

СОЗДАНИЕ ПРЕИМУЩЕСТВЕННЫХ УСЛОВИЙ ПРИ ОПИСАНИИ ОБЪЕКТА ЗАКУПКИ

Т.В. Иордакий,
студентка 3 курса ИГИП ТюмГУ
направление «Юриспруденция»
TVlordakiy@gmail.com
Научный руководитель:
Д.О. Тепляков,
доцент кафедры конституционного и
муниципального права ИГИП ТюмГУ,
кандидат юридических наук

Одним из частых видов нарушений антимонопольного законодательства при проведении закупок является создание организатором закупки преимущественных условий отдельному участнику.

В практике долгое время существует проблема квалификации действий заказчика, который при описании объекта закупки установил требования к характеристикам продукции, соответствующим описанию товара только одного производителя.

В ст. 33 Федерального закона №44-ФЗ О контрактной системе установлены правила описания объекта закупки.

При выборе способов описания объекта закупки заказчик в соответствии с п. 1 и 2 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе обладает автономией, которая ограничена лишь требованиями возможности поставки товаров, эквивалентных требуемым, и соответствия законодательству и нормативным государственным стандартам. Следовательно, у заказчика есть право описать требования к товарам детально, включив любое возможное количество их характеристик, независимо от наличия обоснованной потребности в таком описании. В то же время следует учесть, что в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе обязанностью заказчика является объективное описание объекта закупки [1]. Однако, как считает Анатолий Игоревич Сидоренко, «грань между действительными потребностями заказчика и созданием головоломки — очень тонкая» [2]. Аналогичные правила содержались в Федеральном законе №94-ФЗ О размещении заказов.

Из-за такой неопределенной формулировки закона имеется достаточно обширная практика по данной проблеме.

Раньше практически все территориальные управления ФАС, когда рассматривали жалобы на подобные действия заказчика, признавали их нарушением, которое выражается в ограничении количества участников закупки. При этом негласно подразумевался сговор между заказчиком и производителем.

В настоящее время практика антимонопольных органов стала кардинально меняться в пользу заказчика, считая, что необходимо учитывать многие другие обстоятельства, которые в совокупности будут характеризовать добросовестность действий заказчика.

Практика идет по тому пути, что заказчик вправе самостоятельно определять характеристики товара, которые ему нужны, поскольку именно он формирует свою потребность и вправе рассчитывать на ее удовлетворение. Обоснованность данной позиции особенно ярко проявляется на примере закупки дорогостоящего медицинского оборудования для проведения сложных операций. В этом случае многими признается, что врач вправе сделать свой выбор в пользу конкретных характеристик [3]. Но и в случаях, не касающихся жизни и здоровья людей, ФАС придерживается такого мнения, что не всегда разумно.

Но имеются и противоположные мнения, так в постановлении суда апелляционной инстанции было установлено, что поставка товара по весу, превышающему значение, которое указано в требованиях заказчика, не повлияет на эффективность и качество оказания медицинской помощи. Подобная аргументация представляется правильной. Установление требований к потребительским свойствам товара, к его размеру, цвету, весу, упаковке представляется недопустимым и противоречащим принципу обеспечения конкуренции. Но все же такие решения в настоящее время скорее исключение, нежели правило.

Многие контролирующие органы исходят из того, что обязанность обосновать значимость тех или иных характеристик действующим законодательством не установлена. Считаю, что такая обязанность необходима, так как в противном случае сложнее обнаружить грань между необоснованной потребностью заказчика и действительно необходимостью.

Также в практике достаточно часто встречается убеждение о том, что большое значение имеет тот факт, созданы ли преимущества определенным хозяйствующим субъектам или нет. То есть принимаются во внимание не предположения, а факты.

Неоднозначен вопрос о том, имеет ли место ограничение конкуренции, когда предметом закупки является поставка товара, а не его производство. Территориальные управления ФАС считают, что в данном случае отсутствует ограничение конкуренции, поскольку определяющее значение имеет субъектный состав потенциальных участников размещения заказа — наличие нескольких поставщиков, а не производителей [3]. Но при таком подходе механизмы защиты конкуренции не будут работать, что приведет к выхолащиванию принципа обеспечения конкуренции и увеличению количества недобросовестных поставщиков.

Правоприменительная практика дает понять, что указание характеристик, соответствующих показателям товара одного производителя, само по себе не свидетельствует об ограничении конкуренции на торгах. Эксперт-практик Свиридов считает, что именно данная точка зрения должна являться преобладающей, если исходить из презумпции невиновности заказчика и отсутствия у него обязанности доказывать свою потребность [3].

Но исследователи отмечают, что «заказчик намеренно формулирует положения технического задания таким образом, чтобы под них подпадал только один из участников конкурентных процедур» [2].

Опасность "затачивания" конкурсной документации кроется также и в том, что это нарушение формируется уже на стадии планирования закупок, а так как механизмы его обнаружения в законе не прописаны, то все последующие процедуры, призванные не допустить ограничение конкуренции, просто не будут работать.

Возможные пути решения проблемы:

1. Попытка решить рассматриваемую проблему была предпринята в предлагаемом ФАС России проекте Закона "О федеральной контрактной системе", содержащем предложения по созданию уполномоченного органа, одной из функций которого было формирование корректного технического задания, что могло реально препятствовать "затачиванию" конкурсной документации, но данный способ не был принят во внимание. Вероятно, потому что создание нового органа в исполнительной системе РФ требует немало времени и денежных средств [4].

2. Анатолий Игоревич Сидоренко в своей статье предложил конкретизировать ч. 1 ст. 33 Закона о контрактной системе, дополнив ее пунктом о недопустимости излишней детализации объекта закупки, наличие которой не влияет на потребность заказчика и об обязанности заказчика обосновывать объективность потребности в индивидуализации его технических характеристик [2].

3. В положениях закона №44-ФЗ можно найти одно из возможных решений указанной проблемы, которое планируется к введению с 1 января 2017 г. — должен быть создан каталог товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, который, собственно, и представляет собой перечень типовых максимально детализированных технических заданий. Разработать такой каталог поручено Минэкономразвития России.

4. Дмитрий Сергеевич Хвалынский и Ольга Петровна Мамченко предлагают пойти по пути решения данной проблемы аналогично некоторым зарубежным странам, где вместо досконального описания продукции дается ясное представление о конкретных потребностях и нуждах заказчика, т. е. производится описание задач, которые заказчик должен решить путем проведения закупки, и результата, который он желает получить. Пример указан на слайде. После формирования такого «функционального» задания заказчику только остается принять решение о соответствии или несоответствии поставленным задачам заявок участников, после чего все допущенные участники будут конкурировать исключительно по ценовому критерию. Со своей стороны, и поставщики в условиях «функциональной» спецификации получают возможность предлагать инновационные и менее затратные способы решения публичных задач. Например, предложить в нашем случае не покупку автомобиля, а его аренду в течение 5 лет или услуги по перевозке пассажиров и грузов на указанный срок с использованием автомобилей участника торгов [5].

Но, опять же, данный способ дает большую свободу заказчику при определении победителя, что, решая одну проблему, может породить массу других «лазеек» для создания преимущественных условий одному из участников. И даже при таком «функциональном» методе описания предмета закупки необходим будет контроль со стороны ФАС и конкретизация нормативной базы.

На мой взгляд, есть еще один возможный путь решения данной проблемы.

Так как обращения в суды и ФАС с жалобами на нарушения после того, как уже прошла закупка, создают много проблем всем участникам закупки, почему бы не предотвратить данные нарушения до ее проведения. Возможно предусмотреть процедуру, при которой ФАС будет обязана проверять техническое задание на предмет ограничения конкуренции до проведения закупки. Для этого заказчику нужно будет лишь направить (возможно путем размещения на сайте) техническое задание территориальному органу ФАС, который в течение установленного срока проверит данную документацию и даст свой ответ с замечаниями, которые заказчик будет обязан учесть. И только после данной процедуры возможны будут дальнейшие действия. Таким образом, ограничение конкуренции будет, так сказать, пресекаться на корню.

Таким образом, имеющиеся на сегодняшний день проблемы неэффективности расходования бюджетных средств при осуществлении закупок кроются в излишней широте полномочий должностных лиц заказчиков в описании объекта закупки, порождающей у потенциальных поставщиков чувство неопределенности при оценке возможности участия в закупке, а также подрывающей веру в действенное воплощение гарантированной ст. 8 Конституции РФ поддержки конкуренции. Включение в ч. 1 и 2 ст. 33 Закона о контрактной системе оценочной категории «объективности» описания объекта закупки оказалось недостаточно для пресечения злоупотреблений должностными лицами имеющимися полномочиями [2].

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Федеральный закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ(ред. от 05.04.2016).
2. "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" [Электронный ресурс]. — В данном виде документ опубликован не был. — Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения 14.04.2016).
3. Федеральный закон от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (Документ утратил силу с 1 января 2014 года в связи с принятием Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ) // "Собрание законодательства РФ", 25.07.2005, N 30 (ч. 1), ст. 310.
4. Сидоренко А.И. Правовая неопределенность как средство ограничения конкуренции в сфере государственных и муниципальных закупок // Актуальные проблемы экономики и права. 2014. №4 (32) С.76-82.
5. Свиридов Д.В. Проблема одного производителя, или сложность доказывания конкуренции на торгах // Бюджет, №4, с. 42-45.
6. Канунцева М.В. Госзакупки: грань между потребностями заказчика и ограничением конкуренции // Конкуренция и право, 2012, №5.
7. Хвалынский Д.С., Мамченко О.П. О некоторых решениях проблемы улучшения качества поставок продукции для государственных и муниципальных нужд в российской Федерации // Известия АлтГУ . 2015. №2 (86) С.194-197.