

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНТРАКТНЫХ ОТНОШЕНИЙ.

ОБЩЕЕ ОПИСАНИЕ НОВАЦИЙ
ФЕДЕРАЛЬНОГО
ЗАКОНА № 44-ФЗ
ПО СРАВНЕНИЮ
С ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ
№ 94-ФЗ¹



ДЖУЖОМА
Вероника Викторовна,

к.ю.н., LL.M., директор
Центра правовой экспертизы
и аналитики НИУ ВШЭ

Принятие Федерального закона № 44-ФЗ было обусловлено рядом накопившихся проблем, необходимость решения которых вызывала к жизни задачу кардинального совершенствования модели регулирования закупок с государственным участием.

При реформировании системы закупок принималась во внимание не только целесообразность регулирования всего процесса планирования и осуществления закупок без пробелов и изъятий, но и необходимость повышения эффективности закупок за счет перехода от процедурного прин-

ципа регулирования соответствующих отношений к ориентированности на результат закупки, а также задача развития конкуренции, равного участия большего количества субъектов в закупках и сокращения коррупционных рисков, в том числе за счет повышения прозрачности закупок, развития института общественного контроля и внедрения мониторинга в сфере закупок.

Схематично основные отличия в регулировании двух законов можно представить следующим образом (см. табл. 1 ниже):

Как известно, еще до момента вступления Федерального закона № 44-ФЗ в силу его положения дважды корректировались². В 2014 г. нормы Феде-

Таблица 1.
Основные отличия Федерального закона № 44-ФЗ от Федерального закона № 94-ФЗ

Предусмотрено 94-ФЗ	Предусмотрено 44-ФЗ
Регулирование закупок на стадии планирования с горизонтом 1 год, процедура размещения заказа и заключения контракта	Сквозное регулирование закупок от 3-летнего планирования до исполнения контракта и контроля за результатом исполнения
Регулирование закупок для нужд бюджетных учреждений по правилам Закона № 94-ФЗ (независимо от источников финансового обеспечения)	Возможность для бюджетных учреждений осуществлять часть закупок по правилам Закона № 223-ФЗ. Включение в перечень субъектов Закона № 44-ФЗ «иных юридических лиц» при определенных условиях
Указание на принципы размещения заказа	Закрепление конкретных принципов закупок: открытость (прозрачность) закупок, обеспечение конкуренции и стимулирование инноваций, профессионализм заказчика и его ответственность за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективность осуществления закупок и другие
–	Приоритетность закупки инновационных объектов как один из основополагающих принципов
–	Выделение в составе организации специальных субъектов, ответственных за организацию закупок: контрактного управляющего или контрактной службы

¹ Работа выполнена в рамках подготовки Национального доклада (апрель 2015 г.).

Предусмотрено 94-ФЗ	Предусмотрено 44-ФЗ
–	Расширение перечня способов определения поставщика (подрядчика, исполнителя) за счет включения запроса предложений, двухэтапного конкурса и конкурса с ограниченным участием
Указание на стоимостные и нестоимостные критерии оценки заявок	Повышение значимости нестоимостных критериев оценки заявок
Осуществление закупок у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) согласно закрытому перечню случаев такой закупки	Принципиальное ограничение возможности осуществления закупок у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) посредством: - установления сокращенного закрытого перечня случаев таких закупок, в том числе за счет отнесения части позиций запрос предложений; - введения необходимости обоснования такой закупки; - усложнения процедуры согласования с контролирующим органом; - необходимости проведения «внешней» экспертизы результатов закупки по ряду случаев
Указание на обоснование цены	Обоснование закупки как по проводимым процедурам, так и по планируемыми закупкам. Установление методов расчета НМЦК и условий их применения, а также определение приоритетного метода
–	Нормирование закупок
Возможность осуществления централизованных закупок через уполномоченный орган. Централизована только процедура размещения заказа	Возможность централизации закупок по территориальному и ведомственному принципу. Возможность централизации всего процесса закупки или его отдельных стадий, включая подписание контракта и обеспечение оплаты по нему. Необходимость принять решение об использовании или отказе от централизации для определенных групп заказчиков
–	Введение антидемпинговых механизмов
–	Банковское сопровождение контрактов
Опубликование на ООС информации о закупке в части сведений, необходимых участникам размещения заказа (извещения, протоколы и т.д.), а также документов на стадии заключения контракта	Полная публикация в ЕИС юридически значимой и взаимосвязанной информации о закупке: от плана закупок до отчета об исполнении контракта. Введение идентификационного кода закупки
Поддержка и стимулирование участия в закупках субъектов малого предпринимательства с установлением перечня закупаемых объектов и порогового значения закупок у таких субъектов в пределах от 10 до 20% общего объема закупок	Включение в круг субъектов по мерам спецподдержки социально ориентированных НКО. Установление минимального показателя обязательной доли закупок у всех категорий таких субъектов для заказчика в размере 15% совокупного годового объема закупок без ограничений по номенклатуре закупаемых объектов
Приемка результатов исполнения контракта заказчиком	Экспертиза результатов исполнения контракта силами заказчика или с привлечением экспертов в установленных случаях
Контроль процедурной составляющей закупок	Разносторонний контроль за процедурами и результатом закупки, мониторинг и аудит
–	Обязательное общественное обсуждение крупных закупок и общественный контроль за закупками

рального закона № 44-ФЗ еще семь раз подвергались дальнейшим изменениям и дополнениям. В этой связи интересно проследить, изменилась ли в действующей редакции исходная концепция контрактной системы, предложенная в начальной версии принятого закона. Схематично основные

отличия изначальной и действующей редакции⁴ можно представить следующим образом (см. табл. 2 ниже):

В этой связи очевидно, что основные новеллы Федерального закона № 44-ФЗ во многом остались нереализованными и регулирование Федерального

Таблица 2.
Основные отличия изначальной и актуальной⁵ редакции
Федерального закона № 44-ФЗ

Предусмотрено 94-ФЗ	Предусмотрено изначальной редакцией 44-ФЗ	Предусмотрено текущей редакцией 44-ФЗ
Регулирование закупок на стадии планирования с горизонтом 1 год, процедура размещения заказа и заключения контракта	Сквозное регулирование закупок от 3-летнего планирования до исполнения контракта и контроля за результатом исполнения	Принцип сквозного планирования сохранен. Начало действия норм о планировании перенесено с 01.01.2015 на 01.01.2016 для закупок, запланированных в бюджете 2017 и последующего годов. До 2016 г. действует годовое планирование на основе плана-графика размещения заказа по модифицированным правилам 94-ФЗ
Регулирование закупок для нужд бюджетных учреждений по правилам Закона № 94-ФЗ (независимо от источников финансового обеспечения)	Возможность для бюджетных учреждений осуществлять часть закупок по правилам Закона № 223-ФЗ. Включение в перечень субъектов Закона № 44-ФЗ «иных юридических лиц» при определенных условиях	Без существенных изменений
Указание на принципы размещения заказа	Закрепление конкретных принципов закупок: открытость (прозрачность) закупок, обеспечение конкуренции и стимулирование инноваций, профессионализм заказчика и его ответственность за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективность осуществления закупок и другие	Без изменений
–	Выделение в составе организации специальных субъектов, ответственных за организацию закупок: контрактного управляющего или контрактной службы	Без существенных изменений
–	Расширение перечня способов определения поставщика (подрядчика, исполнителя) за счет включения запроса предложений, двухэтапного конкурса и конкурса с ограниченным участием	Исключение обязательности осуществления закупок путем конкурса с ограниченным участием в случаях, установленных Правительством РФ
Указание на стоимостные и нестоимостные критерии оценки заявок	Повышение значимости нестоимостных критериев оценки заявок	Уточнено, что значимость критерия «расходы на эксплуатацию и ремонт товаров, использование результатов работ» не должна превышать значимость критерия «цена контракта»

² Редакции были закреплены Федеральным законом от 02.07.2013 № 188-ФЗ и Федеральным законом от 28.12.2013 № 396-ФЗ. Подробнее об этом см. в разделе, посвященном нормативному регулированию.

³ По состоянию на 15.01.2015 г. это следующие федеральные законы: от 04.06.2014 № 140-ФЗ, от 21.07.2014 № 224-ФЗ, от 24.11.2014 № 356-ФЗ, от 01.12.2014 № 416-ФЗ, от 29.12.2014 № 458-ФЗ, от 31.12.2014 № 498-ФЗ, от 31.12.2014 № 519-ФЗ.

⁴ По состоянию на 15.01.2015 г.

⁵ По состоянию на 15.01.2015 г.

Предусмотрено 94-ФЗ	Предусмотрено изначальной редакцией 44-ФЗ	Предусмотрено текущей редакцией 44-ФЗ
Осуществление закупок у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) согласно закрытому перечню случаев такой закупки	Принципиальное ограничение возможности осуществления закупок у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) посредством: - установления сокращенного закрытого перечня случаев таких закупок за счет отнесения части позиций в запрос котировок и запрос предложений; - введения необходимости обоснования такой закупки; - усложнения процедуры согласования с контролирующим органом; - необходимости проведения «внешней» экспертизы результатов закупки по ряду случаев	Постоянное дополнение перечня допустимых случаев таких закупок с 28 позиций в первоначально принятой редакции до 43 позиций в действующей редакции ⁶ . Исключена необходимость подготовки отдельного отчета о закупке с обоснованием в нем невозможности или нецелесообразности использования иных способов определения поставщика, а также цены контракта и иных существенных условий контракта для 19 случаев закупок; ранее такой отчет был обязателен по всем закупкам у единственного поставщика. Исключена обязанность согласования закупок при признании несостоявшимся электронного аукциона и запроса котировок. Резко сокращено количество случаев обязательного применения «внешней» экспертизы результатов закупок (первоначально изъятия из обязательности такой экспертизы составляли 12 случаев из 28, сейчас 30 из 43)
Указание на обоснование цены	Обоснование закупки и мониторинг цен как по заключенным контрактам, так и по планируемым закупкам. Установление методов расчета НМЦК и условий их применения, а также определение приоритетного метода	Наступление обязанности проводить обоснование закупки перенесено с 01.01.2015 на 01.01.2016 для закупок, запланированных в бюджете 2017 и последующего годов. При определении НМЦК (ЦК) при приобретении жилья экономкласса используются методы, установленные ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства»
-	Нормирование закупок	Требования к нормированию распространены на территориальные органы и подведомственные казенные учреждения заказчиков. Автономные учреждения, ГУПы и МУПы выведены из системы нормирования. Переход к использованию нормирования перенесен с 01.01.2015 на 01.01.2016
Возможность осуществления централизованных закупок через уполномоченный орган. Централизована только процедура размещения заказа	Возможность централизации закупок по территориальному и ведомственному принципам. Возможность централизации всего процесса закупки или его отдельных стадий, включая подписание контракта и обеспечение оплаты по нему. Необходимость принять решение об использовании или отказе от централизации для определенных групп заказчиков	Необходимость принять решение об использовании или отказе от централизации по ч. 5 ст. 26 перенесена с 01.01.2015 на 01.01.2016
-	Введение антидемпинговых механизмов	Правила защиты от демпинга не применяются при закупке лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП ⁷ , если участник закупки снизил цену всех закупаемых лекарственных препаратов до 25% относительно их зарегистрированной предельной отпускной цены

⁶ По состоянию на 15.01.2015 г.

⁷ ЖНВЛП – жизненно необходимые и важнейшие лекарственные препараты.

Предусмотрено 94-ФЗ	Предусмотрено изначальной редакцией 44-ФЗ	Предусмотрено текущей редакцией 44-ФЗ
-	Банковское сопровождение контрактов	Без изменений
Опубликование на ООС информации о закупке в части сведений, необходимых участникам размещения заказа (извещения, протоколы и т.д.), а также документов на стадии заключения контракта	Полная публикация в ЕИС юридически значимой и взаимосвязанной информации о закупке: от плана закупок до отчета об исполнении контракта. Введение идентификационного кода закупки	Размещение информации о планировании перенесено с 01.01.2016 на 01.01.2017, информации о складывающихся среднерыночных ценах – с 01.01.2015 на 01.01.2016. Начало использования идентификационного кода закупки перенесено с 01.01.2015 на 01.01.2016. Аналогично отложено введение ЕИС вместо ООС ⁸
Поддержка и стимулирование участия в закупках субъектов малого предпринимательства с установлением перечня закупаемых объектов и порогового значения закупок у таких субъектов в пределах от 10 до 20% общего объема закупок	Включение в круг субъектов по мерам спец. поддержки социально ориентированных НКО. Установление минимального показателя обязательной доли закупок у всех категорий таких субъектов для заказчика в размере 15% совокупного годового объема закупок без ограничений по номенклатуре закупаемых объектов	Ужесточены требования для заказчика по достижению показателя закупок и расчетам с такими контрагентами: несостоявшиеся закупки для СМП и СОНКО не включаются в 15% годовой показатель; при проведении торгов исключительно для СМП и СОНКО заказчик обязан оплатить результат не позднее 30 дней после приемки

закона № 44-ФЗ постепенно начинает возвращаться к модели Федерального закона № 94-ФЗ.

НИЗКАЯ ОПЕРАТИВНОСТЬ ПРИНЯТИЯ ПОДЗАКОНЫХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Ст. 114 Федерального закона № 44-ФЗ предусмотрено вступление в силу нового регулирования системы государственных и муниципальных закупок товаров, работ, услуг с 1 января 2014 г. за исключением положений, для которых самим законом установлены иные сроки вступления их в силу. Особенность проблемы состоит в том, что по целому ряду положений Федерального закона № 44-ФЗ соответствующие НПА должны быть приняты не только на федеральном, но и на региональном, и на муниципальном уровнях. Причем нормативные акты субъектов РФ и муниципальных образований должны при этом учитывать рекомендации, предложенные на федеральном уровне. Такое усугубление проблемы при конкретизации регулирования и его приближении непосредственно к заказчику и другим участникам контрактной системы еще более снижает эффективность регулирования контрактных отношений.

Частным случаем рассматриваемого вопроса является ситуация, когда при поэтапном всту-

плении в силу Федерального закона № 44-ФЗ на всей территории России сам закон допускает досрочное применение отдельных положений при принятии соответствующих НПА субъектом РФ. Так, Федеральный закон № 44-ФЗ предоставил субъектам РФ и муниципальным образованиям, а также в отдельных случаях заказчикам право принятия решения о досрочном применении некоторых институтов уже с 2014 г. (например формирование планов закупок и планов-графиков закупок по новым правилам, ведомственная централизация закупок).

В настоящий момент⁹ принята только часть указанных федеральных подзаконных актов, в связи с чем возникает ситуация, когда право участников контрактной системы на досрочное применение положений Федерального закона № 44-ФЗ не подкреплено подзаконным актом, детализирующим данную процедуру, что создает либо фактическую невозможность исполнения нормы либо порождает ситуацию «временного» регулирования, при которой после принятия такого подзаконного акта необходимо менять сложившуюся процедуру организации того или иного института. При этом практика выстраивания «временной» схемы организации решения данных вопросов и ее последующее изменение на «постоянную» требует от участников процесса не только финансовых и организацион-

⁸ Согласно Постановлению Правительства РФ от 23.01.2015 №36, сама ЕИС должна быть введена в эксплуатацию не позднее 01.01.2016 г. и уполномоченным органом, обязанным обеспечить ее ввод в эксплуатацию, является Федеральное казначейство.

⁹ По состоянию на 15 января 2015 г.

ных затрат, но формирует у них ложное представление о нестабильности контрактной системы.

Примером отставания темпов принятия НПА от запланированных Федеральным законом № 44-ФЗ этапов введения в действие отдельных институтов является сложившийся ход реализации сначала Плана мероприятий по реализации Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 07.10.2013 и затем Плана мероприятий по внедрению контрактной системы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд на 2014 г. от 30 июня 2014 г. № 4167п-П13.

По состоянию на начало января 2015 г. некоторые НПА во исполнение положений Федерального закона № 44-ФЗ, вступивших в силу с 1 января 2014 г., не приняты, некоторые акты были приняты с большим опозданием. При оценке полноты правового регулирования контрактной системы был исследован вопрос наличия всех необходимых нормативных правовых актов, указание на принятие которых прямо содержится в Федеральном законе № 44-ФЗ. В результате установлено, что, например, Порядок предоставления учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы преимущества в отношении предлагаемой ими цены контракта (ч. 2 ст. 28) был утвержден только в июле 2014 г.,¹⁰ что не способствовало реализации такими учреждениями своих прав на получение мер государственной поддержки. Порядок и условия отбора операторов электронных площадок для проведения электронных аукционов в информационно-телекоммуникационной сети Интернет (ч. 4 ст. 59) Правительством РФ и Минэкономразвития России до сих пор не утверждены.

СНИЖЕНИЕ КАЧЕСТВА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Другой важной проблемой нормативно-правового регулирования контрактных отношений является снижение качества принимаемых НПА. Принимаемые во исполнение Федерального закона № 44-ФЗ НПА должны обеспечивать его действие и являться руководящими как для деятельности заказчиков и поставщиков, так и для

деятельности органов, осуществляющих контроль в сфере закупок. На практике целый ряд актов по своему содержанию представляют собой дублирование положений Федерального закона № 44-ФЗ без значимых восполнений существующих пробелов в регулировании, а также допускают искажение его целей и норм.

Еще одна существенная проблема – выход субъектами правотворческой деятельности за пределы регулирования, установленные Федеральным законом № 44-ФЗ. В качестве примера можно рассмотреть приказ Казначейства России от 28.11.2014 № 18н «Об утверждении Порядка формирования и направления заказчиком сведений, подлежащих включению в реестр контрактов, содержащий сведения, составляющие государственную тайну, а также направления Федеральным казначейством заказчику сведений, извещений и протоколов». Положения Федерального закона № 44-ФЗ о ведении реестра контрактов вступили в силу вместе с основной частью закона с 1 января 2014 г. Во исполнение отдельных требований ч. 6–7 ст. 103 Федерального закона № 44-ФЗ Постановлением Правительства РФ от 28.11.2013 № 1084 были утверждены Правила ведения реестра контрактов, содержащего сведения, составляющие государственную тайну¹¹. П. 10 указанных Правил содержит указание на не предусмотренную Федеральным законом № 44-ФЗ передачу полномочий на утверждение порядка формирования и направления заказчиком сведений, подлежащих включению в реестр контрактов, Министерству финансов РФ. Указанный Порядок утвержден только спустя год после вступления в силу Постановления Правительства РФ и не уполномоченным на то федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по нормативно-правовому регулированию (Минфином России), а находящейся в ведении данного органа федеральной службой – Казначейством России, осуществляющей не правотворческие, а правоприменительные функции¹², Минфин России выступил в данном случае как согласующий утверждение приказа орган, но не как орган, уполномоченный на его утверждение. Также следует отметить, что п. 2 данного приказа устанавливает дату вступления его в силу – с 1 января 2015 г., но по состоянию на 20 января 2015 г. данный приказ был только зарегистрирован

в Минюсте России (за № 35530 от 31.12.2014), но официально опубликован не был, хотя ч. 3 ст. 15 Конституции РФ прямо устанавливается, что подобные акты не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. Таким образом, определение статуса данного Порядка, наличие полномочий у органа на утверждение данного акта и обязательность следования установленным им правилам для заказчиков оставляет вопросы.

Не вполне ясным является и статус Распоряжения Правительства РФ от 31.10.2013 г. № 2019-р «О перечне товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион)» (так называемого аукционного перечня). Ч. 2 ст. 59 Федерального закона № 44-ФЗ устанавливает обязанность заказчика проводить электронный аукцион в случае, если осуществляются закупки товаров, работ, услуг, включенных в перечень, установленный Правительством РФ, либо в дополнительный перечень, установленный высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ при осуществлении закупок товаров, работ, услуг для обеспечения нужд субъекта РФ, за исключением случаев закупок товаров, работ, услуг путем проведения запроса котировок, запроса предложений, осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) с учетом требований закона. Форма распоряжения для утверждения данного перечня представляется не вполне корректной. Ст. 23 Федерального конституционного закона от 17.12.1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» устанавливает, что в форме распоряжений Правительства РФ принимаются акты только по оперативным и другим текущим вопросам, не имеющим нормативного характера. Таким образом, перечень, утвержденный распоряжением, не носит нормативного (обязательного) характера и не может распространяться на заказчиков и иных участников контрактной системы. Акты, имеющие нормативный характер, должны издаваться только в форме постановлений Правительства РФ. Следует также отметить, что в отношении ранее действовавшего перечня, утвержденного также распоряжением Правительства РФ¹³, судом был сделан вывод о том, что данное распоряжение не носит нормативного характера и к нему неприменимы требования по официальному опубликованию и вступлению в силу, предъявляемые к нормативным правовым актам¹⁴.

При проведении исследования на предмет правильности оформления нормативных правовых актов, принятых во исполнение Федерального закона № 44-ФЗ, были исследованы утвержденные НПА, указание на принятие которых содержится в данном законе. Аналогичные примеры некорректного определения формы издания акта встречаются и на уровне законодательства субъектов РФ и муниципальных образований. Так, п. 5 ч. 3 ст. 112 Федерального закона № 44-ФЗ предусмотрено, что законодательством субъекта РФ могут быть установлены также иные случаи проведения обязательного общественного обсуждения закупок для обеспечения нужд субъекта РФ, а также порядок обязательного общественного обсуждения закупок в таких случаях. В то же время, например, в Вологодской области такие случаи и порядок обязательного общественного обсуждения закупок установлены актом высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ¹⁵, в нарушение требования закона о принятии такого акта законодательным (представительным) органом субъекта РФ.

ПРИДАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ ПИСЬМАМ, ТЕЛЕГРАММАМ И РАЗЪЯСНЕНИЯМ ОРГАНОВ

Федеральный закон № 44-ФЗ не предусматривает какого-либо отдельного механизма по даче разъяснений содержания его положений и не определяет специальный орган, уполномоченный на официальное толкование норм закона. Правилами подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 №1009, установлено, что издание нормативных правовых актов в виде писем и телеграмм не допускается. Нормативные правовые акты могут быть изданы федеральными органами исполнительной власти только в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений.

Минэкономразвития России в соответствии с Положением о Минэкономразвития России, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 437, полномочиями по разъяснению законодательства Российской Федерации не наделено и, соответственно, юри-

¹⁰ Постановление Правительства РФ от 14.07.2014 № 649 «О порядке предоставления учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы преимуществ в отношении предлагаемой ими цены контракта» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 16.07.2014.

¹¹ Постановление Правительства РФ от 28.11.2013 № 1084 (ред. от 25.12.2014) «О порядке ведения реестра контрактов, заключенных заказчиками, и реестра контрактов, содержащего сведения, составляющие государственную тайну» // Собрание законодательства РФ 09.12.2013, № 49 (ч. VII), ст. 6427.

¹² Положение о Федеральном казначействе, утв. Постановлением Правительства РФ от 01.12.2004 № 703 // Собрание законодательства РФ, 06.12.2004, № 49, ст. 4908.

¹³ Распоряжение Правительства РФ от 27.02.2008 № 236-р «О перечне товаров (работ, услуг), размещение заказов на поставки (выполнение, оказание) которых осуществляется путем проведения аукциона» (утратило силу).

¹⁴ См. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.10.2008 по делу № А56-14408/2008.

¹⁵ Постановление Правительства Вологодской области от 13.01.2014 № 2 «Об установлении случая и порядка обязательного общественного обсуждения в 2014 и 2015 годах закупок товаров, работ, услуг для обеспечения нужд Вологодской области» // Красный Север. № 4, 18.01.2014.

дической силой данные им разъяснения не обладают. Вместе с тем на практике сложилось обыкновение по использованию выпущенных неофициальных разъяснений в качестве документов, разъясняющих положения законодательства о контрактной системе и предписывающих порядок реализации участниками контрактной системы своих прав и обязанностей в случае, если Федеральный закон № 44-ФЗ по данному вопросу не позволяет однозначно истолковать смысл.

Так, например, совместным письмом Минэкономразвития России от 27.12.2013 № 29401-ЕЕ/Д28и, ФАС России от 30.12.2013 № АД/53811/13 «О позиции Минэкономразвития России и ФАС России по вопросу применения законодательства Российской Федерации в отношении торгов, запроса котировок, извещения об осуществлении которых размещены на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг либо приглашения принять участие в которых направлены до 1 января 2014 года» в развитие положений ч. 1 ст. 112 Закона предложен перечень конкретных ситуаций, в решении которых следует руководствоваться положениями Закона № 94-ФЗ, а не Федерального закона № 44-ФЗ, что не соответствует положениям названного закона.

ПРОТИВОРЕЧИЯ МЕЖДУ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ № 44-ФЗ И НАДНАЦИОНАЛЬНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ

Договор о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор), подписанный в г. Астане 29.05.2014 г.,¹⁶ являющийся международным договором РФ, правила которого имеют приоритет перед нормами Закона в соответствии с Конституцией РФ и положениями ч. 4 ст. 2 Федерального закона № 44-ФЗ, в разделе XXII «Государственные (муниципальные) закупки» (Ст. 88. Цели и принципы регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок) и приложении № 25 к Договору (Протокол о порядке регулирования закупок) детально описывают порядок осуществления закупок, включая описание требований к национальному режиму, защите прав и интересов участников закупок, требований о планирова-

нии и нормировании закупок, правил антидемпингового характера и привлечения экспертов и т.п. При этом в настоящее время развитие нормативно-правового регулирования контрактных отношений происходит в отрыве от согласованного государствами-членами Евразийского экономического союза общего порядка регулирования закупок, включающего как более широкий перечень способов осуществления закупок (например биржевые торги), так и требования к форме осуществления таких закупок (проведение конкурса и аукциона только в электронном формате и переход на электронный формат при осуществлении других способов закупок), отдельным процедурам закупочной деятельности (запрет на включение в условия закупок любых не измеряемых количественно и (или) неадминистрируемых требований к потенциальным поставщикам). В этой связи необходимо внесение изменений в Федеральный закон № 44-ФЗ с целью приведения его положений в соответствие установленным обязательным требованиям Договора.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА №44-ФЗ

За первый год действия Федерального закона №44-ФЗ успела возникнуть определенная судебная практика по вопросам применения его положений. Однако анализ массива вынесенных решений судов позволяет сделать вывод о том, что слабая развитость на практике новых институтов контрактной системы влечет отсутствие поводов для разбирательств по действительно новым вопросам контрактных отношений при сохранении всеми их участниками понимания ранее сформированной позиции по спорам, разрешенным в рамках системы госзаказа в соответствии с Федеральным законом № 94-ФЗ. К примеру, одним из основных предметов для обращения в суд по спорам в сфере контрактных отношений является неправильная оценка заявок участников закупки или иные нарушения процедур определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), которые в целом не претерпели существенных изменений.

Вместе с тем можно привести отдельные решения судов, целиком касающиеся вопросов сферы действия уже нового закона. Так, относительно распространения положений Федераль-

ного закона № 44-ФЗ на процедуру привлечения экспертов или специалистов к участию в арбитражном процессе в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного суда РФ (далее – ВАС РФ) от 4 апреля 2014 г. № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» было отмечено следующее: если суд считает необходимым назначить экспертизу по своей инициативе, назначение экспертизы осуществляется по правилам, установленным Арбитражным Процессуальным кодексом РФ¹⁷ (далее – АПК РФ). Положения Федерального закона № 44-ФЗ, как разъясняется в указанном Постановлении Пленума ВАС РФ, не подлежат применению, поскольку не регулируют отношения, связанные с назначением экспертизы судом. Привлечение специалиста осуществляется аналогичным образом по правилам, предусмотренным АПК РФ (ст. 55.1 и 87.1 АПК РФ).

Отдельно следует остановиться на вопросе применения судами нормы о временных пределах действия Федерального закона № 44-ФЗ и Федерального закона № 94-ФЗ. В ходе анализа судебных решений было выявлено такое обстоятельство, что в своих решениях некоторые суды ссылаются как на Федеральный закон № 94-ФЗ, так и на Федеральный закон № 44-ФЗ в связи с тем, что рассматриваемые ими споры вытекают из правоотношений, возникших еще до 1 января 2014 г. В качестве примера можно привести постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 августа 2014 г. по делу № А67-948/2014. Суд кассационной инстанции указал, что довод стороны о непроведении экспертизы результатов исполнения контракта подлежит отклонению, поскольку требование о проведении экспертизы, предусмотренное ч. 3–4 ст. 94 Федерального закона № 44-ФЗ в силу указания ч. 29 ст. 112 данного закона к спорным правоотношениям не применимо.

Схожим образом было истолковано применение Закона о № 94-ФЗ и Закона в части привлечения сторон контракта к ответственности, приведенное в постановлении Шестого арбитражного апелляционного суда от 2 сентября 2014 г. № 06АП-4300/2014 по делу № А73-4253/2014. Примечательно, что в мотивировочной части данного постановления суд ссылался как на утративший силу Федеральный закон № 94-ФЗ, так и Федеральный закон № 44-ФЗ, указывая на тождественность содержащихся в них норм.

Таким образом, по результатам рассмотрения судебной практики в сфере закупок можно отметить следующее. Судебную практику по Федеральному закону № 44-ФЗ следует признать не до конца сложившейся (ввиду инерционно-

го применения подходов к толкованию правил Федерального закона № 94-ФЗ). Несмотря на то, что Федеральный закон № 44-ФЗ по своей структуре и многим положениям более развит по сравнению с утратившим силу Федеральным законом № 94-ФЗ, поскольку базовые положения он «унаследовал» от прежнего закона, зачастую в решениях судов положений имеет место параллельное применение обоих законов или приводятся ссылки на ранее сложившуюся практику принятия судами решений по тем или иным спорным моментам в сфере размещения государственного или муниципального заказа.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По результатам проведенного исследования состояния нормативно-правового регулирования контрактных отношений могут быть сделаны следующие выводы:

1. Необходимо в первоочередном порядке принять нормативные правовые акты, предусмотренные уже вступившими в силу положениями Федерального закона № 44-ФЗ.
2. В целях повышения стабильности правового регулирования контрактных отношений следует разработать единые проекты нормативных актов, предусмотренные положениями Федерального закона № 44-ФЗ, по вопросам, отнесенным на регулирование также актами регионального и муниципального уровней.
3. Необходимо устранить противоречия Федерального закона № 44-ФЗ и Договора о Евразийском экономическом союзе.
4. Предлагается обобщить письма, опубликованные Минэкономразвития, Минфином и ФАС России по различным вопросам, оценить корректность отраженных в них позиций ведомств в части соответствия положениям Федерального закона № 44-ФЗ и для восполнения существующих пробелов или противоречий в нормативно-правовом регулировании оформить их в надлежащем официальном порядке, т.е. посредством внесения изменений или дополнений в Федеральный закон № 44-ФЗ и принятые во исполнение его положений подзаконные акты по соответствующим вопросам.
5. В глобальном аспекте необходимо возобновление дискуссии о методах и принципах действия Федерального закона № 44-ФЗ в свете тенденции к возвращению к схемам и правилам регулирования контрактных отношений по модели Федерального закона № 94-ФЗ. ■

¹⁶ Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 16.01.2015.

¹⁷ В соответствии с ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона от 4 июня 2014 г. № 8-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и ст. 2 Федерального конституционного закона «О Верховном суде Российской Федерации» разъяснения по вопросам судебной практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами, данные Пленумом ВАС РФ, сохраняют свою силу до принятия соответствующих решений Пленумом Верховного суда РФ.