

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИКАЗА МИНЭКОНОМРАЗВИТИЯ РФ от 5 декабря 2008 г. № 427

В статье описываются проблемы применения приказа МЭР № 427 о преференциях отечественным производителям товаров. Проблемы толкования разъяснений МЭР и ФАС. Противоречия выявленные при этом.

В целях исполнения положения об ограничении допуска товаров, происходящих из иностранных государств, а именно статьи 13 Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – «Закон»), уполномоченный на реализацию данного ограничения орган – Минэкономразвития РФ выпустило нормативный документ. Уже семь месяцев действует приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 5 декабря 2008 г. № 427 «Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей размещения заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд» (далее по тексту статьи: «Приказ»), а споров, вопросов, проблем его применения за это время не убавилось.

За период действия Приказа Минэкономразвития получило множество запросов на его разъяснение от государственных и муниципальных заказчиков, уполномоченных органов, специализированных организаций. Подготовило и опубликовало ответы – официальные письма Минэкономразвития. Сразу скажем, яснее не стало. С нашей точки зрения, разъяснения, изложенные в этих письмах, извините за каламбур, нуждаются в разъяснениях.

Специалисты в области размещения государственного и муниципального заказа наверняка хорошо знакомы с Приказом и его официальными разъяснениями. Мы не будем описывать Приказ в целом, не будем толковать все его положения. Мы попытаемся обнажить в статье неоднозначные формулировки Приказа и спорные, с нашей точки зрения, утверждения его официальных разъяснений, а также предложить свою точку зрения на проблемы, возникающие при его применении.

ПРЕДОСТАВЛЯТЬ ПРЕФЕРЕНЦИИ ИЛИ ПРИМЕНЯТЬ ПОРЯДОК, ПРЕДУСМОТРЕННЫЙ В ПРИКАЗЕ

Значение формулировки «предоставление преференций» в Приказе.

Начать мы бы хотели с наиболее острой, с нашей точки зрения, проблемы толкования и применения ключевой формулировки Приказа. Мы считаем, что основное словосочетание, используемое в Приказе, вступает в противоречие с его трактовками в официальных разъяснениях.

**Приказ (что делает?) определяет условия допуска товаров, происходящих из иностранных государств (пункт 1 Приказа).*

Пункт 2 Приказа: (кому?) – **участникам** размещения заказа, заявки на участие которых содержат предложения о поставке товаров **российского происхождения**, (каким образом определяются условия допуска товаров?) – **предоставляются преференции** в

отношении цены контракта в размере 15 процентов в порядке, предусмотренном пунктами 3 - 4 Приказа.

Следовательно, условия допуска товаров, происходящих из иностранных государств, определены так: **товарам российского происхождения предоставляются преференции, иностранным товарам, соответственно, – нет.**

Чтоб утвердился в этой формулировке, разберемся с термином «преференции». Обратимся к значению этого слова, определенному словарями.

Большой юридический словарь: *«Преференции — льготы, предоставляемые при обложении таможенными пошлинами для всех или нескольких товаров отдельных стран и не распространяющиеся на товары других стран (минимальные ставки либо освобождение от уплаты пошлин)».*

Словарь по экономике и финансам. (Глоссарий.ру): *«Преференции - преимущества, льготы... Преференции осуществляются в форме снижения налогов, скидок с таможенных пошлин, освобождения от платежей...».*

Википедия – свободная энциклопедия (<http://ru.wikipedia.org>): *«Преференция (Preference, от лат. Praeferentia - предпочтение) - преимущество, льгота, предоставляемая отдельным государствам, предприятиям, организациям для поддержки определенных видов деятельности».*

Итак, мы убедились, что правильно трактуем формулировки Приказа: преференции – преимущества, льготы – предоставляются товарам российского происхождения. Следовательно, непредоставление преференций для товаров, происходящих из иностранных государств – непредоставление преимуществ, льгот.

В каком виде **предоставляются преференции?** – в порядке, установленном пунктами 2 - 4 Приказа:

- в виде права на неснижение цены контракта (для аукционов),
- в виде права на неповышения цены как критерия оценки (для конкурсов).

Соответственно, **преференции не предоставляются:**

- цена контракта должна быть снижена (для аукционов),
- цена как критерий оценки должна быть повышена (для конкурсов).

С убеждением, что предоставление преференций – это предоставление права на неснижение цены (для аукционов), дочитываем Приказ до конца, до того места, где написано: «Министр Э.С. Набиуллина» и ... пока не разубеждаемся в своей позиции.

Но, по долгу службы, открываем для прочтения официальные письма Минэкономразвития, разъясняющие Приказ...

Значение формулировки «предоставление преференций» в письмах Минэкономразвития.

**Разночтение словосочетаний: «предоставляются преференции» –
«применяется порядок».**

Считаем необходимым процитировать некоторые моменты, касающиеся рассматриваемой нами темы.

Последний и предпоследний абзац письма Минэкономразвития РФ от 20.04.09 N Д05-1961:

... преференции ... не предоставляются... – контракт должен быть заключен без применения 15-процентного понижающего коэффициента.

Письмо Минэкономразвития РФ от 8 июня 2009 г. N Д05-2842: *Преференции, не предоставляются в случае, если: ...- заказ размещается у единственного поставщика в соответствии со ст. 55 Закона (в том числе, если подана только одна заявка на участие в конкурсе или аукционе)...*

Совместное письмо Минэкономразвития РФ и Федеральной антимонопольной службы (МЭР РФ N 6989-АП/Д05, ФАС N АЦ/13195) от 5 мая 2009 года мы представим в таблице в виде сравнения с аналогичными положениями Приказа:

ПРИКАЗ Минэкономразвития РФ от 5 декабря 2008 г. N 427 (в ред. Приказа от 08.04.2009 N 123)	Совместное Письмо Минэкономразвития РФ (N 6989-АП/Д05) и Федеральная Антимонопольная Служба РФ (N АЦ/13195)
<i>При размещении заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд путем проведения конкурса, аукциона порядок, установленный пунктами 2 - 4 настоящего Приказа, не применяется в случаях, если:</i>	<i>Ответ на Вопрос 2: Таким образом, преференции участникам размещения заказов, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, не предоставляются, в частности, в следующих случаях:</i>
<i>б) в случае, если конкурс или аукцион признан несостоявшимся и государственный или муниципальный заказчик в соответствии с порядком, предусмотренным Законом, размещает заказ у единственного поставщика</i>	<i>- заказ размещается путем проведения открытого аукциона в электронной форме, запроса котировок у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) в соответствии со статьей 55 Закона;</i>
<i>в) в случае, если в заявках на участие в конкурсе или аукционе не содержится предложений о поставке товаров российского происхождения.</i>	<i>- если заявки участников конкурса, участников аукциона содержат предложения только о поставке товаров, происходящих из иностранных государств</i>

Для лучшего восприятия непростых, с точки зрения семантики, формулировок, содержащих отрицания, напомним читателю вывод (из Приказа), сделанный в предыдущем разделе:

преференции не предоставляются – цена контракта снижается.

Из содержания писем и приведенной сравнительной таблицы видно, что в отношении одного и того же используются словосочетания:

преференции не предоставляются – цена контракта не снижается.

После сопоставления разъяснений с Приказом может быть сделано одно из двух нижеследующих заключений:

Вариант 1. Авторы официальных разъяснений толкуют словосочетание «преференции не предоставляются» в значении полностью противоположном значению, указанному в

Приказе. Под словосочетанием «преференции не предоставляются» авторы официальных разъяснений имеют ввиду: «порядок, установленный пунктами 2 - 4 Приказа, не применяется».

Вариант 2. Авторы официальных разъяснений правильно применяют словосочетание «преференции не предоставляются» (как снижение цены контракта), но внутренне не согласны с нормами Приказа, и обозначают позицию о диаметрально противоположном Приказу применении его норм.

Совпадение словосочетаний: «предоставляются преференции» – «применяется порядок».

Вопреки вышесказанному предположим, что непредоставление преференций российским товарам – это «неприменение порядка, предусмотренного Приказом». Однако это предположение сталкивается с результатами сопоставления Приказа и его разъяснений при разборе следующей ситуации.

Речь пойдет о применении Приказа по результатам аукциона в случае с лотом, состоящим из **отечественно-импортного товара**. Этот момент в Приказе обозначен следующим образом: *«если победителем аукциона представлена заявка на участие в аукционе, которая **содержит** предложение о поставке товара, указанного в пункте 1 настоящего Приказа, **происходящего из иностранных государств**» – контракт заключается по цене, **сниженной на 15 процентов**.*

Процитируем разъяснения, касающиеся этой ситуации. Письмо Минэкономразвития РФ от 20 апреля 2009 г. N Д05-1961:

*«Таким образом, **преференции** участникам размещения заказов, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, **не предоставляются**, в частности, в следующих случаях: - в составе одного конкурса (лота) или одного аукциона (лота) предполагается к поставке несколько видов товаров, и участник конкурса или участник аукциона, признанный победителем аукциона, в своей заявке предлагает поставить товары, указанные в п. 1 Приказа, часть из которых является товарами российского происхождения, а **часть иностранного происхождения (смешанный лот)**».*

Аналогичный текст разъяснения в Письме Минэкономразвития РФ от 8 июня 2009 г. N Д05-2842.

Упрощая, повторим положение Приказа и его разъяснений в отношении разбираемой ситуации:

Письма Минэкономразвития РФ от 20 апреля 2009 г. N Д05-1961, от 8 июня 2009 г. N Д05-2842.	ПРИКАЗ Минэкономразвития РФ от 5 декабря 2008 г. N 427
<i>Преференции не предоставляются, в случае, если в составе одного лота часть товаров иностранного происхождения.</i>	<i>Заявка содержит предложение иностранного товара – контракт заключается по цене, сниженной на 15 процентов.</i>

Из приведенной сравнительной таблички можно сделать вывод, что в отношении одного и того же используются словосочетания:

преференции не предоставляются – цена контракта снижается.

В данном случае, возможно, авторы официальных разъяснений толкуют словосочетание «преференции не предоставляются» в значении, совпадающем со значением, указанным в Приказе. Здесь это может быть логично и с точки зрения здравого смысла: если участник размещения заказа в заявке добавил к отечественному товару импортный, – он теряет право на преференции – цена контракта должна быть снижена.

Однако и здесь, возможно, мы не угадали интерпретацию нашего словосочетания авторами разъяснений, – и здесь нельзя полностью исключить вероятность внутреннего несогласия авторов разъяснений с нормами Приказа.

«Предоставлять преференции» и «применять порядок, предусмотренный в Приказе» – это не одно и то же.

Еще раз сделаем попытку отождествить формулировки «предоставлять преференции» и «применять порядок, предусмотренный в Приказе».

Допустим, мы не предоставим преференции (в смысле **не применим коэффициент 0,15**) участникам. Вроде бы тем самым поставим в равные условия участников с отечественным и импортным товаром, и преимуществ ни у кого не будет.

Однако при этом мы не применим порядок так, как он предусмотрен Приказом:

- предоставление преференции пунктом 2 Приказа предусмотрено **только участникам с российским товаром** (в виде права на не применение коэффициента 0,15);

- в пунктах 3 и 4 Приказа предписывается осуществлять действия (применять коэффициент 0,15) к **участнику с иностранным товаром.**

Приказом предусмотрено предоставление преференций только участникам с российским товаром. В разъяснительных письмах предоставление преференций так же упоминается в отношении участников с российским товаром. Действия (бездействия) по отношению к участникам с российским товаром, не снимает обязательства осуществлять действия (применять коэффициент 0,15) к участнику с иностранным товаром.

Принятие решения «предоставлять преференции» или «применять порядок, предусмотренный в Приказе» в каждом конкретном случае, конечно, должно осуществляться государственным (муниципальным) заказчиком. Принятие трудного решения.

Однако, учитывая неоднозначность трактовки, позицию, которую, скорее всего, имели ввиду авторы разъяснений данных тем же ведомством, что издало Приказ, позволим себе предположить, что любая из интерпретаций рассматриваемых формулировок, например, при судебном разбирательстве, может иметь вес. Для облегчения принятия трудного решения, скажем, что оба из вариантов принятых заказчиком решений «предоставлять преференции» или «применять порядок, предусмотренный в Приказе» (речь идет, безусловно, только о ситуациях, прямо не прописанных в Приказе), с нашей точки зрения, могут устоять в судебном разбирательстве. Но тем не менее...

Чтоб определить порядок действий по практическому применению Приказа – предоставлять преференции или применять порядок, предусмотренный в Приказе, мы считаем, нужно учитывать приоритет Приказа над его разъяснениями. В случаях, когда ситуация описана в Приказе, с нашей точки зрения необходимо ориентироваться только на

Приказ, а если обстоятельство прямо в приказе не описано, можно, если это получится, принять к сведению и его разъяснения.

В заключительной части статьи мы предложим варианты действий заказчика в возможных ситуациях («предоставлять преференции» или «применять порядок, предусмотренный в Приказе») в виде таблички с трактовками этих вариантов действий в Приказе и его разъяснениях.

ТОЧКА ЗРЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ОСНОВНЫХ НОРМ ПРИКАЗА МИНЭКОНОМРАЗВИТИЯ № 427.

Как говорится: «от частного к общему». На самом деле чаще словосочетание употребляется наоборот, но на фоне рассматриваемой темы эта подмена слов не имеет значения. В данном разделе статьи предлагаем Вашему вниманию неоднозначные, с нашей точки зрения, положения и нормы Приказа Министерства экономического развития Российской Федерации от 5 декабря 2008 г. № 427 «Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей размещения заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд».

Приказ не в полной мере обеспечивает применение национального режима.

Часть 3 Федерального закона № 94-ФЗ предписывает Федеральному органу исполнительной власти (Минэкономразвития) *устанавливать условия допуска товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами, для целей размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.*

Однако, и это видно из пункта 1 Приказа, – *Приказ определяет условия допуска товаров.* В случае если предметом торгов является **выполнение работ, оказание услуг, Приказ не применяется.**

Уменьшение цены – это ограничение допуска ?

Рассматриваемый нами Приказ, это следует из его названия, – об условиях **допуска** товаров, происходящих из иностранных государств...». Однако, о допуске (не допуске) в Приказе нигде (кроме названия и первого пункта) не говорится. Наименование Приказа позаимствовано из статьи 13 Закона (Национальный режим в отношении товаров, происходящих из иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами), в целях реализации которой Приказ и был подготовлен. В тексте статьи 13, во всех ее семи частях употребляет выражение: *«ограничение допуска иностранных т.р.у.»*, *«запреты и ограничение допуска иностранных т.р.у.»*.

Судя по тексту тринадцатой статьи, с учетом того, что по тексту всего Федерального закона № 94-ФЗ слова «допуск» и «ограничение допуска» применяется только в контексте именно допуска (отказа в допуске) к участию в торгах и котировках, законодатель (Государственная дума) имел ввиду жесткое ограничение иностранного товара – именно в виде недопуска к участию в торгах.

Минэкономразвития по-своему интерпретировал эти ограничения – в виде ценовых

преференций. Весьма спорно квалифицировать ценовые преференции как «запреты и ограничение допуска».

Правовые основания снижения цены контракта

Предлагаем для обсуждения правомочность применения одной из основных норм Приказа – обязанности снижения цены контракта.

Вот цитаты Закона, которые, с нашей точки зрения, имеют отношение к обсуждаемой теме.

Часть 2 статьи 9: «Государственный контракт и муниципальный контракт заключаются в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами (а не приказами) с учетом положений настоящего Федерального закона».

Здесь, допустим, принимается возражение, что Приказ издан в рамках исполнения Закона. Но далее про цену контракта сказано вполне конкретно, без каких-либо оговорок и исключений.

Часть 3 статьи 9: «Государственный или муниципальный контракт заключается на условиях, указанных в извещении о проведении открытого аукциона и документации об аукционе, по цене, предложенной победителем аукциона, либо в случае заключения государственного или муниципального контракта с участником аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контракта, по цене, предложенной таким участником».

При этом (часть 4.1 статьи 9): *«Цена государственного или муниципального контракта является твердой и не может изменяться в ходе его исполнения... Цена государственного или муниципального контракта может быть снижена по соглашению сторон без изменения предусмотренных контрактом количества товаров, объема работ, услуг и иных условий исполнения государственного или муниципального контракта».*

Таким образом, в Законе предусмотрено, что цена, предложенная победителем аукциона, является твердой, не изменяется, и может быть снижена только по соглашению сторон.

Зависимость цены контракта от сведений третьих лиц.

Приказом Минэкономразвития РФ от 08.04.2009 N 123 в пункт 5 Приказа введен подпункт "в", который ставит в зависимость обязанность применения или неприменения порядка, установленного пунктами 2 - 4 Приказа, от наличия или отсутствия предложений о поставке товаров российского происхождения в заявках прочих участников.

К мнению в отношении изменения цены контракта вообще, добавим мнение, что цена контракта не может зависеть от каких-либо сведений, содержащихся в документах третьих лиц.

Правомочность требования о декларировании страны происхождения

В пункте 6 Приказа **рекомендуется** устанавливать в документации некие требования для целей реализации приказа. Сделана рекомендация. Однако если эта рекомендация не

учтена, то Приказ применить невозможно. Вот такая добрая рекомендация.

Тем не менее, и эту добрую рекомендацию учитывать небезопасно. Опять же сошлемся на цитаты из Закона.

Статья 22, часть 2 (статья 34, часть 2): *«документация должна содержать требования, установленные заказчиком, уполномоченным органом, к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика».*

То есть требования к товару, а не к изготовителю и не к стране происхождения товара.

В части 4 статьи 25 (и в части 3 статьи 35) Закона вообще содержится запрет указанную рекомендацию исполнять: *«Требовать от участника размещения заказа иное, за исключением предусмотренных (соответствующими частями) настоящей статьи документов и сведений, не допускается».*

По данной ситуации кое-где уже сформировалась позиция ФАС. Вот одно из решений.

Г. Москва. 29 апреля 2009 года. Решение по делу № К – 232/09 о нарушении законодательства о размещении заказов. Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере размещения заказов: **«Заказчиком неправомерно установлено требование о представлении в составе заявки на участие в аукционе сведений о стране происхождения товара»** (Интернет-ресурс: Сведения о получении и рассмотрении жалоб ФАС России – <http://zhaloby-gz.fas.gov.ru/fas/ComplaintCard.aspx?id=d6370deb-2f6d-4be6-9ea5-29f7604c704c>).

«Часть товаров, не указанная в пункте 1 Приказа»

До выхода в свет официальных разъяснений Приказа специалисты по закупкам задавались вопросом: товары, указанные в пункте 1 Приказа, это иностранные товары, или товары из перечня?

Пункт 5 Приказа: *«При размещении заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд путем проведения конкурса, аукциона **порядок**, установленный пунктами 2 - 4 настоящего Приказа, **не применяется** в случаях, если:*

*а) в рамках одного конкурса, одного аукциона (лота) предполагается поставка нескольких **видов товаров (работ, услуг)**, часть из которых не указана в пункте 1 настоящего Приказа».*

Мы помним, что в пункте 1 Приказа приведен перечень по Общероссийскому классификатору видов экономической деятельности, продукции и услуг (ОКДП) ОК 004-93

Исходя из убеждения, что с учетом требований антимонопольного законодательства к размещению государственного и муниципального заказа (включение в состав лотов продукции (товаров), технологически и функционально не связанных запрещено частью 3 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ), невозможно сформировать лот, состоящий из разных по классификатору видов товаров, напрашивалось предположение, что это норма относится не к **перечню**, а к словосочетанию первого пункта Приказа **«товаров,**

происходящих из иностранных государств». То есть, если часть товаров не указана в пункте 1 (не иностранная) порядок, установленный пунктами 2 - 4 настоящего Приказа, не применяется.

Однако могут ли быть **виды товаров** иностранные или отечественные? Нет! **Виды товаров** могут быть только из перечня по классификатору видов продукции.

Рассматривая этот (пятый) пункт Приказа, невозможно не заметить еще одну деталь. Мы помним, что Приказ *определяет условия допуска товаров*, а на работы и услуги не распространяется. Однако работы и услуги вернулись в пятый пункт Приказа с непостижимой для авторов статьи целью.

Еще одно интересное наблюдение.

В редакции Приказа, действовавшей до внесения в него изменений приказом № 123, существовала весьма любопытная норма:

Пункта б) части 5 Приказа: «... *порядок, установленный пунктами 2 - 4 настоящего Приказа, не применяется в случаях, если ... конкурс или аукцион признан несостоявшимся и государственный или муниципальный контракт не заключен ...*»

Запрещено применять порядок (снижать цену), в незаключаемом контракте !!!

Своевременно, или нет, но, все-таки, приказом № 123 эта формулировка поправлена. Теперь пункт б) части 5 Приказа звучит так: «... *порядок, установленный пунктами 2 - 4 настоящего Приказа, не применяется в случаях, если ... конкурс или аукцион признан несостоявшимся и государственный или муниципальный заказчик в соответствии с порядком, предусмотренным Законом, размещает заказ у единственного поставщика*». Здесь после внесения изменений стало понятно: в соответствии со статьей 55 заказ размещается и у единственного подавшего допущенного, и у единственного пришедшего на аукцион участника без применения порядка, установленного пунктами 2 - 4 Приказа.

ВЗГЛЯД НА НЕКОТОРЫЕ РАЗЪЯСНЕНИЯ ПРИКАЗА № 427

Письма, разъясняющие Приказ Минэкономразвития РФ от 5 декабря 2008 г. № 427, о которых пойдет речь в данном разделе статьи официальные, подписаны заместителем директора Департамента государственного регулирования в экономике А.Т. Катамадзе.

Письмо от 3 февраля 2009 г. N Д05-533 содержит любопытные сведения о Приказе:

«*Приказ принят во исполнение Плана действий, направленных на оздоровление ситуации в финансовом секторе и отдельных отраслях экономики*», а так же информацию, что

«*Минэкономразвития письмами от 26.12.2008 и от 28.01.2009 направило Приказ и необходимые пояснения с просьбой довести данные Письма до сведения всех подведомственных государственных и муниципальных заказчиков*». Таким образом, пояснения уже давно были (должны были быть) у заказчиков, однако и в момент начала действия Приказа, и через месяц – два после начала его действия многие заказчики были с ним незнакомы.

Письмом от 8 июня 2009 г. N Д05-2842 на вопрос «*о снижении шага аукциона при проведении аукциона*» дает чрезвычайно любопытный ответ:

«Таким образом, сумма, равная 15% от начальной (максимальной) цены контракта, вычитается из цены, предложенной победителем аукциона, в заявке которого содержится предложение о поставке товаров, происходящих из иностранных государств, независимо от того, на какой отметке (в процентном и денежном выражении) закончились торги».

Во-первых, на дату указанного письма (08.06.09) уже два месяца действовали изменения в Приказ № 427, внесенные Приказом № 123 от 08.04.09, определяющие, что коэффициент 0,15 применяется не к **начальной**, а к **предложенной** цене государственного (муниципального) контракта.

Во-вторых, авторами данного разъяснения фактически предлагается снижать цену контракта ниже ноля. В тексте Письма аккуратно переписана процедура снижения шага аукциона, предусмотренная статьей 37 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ. Однако из сути вопроса явно читается ситуация, когда начальная цена снижена до 15 % от начальной и аукцион необходимо продолжать. Мы и сами с введением в действие Приказа предполагали вероятность такой ситуации, и не видели возможных законных и разумных способов ее разрешения. Авторы данного разъяснения, процитировав Закон в части процедуры аукциона, не сделав каких либо оговорок и исключений, и даже более того, делая акцент на следующем: *«аукцион должен быть продолжен до тех пор, пока шаг аукциона не снизится до 0,5% процента начальной (максимальной) цены контракта (цены лота) и ни от кого из участников аукциона не поступят новые предложения»* предлагают исполнять эту процедуру, в том в числе в случае, когда предложение о цене контракта, например, 100 рублей, при этом, применяя порядок, предусмотренный в Приказе, эту цену нужно будет снижать на 150 рублей.

О совместном письме ФАС и Минэкономразвития от 05.05.09

В этом разделе статьи хотелось бы отдельно сообщить о наших наблюдениях в отношении совместного письма от 05.05.09 Министерства экономического развития (N 6989-АП/Д05) и Федеральной антимонопольной службы (N АЦ/13195). В данном письме обобщено содержание основных, данных ранее разъяснений, оно повторяет ответы на вопросы, данные Минэкономразвития

- в письме от 5 февраля 2009 г. N Д05-1125,
- в письме от 20 апреля 2009 г. N Д05-1961,
- в разъяснениях от 25.04.09 направленных в Федеральные органы исполнительной власти, главам субъектов РФ,
- совместное письмо также содержит ответы на вопросы данные после его выхода, имеющиеся в письме от 8 июня 2009 г. N Д05-2842.

Таким образом, рассмотрев совместное письмо, читатель ознакомится с позицией Минэкономразвития, изложенной в большинстве предыдущих разъяснений. Однако мы предлагаем читателю только те ответы на вопросы из совместного письма, которые имеют спорные или неоднозначные толкования.

Вопрос 2. *В каких случаях предоставляются преференции участникам размещения заказов, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения?*

Ответ: ... Таким образом, преференции участникам размещения заказов, заявки

которых содержат **предложения о поставке товаров российского происхождения**, не предоставляются, в частности, в следующих случаях:

... - если заявки участников конкурса, участников аукциона содержат предложения **только о поставке товаров, происходящих из иностранных государств**, или в аукционе участвовали только участники аукциона, заявки на участие в аукционе которых содержат предложения о поставке товаров, указанных в пункте 1 Приказа и происходящих из иностранных государств...

Эту норму надо уметь применить: участникам предложившим российский товар преференции не предоставлять в случае если они предложили только импортный товар!

Вопрос 4. Каков порядок оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе по критерию "цена контракта" ...

Ответ. ... производятся с применением повышающего 15-процентного коэффициента от **начальной (максимальной) цены государственного (муниципального) контракта** ...

Вопрос 5. Каков порядок предоставления преференций при проведении аукционов?

Ответ. ... контракт с таким победителем аукциона заключается по цене, предложенной участником аукциона, сниженной на 15% от **начальной (максимальной) цены государственного (муниципального) контракта**.

При этом в соответствующих пунктах Приказа (действующих в редакции Приказа Минэкономразвития РФ от 08.04.2009 N 123) – в пункте 3 (в отношении конкурса) и в пункте 4 (в отношении аукциона, указано, что коэффициент 0,15 необходимо применять к **предложенной** цене контракта. Возможно, здесь еще раз имеет место упомянутое выше внутреннее несогласие.

Вопрос 6. Необходимо ли корректировать цену государственного или муниципального контракта в случае, если заключается государственный или муниципальный контракт с участником аукциона, который сделал предпоследнее предложение.

Ответ: В случае, если государственный или муниципальный контракт заключается с участником аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контракта, ... и в заявке участника аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контракта, содержится предложение о поставке товаров, ... происходящих из иностранных государств, цена контракта должна быть снижена ...

Но в Приказе обязанность корректировать цену государственного или муниципального контракта закреплена только в отношении победителя аукциона, а про участника, сделавшего предпоследнее предложение в Приказе ни чего не сказано. В тексте Федерального закона № 94-ФЗ участник сделавший предпоследнее предложение ни где не назван «победителем», в том числе и в случаях когда с ним заключается контракт.

Возможно ли данное разъяснение принимать к исполнению, решать заказчику, однако, позволим себе сделать акцент на том, что это **разъяснения, а не дополнения или изменения** Приказа.

Вопрос 9. Как определяется страна происхождения товара, если в декларации или документе, подтверждающем страну происхождения товара, указаны две страны?

Ответ. Товар считается произведенным на территории Российской Федерации, если

в декларации или документе, подтверждающем страну происхождения товара, указано, что производство товара полностью или частично осуществлено на территории Российской Федерации.

Таким образом, указание в декларации или документе, подтверждающем страну происхождения товара, о том, что, например, в той или иной стране осуществлялась сортировка, переупаковка, контроль качества товара, то это не является определяющим при определении страны происхождения товара.

Необходимо внимательно вчитаться ответ на этот (девятый) вопрос. Особенно заставляет задуматься второй абзац ответа. Каким «*Таким образом*» – что из чего следует? Что значит «*то это*»? Так что же всё-таки тогда «*является определяющим при определении*» страны происхождения товара?

Ответ на этот (девятый) вопрос действительно не прост. Возможно, для поиска ответа на него нужно обратиться к действующим в России законодательным нормам в этой области, а именно к параграфу 1 главы 6 Таможенного кодекса Российской Федерации, в котором описано определение страны происхождения товара.

- ПРИМЕНЯЕМ ЛИ ПРИКАЗ ? - ПРОБЛЕМЫ ЕСТЬ, НО ПРИМЕНЯЕМ.

В чем причина такого количества несоответствий и противоречий? Может быть, причина в сложности русского языка? Может быть, слишком многогранен, чрезмерно богат русский язык, – нецелесообразен для использования в правовой сфере? Отменить его на..до !?

Но, полагаем, муниципальным и государственным заказчикам сейчас не до шуток. Специалист по размещению заказа, дочитавший статью до этого места, наверняка ожидает ответа на извечный вопрос «что делать?».

Приказ обязателен к применению на территории Российской Федерации – издан во исполнение Федерального закона (от 21.07.2005 № 94-ФЗ) в соответствии с частью 3 статьи 13 Закона; зарегистрирован в Минюсте РФ (24.12.2008 N 12957).

Весомость вопроса о применении (не применении) порядка предусмотренного Приказом в разных обстоятельствах увеличивается, если учитывать следующее. Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена ответственность должностного лица за заключение государственного или муниципального контракта с нарушением объявленных условий торгов:

Статья 7.32, пункт 1. Заключение должностным лицом ... государственного или муниципального контракта ... по результатам проведения торгов ... с нарушением объявленных условий торгов - влечет наложение административного штрафа в размере пятидесяти тысяч рублей.

Статья 7.32, пункт 1.1. Заключение должностным лицом ... государственного или муниципального контракта ... по результатам проведения торгов ... с нарушением объявленных условий торгов, ... если такое нарушение привело к дополнительному расходованию средств соответствующих бюджетов бюджетной системы Российской Федерации - влечет наложение административного штрафа в размере двукратного размера дополнительно израсходованных средств соответствующих бюджетов

Является ли заключение контракта без применения преференций, которые были предусмотрены документацией об аукционе (объявленные условия торгов), заключением контракта с нарушением этих условий – вопрос спорный, требующий серьезной правовой оценки упомянутых выше проблем применения Приказа. Мы не берем на себя ответственность заявлять, что эти меры могут быть применены к должностным лицам. Однако, считаем необходимым обратить внимание специалистов, что указанные нормы существуют. В частности, предлагаем задаться вопросом: неснижение цены государственного или муниципального контракта, там, где она должна быть снижена разве не означает дополнительное расходование бюджетных средств ?

В качестве рекомендации по практическому применению Приказа предлагаем нашу точку зрения на способы исполнения Приказа. При обстоятельствах, которые прямо описаны в Приказе, применять его положения с учетом предлагаемого выше их смысла, а если ситуация прямо в Приказе не описана (например, в отношении участника, сделавшего предпоследнее предложение), по нашему мнению, можно принимать или не принимать к сведению разъяснения Приказа. Для удобства предлагаем наше видение способов реализации Приказа при заключении контрактов по результатам аукционов в виде сравнительной таблицы. Мы сопоставили основные нормы Приказа с «квинтэссенцией» разъясняющих писем – совместным письмом Минэкономразвития и Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 05 мая 2009 года.

Основные нормы Приказа и его разъяснений в различных обстоятельствах при заключении контрактов по результатам аукционов

Контрагент в контракте (победитель – 1, прочие участники – 2)	Приказ Минэкономразвития от 5 декабря 2008 г. N 427		Письмо Минэкономразвития и ФАС от 5 мая 2009 года	
	Действие	Описание и место нормы в документе	Действие	Описание и место нормы в документе
1 УРЗ (вне зависимости от страны происхождения товаров)	Порядок не применяется	(п. 5 «б») аукцион признан несостоявшимся, заказ размещается у единственного поставщика.	Преференции не предоставляются*	(Отв.на вопр.2, п. 4)) Преференции предоставляются, если более одного участника участвовали в аукционе
1 УРЗ (победитель) с отечественным и импортным товаром. 2 УРЗ (с любыми вариантам предлагаемых стран происхождения товаров)	Порядок применяется*	(п. 4.) заявка победителя содержит предложение о поставке товара, происходящего из иностранных государств – контракт заключается по цене, сниженной на 15 процентов от предложенной цены. (п. 2.) участникам, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения	Преференции не предоставляются	(Отв.на вопр.2) Преференции не предоставляются – в составе одного аукциона (лота) предполагается к поставке несколько видов товаров, и победитель аукциона предлагает поставить товары, часть из которых российского происхождения, а часть - иностранного происхождения (смешанный лот)

Контрагент в контракте (победитель – 1, прочие участники – 2)	Приказ Минэкономразвития от 5 декабря 2008 г. N 427		Письмо Минэкономразвития и ФАС от 5 мая 2009 года	
	Действие	Описание и место нормы в документе	Действие	Описание и место нормы в документе
1 УРЗ (вне зависимости от страны происхождения товаров)	Порядок не применяется	(п. 5 «б») аукцион признан несостоявшимся, заказ размещается у единственного поставщика.	Преференции не предоставляются*	(Отв.на вопр.2, п. 4)) Преференции предоставляются, если более одного участника участвовали в аукционе
		предоставляются преференции в следующем порядке: если содержится иностранный тов. – цена снижается (п. 4)		
1 УРЗ (победитель) только с импортным товаром. 2 УРЗ только с отечественным товаром или УРЗ с отечественным и импортным товаром	Порядок применяется	(п. 4.) заявка победителя содержит предложение о поставке товара, происходящего из иностранных государств – контракт заключается по цене, сниженной на 15 процентов от предложенной цены. Отсутствует исключение (п. 5 «в»): в заявках на участие в конкурсе или аукционе содержится предложение(-я) о поставке товаров российского происхождения	Цена должна быть снижена на 15% Преференции предоставляются	(Отв.на вопр.5) – цена контракта должна быть снижена на 15% (Отв.на вопр.2) Преференции предоставляются, если: не менее чем одна заявка содержит предложение о поставке иностранных товаров, и не менее чем одна заявка содержит предложение товаров российского происхождения.
1 УРЗ (победитель) только с отечественным товаром. 2 УРЗ только с импортным товаром	Порядок не применяется	(п. 2.) участникам, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения предоставляются преференции в следующем порядке: если содержится импортный товар – цена снижается (п. 4), не содержится импортный – не снижается	Ситуация прямо не предусмотрена Преференции предоставляются	Преференции предоставляются в соответствии с нормами Приказа (Отв.на вопр.2) не менее чем одна заявка содержит предложение о поставке иностранных товаров, и не менее чем одна заявка содержит предложение товаров российского происхождения
1 УРЗ (победитель) только с отечественным	Порядок не применяется	(п. 2.) участникам, заявки которых содержат предложения о поставке товаров российского	Преференции не предоставляются	(Отв.на вопр.2) Преференции предоставляются: не менее чем одна заявка содержит предложение о поставке

Контрагент в контракте (победитель – 1, прочие участники – 2)	Приказ Минэкономразвития от 5 декабря 2008 г. N 427		Письмо Минэкономразвития и ФАС от 5 мая 2009 года	
	Действие	Описание и место нормы в документе	Действие	Описание и место нормы в документе
1 УРЗ (вне зависимости от страны происхождения товаров)	Порядок не применяется	(п. 5 «б») аукцион признан несостоявшимся, заказ размещается у единственного поставщика.	Преференции не предоставляются*	(Отв.на вопр.2, п. 4)) Преференции предоставляются, если более одного участника участвовали в аукционе
товаром. 2 УРЗ только с отечественным товаром		происхождения предоставляются преференции в следующем порядке: если содержится импортный товар – цена снижается (п. 4), не содержится импортный – не снижается		иностранных товаров, и не менее чем одна заявка содержит предложение товаров российского происхождения
1 УРЗ (победитель) только с импортным товаром. 2 УРЗ только с импортным товаром	Порядок не применяется	(п. 5 «в») в заявках на участие в конкурсе или аукционе не содержится предложений о поставке товаров российского происхождения	Преференции не предоставляются	(Отв.на вопр.2) участвовали только участники, заявки которых содержат предложения о поставке товаров, происходящих из иностранных государств (Отв.на вопр.2) Преференции предоставляются: не менее чем одна заявка содержит предложение о поставке иностранных товаров, и не менее чем одна заявка содержит предложение товаров российского происхождения
1 УРЗ (вне зависимости от страны происхождения товаров) – <u>уклонился</u> . 2 УРЗ с предложением, содержащим импортный товар	Ситуация не предусмотрена (Порядок не применяется)	(п. 4.) контракт с победителем аукциона заключается по цене, предложенной участником аукциона, сниженной на 15 процентов от предложенной цены. Порядок предусмотрен только в отношении победителя. В Законе (94-ФЗ) предпоследний участник победителем не считается	Цена контракта должна быть снижена на 15%	(Отв.на вопр.6) если контракт заключается с участником, который сделал предпоследнее предложение, цена государственного или муниципального контракта должна быть снижена на 15% от начальной (максимальной) цены контракта.

Немного о применении Приказа в отношении конкурсов

В нашей статье мы лишь вскользь коснулись вопросов применения Приказа при

проведении конкурса. При рассмотрении Приказа и его разъяснений в отношении конкурса мы не обнаружили серьезных разногласий и спорных формулировок. В ответах на вопросы конкретно о конкурсе, используются формулировки Приказа: «*порядок, предусмотренный приказом*», «*к цене контракта применения повышающий 15-процентный коэффициент*».

Единственное, что здесь необходимо отметить, это несоответствие разъяснений и Приказа, аналогичное тому, что мы уже отмечали в отношении аукциона. Это несоответствие касается столкновения формулировок: «**преференции не предоставляются в смешанном лоте**» и «**оценка производится с применением повышающего 15-процентного коэффициента в заявке, которая содержит иностранный товар**»

И еще одно небольшое замечание. Непонятно, откуда в разъяснении появилась норма, что «*в случае, если с учетом применения повышающего 15-процентного коэффициента цена, предложенная участником размещения заказа, превышает начальную (максимальную) цену государственного (муниципального контракта), то для целей оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе цена такого участника конкурса приравнивается к начальной (максимальной) цене контракта*» – ответ на вопрос 4 в совместном письме Минэкономразвития и ФАС от 5 мая 2009 года. В Приказе возможности такого «приравнивания» не предусмотрено.

А в целом, учитывая то, что государственный или муниципальный контракт с победителем конкурса заключается по цене, указанной в его заявке, и порядок, предусмотренный Приказом, применяется только для целей оценки и сопоставления заявок, применение приказа в отношении конкурса представляется нам несложным.

В заключении еще раз повторим нашу позицию, что «более обязателен к применению» Приказ, чем его разъяснения. Напомним читателю, что и сам Приказ, а правильное сказать, некоторые его нормы не безусловны, могут быть оспорены. В случае возникновения такого спора будем рады, если заказчику будет полезен раздел статьи «Точка зрения в отношении основных норм Приказа».

Надеемся, что информация, содержащаяся в статье, поможет разобраться специалистам в области государственного и муниципального заказа в проблемах применения приказа Минэкономразвития РФ от 5 декабря 2008 г. № 427. А в случае, если наша точка зрения кого-то смутит, или вызовет несогласие, мы рады будем принять возражения, противоположные мнения по адресу, указанному в журнале. Не исключено, что мы в чем-то заблуждаемся, – это лишь частное мнение по проблемам. Проблемам острым. Серьезным.

При всем том ... мы с вами вот уже девять месяцев применяем Приказ, а значит он вполне применяем. ... «**применим**» – поправит нас читатель, любящий язык русский...

А.Г. Кабанов, начальник отдела проведения конкурсов, управления муниципального заказа администрации г. Кирова

* Здесь и далее цитируемый текст выделен *курсивом*

* **Жирным шрифтом** в графах «Действие» в таблице выделено действие в отношении участника размещения заказа, выражаемое в обязанности снижать цену контракта на 15%.