую очередь, стратегическими целями нашего государства на современном этапе в условиях жесткой антироссийской политики со стороны стран ЕС и США. Не меньшее значение имеет и разнообразный

⁴² См. Бурков А.В., Красюк П.П. Некоторые практические аспекты применения норм национального режима при закупках товаров для государственных и муниципальных нужд // Госзаказ. Управление. Размещение. Обеспечение. 2019. № 56. С. 45.

тактический инструментарий, который обязателен для применения и соблюдения всеми участниками закупочных отношений.

национальный режим на практике оборачивается для иностранных производителей существенными ограничениями во многих отраслях. Особенно характерно, что запреты, ограничения и условия допуска касаются конкурентно насыщенных рынков, например закупок мебели, лекарственных препаратов и программного обеспечения, а не только, как правило, закрытых закупок в области обеспечения обороны страны и безопасности государства

Проведенное исследование позволяет утверждать о наличии неоправданно большого количества подзаконных актов, в которых транслируются различные подходы к реализации национального режима в зависимости от предмета закупки. Единообразный порядок применения для данных актов нехарактерен, что, к сожалению, приводит к допускаемым как заказчиками, так и поставщиками многочисленным ошибкам и просчетам.

Реализация национального режима сопряжена с наиболее сложными и дискуссионными проблемами правоприменительного характера, унификации в релевантных нормативных правовых актах не наблюдается, что явно стопорит прогрессивное развитие российской контрактной системы. Следует согласиться, с В.Р. Байрашевым в том, что данная система лишь предположительно создает какие-то преимущества для отечественного бизнеса, более понятной для него была бы поддержка в виде субсидий или льготного кредитования⁴³.

Важность соблюдения принятых Российской Федерацией международных обязательств, а также норм международного права, не ставится под сомнение. Однако *de facto* она отягощена противоречивыми правилами нынешнего национального режима, что демонстрирует необходимость формирования и принятия единого правового акта. По своему содержанию он мог бы заменить существующие правила, причем с полноценным учетом действующих требований международных договоров.

Еще в большой степени усложняют общую картину импортозамещения правила, существующие для корпоративных закупок, а также недавно появившиеся нормы о квотировании закупок отечественной продукции.

⁴³ См. Байрашев В.Р. Импортозамещение: поддержка или барьер для отечественного малого бизнеса // Госказ. Управление. Размещение. Обеспечение. 2019. № 56. 53.

В разделе III «Проблемы правовой реторсии на закупки с преференциальным режимом» рассмотрена проблематика злоупотребительного поведения, составлена типология споров, касающихся предоставления преимуществ, и определены основные векторы оптимизации текущего законодательства.

Суть этих злоупотреблений сводится к использованию субподрядной схемы: учреждение или предприятие УИС становится держателем контракта напрямую, без каких-либо конкурентных процедур, а затем привлекает субподрядчика, который и становится фактическим исполнителем контракта.

Путем совершения подобных злоупотреблений игнорируется и идея взятого российской уголовно-исполнительной системой курса на «самообеспечение»⁴⁴. В частности ФАС России справедливо подчеркивает, что производство товара, выполнение работы, оказание услуги должны подтверждаться документами, из которых следует, кто именно является производителем товара, например, сертификатами соответствия, декларациями о соответствии, документами, оформляемыми в соответствии с санитарными нормами и правилами и т.д.⁴⁵. Иными словами, применение анализируемой нормы сопряжено с одновременным наличием двух факторов:

- а) субъектный состав – контракт заключается с учреждением или предприятием УИС;
- б) порядок выполнения поставки товара (выполнения работ, оказания услуг) – исключительно соответствующими учреждениями и предприятиями УИС (т.е. требование личного исполнения, исполнение собственными силами субъекта обязательства).

Такая позиция представляется верной не только в плане буквального толкования преференциальной нормы, но и телеологического (от греч. *teleos* – результат, цель). Необходимо уяснение цели для понимания смысла правовой нормы и правильной ее

⁴⁴ Так, Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года в части трудовой деятельности и профессиональной подготовки осужденных предполагает создание дополнительных рабочих мест и развитие производственной и социальной сферы уголовно-исполнительной системы; активное привлечение коммерческих организаций к созданию производственных участков в колониях-поселениях; расширение производства сельскохозяйственной продукции и стимулирование создания колоний-поселений с сельскохозяйственным производством в зонах с благоприятными климатическими условиями; разработку наиболее перспективных направлений производственной деятельности учреждений УИС в целях приоритетного обеспечения нужд УИС собственным производством и выпуск конкурентоспособной продукции; участие учреждений и органов УИС в региональных целевых программах занятости населения и развитие системы социального партнерства в сфере подготовки рабочих кадров из числа осужденных.

⁴⁵ См. письмо ФАС России от 14 ноября 2019 г. № ИА/100040/19.

реализации⁴⁶. Преимущества предоставляются субъекту как участнику закупки, а не как получателю маржи. Здесь объем толкования ограничен целями принятия нормативного акта – экономическими, политическими, социальными, – но и в этом случае должно быть исключено разночтение между «буквой» и «духом» закона⁴⁷.

Субподрядное возложение обязательств имеет тотальное распространение, при этом следует констатировать отсутствие реальных возможностей оперативного административного реагирования на подобные нарушения. Проще говоря, выявить эти нарушения можно лишь *post factum* и, соответственно, предписания в таких случаях не выдаются, хотя это не устраняет привлечение виновных лиц к административной ответственности в пределах срока давности⁴⁸. Но кого? Вряд ли здесь уместно констатировать вину государственного и муниципального заказчика, в таких ситуациях налицо нарушение со стороны участника закупки – учреждения или предприятия УИС.

Вместе с тем, данный вопрос значительно сложнее, чем может показаться на первый взгляд, в данном сюжете злоупотреблений пересекаются и классические постулаты цивилистики, и общие нормы Закона о контрактной системе, и преференциальный режим для уголовно-исполнительной системы.

Обычно лица, вступающие в обязательство (кредитор и должник), сами его и исполняют. В данном случае говорят о совпадении субъектов обязательства и субъектов его исполнения. Однако нередко к исполнению обязательства привлекаются лица, не являющиеся сторонами данного обязательства. Это случаи так называемых поручения (возложения) и переадресовки исполнения, когда субъекты исполнения и субъекты обязательства не совпадают. Такие ситуации дают основания для вывода о том, что понятие субъектов исполнения обязательства как лиц, производящих и принимающих исполнение, шире, чем понятие субъектов обязательства. Исполнение обязательства по общему правилу производится обязанной стороной (должником)

⁴⁶ Телеологическое толкование закона является одним из условий обеспечения законности и целесообразности правоприменения, реализации ценностного подхода к институтам и нормам права в ходе осуществления закона, одним из факторов выявления и повышения эффективности правоприменительной деятельности. См. Насырова Т.Я. Телеологическое толкование советского закона: монография. Казань, 1988. С. 5.

⁴⁷ См. Недилько Ю.В. Телеологический и смысловой аспекты толкования намерений законодателя // Юридическая наука. 2016. № 1. С. 23.

⁴⁸ См. решение Челябинского УФАС России от 4 декабря 2019 г. по делу № 074/06/99-1983/2019(171-ВП/2019), решение Башкортостанского УФАС России от 28 января 2020 г. по делу № ТОО02/06/99-214/2020 и проч.

лично. Однако это не означает, что все фактические действия, связанные с исполнением, также могут быть совершены только должником. Нередко бывает, что кредитору безразлично, кто именно предоставит ему соответствующее исполнение – сам должник лично или кто-либо другой. Поэтому гражданское право при определенных условиях допускает исполнение обязательства третьим лицом, которое нередко именуют не посредственным, действительным, фактическим исполнителем.

Российское право исходит из общей возможности исполнения обязательства третьим лицом лишь с согласия должника, за исключением случаев, когда третье лицо подвергается опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения на него взыскания кредитором (ст. 313 ГК РФ). При возложении исполнения на третье лицо происходит фактическая замена должника, однако само третье лицо не становится стороной в обязательстве, поскольку оно выполняет по отношению к кредитору только фактические действия.

От участия в исполнении обязательства третьих лиц необходимо отличать перемену лиц в обязательстве. При участии третьих лиц в исполнении обязательства стороны самого обязательства не меняются. В частности, при перепоручении исполнения должник продолжает оставаться субъектом обязательства и несет ответственность за действия непосредственного исполнителя. При переадресовке исполнения кредитор также остается субъектом обязательства, несет ответственность за обеспечение своевременного принятия производимого исполнения, а назначенное им третье лицо никаких притязаний предъявить к должнику не может. Перемена же лиц в обязательстве, которая может происходить в форме замены как кредитора, так и должника, означает, что прежние участники из обязательства выбывают, а их права и обязанности в полном объеме, включая связанные с производством и принятием исполнения, переходят к заменившим их субъектам.

Вслед за общегражданским законом статья 31 Закона о контрактной системе не предусматривает возможности установления условия о том, что участник должен выполнять работы лично, а также установления запрета на привлечение к их выполнению субподрядчика или принципала. Кроме того, согласно ч. 4 ст. 34 Закона о контрактной системе ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, несет поставщик (подрядчик, исполнитель)

и меры ответственности в случае нарушения условий контракта применяются в отношении поставщика (подрядчика, исполнителя)⁴⁹.

Выходит так, что запрета возложения исполнения на третье лицо ни в ГК РФ, ни в Законе о контрактной системе нет, как нет и требования о личном исполнении контрактных обязательств. Тем самым обнаруживается серьезный правовой пробел в реализации преференциального режима: держателем контракта на льготных началах становится субъект с определенным правовым статусом, но будет ли он фактическим исполнителем контрактных обязательств? Вопрос остается открытым.

Нам представляется, что в таких случаях следует применять норму п. 3 ст. 313 ГК РФ о том, что кредитор не обязан принимать исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично⁵⁰. Уместным видится и использование по аналогии нормы п. 7 ст. 448 ГК РФ о необходимости личного исполнения обязательств. Причем личный характер обязательства не обязательно должен быть установлен буквальным образом в договоре, законе или ином правовом акте, поскольку закон предусматривает, что такое свойство обязательства может вытекать также и из его существа⁵¹.

Существо преференции следует понимать строго как необходимость личного исполнения контракта. Причем не только в случае «прямой» закупки, но и тогда, когда предоставляется ценовая преференция в конкурентной закупке, а равно и при проведении торгов с ограниченным участием.

В настоящее время проектируется норма о необходимости личного исполнения контрактов учреждениями и предприятиями УИС, однако этой норме можно придать и общий характер, распространив ее действие на всех получателей преференций, то есть и на организации инвалидов, субъекта малого предпринимательства, социально-ориентированные некоммерческие организации.

⁴⁹ См. письмо Минэкономразвития России от 22 июня 2016 г. № Д28и-1682.

⁵⁰ В современной научной литературе отмечается, что эта норма закрепляет за кредитором права на применение мер оперативного воздействия (одного из видов оперативных санкций), связанных с отказом совершить определенные действия в интересах неисправного контрагента, так называемых мер отказного характера. См. Чурилов А.Ю. Участие третьих лиц в исполнении гражданско-правового обязательства: монография. М., 2019.

⁵¹ См. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017. С. 110.

Злоупотребления могут носить обоюдный характер, т.е. такие сценарии поведения характерны в равной степени как для заказчиков, так и для участников закупки. Причем не всегда даже их действия следует однозначно квалифицировать в качестве злоупотреблений, это могут быть и просто банальные ошибки.

Анализ правоприменительной практики в сфере корпоративных закупок позволяет определить три основные категории споров.

1. Получатель преференции должен подтвердить свой статус субъекта малого и среднего предпринимательства сведениями из Единого государственного реестра, поэтому у заказчика возникает корреспондирующая обязанность проверить статус участника закупки. Допуск к участию в процедуре без проведения проверки сведений может породить спорную ситуацию, т.к. это квалифицируется как предоставление необоснованного преимущества. Самой собой, преимущество одному участнику закупки будет означать дискриминацию других. По этой причине заказчикам следует предпринимать действия по проверке соответствия участников закупки статусу субъекта малого и среднего предпринимательства с тем, чтобы исключить неправомерный допуск заявок.

Не признается нарушением законодательства установление требования об обязательном прохождении предварительного отбора, т.к. требование предъявляется в равной степени ко всем участникам закупки, даже если одним из условий допуска к участию в процедуре закупки лишь тех участников, которые относятся к субъектам малого и среднего предпринимательства.

2. Отдельную, причем весьма масштабную, категорию споров представляют претензии о несвоевременной оплате выполненных субъектами малого и среднего предпринимательства договорных обязательств. Срок оплаты установлен императивно и на сегодняшний день составляет 15 рабочих дней с момента подписания заказчиком документа о приемке. Оспариванию подлежат разные аспекты реализации этой, казалось бы, весьма лаконичной и ясной нормы.

Так, ранее императивный срок оплаты применялся не просто в случае, когда контрагентом заказчика является субъект малого и среднего предпринимательства, но лишь при условии, что процедура, по результатам которой заключен договор, проводилась с так называемым ограничением участия. Без выяснения этого обстоятельства разрешение спора будет неправомерным. Например, при рассмотрении подобного спора кассационная инстанция вернула дело на новое рассмотрение, указав

на необходимость исследования вопроса о том, касался ли запрос котировок только субъектов малого и среднего предпринимательства, а также для изучения положения о закупке заказчика, выступавшего ответчиком по данному делу. Оспаривание допускалось также на основании нарушения антимонопольных требований к закупкам, установленным на основании ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Затем появилась новая норма, что императивный срок оплаты распространяется на все случаи проведения закупок. Соответственно, штрафные санкции (неустойки, проценты за пользование чужими денежными средствами) за несвоевременную оплату субъекты малого и среднего предпринимательства вправе рассчитывать, используя нормативно установленный срок оплаты безотносительно к содержанию заключенного с заказчиком договора. Отметим, что постестативные условия, например, об оплате товара после поступления денежных средств от головного исполнителя, равным образом применять нельзя, они не могут нивелировать обязанность заказчика платить в течение 15 рабочих дней.

В правоприменительной практике сформирована позиция о необходимости точного установления срока оплаты (конкретной даты) безотносительно к срокам проведения приемки, устранения выявленных недостатков. Также нередко наблюдается путаница в исчислении сроков: банковские дни, рабочие дни, календарные дни, в такой ситуации в действиях заказчика признается нарушение, поскольку неясные формулировки документации не позволяют участнику закупки заполнить форму заявки согласно требованиям.

3. Определенной преференцией для субъектов малого и среднего предпринимательства в сегменте корпоративных закупок служат предельные размеры начальных (максимальных) цен договоров для проведения конкурентных закупок в электронной форме. Так, например, заказчику было предписано аннулировать закупку в форме запроса предложений, начальная (максимальная) цена договора превышала 15 млн. рубль.

II. Анализ правоприменительной практики предоставления преференций в контрактной системе значительно многообразнее, что объясняется большим их количеством.

1. Неправомерно сформирована конкурсная документация на закупку товаров, в отношении которых предоставляются преимущества учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы, а также товаров, на которые данные преимущества

не предоставляются. Иными словами, в предмете закупок не должно быть комбинации товаров, имеющих преференциальный режим и не имеющих такового.

2. Заказчик в извещении о закупке и в аукционной документации не установил преимущества, предоставляемые учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы, хотя обязан это делать в случае, если объектом закупки выступают товары, включенные в перечень, утв. постановлением Правительства РФ от 14 июля 2014 г. № 649 (например, творог, сыры различных видов и проч.).

Аналогичное правило должно соблюдаться и в случае, когда осуществляется закупка товаров, работ, услуг из перечня, предназначенного для предоставления преференций организациям инвалидов, утв. постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 341 (например, изделия медицинские). Встречаются и такие случаи, когда в информационной карте документации заказчиком указывается следующая информация: «преимущества учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы, а также организациям инвалидов не предоставляются». Оценка правомерности такого действия также зависит от предмета закупки.

3. И наоборот, если соответствующие товары, работы, услуги с преференциальным режимом не являются предметом закупки, в извещение не должна включаться информация о предоставлении преимуществ. Более того, подобная информация не может обеспечить единообразное понимание требований к участникам закупки, а также создает возможность злоупотреблений. Так, в извещении о проведении открытого конкурса на оказание услуг по обязательному страхованию гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте (гидротехническое сооружение), были предусмотрены требования о наличии в составе заявки участника документов, подтверждающих его право на получение преимуществ в соответствии со ст. 28 и 29 Закона о контрактной системе. Однако данный предмет закупки является лицензируемым видом деятельности, а учреждения уголовно-исполнительной системы и организации инвалидов деятельность по страхованию не осуществляют.

4. Смешение преференций, когда заказчиком в извещении об осуществлении закупки устанавливаются противоречащие друг другу преимущества и ограничения в соответствии со ст. 28 и 30 Закона о контрактной системе: преимущества учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы и ограничения участия для субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных

некоммерческих организаций. Хотя Закон о контрактной системе «не разводит» эти преимущества и ограничения, они, тем не менее, носят взаимоисключающий характер, т.к. учреждения и предприятия уголовно-исполнительной системе *a priori* не входят в субъектный контур ограничений.

5. Массивную категорию представляют собой споры о правовом статусе общественной организации инвалидов, а именно имеется ли у нее общероссийский статус, позволяющий претендовать на получение ценовой преференции. В основном, споры идут относительно правового положения территориальных подразделений таких организаций, суды распространяются преференцию и на них. В частности, когда оценке подлежит статус учредителя организации инвалидов, в качестве которого выступает региональная организация, являющаяся подразделением Всероссийского общества инвалидов.

Как правило, суды исходят из того, что структура Всероссийского общества инвалидов является многоуровневой и образуется в соответствии с административно-территориальным устройством Российской Федерации и территориально-организационными основами местного самоуправления Российской Федерации. Решение о создании новой организации Всероссийского общества инвалидов принимается его Центральным правлением, которое формирует организационный комитет с полномочиями на подготовку необходимых документов и осуществление государственной регистрации новой организации Всероссийского общества инвалидов.

Но не только, поскольку в отношении коммерческой организации, использующей труд инвалидов, критерии соответствия для получения преференция разнообразны, а потому проверке подлежит и среднесписочная численность инвалидов, и доля оплаты труда инвалидов в общем фонде оплаты труда.

Аналогичные споры характерны и в отношении статуса субъектов малого предпринимательства, который подтверждается только лишь декларацией, составленной участником в произвольной форме; законодательство не устанавливает каких-либо требований к форме и способу предоставления этой декларации. Тем самым добросовестность лица, подавшего заявку, и достоверность задекларированных им сведений предполагаются, какие-либо иные документы представляться не должны. Вместе с тем, важно подчеркнуть, что само по себе требование о предоставлении подобной декларации не носит общего характера, оно может быть предъявлено исключительно в закупке, в которой заказчик установил ограничения участия.

И наоборот, непредставление такой декларации влечет отклонение заявки участника закупки. В то же время есть прецеденты, когда суды считают приемлемым заменителем декларации представление сведений из Единого государственного реестра субъектов малого и среднего предпринимательства, что видится верным ввиду произвольной формы декларирования.

6. Большой интерес представляют споры о взыскании неосновательного обогащения в виде предоставленной ценовой надбавки организации, которая по каким-либо параметрам не соответствует требованиям ст. 29 Закона о контрактной системе, а также о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами в порядке ст. 395 ГК РФ. Такие иски заявляются заказчиками *post factum*, в том числе не только после завершения процедуры закупки, но уже и после надлежащего исполнения контрактных обязательств, потому что получается, что до фактической оплаты квалифицировать неосновательное обогащение, действительно, не представляется возможным.

Вариацией этой категории споров является признание недействительным соответствующего пункта государственного контракта, в котором указано на предоставление ценового преимущества организации инвалидов. Такие требования удовлетворения не подлежат по многим причинам как материально-правового характера. В частности, поданная организацией заявка на участие в аукционе соответствовала требованиям аукционной документации, данная организация признана победителем аукциона, в соответствии с нормативным актом принято решение о заключении с ней контракта с учетом предоставления преимуществ, контракт исполнен в полном объеме, возможность восстановления прав покупателя путем признания недействительным условия контракта, прекратившего свое действие, отсутствует.

7. В связи с установлением императивного требования о предельном сроке оплаты обязательств в контрактах с субъектами малого предпринимательства и социально ориентированными некоммерческими организациями, можно выделить категорию не только частноправовых, но и административно-правовых споров. Речь идет о привлечении должностных лиц заказчиков к ответственности за нарушение требований к документации о закупке в виде невключения соответствующего условия в проект контракта.

Кроме того, неправомерными признаются условия контракта, предусматривающие оплату услуг в пределах лимитов бюджетных обязательств,

доведенных заказчику на текущий финансовый год, и объемов финансирования, полученного от главного распорядителя бюджетных средств, а также уточняющие, что в случае несвоевременного поступления средств из бюджета заказчик производит оплату услуг по мере и в пределах полученных средств.

Однако приведенная норма обладает ограниченным радиусом действия и подлежит применению не во всех случаях, когда контрагентом заказчика выступает субъект малого предпринимательства. Необходимым для ее применения условием являются обстоятельства, предшествующие заключению контракта, а именно: ему должна предшествовать процедура, в которое было установлено ограничение участия именно для таких субъектов.

8. На протяжении долгого времени терминологическая неточность законодательства, заключающаяся в параллельном использовании понятий «ограничения» и «преимущества» в отношении субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций приводит к разнообразным спорным ситуациям. Так, есть позиция о том, что преимущества и ограничения не тождественны друг другу. Однако в то же время более детальный анализ позволяет прийти к противоположному суждению: закупки, организованные в порядке ч. 1 ст. 30 Закона о контрактной системе, проводятся не для любых участников, а только для субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций. Тем самым заказчик фактически предоставляет этим субъектам преимущества перед иными участниками (юридическими и физическими лицами) в виде ограничений в отношении участников таких закупок, которыми могут быть только субъекты малого предпринимательства и социально ориентированные некоммерческие организации. Если аукцион проводился среди участников, которыми могли быть только субъекты малого предпринимательства и социально ориентированные некоммерческие организации, то несоблюдение формальных требований (отсутствие в извещении указания на преимущества) не может служить основанием для вывода о нарушении заказчиком требований законодательства.

Иными словами, ограничения фактически и означают предоставление преимуществ.

9. Поскольку заказчику предоставлено право соблюдать преференциальный режим ряда закупок через контракты «второй руки», т.е. путем установления требования о привлечении субподрядчиков (соисполнителей) из числа субъектов малого

предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций, следует выделить категорию споров о взыскании штрафа за невыполнение соответствующей обязанности.

Предложены следующие выводы о направления оптимизации законодательства (векторах правовой реторсии в публичных закупках).

– Преференции предоставляются повсюду, увлечение ими достигло таких масштабов, что законодательство содержит заведомо невыполнимые нормы, предназначение которых никто не может объяснить. Однако вовсе не очевидно, что закупочные преференции должны быть во всех сегментах отечественной экономики. К примеру, протекционизм интересов малого и среднего бизнеса в государственном оборонном заказе отсутствует и его действительно там быть не должно, задача этой отрасли не в том, чтобы кого-то поддерживать.

– Преференции реализуются посредством жесткого приема – квотирования, – который является единственным целевым показателем эффективных закупок. Не очевидно, что это так, экономических расчетов нет, репрезентативные данные об эффективности квот отсутствуют. Зато налицо противоположные последствия: перерасходование бюджетных средств, махинации с присуждением контрактов на спецторгах, иждивенческое поведение номинальных держателей контрактов. Квотирование изжило себя, это прием чуждый рыночной экономике, должны быть мягкие преференции, предоставляемые дифференцированно и под условием соблюдения каких-либо требований или правил (условно говоря, «ты мне – я тебе»).

В целом, квотирование – это «зло», которое требует скорейшего искоренения в правовой композиции публичных закупок. Оно не развивает конкуренцию, оно не соответствует основополагающим принципам контрактной системы, оно не мотивирует ни заказчиков, ни добросовестных участников закупок. Если политика квотирования будет масштабирована в ближайшей перспективе, это приведет к полному обнулению тех достижений, которые Россия благодаря развитию контрактной системы. Поскольку политика распределения квот, а также перманентного привлечения к ответственности за их невыполнение возвращает нас к плановому распределению государственного заказа. То есть последние тридцать лет вылетают просто в никуда.

– Новелла трехлетнего планирования закупок у субъектов малого и среднего предпринимательства демонстрирует, что в ближайшей перспективе преференциальная политика не изменится, помимо наращивания целевой квоты, других

идей нет, в то время как они просто «лежат на поверхности»: малый и средний бизнес нужно привлекать конкретными послаблениями в договорных отношениях (например, освобождение от обеспечительных мер и проч.), а не установлением квот под страхом привлечения заказчиков к некой квазиответственности в виде перемены правового режима осуществления закупок (ч. 8.1 ст. 3 Закона о закупках).

- Контрактная система выполняет не только утилитарную функцию в смысле удовлетворения государственных и муниципальных нужд. Она же представляет собой определенный инструментарий социальной политики государства, что вполне характерно и для иностранных правопорядков.

- Отечественная контрактная система использует разные методы преференциальных закупок: квотирование объема для социально ориентированных некоммерческих организаций и преференциальная надбавка для организаций инвалидов.

- Участие в закупках основано на декларировании соответствия определенным критериям, проверить достоверность декларируемой информации заблаговременно трудно или даже невозможно. Хотя это крайне необходимо, поскольку любая привилегия должна быть очевидна для комиссии по закупкам заранее, реагирование *post factum* представляется мерой нужной, но недостаточной.

- Преференциальная политика в государственных закупках должна быть адресной, а критерии, которым должны соответствовать «привилегированные» субъекты не могут подлежать расширительному толкованию.

- Ситуация с «наслоением» преференций требует регулирования, поскольку конкуренция наблюдается уже внутри самих преференциальных закупок, что создает трудности для заказчиков и риски необоснованного привлечения их к ответственности. Пересечений в преимуществах быть не должно. Одним словом, выравнивание должно быть рыночным и только, т.е. вся политика социальной справедливости и социального государства должна сводиться к ценовым поправкам.

- Выявлено неоправданно большое количество подзаконных актов, в которых регулятор использует различные подходы к установлению национального режима в зависимости от предмета закупки. Данные акты не имеют единого порядка применения, что приводит к многочисленным ошибкам и просчетам со стороны как заказчиков, так и поставщиков. Проблемы применения национального режима являются одними из наиболее сложных и дискуссионных, а отсутствие единообразия в

нормативных актах, регулирующих применение национального режима, явно препятствует полноценному развитию российской контрактной системы.

Важность соблюдения норм международного права и принятых Российской Федерацией международных обязательств в совокупности с запутанностью правил применения национального режима свидетельствует о необходимости принятия единого акта по национальному режиму взамен существующих, причем с полноценным учетом действующих требований международных договоров.

В заключении повторены краткие выводы по итогам проведенного исследования