**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](consultantplus://offline/ref=26ECAA468D071EB866AFADC5907D79470971319A22F1B53F02EF2B983Ce9q5A) № 44-ФЗ не предусмотрена. Данный вывод основан на положениях [ч. 8 ст. 39](consultantplus://offline/ref=26ECAA468D071EB866AFADC5907D79470971319A22F1B53F02EF2B983C95D3F38D3F19E4DE892FB6eFq5A) 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](consultantplus://offline/ref=8C4B2A632AEAEAF3B935D68E9F49F8D2F184B0F4BF57E4261C501E130Dz446A) № 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](consultantplus://offline/ref=B451EA37D1D9CDEFD75CBA6A8F3CC10DC87413CFDE7D41251964E473EBUCD5C) № 44-ФЗ. Антимонопольная служба указала, что третье лицо внесло обеспечение заявки правомерно, так как в [Законе](consultantplus://offline/ref=B451EA37D1D9CDEFD75CBA6A8F3CC10DC87413CFDE7D41251964E473EBUCD5C) № 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](consultantplus://offline/ref=B350AB6B0EDE70D4FFFC62AA61E8D2C9B914463392F51F84A840CE2C581F8C22EA07A8AB3604FDJ3CAD) 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](consultantplus://offline/ref=B350AB6B0EDE70D4FFFC62AA61E8D2C9B914463293F21F84A840CE2C581F8C22EA07A8AB3600FC3CJECAD) Закона № 44-ФЗ такая необходимость не вытекает.

Кроме того, право выбрать способ предоставления указанного обеспечения [Закон](consultantplus://offline/ref=B350AB6B0EDE70D4FFFC62AA61E8D2C9B914463293F21F84A840CE2C58J1CFD) № 44-ФЗ закрепляет за участником закупки. [10]

Следует согласиться с указанной позицией, так как для заказчика не имеет значения, кто вносит обеспечения, цели предусмотренные [Закон](consultantplus://offline/ref=B350AB6B0EDE70D4FFFC62AA61E8D2C9B914463293F21F84A840CE2C58J1CFD)ом № 44-ФЗ будут в любом случае достигнуты.

**Литература:**

1.[Письмо](consultantplus://offline/ref=26ECAA468D071EB866AFB0D785092C140578329F22FCB53F02EF2B983Ce9q5A) 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](consultantplus://offline/ref=371C506E8B1F55D606E55E9848324D8F22357C0312FECE3E1A2BFF8BEES7s3B) Минэкономразвития России от 15.07.2015 № Д28и-2146 СПС «КонсультантПлюс».

8.[Письмо](consultantplus://offline/ref=8C4B2A632AEAEAF3B935CB9C8A3DAD81FD8DB3F5BC59E4261C501E130Dz446A) Минэкономразвития России от 05.03.2015 № Д28и-527 СПС «КонсультантПлюс».

9.[Постановление](consultantplus://offline/ref=B451EA37D1D9CDEFD75CA46A88549F00CC784BC6DF704272443BBF2EBCCCEDB6UDD9C) Пятого арбитражного апелляционного суда от 24.09.2015 № 05АП-8294/2015 по делу N А24-1306/2015 СПС «КонсультантПлюс».

10.[Постановление](consultantplus://offline/ref=B350AB6B0EDE70D4FFFC63AA6491879AB514413794F113D9A24897205A18J8C3D) Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.01.2016 № 09АП-52950/2015 по делу № А40-126679/15 СПС «КонсультантПлюс».