

ГОСУДАРСТВЕННЫЕ И КОРПОРАТИВНЫЕ ЗАКУПКИ В ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЕ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Закупки в электронной форме являются сферой, в которой России приходится быть одним из пионеров. А потому особенно важно оценивать актуальный опыт использования этого современного инструмента оптимизации бюджетных расходов и повышения эффективности государственных и корпоративных закупок.



КАЗАНЦЕВ
Дмитрий Александрович,

к.ю.н., начальник отдела
правовой экспертизы B2B-Center

Интернет-технологии используются для заключения контрактов уже не первое десятилетие. Сегодня уже повсеместно распространена практика online-бронирования и покупок в интернет-магазинах, которая пришла в Россию из западных стран. Однако эти покупки для индивидуального пользования, совершаемые в сегменте b2c (*business-to-consumer*), следует отличать от закупок для коммерческих и для государственных нужд, совершаемых соответственно в сегментах b2b (*business-to-business*) и b2g (*business-to-government*). Использование интернет-технологий для выбора контрагента в рамках частных покупок принято называть «электронной коммерцией», тогда как государственные и корпоративные закупки в электронной форме именуются «электронной торговлей». При общности использования интернета и общности цели облегчить взаимный поиск продавца и покупателя электронная торговля отличается от электронной коммерции куда большими масштабами отдельных сделок и обязательным использованием формализованных процедур, призванных минимизировать риски недобросовестного расходования средств заказчика и манипулирования результатами закупки (подобные риски в сегменте b2c, как правило, отсутствуют). И если в сфере электронной коммерции россияне имеют возможность использовать уже многократно апробированные зарубежные технологии, то в сфере электронной торговли России приходится быть одним из мировых пионеров. В России электронная торговля была испробована и в сфере продажи имущества (например имущества должников), и в сфере закупок.

Большинство по-настоящему эффективных инструментов рыночной экономики не предписывается императивно, а вырабатывается эмпирически самими участниками хозяйственной деятельности. Электронные закупки не стали исключением — более 13 лет назад они появились в России как ответ на требование передовых заказчиков, которым не-

обходим был инструмент, позволяющий за счет прозрачных и конкурентных закупок получать максимум эффекта за минимальную цену. Таким образом, рождение и первоначальная апробация электронных закупок в нашей стране шла естественным путем: сперва «тестирование» в бизнес-среде и только потом внедрение зарекомендовавшей себя технологии в государственном секторе.

В этом принципиальное отличие России от стран ближнего зарубежья, которые в большей или меньшей степени пытаются копировать российскую модель электронных закупок, но при этом вынуждены внедрять ее императивными методами путем прямого предписания государственным заказчикам проводить по крайней мере часть своих закупок в электронной форме. В нашей стране электронные закупки естественным путем, без государственных предписаний прижились в коммерческой сфере, и по сей день в электронной форме успешно закупаются не только госзаказчики и госкомпания, но и полностью независимые от государства хозяйствующие субъекты. В России у государства нет необходимости быть «локомотивом» внедрения электронных закупок, но при этом не оценим его вклад в развитие и стандартизацию этого инструмента.

Установление электронного аукциона в качестве основного способа государственных и муниципальных закупок в Законе № 94-ФЗ, уже ушедшем в историю, позволило сделать использование электронных технологий привычным как для госзаказчиков, так и для поставщиков. Электронная подпись, электронный документ, удаленная юридически значимая коммуникация в режиме реального времени посредством электронной площадки, сам аукционный торг в сети Internet — все эти инструменты вошли в обиход широкого круга хозяйствующих субъектов не в последнюю очередь благодаря размещению госзаказа на электронных аукционах. Однако тотальное использование в сфере электронных закупок именно аукциона было признано неэффективным уже на стадии разработки ныне действующего Закона № 44-ФЗ

«О контрактной системе». Для того чтобы оценить перспективы дальнейшего развития закупок в электронной форме, необходимо по крайней мере в самом общем виде охарактеризовать их сегодняшнее состояние.

ПРАВОВОЙ СТАТУС

Для развития электронных закупок важно понимание очевидного в сущности обстоятельства, что закупка в электронной форме — это именно форма закупки. Это означает, что, даже имея свои организационные и технологические особенности, любая электронная закупка в полной мере подчиняется общим гражданско-правовым нормам российского законодательства.

Так, в частности, электронные торги — это прежде всего торги, а значит, при их проведении должны строго соблюдаться требования ст. 447–449 Гражданского кодекса РФ. Но даже если закупка в электронной форме позиционируется заказчиком как неторговая и не подпадающая под регламентацию этих статей, то он все равно, как и в случае с традиционной «бумажной» закупкой, обязан соблюдать нормы все той же гл. 28 Гражданского кодекса, только уже в части, регламентирующей неторговые процедуры. Ведь любая закупка, независимо от формы, это прежде всего путь к заключению договора.

По этой же причине электронная закупка подчиняется антимонопольным требованиям Закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции», предъявляемым к конкурентным закупкам. Из этих правил следует, в частности, что и при проведении закупки в электронной форме заказчик обязан довести до потенциальных поставщиков, участвующих в данной закупке, информацию о закупаемой продукции и принципы определения победителя. Эта информация, равно как и требования к самим поставщикам, фиксируется в закупочной документации. Ключевая особенность электронной закупки заключается лишь в методе коммуникации между заказчиком и поставщиками: закупочная документация публикуется на электронной площадке, и на ней же принимаются предложения поставщиков. Юридическая значимость такой коммуникации обеспечивается обязательным использованием электронного документооборота на всех стадиях электронной закупки. Такой документооборот реализуется в соответствии с российским законодательством об электронной подписи, которой и заверяется электронный документ.

Собственно, именно потребностью в использовании интернет-коммуникации для облегчения доступа поставщиков к закупке при одновременной минимизации риска манипулирования результатами закупки путем сохранении конфиденциаль-

ности предложений и было обусловлено некогда создание механизма электронных закупок и электронных площадок, на которых этот механизм реализуется.

ЭЛЕКТРОННЫЕ ГОСЗАКУПКИ

Понятие электронной площадки как инструмента реализации электронной закупки было закреплено в законодательстве о государственных и муниципальных закупках — первоначально в Законе № 94-ФЗ, а затем и в Законе № 44-ФЗ. Определение это сохраняет свое значение и по сей день, поскольку позволяет однозначно идентифицировать содержание самого значения понятия «электронная закупка».

В частности, электронной закупкой не могут считаться закупки, проведенные с использованием электронных мессенджеров, электронной почты и иных средств электронной связи. Недостаточно для соответствия понятию электронной закупки и публикации закупочной документации в сети Internet и даже на сайте www.zakupki.gov.ru. Электронная закупка характеризуется одновременным выполнением двух взаимосвязанных условий: использование исключительно электронного документооборота и коммуникация между заказчиком и поставщиком через Internet на всех стадиях закупки, в том числе и в процессе редукционного торга. Сочетание этих условий необходимо для достижения целей обеспечения конкуренции путем свободного доступа поставщиков к состязанию за подряд и обеспечения прозрачности всех действий организатора и участника закупки. Достижение же этих целей, в свою очередь, является необходимым (хотя и не всегда достаточным) условием эффективной закупки.

Сочетание электронной коммуникации в режиме реального времени с юридически значимым электронным документооборотом возможно сегодня только с помощью электронной площадки. Увы, по сей день далеко не у всех есть понимание роли и места электронной площадки в закупочном процессе, и это непонимание отчасти нашло свое отражение даже в действующих нормах Закона «О контрактной системе». Ведь на деле электронная площадка — это не сторона закупки, не некий посредник между заказчиком и поставщиком, а лишь инструмент их прямой двусторонней коммуникации. Сложность этого инструмента не отменяет того факта, что это именно инструмент. Соответственно, оператор электронной площадки может отвечать лишь за исправность этого инструмента, в частности, за техническую возможность коммуникации, конфиденциальность тех сведений, которые не публикуются до окончания закупки, и т.п. С другой стороны, за неисправность площад-



ки несет ответственность именно ее оператор. Кроме того, не стоит смешивать с электронной торговлей информационное обеспечение закупки — хотя и то, и другое реализуется с помощью сети Internet и преследует цель обеспечения эффективности закупок, но по своему содержанию это совершенно разные функции. Первоначально концепция единой информационной системы, отраженная в Законе «О контрактной системе», предусматривала создание некоей квазиплощадки на базе официального сайта, но до настоящего времени эта идея не реализована. Можно утверждать, что смешение информационной и торговой функции может лишь помешать развитию как самого сайта www.zakupki.gov.ru, так и Контрактной системы в целом. Ведь заказчикам гораздо важнее иметь полноценный многопрофильный универсальный информационный портал, чем еще одну электронную площадку. Площадки, в свою очередь, должны быть интегрированы с единой информационной системой для оперативного и корректного обмена закупочной информацией — и в этом контексте сложно переоценить анонсированную Министерством экономического развития России технологию «бесшовной» передачи сведений с электронной площадки в единую информационную систему.

Кроме того, при всем понимании необходимости и эффективности электронных закупок в рамках Контрактной системы по сей день лишь один способ из десяти предусмотренных Законом № 44-ФЗ реализуется в электронной форме — все тот же открытый аукцион, заимствованный из Закона № 94-ФЗ. Однако коль скоро практика государственных за-

купок продемонстрировала ограниченную эффективность применимости аукциона, то логично было бы легализовать и возможность проведения в электронной форме конкурса, который позиционируется как основной способ закупки в рамках Контрактной системы. Технологические возможности ведущих электронных площадок уже давно позволяют проводить электронные конкурсы. А электронная форма проведения закупки, можно надеяться, позволит решить хотя бы часть тех проблем госзакупок, которые обусловлены отнюдь не несовершенством закупочного инструментария.

КОММЕРЧЕСКИЕ ЭЛЕКТРОННЫЕ ЗАКУПКИ

Электронные закупки, организуемые не госзаказчиками, а хозяйствующими субъектами, сегодня делятся на две большие группы: электронные закупки госкомпаний и электронные закупки иных хозяйствующих субъектов. С точки зрения нормативного регулирования первая группа подпадает под действие Закона № 223-ФЗ «О закупках отдельных видов юридических лиц», а вторая регулируется исключительно общими гражданско-правовыми и антимонопольными нормами, упомянутыми выше. При этом с точки зрения технологии проведения самих электронных закупок две эти группы весьма схожи между собой.

Прежде всего обе категории заказчиков могут использовать весь современный инструментарий электронных закупок при приобретении любых разновидностей продукции — в отличие от госзаказчиков, которые могут проводить в электронной

форме только одноэтапный аукцион и только при закупке продукции, для которой электронный аукцион прямо предписан Правительством РФ. В целом коммерческие электронные закупки регламентированы куда менее жестко, чем государственные. Такая либеральная регламентация является в коммерческой сфере скорее плюсом — разумеется, лишь при строгом соблюдении упомянутых выше гражданско-правовых и антимонопольных норм — поскольку позволяет учитывать специфику разнообразных отраслей многоукладной экономики. Кроме того, в сфере действия Закона № 223-ФЗ такая «свобода самовыражения» уравновешена обязанностью по информационному обеспечению закупочной деятельности. Так, субъект Закона № 223-ФЗ вправе использовать в своих закупках любые инструменты электронной торговли, но лишь после того, как он регламентирует их в собственном положении о закупках, а положение это публикует на портале www.zakupki.gov.ru.

Разнообразие закупочного инструментария в электронной форме складывается из применения следующих базовых конкурентных способов закупки:

- 1) конкурс
- 2) аукцион
- 3) запрос предложений
- 4) запрос котировок (иначе именуемый запросом цен)
- 5) конкурентные переговоры

Каждый из перечисленных выше способов закупки может быть дополнен одним или несколькими из следующих факультативных элементов:

- 1) предварительный этап (или даже несколько этапов) закупки
- 2) предварительный квалификационный отбор
- 3) переторжка
- 4) постквалификация
- 5) возможность подачи альтернативных предложений
- 6) возможность проведения попозиционной закупки.

Сочетание базовых способов с факультативными элементами дает десятки разновидностей закупочных инструментов, и каждый из них может быть реализован в электронной форме. При этом важно понимать, что каждый из этих способов является конкурентным и осуществляется в правовом поле России, а значит, в полной мере подчиняется гражданско-правовым и антимонопольным нормам.

Отсутствие жесткой регламентации электронных закупок в коммерческой сфере при всех своих достоинствах имеет сегодня и один существенный недостаток: в российском законодательстве до сих пор нет определения понятия «электронная закупка» применительно к сектору b2b. В законодательстве о госзакупках такое определение, как уже было сказано, есть, однако буквальная аналогия между двумя отраслями не допускается. И хотя мнение правоприменителей по этому вопросу было высказано достаточно определенно и в том смысле, что электронная закупка подразумевает исключительно электронный документооборот и коммуникацию через электронную площадку, но по сей день отдельные недобросовестные заказчики в своих положениях о закупках именуют «электронной закуп-

кой» все что угодно вплоть до переписки с поставщиком по e-mail. И если исходить из буквального понимания не духа, а буквы закона, то они правы.

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ: ЕДИНСТВО В МНОГООБРАЗИИ

В настоящее время на рассмотрении в Государственной Думе находятся законопроекты, направленные на развитие системы государственных и коммерческих закупок в электронной форме. Есть в этих проектах и решения обозначенных выше ключевых проблем.

Так, законопроект № 821534-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц (в части совершенствования закупок)» предусматривает наконец нормативное определение электронной закупки для коммерческого сектора. Это определение в целом основано на тех же подходах, что и определение государственной закупки в электронной форме, закрепленное в ч. 1 ст. 59 Закона «О контрактной системе». Унификацию понятийного аппарата в этой инновационной отрасли законодательства можно лишь приветствовать.

Однако этим унификация не ограничивается: поправками в Закон № 223-ФЗ предусматривается использование закрытого перечня способов закупок, и это те же самые способы, которые фигурируют в Законе «О контрактной системе»: конкурс, аукцион, запрос котировок и запрос предложений. Установлен и закрытый перечень для факультативных элементов, к числу которых отнесены предварительный этап, предквалификация и переторжка. И предварительный этап, и переторжка описаны в стандартах Закона «О контрактной системе». При этом крайне важно и позитивно то, что разработчики законопроекта отказались от копирования норм Закона «О контрактной системе» и сохранили для заказчиков возможность самостоятельно прописывать алгоритм каждого способа с учетом установленных законом рамок. Каждый из этих способов, в том числе с применением факультативных элементов, заказчик может проводить в электронной форме; при этом технологическая специфика проведения закупки на электронной площадке также отчасти нашла свое отражение в законопроекте.

Возможность проведения всех способов закупки в электронной форме положена и в основу законопроекта № 623906-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (в части регламентации проведения процедур определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в электронной форме)». Этот законопроект предусматривает постепенное распространение на государ-

ственных и муниципальных заказчиков обязанности проводить свои закупки в электронной форме — ради достижения все той же цели повышения их открытости и эффективности. Однако специфика Контрактной системы диктует необходимость использования некоторых изолированных механизмов борьбы с манипулированием результатами торгов: так, законопроект № 623906-6 предусматривает обособление в рамках электронной заявки участника двух или даже трех частей и их поэтапное рассмотрение, дабы заказчик выбирал лучшего еще до того, как узнает имя этого самого победителя. Идея о том, что анонимность заявок до объявления победителя обеспечивает большую беспристрастность при их рассмотрении, не лишена оснований, да и технологические возможности по обособлению частей заявок у электронных площадок есть — правда, в коммерческой практике электронные заявки из нескольких частей используются нечасто. В остальном же можно констатировать использование в законопроекте № 623906-6 многих зарекомендовавших себя наработок электронных закупок в коммерческой сфере, которые после известной адаптации к стандартам Закона «О контрактной системе» планируется использовать и в сфере госзакупок.

Можно констатировать взаимное сближение стандартов электронных закупок, проводимых по Закону № 223-ФЗ и Закону № 44-ФЗ. В случае принятия этих законопроектов электронные закупки госкомпаний будут более походить на электронные же закупки государственных и муниципальных заказчиков, а не на закупки коммерческих организаций. При этом такое единообразие регулируемых закупок в электронной форме, как можно надеяться, будет достигнуто не путем механической унификации и копирования норм, а путем установления общих терминов и стандартов при сохранении особенностей регулирования сферы Закона № 44-ФЗ и сферы Закона № 223-ФЗ.

Следующим уровнем стандартизации должно стать установление общих понятий, принципов и механизмов регулируемых закупок во всех странах-участницах ЕАЭС. Едва ли для этого необходима идентичность национальных законодательств, регулирующих хозяйственную деятельность или даже просто сферу госзакупок. Однако важно обеспечить взаимное беспрепятственное участие поставщиков в закупках союзных заказчиков, в том числе государственных и муниципальных заказчиков. Обширность территории союза логично диктует использование для этой цели технологий именно электронной торговли, и в этом смысле крайне важно создание технологических и правовых возможностей реализации единого электронного документооборота во всех странах ЕАЭС или по крайней мере взаимное признание и равноправное использование электронных подписей. ■

