Открытый аукцион в электронной форме:

основные вопросы, требующие решения



А.Н. Ферулёв,
специалист первого разряда административного отдела Управления Федерального казначейства по Омской области

За время своего существования система размещения заказов претерпела значительные изменения, основным из которых является переход на обязательное проведение открытых аукционов в электронной форме. Данная процедура имеет ряд бесспорных достоинств, в целом позволяющих повысить эффективность государственных закупок, однако до сих пор еще остаются вопросы, требующие решения на законодательном уровне.

За время действия Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон № 94-ФЗ) сами закупки и механизм их применения существенно изменились. От массового использования процедур открытого конкурса заказчики перешли к открытым аукционам и запросам котировок и уже в течение года проводят открытые аукционы в электронной форме, которая является новым и перспективным способом размещения заказов.

Открытый аукцион в электронной форме позволяет оптимизировать государственные расходы, способствует проведению разумной бюджетной политики и повышению эффективности расходования средств, а это именно те главные задачи, о которых заявлял 25 мая 2009 г. Президент России в Бюджетном послании Федеральному Собранию "О бюджетной политике в 2010–2012 годах". Размещение заказа в такой форме позволяет избежать конфликта интересов или, напротив, сговора между заказчиком и поставщиком или между недобросовестными поставщиками, расширяет возможности доступа к государственному заказу для добросовестных поставщиков, делая их более защищенными от нечестной конкуренции, позволяет создать здоровую и эффективную конкурентную среду функционирования закупок, повысить их открытость и

прозрачность, сократить время на размещение заказа.

Основными преимуществами открытого аукциона в электронной форме, несомненно, являются:

- применение автоматизированной системы уведомлений и контроля сроков процедуры размещения заказов. Это стало возможным благодаря появлению в процедуре размещения заказов нового звена – оператора электронной торговой площадки (далее – ЭТП) со специальным программным обеспечением;
- наглядность и открытость процесса размещения заказа, происходящего в режиме онлайн на сайте оператора ЭПТ;
- снижение влияния человеческого фактора в ходе взаимодействия заказчика и поставщика. Оператор ЭТП отвечает за документооборот процедуры проведения торгов, благодаря чему существенно снижается вероятность сговора между участниками до и во время проведения процедуры открытого аукциона в электронной форме, т. к. он проводится в режиме онлайн, и между участниками нет личного контакта;
- упрощение процедуры подачи участником размещения заказа заявки на участие в торгах. Так, первая часть заявки содержит лишь согласие участника размещения заказа на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, соответствующих требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме, на условиях, предусмотренных документацией об открытом аукционе, и сведения о качестве, технических характеристиках товара, его безопасности, функциональных характеристиках (потребительских свойствах), размере, упаковке, отгрузке товара и иные сведения о товаре, представление которых предусмотрено документацией об открытом аукционе в электронной форме. Указание таких сведений не требуется в случае, если участник размещения заказа предлагает для поставки товар, указание на товарный знак которого содержится в документации об открытом аукционе, или для использования этого товара при выполнении работ, оказании услуг. Т. е. процесс размещения заказа путем процедуры открытого аукциона в электронной форме является договором публичной оферты (или договором присоединения) (ст. 437, 428 ГК РФ), и участнику остается, ознакомившись с условиями договора, согласиться с ними и подать заявку или же отказаться, не предпринимая никаких действий.

Следует более подробно остановиться на вопросах, требующих дополнительного рассмотрения и доработки законодателем.

Использование понятия "эквивалент"

Данное понятие осталось в Законе № 94-ФЗ, и, как и ранее, оно вызывает сложности как у заказчиков, так и у поставщиков. В некоторых случаях указание конкретного товара и его характеристик могло бы существенно облегчить жизнь заказчику. Ведь очень часто ему необходим конкретный товар, а поставщиками наряду с ним может предлагаться товар, который практически "эквивалентен" требующемуся товару, т. к. все характеристики эквивалентности учесть достаточно сложно, а иногда это в состоянии сделать только специалисты. Особенно что касается сложной электроники или техники, сложных механизмов, запчастей к ним, где применение понятия "эквивалент" связано с еще большими трудностями, поскольку каждый вид такой техники, также как и запасные части к ней, – уникальны. Проблемы могут возникнуть, например, при поставке картриджей или запасных частей для принтеров (сканеров), т. к. при поставке "эквивалентной" продукции будут сложности не только с гарантией на эту технику (условием бесплатного ремонта в течение гарантийного срока, как известно, является использование оригинальных комплектующих и запасных частей), но и с совместимостью продукции (запасных частей) различных производителей.

В связи с этим к понятию "эквивалентности" на законодательном уровне необходимо подойти более гибко, поскольку в некоторых случаях его использование не способствует развитию конкурентной среды закупок.

Пример

На официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов (далее – официальный сайт) заказчик разместил аукционную документацию на покупку автомобиля, где предметом государственного контракта является «автомобиль"Мерседес–Бенц" E 350 4MATIC (или эквивалент)». Возникает вполне закономерный вопрос: какой автомобиль можно считать его эквивалентом, если данная модель собирается на заказ, и продукция любого другого автозавода или даже любая другая модель того же производителя не будет соответствовать требованиям закупки из-за "отсутствия перламутровых пуговиц". Непонятно, зачем в данном случае указывать эквивалент, и какая поддержка развитию конкуренции и в целом российской экономики этим оказывается, если автомобили такого класса даже не собирают в России.

К сожалению таких примеров можно привести много и в отношении других товаров.

Требования к заявке участника

Проявляется непоследовательность законодательства и в части требований к документации участника размещения заказа. Так, в случае проведения открытого аукциона в электронной форме при аккредитации на ЭТП участник предоставляет копии выписки из Единого государственного реестра юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ), уставных и других документов, подписанные электронной цифровой подписью (далее – ЭЦП) самого участника. В то же время процедура "классического" открытого аукциона предусматривает предоставление оригинала или нотариально заверенной копии выписки из ЕГРЮЛ, а также доверенностей. Таким образом, при проведении "классического" открытого аукциона заказчик имеет возможность получить максимум достоверной информации об участнике размещения заказа и выполнить требования ст. 11 Закона № 94-ФЗ.

Достоверность информации об участнике открытого аукциона в электронной форме в соответствии с ч. 11 ст. 41.3 Закона № 94-ФЗ гарантируется, как это ни парадоксально, самим же участником. Так, во вступившей в силу со 2 сентября 2010 г. новой редакции ч. 12 ст. 41.3 четко прописано, что оператор ЭТП не осуществляет проверку достоверности информации, содержащейся в новых документах и сведениях, а также внесенных изменений в эти документы и сведений на соответствие требованиям законодательства РФ.

Полагаем, что для исполнения требований ст. 11 Закона № 94-ФЗ заказчик должен иметь возможность проверки достоверности сведений об участнике размещения заказа и их соответствия требованиям, установленным документацией об аукционе. Вариантов для проверки данных сведений может быть много. Например, можно обязать участника размещения заказа предоставлять выписку из ЕГРЮЛ, заверенную ЭЦП налогового органа, что сделает процедуру проверки сведений о данном участнике более надежной. На наш взгляд, возможность проверки заказчиком достоверности сведений, представленных участником размещения заказа, является одним из важнейших механизмов исполнения заказчиком своих обязанностей и реализации своих прав.

Пока же такой возможности у заказчиков нет, данный способ закупок создает предпосылки для регистрации на ЭТП и участия в процедуре открытого аукциона в электронной форме недобросовестных поставщиков путем подачи ими недостоверных сведений о себе.

Предоставление обеспечения контракта

Несколько серьезных недостатков гл. 3.1. Закона № 94-ФЗ связаны с процедурой заключения государственного контракта.

Одна из таких проблем – предоставление поставщиком обеспечения исполнения государственного контракта в виде договора поручительства или банковской гарантии.

Согласно Закону № 94-ФЗ оригиналы договоров находятся у участника размещения заказа, а их копии подписываются его ЭЦП и направляются заказчику. Между тем в соответствии со ст. 154 ГК РФ заказчик является третьей стороной многостороннего договора – правоприобретателем и, соответственно, должен иметь оригиналы документов. Возникает логичный вопрос: каким образом заказчик сможет стать правоприобретателем, если у него нет оригиналов договоров, а есть лишь копии документов, подписанных ЭЦП поставщика. Вместе с тем получение оригиналов этих документов заказчиком не урегулировано законодательством.

Указанный пробел в законодательстве может привести к мошенничеству со стороны недобросовестных участников, ведь у заказчика нет возможности проверить подлинность документов. Получается, что заказчик в данном случае зависит от честности поставщика.

Еще один "подводный камень" в использовании рассматриваемых видов обеспечения исполнения государственного контракта таится в том, что договор поручительства или банковская гарантия составляются и согласовываются только двумя сторонами – участником открытого аукциона в электронной форме и поручителем или банком, а заказчик вынужден принимать указанный договор как данность. Отсюда вопрос – учитываются ли при его составлении интересы государства в лице заказчика? Вероятнее всего, нет. Ни ГК РФ, ни Закон № 94-ФЗ никак не регулируют основные положения указанных видов обеспечения государственного контракта, а как показывает практика, по договору поручительства очень трудно что-либо взыскать. Условия договора изначально формируются таким образом, чтобы противоречить или взаимоисключать друг друга, создавая препоны заказчику в реализации его права на взыскание указанных в договоре средств в случае ненадлежащего исполнения поставщиком государственного контракта.

Считаем, что указанные способы обеспечения исполнения государственного контракта лишь отягощают законодательство, параллельно невольно создавая условия для деятельности недобросовестных поставщиков.

В качестве выхода из данной ситуации можно предложить установление при проведении открытого аукциона в электронной форме только одной формы обеспечения исполнения государственного контракта – передачи заказчику в залог денежных средств, в т. ч. в форме вклада (депозита). При этом участник аукциона будет иметь полную свободу действий при выборе источника средств для обеспечения исполнения государственного контракта – он может взять кредит в банке или получить деньги у поручителя по договору поручительства.

Передача заказчику в залог денежных средств (депозита), на наш взгляд, послужит реальной гарантией исполнения государственного контракта и повысит качество его исполнения.

Процедура заключения контракта

С одной из проблем, которые могут возникнуть при заключении контракта, его стороны рискуют столкнуться уже на стадии заполнения реквизитов контракта.

Согласно ст. 41.12 Закона № 94-ФЗ заказчик в течение пяти дней со дня размещения на ЭТП протокола направляет оператору ЭТП проект контракта без своей подписи, составленный путем включения в него цены контракта, предложенной участником, с которым заключается контракт. При этом заполняются все реквизиты контракта, касающиеся его сторон, их адресов и прочих условий. Затем в течение пяти дней со дня получения проекта контракта участник возвращает оператору ЭТП проект контракта, подписанный ЭЦП лица, имеющего право действовать от имени участника, а также подписанный ЭЦП указанного лица документ об обеспечении исполнения контракта в случае, если заказчиком было установлено требование обеспечения исполнения контракта. Проблема

возникает в случае отсутствия лица, указанного в реквизитах, по причине болезни, командировки и т. п. или в случае изменения реквизитов поставщика. Дело в том, что изменить лицо, подписывающее контракт, или реквизиты контракта невозможно – программный продукт ЭТП этого не предусматривает.

Те же трудности могут быть и у заказчика, который в течение трех дней со дня получения от оператора ЭТП проекта контракта и, если заказчиком было установлено требование обеспечения исполнения контракта, документа об обеспечении исполнения контракта, подписанных ЭЦП лица, имеющего право действовать от имени участника, обязан направить оператору ЭТП контракт, подписанный ЭЦП лица, имеющего право действовать от имени заказчика. Учитывая ограниченное время, отведенное на процедуру подписания государственного контракта (десять дней), а также положения ч. 4.1–4.4, которыми со 2 сентября 2010 г. дополнена ст. 41.12 Закона № 94-ФЗ, лицо, указанное в реквизитах заказчика, тоже не всегда может подписать контракт (по причине командировки, отпуска и т. п.). Следовательно, и у заказчика возникает аналогичная проблема, на данный момент не имеющая решения.

По нашему мнению, необходимо доработать программный продукт ЭТП, предусмотрев в нем возможность изменения реквизитов контракта на момент его подписания заказчиком или поставщиком (с приложением подтверждающих документов), в случае изменения данных реквизитов во время проведения процедуры размещения заказа от подачи заявки до заключения контракта.

Еще одна проблема кроется в присвоении государственному контракту даты и номера.

Используемый в настоящее время программный продукт не позволяет присвоить документу, подписываемому ЭЦП, дату и номер, и, таким образом, документ остается не идентифицированным. Между тем согласно Закону № 94-ФЗ в течение трех дней с момента заключения контракта он должен быть зарегистрирован в Реестре государственных контрактов, для чего в соответствии с постановлением Правительства РФ от 27.12.2006 № 807 "Об утверждении Положения о ведении реестров государственных или муниципальных контрактов, заключенных по итогам размещения заказов, и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования официальным сайтом в сети Интернет, на котором размещаются указанные реестры" необходимы номер государственного контракта и дата его заключения, которых на сегодняшний день документ, подписанный ЭЦП, не имеет. А согласно ст. 433 ГК РФ договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта, и, придерживаясь этой нормы, законодатель в ч. 8 ст. 41.12 Закона № 94-ФЗ закрепил, что государственный контракт считается заключенным с момента направления оператором ЭТП контракта участнику. Представляется, что данную проблему должна решать ЭТП путем присвоения государственному контракту номера и даты его заключения.

В заключение скажем, что рассматриваемая норма Закона № 94-ФЗ действует меньше года. Доработка механизмов проведения открытого аукциона в электронной форме ведет к совершенствованию и большему распространению системы электронного документооборота с применением ЭЦП, дальнейшему развитию программных продуктов ЭЦП, ЭТП и все более активному проникновению электронного документооборота в повседневную жизнь.

Рассмотренные нами недостатки не нарушают целостности системы нового способа размещения заказа, они являются лишь следствием той деловой практики, которая сложилась до появления электронной формы размещения заказа.

Однако открытые аукционы в электронной форме в целях осуществления государственных закупок проводятся все чаще, поэтому выявленные недостатки нуждаются в оперативном устранении для защиты интересов заказчиков и добросовестных поставщиков, а также улучшения конкурентной среды закупок.