Начало

Вопросы правоприменения Закона № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в последнее время все острее встают на повестке дня. Выясняется, что данный закон далек от совершенства, так как он по своей сути является очень поверхностным, а его реализация несет в себе коррупционные риски.

Курганское УФАС России на основании практики рассмотрения жалоб и обращений в рамках Федерального закона № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», определяет, что закупки у единственного поставщика в рамках данного Закона – обычное дело, а сам он не позволяет в полной мере обеспечить их прозрачность и предотвратить злоупотребления в этой сфере. Кроме того, при осуществлении закупок госкомпании устанавливают самые разнообразные требования, которые зачастую являются завышенными и неправомерными.

ФЗ-223 – это рамочный закон, определяющий лишь общие цели, принципы и основные положения корпоративных закупок. Данное положение приводит к злоупотреблению своим правом со стороны заказчиков и заключению договоров без проведения конкурентных процедур или к проведению «псевдоконкурентных процедур». Как следует из статистики, размещенной на официальном сайте госзакупок, доля закупок у единственного поставщика составляет 48,2%.

Однако благодаря институту административного обжалования неправомерных действий заказчиков антимонопольным органом сформирована хорошая административная практика, которая также заложена в основу законопроекта об изменениях в Законе № 223-ФЗ, внесенного недавно на рассмотрение Госдумы. Принятие данного законопроекта концептуально изменит ситуацию в лучшую сторону, ведь всем проще работать в формализованных и единых условиях.

Для того чтобы понять, как этот закон должен работать, необходимо обратиться к самой его сути, разобраться, для чего он предназначен. Федеральный закон № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» по сути является формализованным механизмом контроля государственного учредителя над заработанными деньгами. Его действие распространяется на государственные компании, учредителем и держателем более 50% акций которых является Российская Федерация.

Подобные организации участвуют в рыночной конкуренции и зарабатывают деньги. Закон № 223-ФЗ регулирует то, как подобные компании тратят заработанные на рынке средства, в отличие от ФЗ-44, регулирующего расходы средств бюджета. Таким образом, ФЗ-223 направлен на то, чтобы Российская Федерация, как собственник, понимала, каким образом и на что расходуются деньги, заработанные подконтрольными ей компаниями. Закон № 223-ФЗ в некоторой мере содействовал установлению информационной открытости государственного сектора экономики путем установления минимальных требований в указанной части, хоть как-то стимулировал государственные компании к снижению издержек при закупках путем введения конкурентных процедур. Потому нельзя утверждать, что он непрозрачен и не точен.

Государственные компании путем применения внутренних финансовых схем зачастую переводят средства, полученные от Российской Федерации, в заработанные средства, и затем разыгрывают их по Закону № 223-ФЗ вместо значительно более жесткого Закона № 44-ФЗ. Таким образом, причиной проблем являются не дефекты ФЗ-223, а вопросы внутренней финансовой организации государственных компаний.

Необходимо отметить, что для некоторых компаний, попадающих под действие ФЗ-223, существует достаточное количество рыночных стимулов для экономии издержек, а регламентация закупок ставит их в невыгодное положение. Более того, компании, которые работают с высокотехнологичными закупками, оказались в невыгодной ситуации – по сути, они обязаны планировать закупки инновационной продукции на 5 – 7 лет вперед, что физически невозможно. Помимо этого, есть и нормы, действительно проявившие себя как коррупциогенные, например положение о дополнительных требованиях к участникам торгов.

В этой связи многие заказчики используют подобные требования в качестве критериев оценки, например, настаивают на наличии различных лицензий, доверенностей, писем и таким образом отсекают конкурентов от «нужного» поставщика.

В настоящий момент в парламенте рассматривается законопроект, который вводит новый тип заказчиков, это будут юридические лица, занимающиеся реализацией инвестиционных проектов и получающих в силу этого господдержку. Они также будут утверждать положение о закупках и размещать его в информационной системе. Без этого они могут лишиться обещанной поддержки от государства. Предполагается также ужесточить требования к планированию закупок – в случае если закупки в плане отсутствуют, то заключить контракт будет невозможно.

**Гражданский кодекс активно включился в регулирование торгов по закупкам**

Серьезные изменения произошли в обязательственном праве. Они касаются изменения порядка организации и проведения торгов, банковской гарантии и последствий прекращения договоров.

Теперь «лицо, имеющее интерес в заключении договора» получает статус организатора торгов. Ранее статус организатора, согласно ГК РФ, мог иметь только собственник продукции, что препятствовало применению к торгам на закупку норм ГК о торгах в силу отсутствия права собственности на предмет торгов у заказчика.

Статьи 448 и 449 ГК РФ распространяются не только на торги по продаже, но и на торги по закупке, если иное не установлено законом или не следует из существа отношений. Но приоритет в торгах по закупкам перед нормами ГК РФ имеют нормы ФЗ-44.

В случае если договор заключен именно на торгах, то «победитель не вправе уступать права, переводить долг по обязательствам из заключенного на торгах договора». Таким образом, как по ГК РФ, так и по ФЗ-44 запрещается с момента вступления поправок в ГК РФ в силу, с июня 2015 года, уступать любые требования, в частности требования победителя по контракту, другому лицу, и такая уступка будет считаться нарушением ГК РФ.

Неоднозначное толкование следует из другого новшества закона, устанавливающего, что обязательства из заключенного только на торгах договора «должны быть исполнены победителем торгов лично, если иное не установлено в соответствии с законом». Данная формулировка, дабы не было ее интерпретации в смысле запрета привлечения соисполнителей (субподрядчиков), безусловно, заставляет участников закупок руководствоваться в подобных случаях нормами ФЗ-44, а не ГК.

Не надо забывать о тех случаях, когда нормы ГК РФ не применимы к торгам по госзакупкам. К ним относятся такие нормы, как «сумма задатка, внесенная победителем торгов, засчитывается в счет исполнения обязательств по договору», «победителем аукциона признается лицо, предложившее наибольшую цену», «организатор торгов вправе отказаться от проведения конкурса не позднее чем за 30 дней до проведения конкурса».

В отношении банковских гарантий ГК РФ предоставил банку право приостановить платеж до 7 дней в следующих случаях:

* обязательство поставщика по контракту недействительно;
* представленные документы недостоверны;
* заказчик принял исполнение от поставщика.

Также установлено, что заказчик обязан возместить убытки банку или поставщику, если документы по гарантии являлись недостоверными или требование являлось необоснованным.

**Жалоба, поданная с нарушением положений статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, не подлежит рассмотрению**

Суды трех инстанций установили нарушение порядка рассмотрения жалобы, поскольку жалоба не была подписана. У антимонопольного органа отсутствуют предусмотренные законом основания для назначения жалобы Участника закупки к рассмотрению по существу, поскольку жалоба представлена не в соответствии с частью 6 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

**Заказчик вправе определить в документации о закупке такие требования к качеству и потребительским свойствам товара, которые соответствуют потребностям заказчика с учетом специфики его деятельности**

Исходя из условий части 10 статьи 4 Закона о закупках, потребности заказчика являются определяющими при установлении требований к документации о закупках, что следует также из содержания части 1 статьи 1 Закона о закупках.

Исходя из смысла Закона о закупках, на Заказчике лежит обязанность включения в документацию конкурентных характеристик товара, позволяющих определить степень соответствия предлагаемого к поставке товара потребностям заказчика.

Заказчик вправе определить в документации о закупке такие требования к качеству и потребительским свойствам товара, которые соответствуют потребностям заказчика с учетом специфики его деятельности.

Обращаю внимание о необходимости четкого наименования документов, подтверждающих исполнение указанных требований.

Для исполнения требований по открытости и прозрачности оценочных критериев. Законом не предусмотрены конкретные критерии оценки и бальной системы ранжирования заявок на участие в торгах при закупке товаров, работ, услуг.

Например, если количество баллов за качество выполненных работ превышает количество баллов за цену договора – данный факт не свидетельствует о нарушении интересов участников, поскольку источником финансирования являются денежные средства самого предприятия, а не бюджета.

**Документация о закупке не может включать в себя условия (критерии), которые непосредственно не указаны в Положении о закупке. Положение не может содержать лишь основополагающие критерии, на основании которых применительно к каждой закупке разрабатывается документация по конкретной закупке (а60-12516/2014).**

Антимонопольным органом в действиях Заказчика установлены нарушения пунктов 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках, выразившееся в установлении в документации по открытому запросу предложений критериев оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, не предусмотренных Положением о закупке; в действиях закупочной комиссии Заказчика нарушения требований Положением о закупке; в действиях закупочной комиссии Заказчика выявлены нарушения требований Положения о закупке, выразившиеся в указании в протоколе заседания комиссии по вскрытию конвертов, поступивших на запрос предложений, иной цены контракта, чем предложил заявитель по жалобе. Выдано предписание об отмене протоколов, составленных в ходе размещения закупки, аннулировании запроса предложений, внесении изменений в Положение о закупке.

Судебная практика складывалась сложно. Первая инстанция оставила в силе, апелляция отменила, кассационный суд отменил решение апелляционного суда.

Согласно Закону о закупках, Положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способ закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В силу части 6 статьи 3 Закона о закупках, не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставлением заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования предъявляемые участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленном заказчиком, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Из содержания пунктов 12,13 части 10 статьи 3 Закона о закупках следует, что в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные Положением о закупке, в том числе критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Таким образом, документация о закупке не может включать в себя такие условия, которые непосредственно не указаны в Положении о закупке. Обратное может привести к произвольному определению требований, предъявляемых к участникам торгов и их заявкам и антиконкурентно повлиять на результат самих торгов.