

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭНЕРГЕТИЧЕСКИХ КОМПАНИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ КОНКУРЕНТНЫХ ЗАКУПОК

DOI 10.18572/2312-4350-2020-3-57-62



Саушкина Снежана Михайловна,
аспирант Центра энергетического права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета (СПбГЭУ)

energylaw211@unecon.ru

В соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» энергетические компании вправе осуществлять свою закупочную деятельность в соответствии с утвержденным Заказчиком Положением о закупках. При этом указанное Положение должно соответствовать основным принципам закупочной деятельности, таким как равноправие и справедливость. Положение о закупках не должно содержать норм, ограничивающих допуск участников к конкурентным процедурам, в том числе путем установления необоснованных требований к участникам.

В соответствии с Кодексом об административных правонарушениях и Федеральным законом от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» любой участник вправе обратиться за защитой своих интересов, если считает, что есть признаки необоснованного ограничения конкуренции. Однако при рассмотрении подобных споров очень важно соблюдать баланс интересов, чтобы, соблюдая интересы участников закупки, заказчики могли реализовать свое право на получение качественного результата работ, а также реализовать один из закрепленных в законе принципов, направленных на осуществление мероприятий, необходимых для сокращения издержек заказчика.

Ключевые слова: энергетическое право, субъекты энергетического права, правовое положение энергетических компаний как участников закупочных процедур, положения о закупках.

ISSUES OF THE LEGAL REGULATION OF ENERGY COMPANIES DURING COMPETITIVE PROCUREMENT

Saushkina Snezhana M.

Postgraduate Student of the Energy Law Center of the Saint-Petersburg State Economic University (SPbSEU)

As per Federal Law No. 223-ФЗ "On the Procurement of Goods, Works, Services by Certain Types of Legal Entities" dated July 18, 2011, energy companies may conduct procurement in accordance with the

Procurement Regulation approved by the Customer. This Regulation shall comply with the basic principles of procurement activities, such as equality and fairness. The Procurement Regulation shall not contain any provisions limiting access to the bidding procedures, inter alia, by establishing unreasonable requirements for the bidders.

As per the Code of Administrative Offenses and Federal Law No. 135-ФЗ "On Competition Protection" dated July 26, 2006, any bidder is entitled to seek legal redress for the violation of its interests, if it believes that anti-competitive practices are being used. However, in consideration of such disputes, it is essential to balance the interests, so that, by observing the interests of the bidders, the customers could exercise their right to receive high-quality deliverables, as well as apply one of the statutory principles aimed at the implementation of measures necessary to cut the customer's costs.

Keywords: energy law, energy law subjects, legal status of energy companies as parties to procurement procedures, procurement regulation.

В.В. Романова отмечает, что правовое обеспечение баланса интересов участников общественных отношений в сфере энергетики относится к основным задачам энергетического правопорядка, как необходимой составляющей общественного правопорядка, и подчеркивает, что эффективность энергетического правопорядка зависит во многом от эффективности системы правового регулирования общественных отношений в ключевой отрасли экономики, элементов системы правового регулирования и их взаимосвязи [1]. На сегодняшний день имеются проблемы в обеспечении баланса интересов энергетических компаний как участников закупочных процедур.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Федеральный закон о закупках) различают следующие виды конкурентных процедур:

- торги, а именно: конкурс, проводимый в форме открытого конкурса, закрытого конкурса, конкурса в электронной форме;
- аукцион, проводимый в форме открытого аукциона, закрытого аукциона, аукциона в электронной форме;
- запрос предложений, проводимый в форме закрытого запроса предложений или запроса предложений в электронной форме;
- запрос котировок, проводимый в форме закрытого запроса котировок или запроса котировок в электронной форме.

Также энергетическая компания вправе в своем Положении о закупках предусмотреть

иной способ закупки, при условии соответствия требованиям ст. 3 Федерального закона о закупках.

Как справедливо отмечает И.Г. Яковлева, на сегодняшний день в Федеральном законе о закупках отсутствует понятие «закупка» [2].

Федеральный закон от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» содержит следующую формулировку: «Закупка товара, работы, услуги для обеспечения государственных или муниципальных нужд — совокупность действий, осуществляемых в установленном настоящим Федеральным законом порядке заказчиком и направленных на обеспечение государственных или муниципальных нужд. Закупка начинается с определения поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершается исполнением обязательств сторонами контракта. В случае, если в соответствии с настоящим Федеральным законом не предусмотрено размещение извещения об осуществлении закупки или направление приглашения принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), закупка начинается с заключения контракта и завершается исполнением обязательств сторонами контракта».

У энергетических компаний нередко возникают проблемы с тем, как корректнее сформулировать предмет закупок, не нарушая норм Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и не ограничивая конкуренцию.

Например, в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «(или эквивалент)», за исключением некоторых случаев, в том числе закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемых заказчиком в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование. В данном случае не возникает проблем с закупкой, если речь идет об относительно современном энергетическом оборудовании и срок использования оборудования не истек. Компания вправе обратиться к производителю, указанному в техническом паспорте оборудования, и закупить необходимое количество запасных частей.

Но если срок использования истек и оборудование сняли с производства, а закупать новое и более современное оборудование компания не может себе позволить?.. В этом случае заказчику необходимо проводить конкурентную процедуру на поставку расходных материалов с определенными характеристиками. Производитель оборудования зачастую готов идти навстречу и поставить материалы, которые будут максимально совместимы с уже смонтированным оборудованием, но норма закона не позволяет осуществить эту закупку у единственного поставщика.

В данном случае закупка у единственного поставщика вполне обоснованно будет рассматриваться антимонопольными органами как ограничение допуска на рынок потенциальных участников и нарушение антимонопольного законодательства. Но справедливо ли в данном случае признавать ограничением рынка детальное описание характеристик материалов? Вполне логично, что для безопасности эксплуатации заказчик практически цитирует технические характеристики уже имеющегося материала, что позволяет трактовать данные формулировки как стремление сформулировать предмет закупки так, что товар может поставить исключительно один-единственный поставщик.

Это может стать предметом разбирательств в судах и антимонопольных органах. Участники ссылаются на ограничение их прав на участие в конкурентной процедуре и считают, что их заявка на участие в кон-

курентной процедуре должна быть рассмотрена комиссией, так как предлагаемое ими оборудование обладает наиболее современными характеристиками. Контрольные органы, как правило, встают на сторону участника, несмотря на доводы о том, что материалы могут быть несовместимы с уже установленным оборудованием и будут существенно снижать его срок службы.

Похожая проблема возникает, когда необходимо закупить оборудование аналогично уже установленному. То есть фактически это не является закупкой запасных частей, но приобретение эквивалента нарушит целостность технологической системы, что причинит существенные убытки.

Заказчик не вправе указать в техническом задании конкретное оборудование без оговорки, что при невозможности поставить оборудование участник вправе предложить его эквивалент. С точки зрения контрольных органов нарушением является включение в техническое задание таких требований, которые влекут ограничение количества участников закупки. При этом законодатель допускает исключение из этого правила в том случае, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки, что также вызывает массу вопросов, например, при проведении закупок услуг на выполнение проектных работ или каких-либо исследований. Правомерно ли диктовать исполнителю работ методы, которыми нужно выполнять данные исследования? С одной стороны, практика исходит из того, что это условие ограничивает рынок и не позволяет допустить к участию компании, использующие альтернативные способы исследования. С другой стороны, специалисты компании вправе определить тот способ исследования, который они считают наиболее эффективным / современным / экономически выгодным. Компания проводит конкурентные процедуры для того, чтобы выявить, сколько компаний способно оказать услугу конкретным способом / методом. Возможно, что исследования альтернативными способами уже были проведены и не дали ожидаемых результатов и заказчик проводит поиск подрядчиков, которые используют метод исследования, подходящий для данного региона.

Как верно отмечает Л.И. Шевченко, «одним из важнейших направлений деятельности по обеспечению правопорядка в сфере энергетики является создание эффективного механизма разрешения споров, возникающих между хозяйствующими субъектами при формировании между ними договорных обязательств, а также в процессе их исполнения» [3].

Еще одной проблемой при проведении закупочных процедур является указание в методике оценки такого критерия, как «деловая репутация». Однако возникают вопросы о том, как ее оценить, чтобы сохранилась прозрачность при проведении закупки и условия честной конкуренции.

Попытка определить этот показатель в законодательстве о закупках была предпринята в Постановлении Правительства РФ от 28 ноября 2013 года № 1085 «Об утверждении Правил оценки заявок, окончательных предложений участников закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», согласно которому Заказчик вправе указать деловую репутацию как один из критериев оценки. При этом он вправе запросить:

- наличие положительных отзывов о деятельности компании;
- стаж работы;
- количество и квалификация кадров, которые будут принимать участие в исполнении контракта;
- достаточность основных средств для исполнения взятых на себя обязательств.

Каждый из этих критериев может быть довольно спорным для справедливой оценки добросовестности участника.

Другой пример — опыт работы. Нередко в закупочной документации устанавливается критерий опыт работы не менее трех лет. Для подтверждения опыта работы запрашиваются перечень договоров с аналогичным предметом договора за последние три года.

Однако на практике тем не менее это вызывает ряд вопросов. Рассмотрим конкурентную процедуру с предметом закупки: оказание медицинских услуг.

В закупочной документации указано, что участник должен обладать опытом работы не менее трех лет. На участие в конкурентной процедуре подано две заявки на

участие. Один участник — это юридическое лицо, созданное более трех лет назад, имеющее перечень договоров на оказание аналогичных услуг, но имеющее в штате недавно выпустившихся студентов вузов. В то время как другой участник — это вновь образованное юридическое лицо с небольшим количеством договоров или даже отсутствием пока заключенных договоров, но в его штате будет высококвалифицированный персонал с профессиональным опытом более 15 лет. В такой ситуации комиссия обязана будет выбрать первого участника, хотя с точки зрения здравого смысла более квалифицированную медицинскую помощь окажет именно второй участник.

Такое требование, как количество и квалификация кадров, которые будут принимать участие в исполнении контракта, также вызывает много вопросов на практике. Участники, получившие заниженное количество баллов из-за отсутствия в штате квалифицированного персонала, просят признать это ограничением конкуренции. Потенциальные контрагенты утверждают, что нанимать персонал до победы в конкурентной процедуре им финансово не выгодно. Подобные ситуации характерны для договоров подряда, когда подрядчик формирует штат исходя из предмета договора.

С точки зрения участника закупки, он должен нести необоснованные расходы в силу исполнения трудового и налогового законодательства, которые будут не только увеличивать стоимость его услуг и его заявка становится менее конкурентоспособной, но и есть риск возникновения ситуации, когда сотрудников придется увольнять в случае проигрыша на конкурсе.

В то время как заказчик, обосновывая свои требования, говорит о том, что от квалификации персонала будет зависеть и качество выполнения работ. Для разрешения подобных ситуаций практика исходит из предмета закупки, каждый раз учитывая конкретные обстоятельства. Компания при подготовке документации на проведение закупочных процедур оценивает необходимость включения данного критерия в методику оценки, а также требования к персоналу.

Оценить достаточность основных средств для исполнения взятых на себя обязательств

не практике невозможно, поскольку раскрывать состояние счетов и бухгалтерской отчетности ни один контрагент не станет. Раскрытие подобной информации ставит под угрозу информационную безопасность общества.

Некоторые заказчики просят предоставить сведения о наличии судебных споров, с участием этой организации. Но возникает вопрос, о каких спорах в данной ситуации может идти речь. Можно ли считать спором, ухудшающим деловую репутацию, трудовые споры или корпоративные споры внутри компании по оспариванию полномочий органов управления, а по оспариванию решений, принимаемых органами управления этих компаний? Допустимо ли учитывать только споры в отношении дел, аналогичных предмету закупок, или только те из них, в которых компания является процессуальным ответчиком по делу?

Однако можно предположить такую ситуацию, что когда участник является истцом по иску с ценой более 5 млн рублей, то ему не хватит оборотных средств для оказания услуг. Можно ли в этом случае признать его компанией с негативной деловой репутацией? Вопрос скорее теоретический, поскольку в данном случае мы можем только подозревать, что участнику не хватит оборотных средств и в случае обжалования результатов закупки ФАС и суд займут сторону участника конкурентной закупки, признав необоснованное предоставление привилегий другому участнику.

Опять же что делать закупочной комиссии, если она видит перед собой участника с «подмоченной» деловой репутацией: отклонять заявку или снижать баллы и предусматривать порядок учета данной информации в методике оценки? Скорее всего, безопаснее допустить участника к проведению закупки, но учесть эту информацию при проведении оценки участника.

Однако возникает проблема, если это единственный участник. В соответствии со ст. 3.2 Закона о закупках заказчик уже не может отказаться от проведения закупки, но и работать с компанией, которая погрязла в судебных тяжбах, не может.

До принятия последних изменений в Закон о закупках у заказчика было право отка-

заться от проведения запроса предложений откорректировать закупочную документацию и провести повторный запрос предложений. Зачастую отсутствие участников объясняется тем, что потенциальных участников не устраивает цена закупки или условия авансирования, или сроки закупки. Условия закупочной документации невозможно откорректировать на стадии подведения итогов, но раньше была возможность отказаться от данной конкурентной процедуры и провести повторную.

Еще одна проблема — это демпинг. Предложение одним из участников настолько заниженной стоимости, что согласно правилам методики оценки невозможно не признать его заявку на участие в конкурентной закупке наилучшей. При этом очевидно, что за такую стоимость услуга не будет оказана в принципе.

Конечно, в дальнейшем можно расторгнуть договор, взыскать убытки и даже внести недобросовестного контрагента в реестр недобросовестных поставщиков, но будет потеряно время. А если речь идет о сезонных работах? В таком случае, необходимость выполнения будет уже неактуальна.

В этих ситуациях комиссия стоит перед выбором, как правильнее поступить: не допустить участника к участию или же снижать баллы при оценке участника.

Представляется, что наиболее правильный механизм противодействия подобному нарушению — это указать в документации о закупке возможность отклонить заявку на участие в конкурентной процедуре в том случае, если стоимость будет ниже более чем на 20 процентов от начальной максимальной стоимости.

Однако заказчик в этом случае должен быть готов к жалобам со стороны отклоненного участника. Соответственно, для минимизации рисков обжалования, минимальное «пороговое» значение по которому мы отклоняем, количество участников должно быть обосновано. Необходимо проводить тщательный анализ рынка и выяснять обоснованность не только начальной максимальной цены, но и ту стоимость, ниже которой услуга не может быть, в принципе, оказана, даже при условии оптимизации качества материалов, логистических схем и т.п.

Однако большинство заказчиков предпочитают не отклонять участников, а снижать баллы, мотивируя тем, что в соответствии со ст. 449 Гражданского кодекса РФ торги могут быть признаны недействительными в том случае если «кто-либо необоснованно был отстранен от участия в торгах». Соответственно, возникают риски признания недействительной процедуры проведения контракта и, как следствие, признания недействительным заключенного контракта. Длительные судебные дела будут отвлекать административные и финансовые ресурсы компании. К тому же суды сталкиваются с проблемой о признании недействительным договора, который уже исполнен или исполняется.

У заказчика на момент признания торгов недействительными уже, в принципе, нет необходимости в услугах, а услуги добросовестного контрагента необходимо оплачивать, поскольку на момент признания договора недействительным все обязательства по контракту выполнены или выполняются.

Подводя итог, можно сказать о многочисленных проблемах при проведении конкурентных процедур, которые возникают на сегодняшний день из-за отсутствия надлежащего правового обеспечения баланса интересов заказчика и подрядчика. Наиболее оптимальный способ урегулирования данных противоречий — это возможность предусматривать способ их решения в локальных нормативных правовых актах энергетических компаний.

Законодательное регулирование и введение административного наказания по более

широкому кругу вопросов может привести к обратному эффекту: услуги, оказываемые подрядчиком, будут более низкого качества, сроки выполнения работ будут смещаться из-за бесконечных судебных дел, заказчикам придется выбирать исполнителей, не способных оказать услугу, выполнить работы или поставить товар надлежащего качества.

Таким образом, контролирующим органам при рассмотрении жалоб нужно изучать обстоятельства, при которых была подана жалоба, не только формальное соблюдение процедуры, но и мотивацию заявителя жалобы, последствия реализации принятого решения, возможность исполнения принятого решения.

Проведенный правовой анализ подтверждает справедливость вывода В.В. Романовой о том, что правовое обеспечение баланса частноправовых и публично-правовых интересов в сфере энергетики относится к основным задачам энергетического правопорядка [4]. А.Г. Лисицын-Светланов верно указывает, что «отличительной особенностью энергетической отрасли является то, что в большинстве сегментов она объективно сталкивается с невозможностью обеспечить действие на рынке такой же конкуренции, какая существует в других отраслях экономики, что обуславливает необходимость сочетания частноправовых и публично-правовых элементов регулирования» [5]. Данные обстоятельства необходимо учитывать в целях развития правового регулирования закупочной деятельности с участием энергетических компаний. ■

Литература

1. Романова В.В. Энергетический правопорядок: современное состояние и задачи / В.В. Романова. Москва : Юрист, 2016. 255 с.
2. Яковлева И.Г. Запрос котировок и запрос предложений как способы закупок : диссертация кандидата юридических наук / И.Г. Яковлева. Москва, 2017. 189 с.
3. Шевченко Л.И. Некоторые теоретические и практические вопросы защиты прав хозяйствующих субъектов в сфере энергетики судебно-арбитражными и антимонопольными органами / Л.И. Шевченко // Правовой энергетический форум. 2019. № 2. С. 29–37.
4. Романова В.В. Энергетический правопорядок: современное состояние и задачи / В.В. Романова. Москва : Юрист, 2016. 255 с.
5. Лисицын-Светланов А.Г. Энергетическое право: задачи дальнейшего развития отрасли / А.Г. Лисицын-Светланов // Правовое регулирование в сфере электроэнергетики и теплоснабжения : материалы международной научно-практической конференции (г. Москва, 13 декабря 2013 г.) : сборник научных статей. Москва : Юрист, 2013. С. 10–15.