

Статья 3. Принципы и основные положения закупки товаров, работ, услуг

Данная статья носит рамочный характер, поскольку задает общие условия осуществления закупочной деятельности. Ее положения в целом отличаются высокой степенью нормативной обобщенности, даже абстрактности, предоставляя заказчику широкие полномочия по правовому регулированию на локальном уровне. Для сравнения сходным по предмету правового регулирования вопросам при размещении государственных и муниципальных заказов в Законе № 94-ФЗ посвящено более 30 достаточно конкретных по своему содержанию статей.

Данная часть устанавливает принципы правового регулирования закупки товаров, работ, услуг.

1. Принципы закупки товаров, работ, услуг - это особые самостоятельные нормативные средства правового регулирования отношений в сфере закупки товаров, работ, услуг. Эти принципы - разновидность принципов права (правового регулирования, правовых принципов), на которых основывается правовое воздействие на общественные отношения, регулируемые 223-ФЗ.

Принципы закупки товаров, работ, услуг - это основополагающие начала, руководящие требования к деятельности всех субъектов (участников) процесса закупки, прежде всего заказчика.

Принципам присущи высшая степень всеобщности и универсальности, стабильность и долговременность действия, обеспечение единства и внутренней непротиворечивости правового регулирования. Принципы обладают способностью прямо, минуя конкретизацию в правовых нормах, регулировать общественные отношения.

Особое значение принципов как нормативно-регулятивного средства в регламентации отношений, связанных с закупкой товаров, работ, услуг, обусловлено рамочным характером многих положений Закона №223-ФЗ - нетрудно заметить, что в нем отсутствует детальная регламентация многих вопросов и процедур (в отличие от Закона № 94-ФЗ), и именно принципы, закрепленные в Законе, наряду с целями правового регулирования призваны унифицировать характер воздействия на общественные отношения и служить "критериями оценки правильности предпринимаемых правотворческих и правореализационных решений" в процессе закупочной деятельности.

В Законе № 94-ФЗ, в отличие от Закона №223-ФЗ, перечень принципов прямо не закреплен, установлены только цели правового регулирования размещения государственных и муниципальных заказов. При этом отдельные из целей Закона № 94-ФЗ созвучны с принципами, закрепленными в указанной части: "обеспечение гласности и прозрачности размещения заказов" в Законе № 94-ФЗ представлено в виде принципа "информационной открытости закупки" в рассматриваемом Законе; "эффективное использование средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования" отражено как "принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств".

2. Принцип информационной открытости закупки. Информационная открытость является одним из основных условий закупочной деятельности, регулируемой 223-ФЗ. Принцип информационной открытости закупки базируется на общеправовом принципе доступности правовой информации (ч. 3 ст. 15 Конституции РФ) и закреплен в нормах международного права. Так, ст. 8 Соглашения между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией от 9 декабря 2010 г. "О единых принципах и правилах конкуренции" устанавливает, что принцип информационной открытости обеспечивается государствами-участниками посредством размещения сведений в средствах массовой информации и сети Интернет.

Содержание принципа информационной открытости закупки в деятельности заказчика включает как минимум следующие требования:

- доступность для потенциальных участников закупки положения о закупке (ч. 1 ст. 4 Закона);
- доступность для потенциальных участников закупки информации как об актуальных, так и планируемых закупках (ч. 2 ст. 3, ч. 2 - 3, 5, 11 - 12 ст. 4 Закона);
- доступность информации о закупках для контролирующих органов (ч. 19 ст. 4 Закона);
- бесплатность информации о закупках (ч. 14, 18 ст. 4 Закона).

С учетом современного развития информационных технологий наиболее эффективно принцип информационной открытости может быть обеспечен посредством размещения информации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, поэтому вся информация о закупках, подлежащая обязательному размещению в соответствии с 223-ФЗ, должна быть размещена заказчиком на официальном сайте www.zakupki.gov.ru. Выбор данного сайта обусловлен необходимостью создания единого информационного пространства для единого рынка товаров, работ, услуг (как для закупок в порядке Закона №223-ФЗ, так и размещения государственных и муниципальных заказов - согласно Закону № 94-ФЗ информация о размещении заказов публикуется государственными и муниципальными заказчиками на официальном сайте www.zakupki.gov.ru).

Помимо официального сайта, согласно ч. 7 ст. 4 Закона заказчик дополнительно вправе разместить информацию о плане закупок на собственном сайте в сети Интернет.

Исключения из принципа информационной открытости закупки указаны в ч. 15 ст. 4. К ним законодатель отнес сведения о закупке, составляющие государственную тайну, а также сведения о закупке, по которым принято решение Правительства РФ в соответствии с ч. 16 ст. 4.

3. Принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. В п. 2 указанной части закреплен ряд принципов правового регулирования закупок, близких по своему характеру, частично совпадающих по содержанию, но в то же время отличающихся друг от друга. Основное их содержание заключается в следующем.

Принцип равноправия по отношению к участникам закупки представляет собой конкретизацию общеправового принципа равенства всех перед законом и судом (принципа формального юридического равенства) и заключается в обращенном к заказчику требовании обеспечить равные права, равные возможности для всех участников закупки (равный доступ к информации, равные условия участия в закупке и т.д.), равное отношение к ним на всех стадиях процедуры закупки, указывает на недопустимость избирательного подхода к тем или иным участникам закупки.

Принцип справедливости по отношению к участникам закупки, закрепленный в указанной части статьи 3 Закона, также представляет собой конкретизацию применительно к закупочной деятельности общеправового принципа справедливости и предполагает требование обеспечивать, с одной стороны, равенство всех участников закупки как субъектов права, а с другой - требование разумной и обоснованной их дифференциации ("равное - равным; неравное - неравным"). На принципе справедливости базируются многие нормы Закона №223-ФЗ о возможности установления заказчиком различных требований к участникам закупки (о квалификации, опыте работы и пр.), правовых льгот для определенных категорий участников закупки (например, субъектов малого и среднего предпринимательства), а также правовых приоритетов для определенных видов товаров, работ, услуг (например, ч. 8 указанной статьи) и т.д.

Толкование принципа справедливости связано с понятиями соразмерности, разумной и обоснованной дифференциации объема прав, льгот, гарантий, которые предоставляются отдельным категориям граждан. Как отметил Конституционный Суд РФ, принцип равенства всех перед законом гарантирует одинаковые права и обязанности для

субъектов, относящихся к одной категории, и не исключает возможность установления различных условий для различных категорий субъектов права. Вместе с тем такие различия не могут устанавливаться произвольно, они должны основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов (Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П "По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ "АвтоВАЗ" и "Комбинат "Североникель", обществ с ограниченной ответственностью "Верность", "Вита-Плюс" и "Невско-Балтийская транспортная компания", товарищества с ограниченной ответственностью "Совместное российско-южноафриканское предприятие "Эконт" и гражданина А.Д. Чулкова"). Конституционный Суд РФ, как правило, упоминает принцип справедливости в одной строке с принципом равенства, так как речь идет об известной проблеме "несправедливого равенства и справедливого неравенства" и принцип равенства должен рассматриваться в единстве с принципом справедливости в значении разумной дифференциации, поскольку сам по себе принцип равенства недостаточен для вынесения обоснованного и справедливого решения.

Выделение в самостоятельный принцип "отсутствие дискриминации по отношению к участникам закупки" вряд ли оправданно, поскольку его содержание охватывается принципами равноправия и справедливости - речь идет о недопустимости неравных действий заказчика в отношении тех или иных участников закупки, которые приводят к разным правовым последствиям для них.

Принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки является новеллой. Понятие "необоснованное ограничение конкуренции" до принятия Закона №223-ФЗ не было известно российскому праву. Напротив, ограничение конкуренции законодательством рассматривается как неправомерное действие.

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ "О защите конкуренции" в ст. 4 определил признаки ограничения конкуренции, отнеся к таковым:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;
- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;
- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Согласно ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ "О защите конкуренции", в которой установлены антимонопольные требования к торгам, требования к торгам, запросу котировок цен на товары, при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок) запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе:

- координация организаторами торгов, запроса котировок или заказчиками деятельности его участников;
- создание участнику торгов, запроса котировок или нескольким участникам торгов, запроса котировок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;
- нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок;
- участие организаторов торгов, запроса котировок или заказчиков и (или) работников организаторов торгов, запроса котировок или работников заказчиков в торгах, запросе котировок.

Вместе с тем из п. 2 указанной части, закрепляющего принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции, следует, что действия заказчика, содержащие в себе перечисленные выше признаки ограничения конкуренции, могут быть признаны и обоснованными.

Для признания ограничения конкуренции обоснованным потребуются наличие определенных обстоятельств (причин, условий), исходя из которых допустимо ограничение конкуренции. Однако данные обстоятельства ни в рассматриваемом Законе, ни в каких-либо действующих в настоящее время иных нормативных правовых актах не раскрываются.

К таким обстоятельствам, по-видимому, могут быть отнесены закупки в особых условиях (закупки, необходимость которых вызвана действием непреодолимой силы, закупки при обоснованной необходимости приобретения (разработки) уникального оборудования и т.п.). При этом обязанность "обосновать обоснованность" ограничения конкуренции лежит на заказчике.

Принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции в отношении участников закупки носит явно выраженный оценочный характер и требует конкретизации в виде стандартов оценки, выработанных судебной практикой. Вместе с тем закрепление рассматриваемого принципа (при том, что запретов и ограничений, связанных с требованиями к участникам, указанию товарных знаков и т.д., характерных для размещения государственных и муниципальных заказов, рассматриваемый Закон не содержит) означает появление правового средства для борьбы с "формальными закупками", победитель которых тем или иным образом определен заранее.

В связи с этим нельзя не отметить технико-юридический недостаток в самом текстуальном закреплении принципа, который выражен в словах "в отношении участников закупки". Языковое толкование такой формулировки может привести к ограничительному результату - запрету только на установление ограничивающих конкуренцию требований к участникам закупки (квалификации, опыта, наличия финансовых и других ресурсов), но не к предмету закупки (конкретному товару, работе, услуге, при формировании лотов из нескольких видов товаров, работ, услуг) либо к иным формулировкам документации о закупке, которые в своей совокупности могут свидетельствовать о "формальном характере" закупки, легализующем уже принятое заказчиком решение о закупке конкретных товаров, работ, услуг конкретного поставщика (исполнителя). Толкование же данного принципа в его системной связи с целями правового регулирования, закрепленными в рассматриваемом Законе, целями и принципами антимонопольного законодательства, функциональное толкование с учетом современных потребностей общества и государства в преодолении коррупционных составляющих в процессе осуществления закупок не дают оснований для сужения действия принципа отсутствия необоснованных ограничений конкуренции только требованиями к участникам закупки. Законодателю в указанной части статьи 3 Закона следовало бы после слов "необоснованных ограничений конкуренции" либо исключить слова "в отношении участников закупки", либо дополнить словами "в отношении участников закупки путем установления требований к участникам закупки, к товарам,

работам, услугам, формированию лотов, а также любым иным способом". Насколько эффективным правовым средством будет рассматриваемый принцип в действующей формулировке, покажет практика его применения.

4. Принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика (далее - принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств), своим содержанием имеют два требования - целевое и эффективное расходование.

Характеризуя содержание первого требования, следует отметить, что требование целевого расходования денежных средств адресовано бюджетным законодательством субъектам правоотношений при использовании бюджетных средств. На сегодняшний момент в законодательстве нет понятия "целевое использование бюджетных средств", оно может быть выведено путем толкования "от противного" ст. 289 Бюджетного кодекса РФ, которая определяет понятие "нецелевое использование бюджетных средств" как направление и использование бюджетных средств на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом, бюджетной росписью, уведомлением о бюджетных ассигнованиях, сметой доходов и расходов либо иным правовым основанием их получения.

Понятие "целевое расходование денежных средств", аналогичное "целевому использованию бюджетных средств", неприменимо в полной мере к расходованию средств заказчиков, указанных в 223-ФЗ, поскольку субъекты правоотношений, указанные в его ч. 2 ст. 1, денежные средства в большинстве случаев получают не в виде бюджетных ассигнований, а по иным правовым основаниям, либо зарабатывают самостоятельно, и условия их расходования определяются документами (бизнес-планами, сметой расходов и т.п.), которые утверждаются либо самим заказчиком (как правило, его коллегиальным органом управления), либо учредителем, вышестоящей организацией. Кроме того, в отличие от получателей бюджетных средств, заказчики, указанные в ч. 2 ст. 1 Закона, не несут административной и уголовной ответственности за нецелевое использование денежных средств. Таким образом, целевым расходованием денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг следует признавать расходование на цели, определенные самим заказчиком, санкционированные учредителем, вышестоящей организацией, нецелевым - расходование на явно выходящие за определенные в таком порядке цели.

Требование экономически эффективного расходования денежных средств предполагает, что при приобретении товаров, работ, услуг заказчик должен минимизировать свои издержки. Основным критерием экономической эффективности выступает цена договора, как начальная максимальная, так и итоговая, определенная по результатам закупки, а также порядок ее формирования - в цену договора должны закладываться все издержки заказчика (связанные с доставкой товара, выполнением работ, оказанием услуг, налоги, сборы, таможенные платежи, страхование, транспортные расходы, монтаж, ввод в эксплуатацию, обучение персонала, разгрузка транспортного средства и т.п.). Кроме того, в документации о закупке с точки зрения экономически эффективного расходования денежных средств в ряде случаев целесообразно предусмотреть дополнительные обязательства, возлагаемые на победителя, но не оплачиваемые отдельно заказчиком. Так, при поставке оборудования в качестве дополнительного обязательства поставщика (не оплачиваемого заказчиком) могут быть монтаж и ввод в эксплуатацию оборудования, обучение работе с оборудованием персонала заказчика и оплата не по получении товара (подписания сторонами акта приема-передачи), а после монтажа и ввода в эксплуатацию оборудования, что будет подтверждаться соответствующим актом ввода в эксплуатацию.

Требование экономически эффективного расходования денежных средств предполагает нахождение заказчиком золотой середины между ценой и неценовыми характеристиками закупки, такими, как качество товара, работы, услуги, срок и объем предоставляемых гарантий, эксплуатационные затраты (затраты, которые необходимы для поддержания работоспособности продукции, "стоимость жизненного цикла" продукции), сроки поставки товара, выполнения работ, оказания услуг и т.д.

В целях обеспечения требования экономически эффективного расходования денежных средств в рассматриваемый Закон следовало бы включить нормы, аналогичные предусмотренным в ст. 19.1 Закона N 94-ФЗ об обязанности заказчика обосновывать начальную максимальную цену договора, а также с учетом судебной практики, научных исследований попытаться разработать и законодательно закрепить критерии экономической эффективности расходования денежных средств.

До установления таких критериев эффективности при оценке экономической эффективности расходования денежных средств заказчики могут ориентироваться на содержание принципа результативности и эффективности использования бюджетных средств, закрепленного в ст. 34 БК РФ, согласно которому при составлении и исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий должны исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств.

5. Принцип отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки. Ключевым в содержании указанного принципа является понятие "неизмеряемые требования". Рассматриваемый Закон, в отличие от Закона N 94-ФЗ, не регламентирует обязательные требования к участнику заказа, предоставляя право заказчику устанавливать их при условии их измеримости.

Из формулировки указанной части следует, что законодатель выделяет два вида требований - измеряемые и неизмеряемые.

В п. 9 ст. 3 Межправительственного соглашения Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках", ратифицированного Федеральным законом от 11 июля 2011 г. N 176-ФЗ "О ратификации Соглашения о государственных (муниципальных) закупках", установлен запрет на включение в национальное законодательство государств - участников Соглашения, в условия закупок любых неизмеряемых количественно и (или) неадминистрируемых требований к поставщикам и потенциальным поставщикам, а также запрет на произвольный допуск потенциальных поставщиков к закупкам. Что имеется в виду под "неадминистрируемыми" требованиями, не вполне понятно. По-видимому, речь идет о таких требованиях, содержание которых неопределенно, неформализованно либо в принципе не поддается формализации (размытых, неточных), из которых участнику закупки неясно, что от него требуется. Поскольку рассматриваемый Закон, в отличие от Соглашения от 9 декабря 2010 г., не делает оговорки "количественно" применительно к неизмеряемым требованиям, термин "неизмеряемые" требования применим в отношении как качественных, так и количественных характеристик.

Неизмеряемыми требованиями в контексте Закона №223-ФЗ могут быть те требования, которые не могут быть в достаточной степени формализованы и (или) не могут быть документально подтверждены и (или) не могут применяться в равной степени ко всем участникам заказа (прежде всего, это относится к формулировке заказчиком требований к деловой репутации участника, его финансовым, трудовым ресурсам, производственным мощностям и т.п.). Думается, что принцип недопустимости установления неизмеряемых требований должен толковаться расширительно - охватывать не только требования к участнику, но и требования к товарам, работам, услугам, а также требования к критериям оценки и сопоставления заявок.

Часть 2

В указанной части для целей настоящего Закона определены такие способы закупки, как конкурс и аукцион, а также установлен срок размещения на официальном сайте извещений об их проведении.

1. Нормы указанной части ст. 3 Закона основаны на положениях ГК РФ, устанавливающих правила проведения торгов, предметом которых является право на заключение договора (ст. 447 - 449 ГК РФ). В соответствии с ч. 2 ст. 448 ГК РФ, предусматривающей, что в извещении о предстоящих торгах должен быть указан предоставляемый для этого срок, в указанной части статьи 3 Закона регламентирован срок размещения извещений о проведении конкурса или аукциона - не менее чем за двадцать дней до дня окончания подачи заявок на участие (этот срок является специальным и отличается от установленного ч. 3 ст. 448 ГК РФ 30-дневного срока).

Толкование данного положения в системной связи с ч. 5 ст. 4 Закона приводит к выводу о том, что не менее чем за двадцать дней на официальном сайте должен быть размещен и проект договора, заключаемого по результатам конкурса или аукциона, поскольку он является неотъемлемой частью извещения о закупке.

При этом Законом не устанавливается минимальный срок размещения извещений в отношении иных, кроме конкурса и аукциона, способов закупки. На практике это может приводить к злоупотреблениям со стороны недобросовестных заказчиков в виде установления неразумно коротких сроков размещения извещений (1 - 2 дня до дня окончания подачи заявок). В то же время, поскольку информационная открытость закреплена в качестве правового принципа закупки, явное сокращение сроков размещения извещений должно рассматриваться как существенное нарушение правил проведения торгов и влечь признание судом торгов недействительными по иску заинтересованного лица, применение иных мер к недобросовестным заказчикам.

2. Конкурс - это такой способ закупки (торгов), при котором победитель определяется по совокупности условий исполнения договора, которые должны быть лучшими по сравнению с совокупностью таких условий, предложенных иными участниками закупки.

Конкурс как способ закупки целесообразно применять для закупки технически сложной продукции (технологического оборудования, сложных приборов и т.д.), для товаров, изготавливаемых под конкретный заказ, а также работ и услуг по индивидуальным потребностям заказчика.

Условиями исполнения договора (в широком смысле) при проведении конкурса могут быть:

- функциональные характеристики (потребительские свойства) или качественные характеристики товара;
- качество работ, услуг, которое оценивается, как правило, на основе качества технического предложения участника закупки (описания участником закупки процессов и (или) результатов его будущей деятельности по выполнению работ (оказанию услуг));
- расходы на эксплуатацию товара, результата работ;
- расходы на техническое обслуживание товара, результата работ;
- сроки (периоды) поставки товара, выполнения работ, оказания услуг;
- объем предоставления гарантий качества товара, работ, услуг, т.е. виды и объем обязанностей поставщика (исполнителя) в течение срока предоставления гарантий качества, связанных, как правило, с устранением возможных недостатков;
- срок предоставления гарантии качества товара, работ, услуг;
- цена, которая может быть как ценой договора (товара, работы, услуги в целом), так и ценой за единицу продукции, единицу работы или услуги;

- условия оплаты товара, работ, услуг (право или обязанность уплатить аванс, применение различных коэффициентов-дефляторов в течение срока выполнения работ, поэтапная оплата или оплата по факту поставки (выполнения) всего объема товаров (работ, услуг) и т.д.);

- квалификация участника закупки и другие условия.

Перечень условий исполнения договора при проведении конкурса является открытым, однако Закон предъявляет к таким условиям ряд формальных и содержательных требований:

- условия исполнения договора должны быть предусмотрены в положении о закупке (конкурсная документация не должна включать условия, возможность установления которых не установлена положением о закупке);

- условия исполнения договора должны соответствовать критериям и порядку оценки и сопоставления заявок, которые установлены в конкурсной документации (если какое-либо условие не является критерием оценки и сопоставления заявок, то предложения участников закупки по этому условию не могут влиять на определение победителя);

- условия исполнения договора должны быть измеряемыми, т.е. в достаточной степени формализованными.

Например, требование измеримости применительно к критериям, которые связаны с квалификацией участника закупки, означает, что обеспеченность материально-техническими, кадровыми ресурсами, опыт и репутация участника закупки и другие показатели его квалификации должны иметь установленные в конкурсной документации единицы измерения (проценты, баллы и пр.), присуждаемые заявке участника в зависимости от конкретных показателей. Участнику закупки из конкурсной документации должно быть понятно, каким образом будет производиться оценка его квалификации. Так, при установлении подкритерия "опыт работы" в конкурсной документации должны определяться значения (вес) того или иного срока деятельности участника на рынке (например, свыше 10 лет - 100% (баллов), от 5 до 10 лет - 50% (баллов) и т.д.), при установлении подкритерия "репутация" - конкретные ее показатели (например, отсутствие судебных дел, где участник выступает в качестве ответчика, отсутствие приостановлений и отзывов лицензий, иных специальных разрешений и т.д.). Если какие-либо критерии (подкритерии) в конкурсной документации конкретно не установлены, показатели участников по ним должны оцениваться как равные.

3. В отличие от конкурса, аукцион представляет собой такой способ закупки, при котором все условия исполнения договора, кроме цены, императивно установлены заказчиком в документации о закупке (она может быть названа по аналогии с Законом N 94-ФЗ документацией об аукционе, хотя рассматриваемый Закон этот термин не употребляет). Отступление участником закупки от установленных в документации об аукционе условий исполнения договора есть бесспорное основание для отказа в допуске к участию в аукционе, возможность участников закупки дать заказчику свое предложение одна - предложение по цене договора.

Закупки путем проведения аукционов целесообразно осуществлять в отношении товаров, работ, услуг, которые производятся, выполняются, оказываются не по конкретным заявкам заказчика, для которых есть функционирующий рынок и сравнивать которые можно только по их ценам.

Аукцион проводится на понижение цены договора - победителем на аукционе признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора, а если цена договора снижена до нуля, аукцион проводится на повышение - победителем признается участник, предложивший за право заключить договор наибольшую цену. Процедура аукциона на понижение цены в практике иногда именуется редукционом.

В отличие от размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд установление перечня товаров, работ,

услуг, закупка которых осуществляется исключительно путем проведения аукциона, 223-ФЗ не предусмотрены.

4. И конкурс, и аукцион как способы закупки налагают соответствующий объем прав и обязанностей на участников. При проведении конкурса извещение и конкурсная документация являются офертой (предложением заключить договор на указанных в них условиях) заказчика, подача заявки на участие в конкурсе является акцептом (безусловным согласием заключить договор на указанных заказчиком условиях) оферты заказчика со стороны потенциального участника конкурса. В то же время сама заявка, допущенная к участию в конкурсе, является новой офертой потенциального участника конкурса, поскольку содержит предложение такого участника об условиях исполнения договора, а выбор победителя конкурса является акцептом оферты участника конкурса. При проведении аукциона извещение и документация об аукционе являются предложением делать оферты, заявка и предложение по цене - офертой, которая при отсутствии других предложений ниже минимально предлагаемой цены акцептируется заказчиком путем фиксации в протоколе аукциона и выступает основанием для заключения договора с победителем.

Часть 3.

Данная часть предоставляет заказчикам в лице его органов и должностных лиц, в круг полномочий которых входит утверждение положения о закупке, право самостоятельно определять ее способы.

1. Современной практике закупок товаров, работ, услуг известен достаточно широкий перечень способов закупок, подробное изложение всех особенностей которых потребует сотни страниц текста.

Межправительственное Соглашение Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках" предусматривает, что закупки проводятся любыми из следующих способов: конкурс (открытый); запрос ценовых предложений (запрос котировок); аукцион (открытый); биржевые торги; закупки из одного источника, либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), либо с применением особенностей размещения конкретной закупки на основании акта правительства, в случае если это предусмотрено национальным законодательством.

В проекте Национального стандарта Российской Федерации "Организация закупочной деятельности" в качестве таковых поименованы конкурс, запрос предложений, запрос цен, конкурентные переговоры, прямые закупки (у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)) и другие.

Крупные российские заказчики в своей деятельности используют различные наборы способов закупок:

- в соответствии с Положением о порядке проведения регламентированных закупок для нужд ОАО "Интер РАО ЕЭС" от 24 декабря 2010 г. применяются конкурс, ценовой конкурс, запрос предложений, запрос цен, конкурентные переговоры;

- ОАО "РОСНАНО" согласно Регламенту закупочной деятельности от 31 мая 2011 г. использует запрос предложений, конкурс, "аукцион покупателя", конкурентные переговоры, простую процедуру закупки (по сути, изучение предложений), прямые закупки (у единственного источника);

- Единый отраслевой стандарт закупок Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом" в ред. от 14 июля 2011 г. предусматривает выбор поставщика (исполнителя, подрядчика) с помощью процедур конкурса, редукциона (аукциона на понижение), редукциона в электронной форме, запроса ценовых котировок, запроса

предложений, конкурентных переговоров, закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика);

- по Положению о порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для осуществления основных видов деятельности ОАО "РЖД", утвержденному распоряжением от 31 июля 2010 г. N 1661р, способами закупки выступают открытый конкурс, конкурс с предварительным квалификационным отбором, закрытый конкурс, открытый и закрытый аукцион, запрос котировок цен, размещение заказов у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

Этот перечень можно продолжать - различные способы закупок, как упомянутые выше, так и иные, используются иными заказчиками. Так, ОАО "НК "Роснефть" проводит закупочные процедуры в основном только среди аккредитованных субъектов и часто прибегает к предварительной квалификации для участия в конкретных закупках.

Отметим, что рассматриваемый Закон, в отличие от Закона N 94-ФЗ, не устанавливает приоритет того или иного способа закупки перед другими.

Остановимся кратко на основных, наиболее распространенных способах закупки.

2. Конкурс и аукцион как способы закупки рассмотрены выше. В 223-ФЗ в качестве способов закупки наряду с конкурсом и аукционом также названы открытый конкурс и открытый аукцион (ч. 8 и п. 1 ч. 9 ст. 4 Закона), но нет запрета на проведение закрытых конкурсов и аукционов. В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели (ч. 1 ст. 448 ГК РФ).

3. Кроме конкурсов и аукционов, наибольшее распространение получили следующие способы закупки.

Запрос ценовых котировок (запрос котировок, запрос цен) - способ закупки, при котором информация о потребностях в товарах, работах, услугах сообщается неограниченному кругу лиц путем размещения на официальном сайте о размещении заказов извещения и документации и победителем признается участник, предложивший наиболее низкую цену договора. Запрос цен можно назвать упрощенной формой аукциона, которая обычно проводится в небольшие сроки (4 - 7 дней), не предполагает, как правило, комплекта документов - от участников требуется только подача заявки, в которой выражается согласие с условиями договора и дается предложение о его цене. Предпочтительной сферой применения запроса ценовых котировок является закупка простых товаров, работ, услуг на типовых условиях поставки и оплаты на сложившихся рынках на относительно небольшую сумму.

Запрос предложений - способ закупки, при котором на основании критериев и порядка оценки, установленных в извещении и документации, победитель определяется исходя из лучших условий исполнения договора. Запрос предложений может представлять собой упрощенную процедуру конкурса (если применяются неценовые критерии) или аукциона (если критерием выступает только цена). Для этого способа также характерен, как правило, незначительный, по сравнению с конкурсом и аукционом, промежуток времени с момента размещения извещения и документации и даты окончания подачи заявок (обычно от 5 до 10 дней, хотя встречаются и более длительные сроки).

Конкурентные переговоры - переговоры не менее чем с двумя участниками процедуры закупки с целью обеспечения эффективной конкуренции, применяемые обычно в случаях, когда предполагается заключение договора в целях получения информационных или консультационных услуг, проведения научных исследований, экспериментов или разработок, когда заказчику затруднительно сформулировать подробные спецификации продукции или определить характеристики услуг или если в силу технических особенностей продукции необходимо провести переговоры с поставщиками.

На практике применяются и другие способы закупки.

Перечисленные, а также иные способы закупки товаров, работ, услуг могут быть классифицированы в зависимости от особенностей процедуры на открытые и закрытые; процедуры с предварительным отбором и без такового; с проведением и без проведения переторжки; одноэтапные и многоэтапные процедуры.

Рассматриваемый Закон, определяя общие цели и принципы закупки, подробно не регламентирует ее процедуры, оставляя их на усмотрение органов и лиц заказчика, утверждающих положение о закупке, в частности условия применения того или иного способа закупки. В ряде случаев определенность в правовом регулировании представляется просто необходимой. Так, об основаниях и порядке проведения закрытых конкурсов и закрытых аукционов (как, впрочем, и других способов закупки) в Законе ничего не сказано, что создает неопределенность в правовом регулировании. Прежде всего неясно, когда заказчики вправе проводить закрытые конкурсы и аукционы, а также иные закрытые виды процедур. Исходя из общедозволительного типа правового регулирования, при котором "все, что прямо не запрещено, дозволено", положением о закупке могут быть определены любые условия применения закрытых процедур. В то же время из принципа, закрепленного в ч. 1 указанной статьи, следует, что проведение закрытых процедур должно быть обоснованным, иначе действия заказчика могут и должны оцениваться как необоснованное ограничение конкуренции. Думается, что нет оснований для расширения случаев проведения закрытых торгов при закупках в порядке Закона №223-ФЗ по сравнению с законодательством о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд (ст. 20, 32 Закона N 94-ФЗ). Аналогичные требования должны быть установлены (хотя бы рамочно) на законодательном уровне и в отношении обоснованности применения процедур с предварительным отбором, закупкой только у аккредитованных участников рынка и т.д.

4. Особо следует остановиться на закупке у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), которая упомянута в Законе. Исходя из результатов языкового, функционального и целевого способов толкования, поименованная в Законе "закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)" (п. 2 ч. 19 ст. 4) - это особый вид (прием, метод) в закупочной деятельности, но не способ закупки как предмет правового регулирования Закона. Требования к извещению и документации, установленные Законом к способам закупки, к такому виду закупки абсурдны и неисполнимы, поскольку закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) по своей природе предполагает обращение заказчика к единственному участнику соответствующего рынка с предложением заключить договор и может регулироваться положением о закупке лишь в части условий ее применения.

5. Процедуры проведения закупок детально Законом не регулируются. Порядок их проведения устанавливается в положении о закупке и в документации о закупке и может отличаться у конкретных заказчиков (например, предусматривать или не предусматривать при конкурсе публичную процедуру вскрытия конвертов, применение аудиозаписи и т.д.).

Особенностью конкурса как способа закупки является коллегиальное рассмотрение заявок - итоги подводит конкурсная комиссия, которая должна быть заранее (как правило, до публикации извещения или одновременно с ней) назначена организатором торгов (ч. 4 ст. 447 ГК РФ).

Форма подведения итогов для разных способов закупки может быть различной. Спецификой конкурса является подведение итогов в форме оценки и сопоставления заявок, т.е. выбор победителя по лучшим условиям исполнения договора (п. 11 ч. 10 ст. 4), результаты которого также оформляются протоколом, размещаемым на официальном сайте (ч. 12 ст. 4). Для аукциона подведением итогов является собственно процесс определения цены договора.

Технико-юридической неточностью являются сформулированные в Законе общие требования к содержанию документации о закупке для всех ее способов. К аукциону вряд ли применимы положения п. 12 - 13 ч. 10 ст. 4 Закона - сложно представить, каким

образом при проведении аукциона заказчик будет устанавливать критерии и порядок оценки и сопоставления заявок, если критерий один - цена.

Поскольку Закон не предусматривает последовательности действий по рассмотрению предложений и подведению итогов закупки, возможна их различная расстановка во времени. Так, на практике оправдала себя такая процедура, когда сначала проводится сам аукцион, в котором участвуют лица, подавшие заявки, определяется минимальная цена договора, а затем определяется победитель. Для определения победителя аукциона рассматривается заявка участника, предложившего самую низкую цену, на соответствие требованиям, установленным документацией об аукционе, и проверяется соответствие такого участника требованиям, установленным документацией об аукционе. В случае, если заявка такого участника или сам участник не отвечают какому-либо из требований, установленных документацией об аукционе, его заявка подлежит отклонению. В случае, если заявка такого участника или сам участник соответствует всем требованиям, установленным документацией об аукционе, данный участник признается победителем аукциона, заявки остальных участников не рассматриваются. Если участник аукциона, предложивший самую низкую цену, не признан победителем, аналогичная процедура проверки проводится относительно участника, предложившего следующую цену в порядке увеличения цены договора. Такой порядок уменьшает вероятность сговора участников аукциона в силу меньшей вероятности распространения информации о круге участников аукциона.

6. Новеллой в правовом регулировании закупок является установление Законом юридической обязанности заказчика заключить договор по результатам осуществления любого способа закупки.

Технико-юридическое выражение этой обязанности в Законе вряд ли можно назвать удачным, но она следует из системного толкования ряда его положений:

- ч. 2 ст. 3, предусматривающей обязанность определять в положении о закупке "порядок заключения и исполнения договоров";

- ч. 5 ст. 4, рассматривающей проект договора как неотъемлемую часть извещения и документации о закупке и предписывающей информировать об измененных условиях договора;

- п. 3 ч. 9 и п. 5 ч. 10 ст. 4, устанавливающих требования к извещению и документации о закупке в части указания на предмет и цену договора;

- ч. 6 ст. 5, определяющей правовые последствия уклонения участника от заключения договора.

Использование такого приема толкования, как рассуждение "от противного", приводит к выводу о том, что, если допустить отсутствие обязанности заключить договор по результатам реализации способа закупки, пропадает сам предмет регулирования настоящего Закона (если заказчики будут вольны в любое время дать "обратный ход" закупке, тем самым не будут достигнуты цели и реализованы принципы правового регулирования, закрепленные в 223-ФЗ).

Поэтому действующие положения о закупках с момента вступления в силу Закона №223-ФЗ должны быть приведены в соответствие с ним, а распространенное в настоящее время деление способов закупок по правовым последствиям - возникновению (при проведении конкурса и очень часто аукциона) или отсутствию (как правило, в иных способах закупки) юридической обязанности заключить договор по результатам закупки - должно быть приведено в соответствие с Законом - любой способ закупки независимо от ее процедуры должен влечь обязанность заключить договор по ее результатам, при этом заказчик вправе определять только порядок, но не саму возможность его заключения.

Распространенные ныне в практике закупок оговорки о том, что та или иная процедура не является торгами, публичным конкурсом, и не регулируется соответствующими статьями ГК РФ, и не накладывает на заказчика соответствующего

объема гражданско-правовых обязательств по обязательному заключению договора с победителем запроса предложений или иным его участником, должны быть исключены.

Положением о закупке могут предусматриваться способы, которые являются или не являются торгами, от этого будет зависеть технология закупки, в частности порядок внесения изменений в извещение и документацию о закупке, срок подписания договора (он должен быть подписан сторонами не позднее двадцати дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола (ч. 5 ст. 448 ГК РФ)), но не обязанность заключить договор по ее результатам.

Отдельный вопрос - вопрос о возможности и правомерности включения в положение, извещение, документацию о закупке тех или иных условий, при которых заказчик имеет право, а в некоторых случаях и обязан отказаться от заключения договора. Бесспорно то, что все эти случаи должны быть отражены в положении о закупке и в документации о закупке и доведены до всеобщего сведения участников, но в отношении содержания этих возможностей (или обязанностей) рассматриваемый Закон, к сожалению, молчит.

Не вызывает сомнений обоснованность включения в положение, извещение, документацию о закупке таких норм (аналогичных нормам Закона 94-ФЗ), согласно которым в случае установления недостоверности сведений, содержащихся в документах, представленных участником закупки, установления факта проведения ликвидации участника - юридического лица или принятия арбитражным судом решения о признании участника - юридического лица или индивидуального предпринимателя банкротом и об открытии конкурсного производства, факта приостановления деятельности такого участника в порядке, предусмотренном КоАП РФ, факта наличия у такого участника задолженности по начисленным налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты любого уровня или государственные внебюджетные фонды за прошедший календарный год, размер которой превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов такого участника по данным бухгалтерской отчетности за последний завершенный отчетный период, при условии, что участник не обжалует наличие указанной задолженности в соответствии с законодательством Российской Федерации, заказчик (уполномоченный орган, комиссия) обязан отстранить такого участника от участия в торгах на любом этапе их проведения. Эти и иные случаи отстранения участников, отказа от заключения договора следовало бы урегулировать законодательством, а до такого регулирования установление их в положении и документации о закупке должно тщательно обосновываться заказчиком с позиций целей и принципов правового регулирования настоящего Закона.

Часть 4.

Данная часть наделяет Правительство РФ правом устанавливать перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме. Межправительственное соглашение Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках" определяет электронную форму (формат) закупок как процедуру закупок, осуществляемую с использованием сети Интернет, веб-портала и (или) электронной торговой площадки (электронной площадки), а также программно-аппаратных средств.

Норма указанной части понятие электронной формы закупки не раскрывает (нет соответствующих положений об электронной форме и в других статьях Закона №223-ФЗ) и в этой связи вряд ли удовлетворительна как с технико-юридической точки зрения, так и с позиций целей и принципов правового регулирования закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

Однако без установления достаточно подробного порядка закупки в электронной форме перечень может носить только характер рекомендации. Даже в случае

установления Правительством РФ указанного перечня заказчики могут использовать бесконечное количество вариантов электронной формы при общем дозволении ее применения и отсутствии регулирования самой процедуры закупки в электронной форме (от приема в электронной форме только запросов о разъяснении по электронной почте до электронных торгов, аналогичных предусмотренным Законом N 94-ФЗ).

Представляется, что законодатель должен установить основные процедурные положения об электронной форме закупки либо в настоящем Законе, либо предоставить Правительству РФ наряду с правом устанавливать перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме, право определять порядок закупки в электронной форме.

Часть 5

Данная часть определяет субъектный состав потенциальных участников закупки.

1. Прежде всего необходимо определить, с какого момента то или иное лицо становится участником закупки, поскольку приобретение статуса участника влечет определенные правовые последствия. Согласно ч. 9 - 10 ст. 3 Закона именно участник закупки вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика в антимонопольном органе, в суде. Аналогичные положения содержатся и в Законе N 94-ФЗ, согласно ст. 57 которого участник размещения заказа вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика и иных лиц, если они нарушают его права и законные интересы.

Рассматриваемый Закон не решил достаточно острую в практике применения Закона N 94-ФЗ проблему определения момента приобретения статуса участника закупки (размещения заказа).

Судебная практика по этому вопросу достаточно обширна и в ряде случаев противоречива. Так, суды полагают, что лицо становится участником размещения заказов с того момента, когда оно в установленном порядке открыто изъявило желание заключить государственный или муниципальный контракт (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 марта 2011 г. N КА-А40/1970-11 по делу N А40-79764/10-119-441; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 9 декабря 2009 г. по делу N А44-2548/2008).

При этом уточняется, что только участник, подавший заявку на участие в конкурсе (аукционе) или котировочную заявку, вправе обжаловать действия (бездействие), которые совершены после начала соответственно вскрытия конвертов на участие в конкурсе (аукционе) либо после начала рассмотрения и оценки котировочных заявок (Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 декабря 2010 г. по делу N А79-13739/2009). Организация, не подавшая заявку на участие в конкурсе, его участником не становится, несмотря на действия, которые произведены для того, чтобы участвовать в конкурсе (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14 марта 2008 г. N КА-А40/1519-08 по делу N А40-34772/07-120-180). Лицо, обратившееся за разъяснениями положений конкурсной документации, является участником размещения заказа, поскольку, направляя такой запрос, оно тем самым выразило свое согласие на участие в размещении заказа (Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 сентября 2009 г. по делу N А46-6690/2009).

Судами признается статус участника размещения заказа и с момента публикации (размещения на сайте) извещения о проведении торгов. С указанного момента и до даты подачи предложения (заявки) на участие в конкурсе (аукционе) поставщик, имеющий намерение претендовать на заключение государственного (муниципального) контракта, является потенциальным участником размещения заказа, поскольку он может подать или не подать предложение (заявку) на участие в торгах (Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 октября 2006 г. N Ф08-4902/2006).

Такой широкий подход к признанию за тем или иным лицом статуса участника размещения заказа получил поддержку в судебных актах Высшего Арбитражного Суда РФ.

По смыслу положений ст. 8 Закона N 94-ФЗ претендующим на заключение государственного или муниципального контракта является лицо, публично заявившее о своих намерениях бороться за право заключить контракт на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые могут быть выражены в обращении с заявлением о предоставлении документации, сопровождающей соответствующую процедуру размещения заказа (при проведении торгов), в подаче заявки, в требовании о разъяснении положений документации (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 сентября 2008 г. N 11828/08 по делу N А46-8097/2007).

Норма ч. 1 ст. 8 Закона N 94-ФЗ не содержит указаний на то, что статус участника размещения заказа лицо приобретает после совершения каких-либо действий. Законом N 94-ФЗ предусмотрено, что документация должна содержать формы, порядок, даты начала и окончания предоставления участникам размещения заказа разъяснений положений документации, а также то, что участник размещения заказа подает заявку на участие в конкурсе или аукционе в отношении определенного лота. Отсюда следует, что запрос разъяснений положений документации об аукционе, а равно подача заявки осуществляется участником размещения заказа. Следовательно, лицо уже обладает названным статусом на момент совершения упомянутых действий (Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 июля 2011 г. N 6274/11).

Для целей Закона №223-ФЗ такое широкое понимание общего правового статуса участника закупки (статус участника при обжаловании действий (бездействия) заказчика является специальным правовым статусом) является оправданным. Подтверждением такой позиции являются нормы Закона №223-ФЗ о праве обжаловать не только действия (бездействие) заказчика по конкретной закупке, но также и неразмещение положения о закупке, закупки при отсутствии этого положения (ч. 10 ст. 3 Закона) и др. При этом волеизъявление лица на участие в конкретной закупке не требуется. В связи с этим вызывает сомнение в практической применимости (именно в плане признания общего статуса участником закупки) указание в указанной части на такой признак участника закупки, как "соответствие требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке".

2. Участниками закупки могут быть любые юридические лица и любые физические лица, включая индивидуальных предпринимателей.

Юридическим лицом согласно ч. 1 ст. 48 ГК РФ признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. Юридические лица должны иметь самостоятельный баланс и (или) смету.

Участником закупки может быть любое юридическое лицо независимо от:

- организационно-правовой формы (гл. 4 ГК РФ предусмотрено деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации, а также организационно-правовые формы, в которых указанные организации могут создаваться);

- формы собственности (согласно ч. 2 ст. 8 Конституции и ст. 212 ГК РФ в Российской Федерации признаются частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности);

- места нахождения (юридическое лицо может находиться как на территории Российской Федерации, так и за ее пределами);

- места происхождения капитала (учредителем или инвестором организации могут быть как российские, так и иностранные юридические или физические лица).

Согласно ст. 11 НК РФ физические лица - это граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства, а индивидуальные предприниматели - это физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, главы крестьянских (фермерских) хозяйств.

Данная часть статьи 3 Закона регламентирует две ситуации участия в закупке - индивидуальное участие лиц и участие нескольких лиц на стороне одного участника закупки. Если в первом случае (индивидуального участия) субъектный состав участников достаточно традиционен и не вызывает неясностей, то в части участия нескольких лиц на стороне одного участника закупки Данная часть вызывает достаточно много проблемных вопросов в плане реализации ее положений.

3. Участие нескольких лиц на стороне одного участника закупки согласно положениям указанной части возможно в форме участия:

- нескольких юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки;
- нескольких физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе нескольких индивидуальных предпринимателей.

При этом все лица, участвующие на стороне одного участника закупки, должны соответствовать требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке (например, требованиям о наличии лицензий, иных разрешений, квалификации и т.д.).

Не совсем ясна общая логика нормы о множественности участия на стороне одного из участников. Норма о множественности лиц на стороне одного участника закупки является новеллой в законодательстве о закупках, такой институт неизвестен размещению государственных и муниципальных заказов - по ч. 1 ст. 8 Закона № 94-ФЗ участником размещения заказа может быть любое юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала или любое физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель (в единственном числе).

Данная норма не устанавливает предельной численности субъектов на стороне одного участника закупки. В то же время несколько юридических лиц на стороне физического лица, и наоборот, выступать не могут, поскольку законодатель, определяя участниками закупки "юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки", далее указывает "независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала", т.е. перечисляет признаки, которые присущи только юридическим лицам.

Однако несколько физических лиц без статуса индивидуального предпринимателя могут выступать на стороне индивидуального предпринимателя, и наоборот, поскольку в указанной части после слов "в том числе" при определении физического лица не указывается "без статуса индивидуального предпринимателя".

На практике при участии нескольких лиц на стороне одного участника закупки у заказчика могут возникнуть значительные затруднения, поскольку порядок такого множественного участия законодательно не регламентирован.

Каким образом несколько физических или юридических лиц должны будут подтвердить, что они участвуют в закупке на стороне другого физического или юридического лица? В какой форме должно быть выражено их волеизъявление для заказчика? Думается, заказчик должен предусмотреть это в документации о закупке (например, путем установления определенной формы заявки для участников, в которой несколько лиц могли бы посредством проставления подписей уполномоченных лиц засвидетельствовать, что они участвуют в закупке на стороне конкретного участника, подавшего заявку).

С кем из юридических (физических) лиц будет заключаться договор, если на стороне одного участвуют несколько? Один из возможных путей решения данной проблемы для

заказчика - предусмотреть в документации о закупке (в том числе в форме заявки) пункт о том, что среди нескольких юридических (физических) лиц должно быть названо (самими участвующими лицами) одно лицо, с которым и будет в дальнейшем заключен договор, и именно оно будет нести ответственность перед заказчиком за неисполнение, ненадлежащее исполнение его условий.

Все сказанное приводит к обоснованному сомнению в целесообразности законодательного закрепления множественности лиц на стороне одного участника закупки. Кроме того, представляется, что данная норма фактически легализует сговор участников рынка на торгах, запрещенный антимонопольным, административным и уголовным законодательством, и будет использоваться недобросовестными участниками в целях заключения договоров по начальным максимальным ценам, а также устранению конкуренции, вытеснению с рынка иных лиц, особенно при наличии на том или ином товарном рынке в пределах определенной территории немногих компаний - поставщиков определенных видов продукции, исполнителей определенных видов работ и услуг.

Часть 6.

Данная часть запрещает предъявлять требования, не указанные в документации о закупке, а также конкретизирует закрепленные в ч. 1 настоящей статьи принципы равноправия и справедливости.

1. Исходя из требований правовой определенности (участник закупки должен ясно и четко представлять, по каким параметрам будет рассматриваться и оцениваться его заявка), Данная часть запрещает рассматривать и оценивать заявки по требованиям, критериям и в порядке, которые не предусмотрены в документации о закупке.

Требования - это установленные заказчиком в документации о закупке и обязательные для исполнения участниками закупки предписания, которые основаны на представлении заказчика о потребности в товарах, работах, услугах определенного качества и количества, о потенциальном поставщике (подрядчике, исполнителе) с определенной квалификацией, опытом, ресурсами и т.д., а также об условиях исполнения договора (здесь, в отличие от ч. 2 указанной статьи, термин "условия исполнения договора" употреблен в узком значении и включает все иные условия, кроме условий о товаре (работе, услуге) и об участнике закупки).

Последствием несоблюдения участником закупки требований является отказ в допуске к участию в закупке независимо от ее способа на стадии рассмотрения заявок.

Критерии - это установленные заказчиком в документации о закупке параметры, по которым предполагается оценивать каждую заявку в отдельности и сопоставлять по результатам такой оценки заявки между собой.

Критерии могут различаться в зависимости от способа закупки (наиболее сложная система критериев используется при проведении конкурса) и представляют собой, в отличие от требований, не обязательные показатели, а пожелания заказчика. Если при несоблюдении требований участнику должно быть отказано в допуске до участия в закупке, то при непредставлении (предоставление неполной, противоречивой) информации по критерию - показатель не должен учитываться при оценке заявки (по данному критерию участнику выставляется 0 баллов, 0 процентов и т.д., согласно установленному в документации порядку оценки).

Порядок оценки и сопоставления заявок - это установленная заказчиком в документации о закупке процедура как совокупность действий заказчика (закупочной комиссии и (или) должностных лиц) по определению степени соответствия критериям показателей каждой заявки в отдельности и выбора лучших условий исполнения договора путем сравнения поступивших заявок между собой.

Установление порядка оценки и сопоставления заявок исходя из положений указанной части является обязанностью заказчика. Исходя из принципа недопустимости

установления неизмеримых требований, закрепленного в ч. 1 указанной статьи, порядок оценки и сопоставления заявок должен быть достаточно формализованным, как правило, допускать возможность математического вычисления показателей, в противном случае обязанность заказчика по установлению порядка оценки и сопоставления заявок нельзя считать исполненной. Например, вряд ли можно считать установленным порядок оценки и сопоставления заявок, если в документации о закупке указано "заявки оцениваются членами закупочной комиссии по своему усмотрению" или "по внутреннему убеждению".

2. Положение указанной части о равном применении (применении в равной степени) требований, критериев и порядка оценки ко всем заявкам (участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора) означает, что определение степени соответствия каждой заявки требованиям и критериям должно осуществляться на основании принципов равноправия и справедливости - "то, что не будет считаться нарушением у одного участника размещения заказа, не считается нарушением для всех участников размещения заказов, и наоборот". Рассмотрение, оценка и сопоставление заявок должны опираться только на их содержание без учета каких-либо внешних факторов, при этом могут не приниматься во внимание несущественные погрешности, несоответствия или неточности заявки, которые приемлемы для заказчика и не влияют на определение победителя.

Часть 7.

Данная часть предусматривает правовое средство защиты заказчиков от потенциально недобросовестных поставщиков (исполнителей, подрядчиков) - право устанавливать требование об отсутствии сведений о них в реестрах недобросовестных поставщиков и соответственно (хотя это прямо не закреплено Законом, но вытекает из его смысла) отказывать таким участниками в допуске к участию в закупке.

1. Рассматриваемый Закон предполагает формирование второго реестра недобросовестных поставщиков наряду с уже имеющимся реестром недобросовестных поставщиков, предусмотренным Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд". При этом норма о праве устанавливать требование об отсутствии сведений об участниках в них сформулирована альтернативно - заказчик может установить его как в отношении наличия сведений в одном из реестров, так и в отношении обоих. Безусловно, рассматриваемое требование должно быть закреплено в документации о закупке, в то же время логичным будет определить закупочную политику в отношении применения этого требования нормативным способом регулирования - в положении о закупке.

2. В реестр недобросовестных поставщиков, предусмотренный Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (ст. 19), включаются сведения об участниках размещения заказа:

- уклонившихся от заключения контракта;
- с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Реестр недобросовестных поставщиков ведется в соответствии с Положением о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 15 мая 2007 г. N 292.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 20 февраля 2006 г. N 94 "О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание

услуг для федеральных государственных нужд" федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов, является Федеральная антимонопольная служба (ФАС РФ), она же осуществляет ведение реестра недобросовестных поставщиков в порядке, предусмотренном Приказом ФАС РФ от 27 августа 2007 г. N 267 "О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках".

Часть 8.

Данная часть наделяет Правительство РФ возможностью установления изъятий из национального режима к товарам, работам, услугам иностранного происхождения и установления особенностей участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства.

1. Согласно ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (принят в г. Нью-Йорке 31 мая - 17 июня 1994 г. на 27-й сессии ЮНСИТРАЛ) поставщики (подрядчики) допускаются к участию в процедурах закупок независимо от государственной принадлежности, за исключением тех случаев, когда на основаниях, указанных в подзаконных актах о закупках или в других правовых нормах, закупающая организация решает ограничить участие в процедурах закупок на основании государственной принадлежности.

По общему правилу на территории Российской Федерации к товарам, происходящим из иностранного государства или группы иностранных государств, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами, применяется национальный режим. Национальный режим в соответствии со ст. 29, 34 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" означает, что к товарам, происходящим из иностранного государства или групп иностранных государств, к иностранным исполнителям услуг предоставляется режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый аналогичным товарам российского происхождения или непосредственно конкурирующим товарам российского происхождения (режим, предоставляемый аналогичным российским исполнителям услуг и оказываемым ими на территории Российской Федерации услугам).

Отсюда товары, происходящие из иностранного государства или группы иностранных государств, работы, услуги, выполняемые, оказываемые иностранными лицами, допускаются для закупок на равных условиях с товарами российского происхождения, работами, услугами, выполняемыми, оказываемыми российскими лицами.

Если в Законе N 94-ФЗ вопросы об исключениях из этого общего правила достаточно подробно урегулированы на законодательном уровне, то применительно к закупкам товаров, работ, услуг субъектами, которые не являются государственными или муниципальными заказчиками, рассматриваемый Закон предоставляет право Правительству РФ определять такие изъятия и ограничения путем установления приоритетов для российских товаров, работ, услуг. Данное право Правительства РФ ограничено только международными договорами, которые в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и Федеральным законом от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для

применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты.

Одним из таких международных договоров является Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве, подписан в г. Москве 26 февраля 1999 г. Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой, Российской Федерацией, Республикой Таджикистан, по которому стороны предпринимают необходимые усилия для устранения на своих территориях административных, фискальных препятствий, затрудняющих нормальное функционирование режима свободной торговли товарами, устанавливают режим свободной торговли, национальный режим доступа на рынок услуг. Содействовать реализации единой торговой политики Таможенного союза призван и Договор о Таможенном кодексе Таможенного союза от 27 ноября 2009 г., заключенный между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией.

До принятия Правительством РФ соответствующего нормативного акта заказчики не вправе каким бы то ни было образом ограничивать допуск товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами.

2. В указанной части, в отличие от Закона N 94-ФЗ, который прямо предусматривает меры, направленные на оказание государственной или муниципальной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, расширение возможностей участия таких субъектов в размещении заказов и стимулирование такого участия, Правительству РФ предоставлено право устанавливать особенности участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупке товаров, работ, услуг.

Субъекты малого и среднего предпринимательства - хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными Федеральным законом от 24 июля 2007 г. N 209-ФЗ "О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации", к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям (ст. 3 - 4).

Согласно ст. 4 указанного Закона к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в Единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и коммерческие организации (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий), а также физические лица, внесенные в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее - индивидуальные предприниматели), крестьянские (фермерские) хозяйства, соответствующие следующим условиям:

- для юридических лиц - суммарная доля участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, иностранных юридических лиц, иностранных граждан, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов в уставном (складочном) капитале (паевом фонде) указанных юридических лиц не должна превышать двадцать пять процентов (за исключением активов акционерных инвестиционных фондов и закрытых паевых инвестиционных фондов), доля участия, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства, не должна превышать двадцать пять процентов (данное ограничение не распространяется на хозяйственные общества, деятельность которых заключается в практическом применении (внедрении) результатов интеллектуальной деятельности (программ для электронных вычислительных машин, баз данных, изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, селекционных достижений, топологий интегральных микросхем, секретов производства (ноу-хау)), исключительные права на которые принадлежат учредителям (участникам) таких хозяйственных обществ -

бюджетным научным учреждениям или созданным государственными академиями наук научным учреждениям либо бюджетным образовательным учреждениям высшего профессионального образования или созданным государственными академиями наук образовательным учреждениям высшего профессионального образования);

- средняя численность работников за предшествующий календарный год не должна превышать предельных значений средней численности работников для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства - от ста одного до двухсот пятидесяти человек включительно для средних предприятий и до ста человек включительно для малых предприятий. Среди малых предприятий выделяются микропредприятия - до пятнадцати человек;

- выручка от реализации товаров (работ, услуг) без учета налога на добавленную стоимость или балансовая стоимость активов (остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов) за предшествующий календарный год не должна превышать предельных значений, установленных Правительством РФ для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства (устанавливаются один раз в пять лет с учетом данных сплошных статистических наблюдений за деятельностью субъектов малого и среднего предпринимательства) .

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 22 июля 2008 г. N 556 "О предельных значениях выручки от реализации товаров (работ, услуг) для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства" (СЗ РФ. 2008. N 30. Ч. 2. ст. 3642), которое распространяется на правоотношения, возникшие с 1 января 2008 г., установлены следующие предельные значения выручки от реализации товаров (работ, услуг) за предшествующий год без учета налога на добавленную стоимость для следующих категорий субъектов малого и среднего предпринимательства: микропредприятия - 60 млн. рублей; малые предприятия - 400 млн. рублей; средние предприятия - 1000 млн. рублей.

Вновь созданные организации или вновь зарегистрированные индивидуальные предприниматели и крестьянские (фермерские) хозяйства в течение того года, в котором они зарегистрированы, могут быть отнесены к субъектам малого и среднего предпринимательства, если их показатели средней численности работников, выручки от реализации товаров (работ, услуг) или балансовой стоимости активов (остаточной стоимости основных средств и нематериальных активов) за период, прошедший со дня их государственной регистрации, не превышают предельных значений по средней численности работников и по выручке.

До установления Правительством РФ особенностей участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства заказчики не вправе каким бы то ни было образом ограничивать либо, наоборот, предоставлять преимущества при участии в закупке названных субъектов. Такой подход получил поддержку в судебной практике в отношении субъектов закупочной деятельности, попадающих в сферу регулирования настоящего Закона, которая сформировалась до принятия Закона №223-ФЗ.

Так, 4 марта 2010 г. на официальном сайте Пермского края в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг "Госзаказ Пермского края" в разделе "Закупки вне системы" Государственным автономным учреждением "Управление автомобильных дорог" Пермского края (ГАУ "Управтодор") опубликованы извещение о проведении открытого конкурса на выполнение работ по нанесению горизонтальной разметки проезжей части на автомобильных дорогах Пермского края, а также конкурсная документация и проект контракта. В соответствии п. 2 извещения о проведении открытого конкурса участниками размещения заказа являются субъекты малого предпринимательства.

Установив, что конкурс на выполнение работ по нанесению горизонтальной разметки проезжей части на автомобильных дорогах Пермского края проводился не в рамках Закона N 94-ФЗ, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что ГАУ "Управдор" было не вправе устанавливать ограничение по участию в конкурсе только субъектов малого предпринимательства со ссылкой на п. 1 ст. 15 Закона N 94-ФЗ без применения иных положений, предусмотренных ст. 15 Закона N 94-ФЗ, и Закона N 94-ФЗ в целом.

Установление в конкурсной документации условия об участии в конкурсе исключительно хозяйствующих субъектов, обладающих статусом субъекта малого предпринимательства, ограничило число потенциальных участников размещения заказа - хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на конкурентном рынке капитального строительства, ремонта и обслуживания автомобильных дорог общего пользования на территории Пермского края, что является нарушением ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда N 17АП-13378/2010-АК от 2 февраля 2011 г. по делу N А50-18519/2010).

Часть 9.

Данная часть конкретизирует предусмотренное ст. 46 Конституции РФ право на судебную защиту применительно к отношениям, возникающим при закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

1. Судебная защита - одно из основных правовых средств защиты прав и законных интересов участников закупки, в равной степени гарантированное Конституцией РФ всем субъектам права во всех сферах общественных отношений, подверженных правовому регулированию. В то же время содержание нормы о праве на судебную защиту, закрепленной в указанной части, вызывает ряд вопросов, связанных с ее реализацией на практике.

2. Согласно ст. 27 АПК РФ дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, подведомственны арбитражным судам. Арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, а в случаях, предусмотренных АПК РФ и иными федеральными законами, с участием Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, образований, не имеющих статуса юридического лица, и граждан, не имеющих статуса индивидуального предпринимателя.

Употребление в указанной части термина "обжалование" (он использован также в ч. 6 ст. 5 Закона) вряд ли можно назвать корректным, поскольку АПК РФ (как и ГПК РФ) оперирует понятием обжалования только применительно к процедурам проверки судебных актов в вышестоящих инстанциях.

В силу ч. 4 ст. 4 АПК РФ обращение в арбитражный суд осуществляется в форме:

- искового заявления - по экономическим спорам и иным делам, возникающим из гражданских правоотношений;

- заявления - по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, по делам о несостоятельности (банкротстве), по делам особого производства, при обращении о пересмотре судебных актов в порядке надзора и в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;

- жалобы - при обращении в арбитражный суд апелляционной и кассационной инстанций, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами;

- представления - при обращении Генерального прокурора Российской Федерации и его заместителей о пересмотре судебных актов в порядке надзора.

По-видимому, причина использования термина "обжалование" кроется в том, что законодатель до конца четко не определил правовую природу отношений, регулируемых 223-ФЗ, а следовательно, и сочетание частноправовых и публично-правовых начал в их правовом регулировании, в том числе процессуальным правом. Таким образом, используя термин "обжалование", Закон оставляет вопрос о порядке осуществления правосудия по данной категории дел для решения судебной практикой.

Теоретически возможны два варианта такого решения. Согласно ст. 28 АПК РФ арбитражные суды рассматривают в порядке искового производства возникающие из гражданских правоотношений экономические споры и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, а в случаях, предусмотренных АПК РФ и иными федеральными законами, - другими организациями и гражданами.

В соответствии со ст. 29 АПК РФ арбитражные суды рассматривают в порядке административного судопроизводства возникающие из административных и иных публичных правоотношений экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности, в том числе:

- об оспаривании нормативных правовых актов в сфере в том числе размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, а в случаях, предусмотренных федеральным законом, в иных сферах;

- об оспаривании затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных федеральным законом отдельными государственными или иными публичными полномочиями должностных лиц.

Принципиальное отличие административного судопроизводства от искового для заказчика и для участников закупки состоит в том, что если при исковом производстве участник и заказчик находятся в равном процессуальном положении и каждый из них должен доказать обстоятельства, на которые он ссылается как на основание своих требований и возражений, то при административном обязательность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на заказчика (ст. 65 АПК РФ).

Исходя из правовой природы регулируемых Законом отношений, определяемой прежде всего особым субъектным составом лиц, на которых распространяется Закон, участием в их деятельности в большей или меньшей степени государства и муниципальных образований (через государственную и муниципальную собственность, субсидии и т.д.), а также закрепленными в Законе целями и принципами правового регулирования закупок, представляется, что судебная защита от действий (бездействия) заказчика должна осуществляться в порядке административного судопроизводства. Подтверждением этого является использование термина "обжалование" как повода для начала судебной процедуры именно по делам из публичных правоотношений в КоАП РФ, а также арбитражная практика, сложившаяся при обжаловании в суд действий и решений, совершаемых в процессе размещения государственных и муниципальных заказов, минуя обращение в антимонопольные органы.

Так, ООО, полагая, что отказ в допуске к участию в запросе котировок является незаконным и нарушает его права и законные интересы, обратилось в арбитражный суд с указанным заявлением.

Суд первой инстанции, удовлетворяя заявленные требования, признал протокол котировочной комиссии не соответствующим требованиям 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", установив, что котировочная заявка ООО была отклонена по основаниям, не предусмотренным ст. 47 Закона.

Суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции и отказывая в удовлетворении заявленных требований, исходил из того, что протокол рассмотрения и оценки котировочных заявок не может быть признан недействительным в рамках гл. 24 АПК РФ, поскольку не является ненормативным правовым актом, требование ООО не подлежит удовлетворению и в порядке искового производства, так как протокол не соответствует признакам сделки.

Отменяя Постановление суда апелляционной инстанции и оставляя в силе решение суда первой инстанции, суд кассационной инстанции указал, что в ч. 1 ст. 57 Закона N 94-ФЗ предусмотрено право любого участника размещения заказа обжаловать в судебном порядке действия (бездействие), в том числе конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника размещения заказа. Согласно ч. 1 ст. 198 АПК РФ (в редакции, действовавшей на момент рассмотрения дела судами) граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Обращаясь в порядке гл. 24 АПК РФ с заявлением в суд, ООО обжаловало действия котировочной комиссии по отклонению котировочной заявки, указывая на несоответствие их Закону и на то, что эти действия создали обществу не предусмотренные Законом препятствия к участию в запросе котировок. Суждения же суда апелляционной инстанции о том, что заявленные требования не могли быть рассмотрены в порядке гл. 24 АПК РФ, поскольку заявитель не указал, каким образом нарушены его права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а указанный протокол не является ненормативным правовым актом, возможность оспаривания которого предусмотрена гл. 24 АПК РФ, не основаны на правильном применении норм Закона и АПК РФ. Суд первой инстанции правомерно рассмотрел заявленные требования по существу в порядке, определенном гл. 24 АПК РФ (Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 24 декабря 2010 г. N А74-1704/2010).

3. Субъектом судебного обжалования выступает участник закупки. В отношении обжалования (с учетом положений, сформулированных судебной практикой) правовой статус участника закупки следует рассматривать как специальный в зависимости от участия либо неучастия в конкретных стадиях процедуры закупки. Именно признание лица участником закупки в той или иной стадии ее процедуры дает ему право обжаловать действия (бездействие) заказчика, совершенные на данной стадии и нарушающие его права и законные интересы. Если же участник закупки в одной ее стадии не стал участником закупки в другой, его права и законные интересы не могут быть нарушены действиями (бездействием) заказчика, совершенными в этой стадии.

Как справедливо указано в одном из судебных решений, права и законные интересы могут быть только у лица, которое претендует на заключение соответствующего контракта. Государственный контроль осуществляется в целях восстановления публичного порядка и нарушенных гражданских прав. Вместе с тем ничем не ограниченный контроль может мешать реализации общественных отношений, охраняемых законом. Поэтому ограниченный круг субъектов обжалования (по определенному юридическому интересу в исходе дела) призван исключить необоснованные жалобы, способные внести неоправданную дезорганизацию в правоотношения, породить те или иные злоупотребления в сфере размещения заказов. При этом оценку подобным негативным актам целесообразно проводить как до, так и после размещения заказов и с учетом перспективы серьезных социальных последствий дестабилизации сложившихся прав и обязанностей значительного круга лиц. В связи с этим статус подателя жалобы, его соответствие определенным требованиям закона и четкий юридический интерес добросовестного участника хозяйственного оборота имеют принципиальное значение при решении вопросов о наличии правовых и фактических оснований для соответствующего обжалования и о законности его последствий (решение Арбитражного суда Красноярского края от 15 мая 2009 г. по делу N А33-2420/09 оставлено без изменения Постановлением Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 21 сентября 2009 г.).

4. Объектом судебного обжалования выступают действия (бездействие) заказчика, которые, по мнению участника закупки, не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы, создают препятствия к участию в закупке. К таким действиям (бездействию) могут быть отнесены: неправомерное установление требований к участникам закупки, размещение документации с нарушением установленных Законом и положением о закупке сроков и т.д.

Технико-юридической особенностью Закона №223-ФЗ в целом является отсутствие характерных для большинства современных российских законов легальных дефиниций используемых в нем основных понятий и терминов. В Законе содержится 40 упоминаний термина "заказчик" без каких-либо пояснений, и только в ч. 1 ст. 1 заказчиками названы юридические лица, чья закупочная деятельность им регулируется. В отличие от Закона N 94-ФЗ и устанавливающих административную ответственность за его нарушения норм КоАП РФ, рассматриваемый Закон оперирует общим понятием заказчика, не выделяя конкретных субъектов закупки со стороны заказчика, таких, как собственно заказчик (заказчик в узком смысле - должностное лицо или орган юридического лица, утверждающий документацию о закупке, совершающий иные действия от имени юридического лица), уполномоченный орган, специализированная организация, оператор электронной площадки, закупочная комиссия (конкурсная, аукционная и пр.) либо должностное лицо, уполномоченное выполнять функции закупочной комиссии, и т.д. Административная же ответственность за нарушения Закона о закупках на сегодняшний момент отсутствует.

Дословно из текста ч. 9 - 10 статьи 3 Закона следует, что обжаловать в судебном и административном порядке можно только действия заказчика, но не иных органов и должностных лиц, включенных в процедуру закупки (конкурсной, аукционной и иных закупочных комиссий либо должностных лиц, если принятие соответствующих решений отнесено положением о закупке к их компетенции).

Такое толкование вряд ли может быть признано правильным, поскольку, во-первых, как показывает практика государственных и муниципальных заказов, значительное число нарушений законодательства приходится именно на действия комиссий, а не заказчика в его узком понимании; во-вторых, при значительной роли локального уровня правового регулирования закупок, когда конкретное юридическое лицо - заказчик - практически полностью свободно в определении состава органов, подразделений и лиц,

осуществляющих закупочную деятельность, их компетенции и порядка работы (причем не только в положении о закупке, но и во внутренних документах организации (регламентах, должностных инструкциях и т.п.)), выведение за рамки понятия "заказчик" этих подразделений и должностных лиц будет означать невозможность защиты прав и законных интересов участников закупки от их неправомερных действий (бездействия).

Отсюда представляется, что понятие "заказчик" следует рассматривать предельно широко, включая в него все органы, структурные подразделения и работников юридического лица, выполняющих те или иные процессы в закупочной деятельности, и все их неправомερные действия (бездействие) в соответствии с принципом всеобщности судебной защиты должны подлежать судебному обжалованию.

Часть 10.

Данная часть устанавливает случаи применения административного порядка защиты прав участников закупки.

1. Согласно ч. 2 ст. 11 ГК РФ защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Нормы указанной части ст. 3 Закона закрепляют возможности защиты гражданских по своей правовой природе прав участников закупки в административном порядке путем обжалования в антимонопольный орган ряда действий (бездействия) заказчика.

При этом Закон предусматривает, что процедура обжалования (порядок рассмотрения жалобы, принятия решения по ней) должна быть установлена самим антимонопольным органом. Процедура рассмотрения жалоб при размещении государственных и муниципальных заказов установлена Приказом Федеральной антимонопольной службы РФ от 14 ноября 2007 г. N 379 "Об утверждении Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд". До вступления Закона №223-ФЗ в силу Федеральная антимонопольная служба должна утвердить аналогичный документ применительно к отношениям, регулируемым 223-ФЗ.

2. Из буквального прочтения указанной части, равно как и ч. 9 настоящей статьи, следует, что обжаловать в административном порядке можно только действия заказчика, но не закупочных комиссий и должностных лиц, что вряд ли можно признать правильным и технико-юридически точным, так как некоторые действия из предусмотренных в указанной части (например, предъявление к участникам закупки требования о представлении документов, не предусмотренных документацией о закупке) могут быть совершены как раз не заказчиком, а органами и лицами, которые рассматривают заявки участников. Понятие "заказчик" следует трактовать предельно широко и применительно к административному обжалованию, включая в него все органы, структурные подразделения и работников юридического лица, выполняющих те или иные процессы в закупочной деятельности, чьи неправомερные действия (бездействие) в соответствии с указанной частью подлежат административному обжалованию.

3. В указанной части перечислены конкретные действия (бездействие), которые могут быть обжалованы в антимонопольный орган:

- размещение на официальном сайте положения о закупке;
- размещение на официальном сайте изменений, вносимых в указанное положение (в соответствии с ч. 1 ст. 4 положение о закупке, изменения, вносимые в указанное положение, подлежат обязательному размещению на официальном сайте не позднее чем в течение пятнадцати дней со дня утверждения);

- размещение на официальном сайте информации о закупке, подлежащей в соответствии с 223-ФЗ размещению на таком официальном сайте;
- нарушение сроков размещения на официальном сайте положения о закупке, изменений, вносимых в положение о закупке, информацию о закупке;
- предъявление к участникам закупки требования о представлении документов, не предусмотренных документацией о закупке;
- осуществление заказчиками закупки товаров, работ, услуг в отсутствие утвержденного и размещенного на официальном сайте положения о закупке и без применения положений 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".

4. К сожалению, на настоящий момент административный порядок защиты прав участников закупки не обеспечен конкретными мерами правового принуждения, которые антимонопольный орган сможет применить к недобросовестным заказчикам. Нормы, предусматривающие такие меры (например, о выдаче антимонопольным органом обязательного для исполнения предписания и об ответственности за его неисполнение), как содержащие ограничения прав участников закупки должны в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ закрепляться только на уровне федерального закона и не могут быть предусмотрены на уровне подзаконных нормативных правовых актов.

В отсутствие таких мер правового принуждения административный порядок обжалования остается неработающим, а решение антимонопольного органа о признании заказчика нарушившим положения Закона - не имеющим юридических последствий.

Думается, что Данная часть до момента вступления Закона в силу должна быть дополнена как минимум следующими положениями:

"При выявлении в результате рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика законодательства Российской Федерации и (или) иных нормативных правовых актов Российской Федерации о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц антимонопольный орган вправе:

- выдать заказчику, в результате действий (бездействия) которого были нарушены права и законные интересы участников закупки, обязательное для исполнения предписание (далее - предписание) об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством Российской Федерации;

- обратиться в суд, арбитражный суд с иском о признании размещенного заказа недействительным.

Предписание должно содержать указание на конкретные действия, которые должно совершить лицо, которому выдано такое предписание, для устранения нарушения. Антимонопольный орган в течение трех рабочих дней со дня выдачи предписания обязан разместить такое предписание на официальном сайте".