

Вопрос 1. Организация закупок по нормам Закона 223-ФЗ.

Алгоритм действий заказчика при осуществлении закупки.

В соответствии с п. 10 Разъяснений ФАС России от 24.12.2012 № ИА/44025/12, предусмотренные положением о закупке стадии подготовки и проведения закупки должны содержать процедурные требования к совершению заказчиком следующих действий:

- разработка и размещение на официальном сайте плана закупки товаров, работ, услуг на срок не менее чем один год (ч. 2 ст. 4 Закона), за исключением закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции и лекарственных средств (ч. 3 ст. 4, ч. 2 и 9 ст. 8 Закона);

- выбор способа закупки (конкурс, аукцион или иной способ закупки), предусмотренный положением о закупке при наличии в таком положении порядка закупки указанным способом;

- разработка, утверждение и размещение на официальном сайте извещения и документации о проведении закупки, включающих в себя сведения, определенные ч. 5, 9, 10 ст. 4 Закона;

- размещение на официальном сайте изменений, вносимых в извещение, документацию о закупке, разъяснений документации о закупке (ч. 11 ст. 4 Закона);

- предоставление документации о закупке всем заинтересованным лицам (п. 6 ч. 9 ст. 4 Закона);

- предоставление разъяснений положений документации о закупке (ч. 11 ст. 4 Закона);

- прием заявок на участие в закупке (п. 8 ч. 10 ст. 4 Закона);

- оценка и сопоставление заявок на участие в закупке (п. 11 ч. 10 ст. 4 Закона);

- подписание договора с победителем закупки.

Комиссия по закупкам (или закупочная комиссия).

Комиссия по закупкам (или закупочная комиссия) - специально созданный заказчиком коллегиальный орган для принятия решений в рамках конкретных процедур закупок, главным из которых является выбор победителя для заключения с ним договора.

Основные цели, которые преследуют организаторы закупки при создании комиссии, - это обеспечение должного уровня конкуренции, объективности, прозрачности процедур закупок, справедливого и равного отношения ко всем участникам закупочных процедур и в то же время привлечение профильных специалистов к принятию решений о судьбе закупки.

Однако Закон № 223-ФЗ ничего не говорит о необходимости формирования комиссии при проведении закупок. Правомерно возникает вопрос: необходимо ли тогда ее создавать?

В п. 4 ст. 447 ГК РФ установлено, что выигравшим торги в форме конкурса признается «лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия».

Следовательно, при проведении конкурсов формирование конкурсной комиссии является обязанностью.

В случае выбора поставщика (подрядчика, исполнителя) другими способами (аукцион, запрос цен, запрос предложений, конкурентные переговоры) в целях соблюдения общих принципов Закона № 223-ФЗ (расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупках, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений, отсутствие дискриминации и др.) целесообразно часть функций возложить на комиссию. Вместе с тем также будет соответствовать Закону № 223-ФЗ проведение аукционов, запросов цен и других процедур закупок (кроме конкурса), в которых выполнение всех функций и принятие всех решений закреплено за самим заказчиком. В этом случае руководитель заказчика или уполномоченное им лицо будут принимать решения, описанные в настоящей статье как традиционные функции закупочной комиссии.

В остальном российском законодательстве (помимо ГК РФ и Закона № 223-ФЗ), как правило, при проведении торгов предусмотрено создание комиссии для выбора победителя.

Такая комиссия формируется, например, при осуществлении закупок в рамках Закона № 44-ФЗ, при проведении конкурсов и аукционов по сдаче государственного или муниципального имущества в аренду, при проведении аукционов на водопользование, лесных аукционов и др.

Анализ практики закупок по Закону № 223-ФЗ показывает, что ими также создаются закупочные комиссии (например, в отдельных организациях формируются закупочные комиссии 1-го уровня, закупочные комиссии 2-го уровня (уровни определяются в зависимости от уровня полномочий принятия решений по результатам закупок)).

Вопрос о необходимости создания комиссии (за исключением конкурса, когда наличие такой комиссии является обязательным) решается заказчиком при разработке и утверждении положения о закупке. Кроме этого, в организации может быть предусмотрен специальный локальный акт - положение о закупочной комиссии, в котором определяются конкретные цели и задачи такой комиссии, права, обязанности и ответственность членов комиссии, регламент ее работы, техническое обеспечение и иные вопросы деятельности комиссии.

Содержание положения о комиссии и порядок его утверждения регулируются положением о закупке. В зависимости от способов закупки могут формироваться отдельные комиссии, например: конкурсная, аукционная, комиссия по запросу цен, запросу предложений. В этом случае каждая из них выполняет свои функции только при осуществлении закупок соответствующим способом. При другом подходе создается единая

закупочная комиссия, которая выполняет свои обязанности при проведении любых видов закупок.

Комиссия может быть постоянно действующей, в том числе в рамках серии однотипных закупочных процедур, в рамках закупки продукции определенного вида или закупки на определенных рынках, а может быть создана для проведения отдельно взятой процедуры (например, для проведения сложного конкурса с предварительным квалификационным отбором или запроса предложений).

Как уже было отмечено, регламентация деятельности закупочных комиссий осуществляется организатором закупки, т.е. заказчиком. Ее создание оформляется приказом или распоряжением по организации, в котором указывается в том числе персональный состав комиссии и срок ее деятельности (в случае, если комиссия создается на определенный срок).

Для обеспечения беспристрастности закупок в организации нередко применяют ротацию членов комиссии, т.е. периодическое обновление состава через определенное время (раз в полгода, год и т.д.).

Особое внимание следует уделить компетентности членов комиссии. Закон № 223-ФЗ не устанавливает квалификационных требований, аналогичных тем, что предъявляются к членам комиссий при осуществлении закупок по Закону № 44-ФЗ. Однако представляется, что профессионализм членов комиссий в вопросах процедуры осуществления закупок, т.е. знаний норм Закона № 223-ФЗ и положения о закупке, а также наличие знаний по предмету закупки должны являться основными факторами при принятии решения об их назначении.

В большинстве закупочных комиссий количество членов составляет не менее трех - пяти человек. Конкретное требование к количественному составу определяется положением о комиссии, которым также устанавливаются условия правомочности ее работы, т.е. минимальное обязательное количество членов комиссии для принятия решения. Это может быть, например, половина, две трети или, значительно реже, весь состав комиссии. Закон № 223-ФЗ не устанавливает минимальных требований к количеству членов комиссии. Вместе с тем представляется, что их в любом случае должно быть не менее трех человек (иначе не выполняется принцип коллегиальности работы комиссии), из которых не менее двух человек должно присутствовать на заседании комиссии (в последнем случае заказчику приходится рассчитывать на полное единодушие членов комиссии, поскольку никакое решение не будет принято, если голоса разделятся).

При утверждении состава комиссии назначается председатель комиссии, который руководит ее деятельностью, могут быть определены его заместители. Председатель утверждает повестку заседания, руководит заседаниями комиссии, осуществляет контроль за исполнением принятых комиссией решений. В отсутствие председателя комиссии его функции выполняет заместитель. Кроме этого, в составе комиссии может быть назначен секретарь, который в этом случае помимо технических функций (уведомление о датах заседания комиссии, оформление протоколов и др.)

осуществляет и общие для всех членов комиссии обязанности. С другой стороны, секретарем комиссии может быть назначено лицо, не входящее в ее состав или входящее без права голоса.

Очень важно включить в состав комиссии специалистов в области предмета закупки, в том числе в вопросах технического регулирования закупаемой продукции (в случае, если законодательством установлены соответствующие требования к данному виду продукции).

Это необходимо как для рассмотрения предложений участников с целью принятия решения о допуске или об отказе в допуске к участию в закупке, так и при оценке поступивших заявок в целях выбора победителя (в случае, если выбор победителя производится по совокупности критериев, а не только по предложенной участниками закупки цене договора). Этой же цели можно достичь без включения в состав комиссии специалистов по профилю закупки путем привлечения к работе комиссии экспертов (внутренних и (или) внешних). Такие эксперты по поручению комиссии могут провести проверку поданных участниками закупки предложений, по итогам которой дать комиссии свои рекомендации по принятию решений.

В интересах обеспечения добросовестной конкуренции участников закупки, а также защиты прав учредителей и руководителей организации заказчика в состав закупочной комиссии не должны включаться лица, заинтересованные в определенном результате отбора, т.е. имеющие ту или иную связь с участниками данной закупки.

В случае обнаружения подобной заинтересованности целесообразно незамедлительно заменить соответствующего члена комиссии на иное лицо, отвечающее требованиям данного заказчика к членам комиссии и при этом лично не заинтересованного в результатах закупки.

В положение о закупочной комиссии рекомендуется включить обязанность членов комиссии незамедлительно уведомить председателя закупочной комиссии или лицо, его замещающее, о том, что возникла ситуация, имеющая признаки наличия возможной личной заинтересованности члена комиссии в результатах закупочной процедуры.

На практике дискуссионным является вопрос о целесообразности и возможности включения в состав закупочной комиссии работников заказчика, отвечающих за организацию закупочного процесса, в том числе привлекавшихся к разработке документации о закупке, в том числе в части технического задания (описания объекта закупки). С одной стороны, кто как не указанные специалисты лучше знают потребность заказчика и разбираются в особенностях закупаемой продукции. С другой стороны, это может повлечь за собой как минимум два следующих недостатка:

- разработка документации о закупке и ее применение сосредоточиваются в руках одних и тех же лиц, что может повлечь за собой злоупотребление ими своими должностными обязанностями в целях личной выгоды, что будет скрыто и трудно контролируемо учредителями и руководством заказчика;

- осознавая факт, что принятие решений о выборе победителя находится в их руках, специалисты, ответственные за составление документации о закупке, могут подойти к этому несколько поверхностно, поскольку свои ошибки или недоработки они могут «исправить» в ходе проведения процедуры закупки путем присвоения заявкам необоснованного количества баллов по субъективным критериям оценки.

Решать указанный вопрос, безусловно, заказчикам, для многих из которых на первом месте может стоять проблема недостаточности штатной численности для разделения функций подразделения по организации закупки и закупочной комиссии по выбору победителя.

В этой связи целесообразно напомнить, что членами комиссии могут быть как работники заказчика, так и сторонние лица, специально приглашенные для выполнения этой функции (сотрудники вышестоящей организации, учредители, эксперты в области предмета закупки и т.д.).

Основное назначение закупочной комиссии - это, конечно же, принятие решений, необходимых для осуществления выбора победителя при проведении процедур закупки, включая:

- рассмотрение заявок и подавших их участников закупки в целях принятия решения о признании заявки, поданной участником, и самого участника соответствующими требованиям закупочной документации или не соответствующими таким требованиям (т.е. о допуске к участию в закупке или об отказе в допуске к участию в закупке);

- проведение переговоров с участниками закупки (в случае, если такие действия предусмотрены порядком проведения той или иной закупки);

- оценка и сопоставление между собой предложений, поступивших от участников, допущенных к участию в закупке, в целях ранжирования таких предложений и выбора победителя процедуры закупки;

- проведение аукциона (торга) или присутствие при его проведении (в случае проведения аукциона не в электронной форме);

- признание процедуры закупки несостоявшейся.

Помимо перечисленных основных функций на комиссию может быть также возложено совершение следующих действий:

- оформление закупочных документов (извещение, документация);

- осуществление приема заявок на участие в закупках;

- работа с официальным сайтом;

- хранение документов, составленных в ходе закупки, и др.

Вместе с тем такие дополнительные обязанности было бы правильнее возложить на структурное подразделение заказчика, непосредственно обеспечивающее процесс закупок в организации.

Работа комиссии осуществляется на ее заседаниях. Комиссия, как правило, принимает решения путем открытого голосования. Каждый член комиссии имеет один голос. Решения принимаются большинством голосов членов комиссии, принявших участие в заседании.

Проблемы возникают при равенстве голосов. На практике в этом случае принимается решение, за которое проголосовал председатель

комиссии или его заместитель, председательствующий на заседании. Избежать подобной ситуации поможет проведение голосования при нечетном числе присутствующих членов комиссии.

Может ли член комиссии присутствовать на заседании, но в принятии решения не участвовать, а воздержаться? Представляется, что комиссия специально создается для принятия решений в ходе процедуры закупки, на членов комиссии возлагаются определенные обязанности по рассмотрению заявок, выбору победителя, следовательно, отсутствие позиции у члена комиссии («воздержался») является невыполнением им своих функций. Поэтому в положении о комиссии рекомендуется отдельно закрепить, что присутствующий на заседании член комиссии должен принять решение и не может воздержаться.

Решения комиссии оформляются протоколами: протоколы составляются и оформляются в соответствии с положением о закупке и размещаются на официальном сайте в течение трех дней после их подписания. Помимо этого на заседаниях комиссии может вестись аудио- и видеозапись.

Каждый член закупочной комиссии, как правило, несет персональную ответственность за принятое им решение, если иное не установлено в положении о закупке или в положении о комиссии. В случае выявления фактов нарушения членами комиссии требований законодательства, положения о закупках, положения о комиссии, закупочной документации и других обязательных документов к нарушителям могут быть применены меры дисциплинарной, гражданско-правовой, административной, уголовной ответственности.

Стандарт осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц (утвержден ФАС России).

Стандарт осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц, утвержденный ФАС, включает предложения по оптимизации и унификации закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц, которые могут быть использованы при утверждении положения о закупке.

Этим Стандартом рекомендовано, в частности, установление в положении о закупке запрета, а также иных нормативных актах заказчика:

1) запрета на координацию деятельности участников закупок, ведение переговоров, не предусмотренных положением о закупке, нарушение конфиденциальности сведений, содержащихся в заявках, предложениях участников закупки;

2) требования об отсутствии у лиц, принимающих значимые решения при проведении закупок (сотрудники заказчика, организатора закупок, инициатора закупок, члены комиссий, личной или иной заинтересованности в результате проведенной закупки, в частности:

- в случае, если заказчиком привлечены к проведению экспертной оценки документации и заявок на участие в закупке, сторонние «внешние»

эксперты, такие лица должны быть независимыми и не могут являться Сотрудниками заказчика, в том числе осуществляющими выбор победителя закупки;

- Сотрудники заказчика не должны быть лично заинтересованы в результатах проводимой закупки, в том числе физические лица, подавшие заявки на участие в такой закупке или состоящие в штате организаций, подавших данные заявки, либо физические лица, на которых способны оказать влияние участники закупки (в том числе физические лица, являющиеся участниками (акционерами) этих организаций, членами их органов управления, кредиторами указанных участников закупки), либо физические лица, состоящие в браке с руководителем участника закупки, либо являющиеся близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами), усыновителями руководителя или усыновленными руководителем участника закупки.

С целью достижения объективного результата проведения закупки целесообразно определить в качестве оператора электронной площадки лицо, независимое от заказчика.

Стандарт осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц, утвержденный ФАС, содержит положения об экономических механизмах, применяемых в целях защиты заказчика от недобросовестных участников закупок:

1. Установление обеспечения заявки на участие в закупке. Закон о закупках не содержит специальных положений, регламентирующих обязанность и сроки, порядок представления участником закупки обеспечения заявки на участие в закупке. Вместе с тем представляется целесообразным установление в положении о закупке случаев предоставления участником закупки обеспечения заявки на участие в закупке, условий его предоставления, возврата и удержания, в том числе допустимых форм, конкретного размера и срока действия обеспечения заявки на участие в закупке. При этом целесообразно исходить из того, что сроки обеспечения заявки на участие в закупке не должны превышать сроки проведения закупочной процедуры, размер должен быть сопоставим с предметом договора и начальной (максимальной) ценой договора, форма предоставления обеспечения заявки не может приводить к недопущению, ограничению или устранению конкуренции не только среди участников закупок, но и на соответствующем рынке, например, на рынке банковских услуг.

При установлении сроков и порядка возврата обеспечения заявки на участие в закупке целесообразно исходить из принципа разумности срока нахождения денежных средств участника закупки у заказчика. Указанные сведения должны содержаться также и в документации о закупке. Кроме того, с целью сокращения злоупотреблений со стороны участников закупок в положении о закупке рекомендуется конкретизировать случаи удержания

представленного участником закупки обеспечения заявки, связанные с его недобросовестным поведением, например, виновным уклонением от заключения договора.

2. Установление обеспечения исполнения договора. Закон о закупках не содержит специальных положений, регламентирующих обязанность и сроки, порядок предоставления участником закупки обеспечения исполнения договора. Вместе с тем, представляется целесообразным установление в положении о закупке случаев предоставления участником закупки обеспечения исполнения договора, условий его предоставления, возврата и удержания, в том числе допустимых форм, конкретного размера и срока действия такого обеспечения. При этом, сроки обеспечения исполнения договора целесообразно устанавливать исходя из срока действия договора, в том числе с учетом гарантийных обязательств, предусмотренных по договору. При установлении размера обеспечения исполнения договора заказчику целесообразно учитывать также предмет договора и его цену.

С целью сокращения злоупотреблений со стороны недобросовестных поставщиков, в случае, если проектом договора предусмотрена возможность выплаты аванса, целесообразно устанавливать размер обеспечения менее суммы авансирования. При этом сумму выплачиваемого аванса и сумму обеспечения исполнения договора рекомендуется указывать в проекте договора в виде конкретных величин. Кроме того, с целью предупреждения и пресечения недопущения, ограничения и устранения конкуренции, а также соблюдения положений Закона о защите конкуренции, в том числе на рынке финансовых услуг, заказчиком рекомендуется избегать указания в положении и документации о закупке перечня конкретных банков, поручителей, обеспечивающих исполнение договора. Такое положение документации о закупке не позволяет в полной мере оценить обоснованность предъявляемых требований заказчиком к представляемым участником закупок документам, а также прозрачности проводимой закупки. Вместе с тем, для повышения качества исполнения договора целесообразно устанавливать требования к гаранту, поручителю, свидетельствующие о его надежности и соотносимые с объемом обеспечиваемых обязательств, например, опыт работы на рынке, минимально занимаемое место в рейтинге, присваиваемое рейтинговыми агентствами. При установлении сроков и порядка возврата обеспечения исполнения договора также целесообразно исходить из принципа разумности срока нахождения денежных средств участника закупки у заказчика. Для достижения одной из целей обеспечения исполнения договора, а именно недопущения недобросовестных поставщиков до участия в закупке, в положении о закупке, документации о закупке заказчику целесообразно конкретизировать случаи удержания представленного участником закупки обеспечения исполнения договора, определив перечень условий договора, неисполнение которых ведет к удержанию обеспечения исполнения договора. Для упрощения процедуры удержания обеспечения исполнения договора целесообразно установить случаи неисполнения поставщиком денежных обязательств (неуплата

неустойки). В случае частичного исполнения договора положением о закупке также рекомендуется предоставить поставщику право заменить обеспечение исполнения договора на обеспечение, размер которого уменьшен на сумму выполненных обязательств по договору, взамен ранее предоставленного. При этом заказчику не следует ограничивать право поставщика на изменение способа обеспечения исполнения договора, предусмотренного положением о закупке.

В Письме Минэкономразвития России от 30.10.2015 № Д28и-3157 отмечено, что договором может быть предусмотрена обязанность соответствующей стороны дополнительно внести или частично возратить обеспечительный платеж при наступлении определенных обстоятельств. Таким образом, учитывая, что гражданским законодательством определены способы обеспечения исполнения обязательств и перечень способов обеспечения исполнения обязательства согласно пункту 1 статьи 329 ГК РФ не является исчерпывающим, то не исключается возможность обеспечения исполнения обязательств обеспечительным платежом.

3. Установление в положении о закупке или типовой документации о закупке, типовом договоре размера и порядка взыскания неустойки, порядка приемки товаров, работ, услуг по договору. Законом о закупках не установлены случаи, порядок взыскания неустойки, а также порядок приемки товаров, работ, услуг по договору. Вместе с тем, установление в положении о закупке или типовой документации о закупке, типовом договоре порядка взыскания неустойки и приемки товаров, работ, услуг по договору позволяет сформировать единообразную практику привлечения заказчиком поставщика к гражданско-правовой ответственности и реализовать принцип неотвратимости наказания недобросовестного поставщика за неисполнение им условий договора. При этом с целью эффективного исполнения договора целесообразно установить в проекте договора:

- перечень обязательств, неисполнение или ненадлежащее исполнение которых влечет взыскание неустойки, размер неустойки в зависимости от неисполненного, не надлежаще исполненного обязательства, порядок взыскания неустойки;

- порядок и сроки приемки товаров, работ, услуг по договору, в том числе порядок взаимодействия сторон по договору.

4. Антидемпинговые меры. С целью полного и своевременного удовлетворения потребностей заказчика в товарах, работах, услугах с надлежащей ценой, качеством и надежностью, заказчик вправе применять механизмы, позволяющие препятствовать возможным проявлениям злоупотреблений со стороны недобросовестных поставщиков (исполнителей, подрядчиков), а именно установить в положении о закупке возможность применения антидемпинговых мер. В случае установления заказчиком в положении о закупке применения антидемпинговых мер рекомендуется раскрыть содержание таких мер, а также предусмотреть случаи и порядок их

применения. При этом, при проведении закупки антидемпинговые меры должны применяться в равной степени ко всем участникам закупок.