**Бакунов Алексей Викторович,**

**доцент**

**«О некоторых проблемах определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) путем проведения открытого конкурса»**

В статье рассматриваются некоторые проблемные вопросы, возникающие при проведении открытого конкурса, при осуществлении закупок для государственных или муниципальных нужд.

**Ключевые слова:** конкурсная комиссия, специализированная организация, участник закупки, внесение обеспечения закупки.

***Bakunov A.V.***

**On some problems of determining suppliers (contractors, performers) by holding an open tender**

The article discusses some problematic issues arising from the conduct of open competition in procurement for state or municipal needs.

**Keywords:** competitive commission, specialized organization, participant of procurement, securing of procurement.

Согласно ч. 1 ст. 39 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 30.12.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (Далее - Закона № 44-ФЗ) для определения поставщика заказчику необходимо создать конкурсную комиссию.

По мнению Минэкономразвития России, члены комиссии по закупкам должны лично присутствовать на ее заседаниях. Возможность использовать видео-конференц-связь для участия в заседаниях, а также впоследствии оформлять протоколы заседаний в виде электронного документа Законом № 44-ФЗ не предусмотрена. Данный вывод основан на положениях ч. 8 ст. 39 Закона № 44-ФЗ. В этой норме указано, в частности, следующее: члены комиссии не вправе принимать решения путем проведения заочного голосования и делегировать свои полномочия иным лицам. [1]

Такой подход является спорным, так как затрудняет возможность заказчиков привлекать специалистов дистанционно. Можно также не согласиться с тем, что заседание с использованием видео-конференц-связи, проводится в заочной форме.

Заказчик вправе привлечь специализированную организацию для разработки конкурсной документации, размещения извещения о проведении открытого конкурса, выполнения иных функций (ч. 1 ст. 40 Закона № 44-ФЗ).

В отношении того, каким образом следует оформить отношения между специализированной организацией и заказчиком, в юридической литературе существует точка зрения, что это необходимо делать с помощью агентского договора. Например, по мнению С.В. Савиной, в данном случае речь идет об отдельном виде агентского договора, построенного по модели договора поручения с условием о солидарной ответственности принципала за действия агента. [2. с. 98] Поддерживают позицию о квалификации договора между заказчиком и специализированной организацией в качестве агентского договора Л.В. Андреева [3. с. 115], М.Е. Кукла, [4. с. 10], Д.Ю. Борисов. [5. с. 20]. С этим мнением трудно согласиться, так как

По своей сути отношения между заказчиком и специализированной организацией с большой натяжкой вписываются в отношения между агентом и принципалом. Услуги специализированной организации не предполагают собой необходимости постоянного «замещения» фигуры заказчика в его отношениях с третьими лицами. Особенностью агентского договора является то, что «в обязанность агента входит необходимость совершать действия (п. 1 ст. 1005 ГК). Именно приведенная особенность агентского договора делает наиболее вероятным его использование в случаях, когда речь идет об обслуживании принципала профессионалом-агентом. При этом имеется в виду не только присущая агентскому договору длительность отношений сторон, но прежде всего многократность оказания услуг в сочетании с их многообразием» [6. с. 482].

Очевидно, что ни многократности, ни многообразия оказания услуг деятельность специализированной организации не предполагает и ее отношения с заказчиком могут быть оформлены посредством договора возмездного оказания услуг.

В связи с тем, что в законе речь идет о «специализированной организации» Минэкономразвития России придерживается позиции, что под ней понимается только юридическое лицо. [7] Однако с точки зрения совершенствования законодательства о госзакупках не видится никаких препятствий, чтобы расширить перечень лиц, которых можно было бы привлекать в качестве специалистов.

Спорным является вопрос о том, кому обязан заказчик давать разъяснения конкурсной документации? Является ли таковым только лицо подавшее заявку, либо это любой потенциальный участник закупки?

Проблема заключается в том, что недобросовестные юридические лица и предприниматели могут злоупотреблять своим правом направлять запросы на разъяснение, обжаловать положения документации, не имея цели реально участвовать в конкурсе (как правило, имея цель сорвать проведение конкурса, оказать давление на конкурентов и т.д.). Несмотря на это представляется, что таким правом обладает любой потенциальный участник закупки. Этот вывод вытекает из последовательности действий потенциального участника. Вначале он должен иметь возможность определиться с условиями конкурса, а уж затем готовить заявку. Для этого ему предоставляется право знакомиться с документацией, направлять запросы на ее разъяснение, в том числе указывая заказчику на ошибки в документации. Логично это делать до подготовки заявки. В то же время «заинтересованным лицом» не является субъект, который не может быть участником данной закупки, например, лицо, не имеющее лицензии или членства в саморегулируемой организации, если это требуется по условиям конкурса, или некоммерческая организация либо физическое лицо, когда по условиям закупки речь идет о предпринимательской деятельности и т.д.

Сходная проблема возникает при вскрытия заявок. По мнению Минэкономразвития России заказчик обязан допустить всех желающих к процедуре вскрытия заявок на участие в конкурсе.

Минэкономразвития придерживается данной позиции, несмотря на то, что в Законе № 44-ФЗ прямо не закреплена обязанность заказчика предоставить всем желающим доступ к процедуре вскрытия заявок. [8]

Такая точка зрения, безусловно, является спорной, хотя и не лишена логики. Исходя из буквального толкования ч. 2 ст. 52 Закона № 44-ФЗ все таки следует, что заказчик обязан предоставить возможность присутствовать при вскрытии, только участникам открытого конкурса, подавшим заявки (в данном случае можно говорить о несогласованности ч. 2 и 3 ст. 52 Закона № 44-ФЗ). Кроме того также представляется, что в любом случае речь идет не о «всех желающих», к лицам, которые заказчик не обязан допускать относятся субъекты, которые не могут быть участниками данной закупки.

Спорным является вопрос о возможности внесения обеспечения заявки не участником, а третьим лицом. По этому поводу складывается противоречивая практика.

Так, по одному из дел суд счел, что заказчик правомерно признал заявку противоречащей требованиям Закона № 44-ФЗ. Антимонопольная служба указала, что третье лицо внесло обеспечение заявки правомерно, так как в Законе № 44-ФЗ отсутствует запрет иным лицам предоставлять обеспечение. Довод не был принят судом. [9]

 Однако в аналогичной ситуации суд пришел к выводу, что внести обеспечение исполнения контракта может третье лицо. Суд мотивировал это тем, что по общему правилу кредитор обязан принять исполнение, предложенное третьим лицом, кроме случаев, когда из закона, иных правовых актов, условий или существа обязательства следует, что должнику необходимо исполнить обязательство лично. Из положений Закона № 44-ФЗ такая необходимость не вытекает.

Кроме того, право выбрать способ предоставления указанного обеспечения Закон № 44-ФЗ закрепляет за участником закупки. [10]

 Следует согласиться с указанной позицией, так как для заказчика не имеет значения, кто вносит обеспечения, цели предусмотренные Законом № 44-ФЗ будут в любом случае достигнуты.

**Литература:**

1.Письмо Минэкономразвития России от 22.06.2015 № Д28и-1824 // СПС «КонсультантПлюс».

2.Савина С.В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук / науч. рук. Л.В. Андреева. М., 2007.

3.Андреева Л.В. Закупки товаров и энергосервисных работ для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2011.

4.Кукла М.Е. Заключение договора на торгах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / науч. рук. И.С. Мухамедшин. М., 2007.

5.Борисов Д.Ю. Гражданско-правовая регламентация торгов на размещение заказов для государственных и муниципальных нужд: дис. ... канд. юрид. наук / науч. рук. А.И. Гончаров. Волгоград, 2010.

6.Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Издание дополнительное, исправленное (3-й завод). – М.: «Статут», 2003.

7.Письмо Минэкономразвития России от 15.07.2015 № Д28и-2146 СПС «КонсультантПлюс».

8.Письмо Минэкономразвития России от 05.03.2015 № Д28и-527 СПС «КонсультантПлюс».

9.Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 24.09.2015 № 05АП-8294/2015 по делу N А24-1306/2015 СПС «КонсультантПлюс».

10.Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.01.2016 № 09АП-52950/2015 по делу № А40-126679/15 СПС «КонсультантПлюс».