

НЕТОРГОВЫЕ ЗАКУПКИ: ОГРАНИЧЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ ИЛИ ПУТЬ К ЭФФЕКТИВНОСТИ?



**КАЗАНЦЕВ
Дмитрий Александрович,**

к.ю.н., начальник отдела правовой экспертизы
B2B-Center

Зачем нужны запросы котировок и запросы предложений, если можно обойтись старыми добрыми конкурсами и аукционами? Не являются ли неторговые закупки всего лишь «ширмой» для того, чтобы протаскать своего поставщика в обход норм торгов, стоящих незыблемой крепостью на страже честной конкуренции? И чем вообще регулируются эти непонятные неторговые закупки?

Ни для кого не секрет, что сегодня заказчики, работающие по Закону № 223-ФЗ, почти две трети своих закупок проводят некими «иными способами». Этим иным способом несть числа — счет возможным вариантам идет на сотни, и среди них попадаются весьма экзотические процедуры. Почти всё это разновидности т.н. «неторговых закупок», т.е. закупок, не являющихся торгами в смысле ст. 447 ГК РФ. И эта экзотика оценивается контролерами как способ под благовидным предлогом псевдоконкурентной закупки провести процедуру, победитель которой заранее известен заказчику.

Сложно не согласиться с тем, что лучшим способом «замаскировать» прямую закупку под видом псевдоконкурентной будет изобретение экзотических способов из серии «гештальт-исследование рыночного поведения поставщиков». Однако все же преувеличением кажется приравнивать к таким махинациям использование всякого способа закупки, не упомянутого в Законе № 94-ФЗ.

РАВНЕНИЕ НА ЗАКОН № 94-ФЗ?

Почему вспоминается именно Закон № 94-ФЗ? Дело в том, что сегодня в ЕИС способы закупок, проводимых по Закону № 223-ФЗ, классифицируются следующим образом: «открытый конкурс», «открытый аукцион в электронной форме», «открытый аукцион», «запрос котировок» либо «закупка у единственного поставщика». В этом закрытом наборе из пяти вариантов без труда угадывается перечень способов закупок в том виде, в котором он существовал в Законе № 94-ФЗ на момент его отмены.

Неудивительно, что почти две трети закупок, проводимых по Закону № 223-ФЗ, были в 2016 году отклассифицированы ЕИС как «другие способы закупок», а на долю поименованных в Законе № 94-ФЗ способов пришлось суммарно лишь чуть более 6 % закупок. В «другие способы» при этом попали не только конкурсы с переторжкой и аукционы с предквалификацией, но и такие вроде бы легализованные Законом № 44-ФЗ способы закупок, как двухэтапный конкурс и запрос предложений. Разумеется, там же, в «других спо-

собах» стоит искать все неторговые, хотя и вполне конкурентные способы закупки, название которых отличается от словосочетания «запрос котировок». Собственно, если идентичный по своему статусу запросу котировок способ выбора поставщика назван заказчиком по образцу Договора ЕАЭС запросом ценовых предложений, то он тоже попадет в раздел «другие закупки».

Все ли они являются заведомо неконкурентными?

НЕТОРГОВЫЕ СПОСОБЫ И КОНКУРЕНЦИЯ В ЗАКУПКЕ

Проблема не в неторговых закупках как таковых, а в архаичном или заведомо недобросовестном использовании отдельными заказчиками неторгового инструментария. Однако от недобросовестного заказчика не застрахованы и торги — и решение здесь не в ограничении закупочного инструментария, а в превентивности контроля и неотвратимости наказания.

Но если мы говорим не о злом умысле, то именно неумение пользоваться современными инструментами выхолащивает саму суть неторговой конкурентной закупки. И, прежде всего, речь идет о неумении или нежелании пользоваться современными электронными технологиями, облегчающими доступ поставщиков к закупкам, стимулирующим конкуренцию при их проведении, и повышающими шанс оперативного выявления злоупотреблений со стороны недобросовестных участников. Представляется, что использование современных прозрачных электронных неторговых способов куда лучше, чем их тотальный запрет.

Если говорить собственно об электронных неторговых закупках, то, например, на крупнейшей из числа специализирующихся на Законе № 223-ФЗ площадке (B2B-Center) в 2016 году в каждой неторговой процедуре в среднем участвовали трое поставщиков, что вполне позволяет признать ее конкурентной. Что до эффективности, то даже если использовать такой простейший способ ее измерения, как снижение начальной (максимальной) цены контракта по результатам закупки, то опять же в рамках неторговых электронных закупок на той же площадке в 2016 году размер такого снижения приближался к 12 % — показатель, которого, по данным ЕИС, в том же году не удалось достичь государственным и муниципальным заказчикам ни в одном регионе за пределами Крыма.

СОДЕРЖАНИЕ И ЗНАЧЕНИЕ НЕТОРГОВОЙ ЗАКУПКИ

Не только стремление отдельных заказчиков нивелировать конкуренцию в неторговой закупке мо-



жет вызвать подозрение. Случается, что заказчики берут от неторговой закупки одно название, стремясь тем самым минимизировать свои обязанности, в т. ч. обязанности по заключению договора. Но если во всем остальном такая закупка неотличима от торгов, то справедлива и ее классификация именно в качестве торговой закупки.

Как справедливо указано в Решении Московского УФАС России от 18.04.2016 г. по делу № 1-00-665/77-16, «торгами могут быть признаны процедуры, по своей правовой природе отвечающие определению «аукцион» или «конкурс», вне зависимости от того, какое наименование присвоено им». Аналогичная мысль выражена и в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 07.07.2016 г. по делу № А40-163328/15: «Процедура соответствует понятию «торги» в контексте гражданского и антимонопольного законодательства <...> Иное наименование, присвоенное... процедуре, не может повлиять на существо... правоотношений..., которое стороны, добросовестно пользующиеся своими правами..., относятся... к сфере гражданского законодательства, регламентирующего торги». Этот же подход еще

раньше использовался в Решении ФАС России от 16.01.2014 г. по делу № 1-17-282/00-05-13: «Условия Запроса предложений соответствуют признакам открытого конкурса, указанным в... ГК РФ. <...> Учитывая изложенное..., процедура Запроса предложений, установленная Закупочной документацией..., соответствует признакам открытого конкурса и является одним из видов торгов. ... Не принимаются во внимание положения... документации..., содержащие оговорку о том, что процедура запроса предложений не является конкурсом либо редукционным, и ее проведение не регулируется статьями 447-449 ГК РФ. ... Конкретное правоотношение регулируется нормами права, которые предусмотрены для данного правоотношения вне зависимости от того, как лицо называет это правоотношение. В соответствии с частью 1 статьи 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают... из действий..., которые хотя и не предусмотрены законом..., но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности».

Итак, «конкретное правоотношение регулируется нормами права, которые предусмотрены

для данного правоотношения вне зависимости от того, как лицо называет это правоотношение», а «наименование, присвоенное процедуре, не может повлиять на существо правоотношений» — и это бесспорно. Нельзя не согласиться с тем, что суть закупочной процедуры определяется именно комплексом прав и обязанностей ее участников. Перефразируя приписываемую Юстиниану формулу, способ закупки определяют не использованные для его названия слова, а его содержание и значение.

Но максималистское толкование этих выводов может привести к полному отрицанию правового бытия неторговых способов закупки. Очень соблазнительным кажется свести все возможные процедуры выбора победителя к конкурсу либо аукциону. Вот только тогда за бортом этой предельно простой системы оказываются прямо предусмотренные Законом № 44-ФЗ и Договором ЕАЭС запросы предложений и запросы котировок.

Решение проблемы — в содержательном отделении инструментария торгов от инструментария неторговых, но оттого не менее конкурентных закупок. Классическим является восприятие запроса предложений как «упрощенного конкурса», а запроса котировок — как «упрощенного аукциона». Но на практике такую характеристику приходится признать устаревшей — современные запросы котировок и запросы предложений сочетают в себе достоинства обоих торговых способов и имеют свою определенную область эффективного применения.

Так, запрос котировок нужен для оперативной закупки типовых товаров, требования к которым легко сформулировать и при сравнении которых можно ограничиться ценой. Это и в самом деле роднит запрос котировок с аукционом. Но вот для его оперативности даже Законом № 44-ФЗ предусмотрена однократная подача цены и одномоментное же вскрытие конвертов с заявками — а это уже технологии классического конкурса. Невозможность, в отличие от аукциона, изменить цену в режиме реального времени, ориентируясь на «падение» конкурентов, подчас стимулирует поставщиков сразу давать наиболее привлекательное ценовое предложение.

Запрос предложений, реализуемый в электронной форме, близок к конкурсу многокритериальным сравнением заявок, при котором баллы присваиваются не только за предложенную поставщиком цену, но и за срок поставки, отсрочку платежа, гарантию и т.п. При этом важно подчеркнуть: в прозрачном запросе предложений, как и в прозрачном конкурсе, «неценовой» критерий не является синонимом критерия «неизмеряемого». Если порядок присвоения баллов по каждому критерию заранее опубликован в закупочной документации,

равно как и удельный вес каждого из критериев, то цифровое выражение всех без исключений параметров сравнения становится делом техники. Техники в буквальном смысле слова: программно-аппаратный комплекс ЭТП способен моментально сопоставлять не только цены, но и все остальные данные, выраженные цифрами. Это, в свою очередь, делает доступным online-соревнование при проведении электронного запроса котировок — точно так же, как это происходит в рамках электронного аукциона. Только вместо одного поля «цена» участник закупки может заполнить несколько различных полей, формируя свое индивидуальное предложение.

Итак, неторговые способы закупок нужны для оперативного проведения именно конкурентной процедуры с использованием механизмов соревнования, выходящих за рамки классических торгов. Иными словами, неторговые закупки в руках добросовестного заказчика имеют целью не ограничение конкуренции, а именно ее обеспечение — в противном случае, отказываясь от торгов как от длительной по времени и неэффективной для закупки данной продукции процедуры, заказчику было бы проще провести прямую закупку. Но именно для обеспечения соревнования по открытым правилам проводится конкурентная процедура, позволяющая выбрать лучшего поставщика с использованием инструментария, пусть и не укладывающегося в рамки торгов, но зато учитывающего специфику поставки данной конкретной продукции.

Такое понимание отнюдь не противоречит действующему законодательству. Российская правовая система включает в число конкурентных способов закупок и торговые, и неторговые способы, не смешивая одни с другими. И необходимо признать справедливым суждение, сформулированное в письме Минэкономразвития России от 11.09.2015 г. № Д28и-2687: «Согласно новой редакции пункта 4 статьи 447 ГК РФ торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом. Законом № 223-ФЗ не предусмотрено иных форм проведения торгов. Таким образом, по мнению Департамента, проведение запроса предложений и запроса котировок не является проведением торгов в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации». Еще до того на аналогичной верной интерпретации гражданско-правовых норм базировалось Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2014 г. № 15АП-1481/2014, а еще до того — Решение ФАС России от 15.01.2013 г. по делу № Т-47/12.

Строго говоря, сегодня слова «иная форма» может быть отнесена лишь к сфере реализации имущества должников, в которой торгами прямо

именуется процедура публичного предложения о продаже имущества должника. В этом смысле добавленная в 2015 году в Гражданский кодекс новелла о возможности проведения торгов «в иной форме, предусмотренной законом» сняла терминологическое противоречие между ГК РФ и законодательством о банкротстве, однако при этом отнюдь не распространила статус торгов на все возможные конкурентные способы выбора победителя.

Но, понимая обособленность правового статуса торговых и неторговых конкурентных процедур, тем более важно избежать нигилизма и уяснить, по крайней мере, базовую систему взаимных прав и обязанностей, присущих второму типу процедур в силу их правовой природы.

ВОПРОСЫ ДОГОВОРНЫЕ

Распространенным является убеждение в том, что заказчик, объявивший неторговую закупку, в любой момент может отказаться от заключения договора с победителем. Это принимается аксиоматически и становится основанием для критики неторговых закупок как процедур, по итогам которых, образно говоря, поставщик ни на что не имеет права. А значит, необходимо подробнее разобраться в вопросе о том, действительно ли неторговые закупки подразумевают столь очевидный «перекосяк» баланса прав и обязанностей в пользу поставщика.

Мнение о праве заказчика отказаться от заключения договора с победителем неторговой закупки является частным случаем и логическим продолжением тезиса о том, что заказчик в принципе вправе отказаться от такой закупки на любом этапе без объяснения причин. Это право заказчика подтверждено, например, постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 08.12.2014 г. № Ф06-17789/2013 и решением Санкт-Петербургского УФАС России от 25.05.2016 г. по делу № Т 02-301/16.

Однако некоторые судебные и антимонопольные органы сомневаются в том, что такое право заказчика не является нарушением базовых антимонопольных норм. Так, например, Татарстанское УФАС в Решении от 27.01.2016 г. по делу № Т 04-37/2016, оценивая положение о закупках заказчика, констатирует следующее: «Пунктами... положения о закупке... установлено, что заказчик вправе принять решение об отказе от проведения запроса предложений, запроса котировок, конкурентных переговоров, предварительного квалификационного отбора в любое время <...>, что противоречит основному принципу законодательства о закупках, а именно целевому и экономически эффективному расходованию денежных

средств на приобретение товаров, работ, услуг, и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика. ...Вышеуказанные действия... могут привести к необоснованному ограничению числа потенциальных участников данной закупки». Такое необоснованное ограничение, в свою очередь, было признано УФАС нарушением ч. 1 ст. 17 Закона «О защите конкуренции». Схожая позиция содержится, например, в решениях того же УФАС от 25.04.2014 г. по жалобе № Т 04-79/2014, от 19.08.2014 г. по жалобе № Т 04-147/2014, от 23.10.2014 г. по жалобе № Т 04-189/2014 и от 05.06.2015 г. по жалобе № Т 04-120/2015. По сути же процитированная аргументация представляет собой резюме постановлений Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.05.2016 г. № 13АП-6290/2016, Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 30.10.2015 г. № Ф01-4501/2015 и Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.06.2014 г. № 11АП-6979/2014.

При этом если в общем вопросе о возможности отказа от проведения закупки правоприменители ссылаются на риск нарушения антимонопольных норм, то в частном вопросе о возможности отказа от заключения договора с победителем фактически обуславливают такое право лишь наличием соответствующей оговорки в положении о закупках заказчика. Иными словами, если заказчик предусмотрел в положении о закупках свое право отказаться от заключения договора с уже объявленным победителем, то такой отказ считается правомерным. В идеале стоит сформулировать перечень оснований для такого отказа (по аналогии с перечнем оснований для проведения прямой закупки), сослаться на него в закупочной документации и указать конкретный пункт этого перечня в протоколе об отказе закупки — при соблюдении этих условий отказ от договора с победителем в большинстве случаев признается бесспорным.

Так, на эту логику фактически опираются постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.12.2014 г. № Ф09-8172/14, решения Якутского УФАС от 30.01.2013 г. по делу № 02-01-18.1/13, Санкт-Петербургского УФАС от 06.08.2013 г. № Т 03-194/13, от 04.08.2014 г. по жалобе № Т 02-310/14, от 05.02.2015 г. по жалобе № Т 02-35/15, от 28.08.2015 г. по жалобе № Т 02-437/15, от 18.01.2016 г. по жалобе № Т 02-40/16, от 19.07.2016 г. по жалобе № Т 02-437/16, Московского УФАС от 15.04.2015 г. по делу № 1-00-578/77-15, наконец, Московского областного УФАС от 29.02.2016 г. № 07-32-1205эп/16.

Эта же логика следует из постановлений Арбитражного суда Московского округа от 01.10.2015 г. № Ф05-12371/2015, Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.09.2016 г. № 11АП-11218/2016.

Даже письма Минэкономразвития России от 07.10.2015 г. № Д28и-3020 и от 25.04.2016 г. № Д28и-1013 подтверждают правомерность такого подхода.

Однако в правоприменительной практике вышеизложенная позиция не является единственной. Так, в решении Московского УФАС от 08.07.2015 г. по делу № 1-00-1072/77-15 отражается недопустимость отказа заказчика от заключения договора с победителем закупки, даже если эта закупка проводится неторговым способом. Антимонопольный орган обосновывает это следующими рассуждениями: «При проведении конкурентного отбора... является недопустимым наличие у одного субъекта исключительно прав, у другого — исключительно обязанностей. <...> ...В случае уклонения... от заключения договора... участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. В то же время Заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора... без... какой-либо ответственности. Согласно части 4 статьи 447 ГК РФ торги... проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом. <...> Из положений... не следует, что при проведении торгов в иной, помимо конкурса и аукцио-

на, форме у организатора отпадает обязанность по заключению договора...». Эта позиция ранее была отражена в решениях Московского УФАС от 07.07.2015 г. по делу № 1-00-1021/77-15 и Татарстанского УФАС России от 11.03.2014 г. по жалобе № Т 04-44/2014. И именно эта вторая позиция представляется более последовательной как с точки зрения целостности национальной правовой системы и антимонопольного регулирования конкурентных соревнований, так и с точки зрения правовой природы самих неторговых процедур. Однако в процитированном выше решении в качестве аргументов использовалось прежде всего толкование базовых принципов права, что верно, но само по себе недостаточно, поскольку в этом случае верный вывод кажется найденным скорее интуитивно. Между тем в Гражданском кодексе содержатся нормы, позволяющие подтвердить те же выводы дополнительными правовыми аргументами.

ПРАВОВАЯ ИНСТРУКЦИЯ ИЛИ ПРАВОВАЯ КОНСТРУКЦИЯ?

Для начала необходимо констатировать тот факт, что коммерческие отношения на территории Рос-





сии между резидентами России по умолчанию происходят в российском же правовом поле. А значит на вопрос: «Каким законом регулируются ваши отношения?» — не может быть ответа: «Никаким». И если заказчик указал, что проводимая им закупка не регулируется статьями 447–449 Гражданского кодекса, это означает, что она все равно регулируется Гражданским кодексом, пусть и другими его статьями.

Другое дело, что далеко не всегда регулирование это опирается на прописанные в законе инструкции, как в случае с контрактной системой. Реальные хозяйственные взаимоотношения настолько сложны и многообразны, что составить для каждой ситуации инструкцию невозможно, да и не нужно. А потому гораздо чаще нормативное регулирование отношений опирается не на инструкции, а на гражданско-правовые конструкции. И это важно иметь в виду для анализа изложенной ниже логики.

Неторговые способы закупок и в самом деле не поименованы в статьях 447–449 Гражданского кодекса. Но при этом цель любой закупки — это заключение договора. Это обстоятельство делает уместным применение и к торговым, и к неторго-

вым закупкам норм главы 28 ГК РФ «Заключение договора». Те самые статьи 447–449 включены именно в эту главу, что логично, поскольку они по сути описывают специфику заключения договора на торгах. Но столь же логичным представляется и то, что нормы о заключении договора за пределами торгов нужно искать все в той же главе 28, только за пределами статей 447–449.

Здесь же уместно вспомнить о том, что любая конкурентная закупка, пусть даже неторговая, подразумевает публикацию закупочной документации, прием заявок и объявление победителя. Публикация может быть в открытых источниках или, напротив, для ограниченного круга лиц; заявка может включать в себя целый пакет документов и разбиваться на документацию ПКО и собственно коммерческое предложение, а может сводиться к указанию цены в специальном поле электронной площадки; победитель может фиксироваться в итоговом протоколе, а может именоваться в индивидуальном сообщении... За пределами Законов № 44-ФЗ и № 223-ФЗ возможны различные варианты, но при проведении конкурентной закупки неизменно встречается эта последовательность ключевых действий: объяв-

ление условий — получение предложений — выбор победителя.

По своей правовой природе первый из этих шагов вполне соответствует определенному в ст. 437 ГК РФ приглашению делать оферты. Ведь при проведении открытой закупки извещение о ней, равно как и закупочная документация, — это именно адресованное неопределенному кругу лиц предложение присылать свои заявки в порядке и по форме, которые определены закупочной документацией.

В свою очередь, предложение участника закупки по своей правовой природе является разновидностью оферты. В ст. 435 ГК РФ к офертам относится в т. ч. «адресованное конкретному лицу предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение». Эти же признаки в полной мере относятся и к заявке участника закупки.

Несколько сложнее обстоит дело с требованием Гражданского кодекса о том, что «оферта должна содержать существенные условия договора» — ведь на практике в чисто коммерческом запросе котировок заявка участника может ограничиваться документами поставщика и его предложением о цене, в то время как все остальные существенные условия договора уже опубликованы в закупочной документации заказчика. Однако здесь стоит вспомнить о том, что поставщик, направляя заявку на участие в закупке, тем самым подтверждает свое ознакомление и согласие с условиями закупочной документации. В том числе и с содержащимися в ней существенными условиями договора. Таким образом, предложение участника закупки, направляемое организатору, по своему содержанию состоит из согласия участника с существенными условиями договора, сформулированными в закупочной документации, и оставшихся существенных условий будущего договора, сформулированных в заявке самим поставщиком. В этом смысле именно из заявки участника следует полный набор тех условий, на которых может быть заключен договор в случае выбора его победителем.

При проведении конкурентной закупки порядок выбора победителя составляет, наряду с предметом закупки, ключевое содержание приглашения делать оферты. А сам выбор победителя, независимо от формы его фиксации, в гражданско-правовом смысле представляет собой не что иное, как акцепт оферты в смысле ст. 438 Гражданского кодекса.

Иными словами, тот факт, что лишь в Законе № 44-ФЗ прямо предусмотрена обязанность заказчика заключать договор с победителем закупки, не снимает аналогичной обязанности с за-

казчиков, проводящих конкурентную неторговую процедуру, но при этом не являющихся субъектами контрактной системы. Специфика регулирования неторговых закупок в Законе № 44-ФЗ заключается лишь в том, что среди оснований признания такой закупки несостоявшейся в этом Законе прямо указано наличие менее двух заявок, соответствующих требованиям закупочной документации. За пределами контрактной системы законодательством, в т. ч. Гражданским кодексом, не предусмотрено подобного требования — а значит, поставщик, представивший в рамках конкурентной неторговой закупки единственную заявку, соответствующую требованиям закупочной документации, может быть признан победителем этой конкурентной закупки (если, конечно, заказчик собственным положением о закупках не лишил сам себя такого права).

ЭФФЕКТИВНОСТЬ В МНОГООБРАЗИИ

Итак, неторговую конкурентную закупку можно охарактеризовать как метод соревнования поставщиков по прозрачным правилам с целью заключения с заказчиком договора на поставку товара (выполнение работ, оказание услуг). Соревнование это может проводиться оперативнее классических торгов — главное, чтобы время, отведенное на подачу заявок, позволяло участникам ознакомиться с закупочной документацией, собрать указанные в ней документы и составить заявку по указанной в этой же документации форме. Правила такого соревнования могут отличаться от методологии конкурса и аукциона, а могут и сочетать достоинства каждого из них, но в любом случае должны предусматривать применение прозрачных и заранее опубликованных критериев для выбора победителя. Сам же выбор победителя является по своей правовой природе действием заказчика по акцепту оферты, представленной лучшим из участников. Этот акцепт является моментом возникновения между ними взаимных обязательств, изменение которых возможно лишь на основании двустороннего соглашения заказчика и поставщика (а в рамках регулируемых закупок еще и подлежат обязательной регистрации в ЕИС). Иными словами, с момента объявления победителя ни заказчик не может отказаться от оплаты, ни поставщик не может отказаться от предложенных им условий поставки. Электронная же форма такой неторговой закупки должна минимизировать риски нарушения ее конкурентной природы.

Понимание этих базовых тезисов поможет не бояться всего того, что отличается от конкурса и аукциона, а учиться эффективно использовать различные современные инструменты конкурентных закупок. ■