

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭНЕРГЕТИЧЕСКИХ КОМПАНИЙ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ КОРПОРАТИВНОГО КОНТРОЛЯ ЗАКУПОЧНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

DOI 10.18572/2312-4350-2020-1-41-47



Саушкина Снежана Михайловна,
аспирант Центра энергетического права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета
■ energylaw211@unecon.ru

На сегодняшний день действующее российское законодательство предусматривает целый ряд мер по осуществлению контроля за деятельностью крупных энергетических компаний. Это могут быть как диспозитивные нормы, дающие возможность крупным компаниям самим принимать решения о формах и способах контроля, так и императивные, несоблюдение которых может повлечь для общества негативные последствия.

Зачастую это приводит к тому, что процесс совершения той или иной сделки становится слишком длительным, а порой и невозможным. В статье рассматриваются вопросы, связанные с осуществлением энергетическими компаниями закупочной деятельности в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», выявлены избыточные нормы действующего законодательства, противоречащие друг другу нормы в данной сфере правового регулирования. Автором сформулированы предложения по совершенствованию правового обеспечения внутрикорпоративного контроля за осуществлением закупочной деятельности.

Ключевые слова: энергетическое право, правовое положение энергетических компаний, договорное регулирование в сфере энергетики, положения о закупках.

ISSUES OF LEGAL REGULATION OF ENERGY COMPANIES IN CORPORATE CONTROL OF PROCUREMENT

Snezhana M. Saushkina
Postgraduate Student of the Energy Law Center of the Saint Petersburg State University of Economics

As of today, effective Russian laws contains a range of measures for controlling activities of major energy companies. These may include optional rules allowing major companies to decide on control forms and methods, as well as obligatory ones violation of which can cause negative consequences for the company.

It often makes transactions too long, sometimes even impossible. The article describes issues related to procurement by energy companies in accordance with Federal Law No. 223-ФЗ on Procurement of Goods, Works, Services by Specific Types of Legal Entities dated July 18, 2011, discovers excessive provisions in current laws, inconsistencies in rules in this field of legal regulation. The author proposes ways to improve legal regulation of internal procurement control.

Keywords: energy law; legal status of energy companies; contractual regulation in the energy sector; procurement provisions.

В целях развития конкуренции был принят ряд законов, в том числе Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ (далее — Федеральный закон 135-ФЗ), Федеральный закон «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ (далее — Федеральный закон 223-ФЗ) и Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ (далее — Федеральный закон 44-ФЗ).

При Федеральной антимонопольной службе создается Экспертный совет по Закону о закупках (223-ФЗ), который займется совершенствованием законодательства о закупках, обсуждением правоприменительной практики и подготовкой антимонопольного комплаенса при проведении закупок в рамках 223-ФЗ [1]. Федеральная антимонопольная служба планирует компаниям разработать совместно с регулятором документ по отраслевому принципу в области закупочной деятельности и тем самым сформировать стандарты работы, с которыми будут соотносить свою деятельность и сами компании, и федеральная антимонопольная служба — внедрить антимонопольный комплаенс при проведении закупок в рамках 223-ФЗ, что позволит сократить количество нарушений на закупках госкомпаний, учитывая, что в 2019 году в антимонопольную службу поступило свыше 13,6 тысячи жалоб в рамках Закона о закупках, что на 91% выше относительно данных за 2018 год [2].

В целом по итогам 2019 года на закупки в рамках 223-ФЗ поступило почти 13,7 тыся-

чи жалоб, что на 91,3% больше, чем в 2018 году, порядка 4,4 тысячи таких обращений признано обоснованными [3].

Различные аспекты правового регулирования закупочной деятельности справедливо являются предметом правовых исследований. В диссертационном исследовании А.В. Молчанова рассматриваются антимонопольные требования к торгам, в работе М.С. Соловьева исследуются административно-правовые основы публичных закупок, А.Ю. Мисак рассматривает правовые проблемы регулирования корпоративных закупок с государственным участием [4].

Энергетические компании с государственным участием, которые перечислены в статье 1 Федерального закона 223-ФЗ, обязаны осуществлять закупки в соответствии с Положением о закупках, утвержденным в компании. Согласно статье 2 Федерального закона 223-ФЗ Заказчики должны самостоятельно разработать и утвердить документ, регламентирующий процедуры закупочной деятельности (Положение о закупках).

Как правило, компании с государственным участием в сфере энергетики — это крупные холдинги, объединяющие несколько дочерних обществ, находящихся в удаленных регионах РФ и за ее пределами [5].

Соответственно, всегда возникает проблема контроля «материнской компанией» за соблюдением дочерними обществами законодательства о закупках, а также внутрикорпоративных норм, которые будут отображать интересы всего холдинга в целом.

Эту проблему возможно решить, приняв ряд мероприятий. Например, разработав единое для всей корпорации типовое положение о закупках, которое будет реко-

мендовано для утверждения во всех дочерних обществах холдинга.

Также в каждом обществе целесообразно создать структурное подразделение, отвечающее за правильную организацию закупочной деятельности, а в «материнской компании» — центральный орган по управлению закупками (далее — ЦОУД), который, помимо проведения закупок для самой компании, будет вести методическую работу, разрабатывать и совершенствовать локальные акты компании, контролировать и предотвращать нарушения, которые могут допустить дочерние общества.

В зависимости от задач, которые решает у себя каждая энергетическая компания, основные вопросы закупочной деятельности можно согласовывать исключительно ЦОУД, а можно часть вопросов отдать на решение структурных подразделений на местах.

К наиболее важным вопросам закупочной деятельности можно отнести планирование закупок Группы компаний, в рамках которого ЦОУД:

- формирует и утверждает годовой план закупок Группы компаний, ежеквартальные изменения и дополнения к нему;
- устанавливает способы закупок в соответствии с действующим Положением о закупках;
- определяет организаторов конкурентных закупок, а также неконкурентных закупок способом проведения маркетинговых исследований;
- дает рекомендации или указания инициатору закупки по формированию лотов по планируемым закупкам, при необходимости формирует лоты самостоятельно;
- принимает решение о проведении совместных закупок Компаний Группы.

За ЦОУД целесообразно закрепить функции по методологическому сопровождению закупочной деятельности Компаний Группы, в том числе:

- разработка типовых форм, шаблонов и образцов документов, применяемых Компаниями Группы при проведении закупок и включаемых в документацию о закупке, в извещение о проведении запроса котировок;

- формирование пакета образцов типовых договоров / контрактов (типовых условий), используемых при проведении процедур закупок;

- разработка типовых методик оценки для использования Компаниями Группы при закупках, в документации о закупке, извещении о проведении запроса котировок;

- разработка проектов приказов, инструкций, рекомендаций и регламентов по отдельным вопросам организации закупок;

- осуществление взаимодействия с государственными органами и организациями, государственными корпорациями и другими заинтересованными сторонами по методологическим вопросам закупочной деятельности Группы;

- разъяснение порядка применения Положения о закупках и иных вопросов, регламентирующих проведение семинаров.

Также немаловажным и достаточно эффективным будут являться такие полномочия ЦОУД, как:

- мониторинг закупочной деятельности Компаний Группы компаний;
- осуществление контроля закупочной деятельности Компаний Группы компаний;
- согласование закупок у единственного поставщика (подрядчика / исполнителя) с ЦОУД по некоторым наиболее значимым договорам, например, по результатам несостоявшейся закупки. Это позволит предотвратить / исправить возможные ошибки дочерних обществ внутри холдинга при проведении закупочных процедур, откорректировать закупочную документацию в случае опечаток или иных неточностей.

Но в каждом холдинге будут компании, которые не попадают под действие Федерального закона 223-ФЗ, и в данном случае навязывание жестких закупочных правил может неоправданно ограничить их деятельность, что приведет к финансовым убыткам и утяжелению и без того длительной процедуры согласования каждого этапа закупки.

Для подобных обществ каждая компания должна выбрать свой способ решения этих проблем, например:

1) отступление норм от типового положения о закупках, позволяющее дочернему обществу частично их не применять;

2) отказ от Положения о закупках. Но, представляется, это слишком рискованно, поскольку для управления холдингом единообразие норм и правил создает более прозрачный механизм закупок;

3) разработка своего Положения о закупках. Этот вариант подходит в том случае, если применение внутрикорпоративных норм невозможно (например, дочернее общество является нерезидентом РФ), а осуществление контроля тем не менее необходимо.

Но если подобные меры по осуществлению контроля за закупочной деятельностью внутри энергетической компании не являются обязательными и дочерние общества могут работать вполне автономно от «материнской компании», то в целях защиты интересов собственников компании законодательство предусматривает обязательные формы корпоративного контроля. При этом нельзя не отметить противоречия, возникающие в применении действующих норм корпоративного законодательства и норм в сфере законодательства о закупках.

Так, в соответствии с Федеральным законом от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Федеральный закон 208-ФЗ) и Федеральным законом от 8 февраля 1998 года № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Федеральный закон 14-ФЗ) наиболее значимые сделки в обществе (крупные сделки, сделки с заинтересованностью) должны предварительно одобряться решениями общего собрания участников / общего собрания акционеров / совета директоров (наблюдательного совета) (далее — органы управления Обществом), что необходимо для контроля текущей деятельности общества и защиты интересов собственников компаний.

Несоблюдение указанных норм влечет риск признания подобных сделок недействительными. Однако Федеральный закон 223-ФЗ вместе с Федеральным законом 135-ФЗ так-

же обязывают коммерческие общества проводить конкурентные процедуры для выбора поставщиков до заключения договора, запрещая ограничивать конкуренцию и создавать преимущества для отдельных поставщиков. Несоблюдение данных норм о правилах проведения закупок приведет не только к признанию сделки недействительной, но и к риску привлечения Общества и/или его должностных лиц к административной ответственности.

Возникает вопрос: в какой же момент нужно одобрять сделку? И может ли орган управления не одобрить договор, заключаемый по результатам конкурентных процедур? Фактически в обществе может быть создана ситуация, при которой на заключение одного договора может уйти не меньше полугода, и работы (услуги) будут уже неактуальны, или же Общество будет нести существенные финансовые потери из-за длительного согласования.

Так, например, при заключении сделок с заинтересованностью в соответствии с пунктом 4 статьи 83 Федерального закона 208-ФЗ складывается следующий алгоритм:

Общество формирует свою потребность в плане закупок, потом (при необходимости) согласовывает ее в составе плана закупок с Федеральной корпорацией по развитию малого и среднего предпринимательства, публикует план закупок, потом проводит все конкурентные процедуры, а в случае, если победитель попадает под признаки заинтересованного лица, собирает заседание органов управления обществом и одобряет сделку с заинтересованностью.

Не исключено, что лица, которые входят в органы управления, не являются членами закупочных комиссий и могут принять решение о неодобрении указанной сделки. Таким образом, данное решение можно расценить как ограничение рынка, когда участника не допускают к участию в закупке, в то время как, в соответствии с пунктом 15 статьи 3.2 Федерального закона 223-ФЗ, Общество обязано заключить договор по истечении 10 дней с даты размещения в единой информационной

системе (далее — ЕИС) итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки. Договор должен быть заключен не позднее чем через 20 дней с даты размещения протокола или через 5 дней с даты решения об одобрении сделки в случаях, когда такое одобрение обязательно.

При этом, на мой взгляд, возникает ситуация, при которой договор, не одобренный органами управления, Обществу все равно придется заключить. В противном случае победитель вправе подать иск о понуждении к заключению договора. Следует отметить, что федеральный антимонопольный орган и суды занимают позицию об обязательном заключении договора по результатам закупки [6].

На сегодняшний день Федеральный закон 14-ФЗ и Федеральный закон 208-ФЗ указывают, что отсутствие согласия на совершение подобной сделки не является основанием для признания такой сделки недействительной. К тому же, на мой взгляд, Федеральный закон 223-ФЗ содержит специальные нормы, которые должны иметь приоритетное значение в данном случае, а решение об избрании победителя принимается коллегиально, и предложение победителя было признано лучшим на основании объективных обстоятельств и методики оценки. Но все-таки стоит рассмотреть возможность внесения изменения в законодательство о том, что сделки, заключаемые в соответствии с Федеральным законом 223-ФЗ, в аналогичных ситуациях не должны одобряться органами управления или же информация о совершении сделки должна носить исключительно уведомительный характер.

Похожий алгоритм прослеживается и при заключении крупной сделки (стоимость сделки составляет 25 и более процентов балансовой стоимости активов): Общество формирует свою потребность в плане закупок, публикует план закупок и проводит необходимые конкурентные процедуры.

Тогда на каком этапе необходимо одобрить предполагаемую сделку?

Для одобрения крупной сделки в соответствии с требованиями федеральных законов

(например, статья 46 Федерального закона 14-ФЗ) необходимо указать:

- лицо, являющееся стороной по сделке;
- предмет сделки и ее существенные условия;
- стоимость договора.

Логично, что крупную сделку нужно одобрять после подведения итогов конкурентной закупки, когда станут известны уже все условия договора. Однако допустимо и предварительное одобрение крупной сделки без указания стороны договора, при этом стоимость договора будет указана максимальная, а не фактическая. Это позволит ускорить процедуру заключения договора, а также исключит ситуации, при которых договор по результатам закупочных процедур не будет одобрен.

Следует отметить также Распоряжение Правительства РФ от 6 ноября 2015 года № 2258-р об утверждении Перечня конкретных заказчиков, чьи проекты планов закупки товаров, работ, услуг, проекты изменений, вносимых в такие планы, до их утверждения подлежат проводимой акционерным обществом «Федеральная корпорация по развитию малого и среднего предпринимательства» оценке соответствия требованиям законодательства Российской Федерации, предусматривающим участие субъектов малого и среднего предпринимательства в закупке (далее — Распоряжение 2258-р) [7].

Согласно указанному распоряжению, перечисленные в нем организации обязаны предварительно, перед публикацией своих планов о закупках, согласовывать их с Федеральной корпорацией по развитию малого и среднего предпринимательства. На сегодняшний день это помогает энергетическим компаниям предусмотреть заключение необходимого количества договоров у субъектов малого и среднего предпринимательства, предусмотренного Постановлением Правительства РФ от 11 декабря 2014 года № 1352 об утверждении Положения «Об особенностях участия субъектов малого предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, годовом объеме таких закупок и порядке рас-

чета указанного объема» (далее — Постановление Правительства РФ от 11 декабря 2014 года № 1352).

Также в целях контроля закупочной деятельности статья 4 Федерального закона 223-ФЗ обязывает энергетические компании размещать в единой информационной системе (далее — ЕИС) положение о закупках, план закупки и информацию о закупке. А также, исходя из норм указанного закона, наряду с извещением о закупке заказчик обязан публиковать в реестре договоров в ЕИС сведения о заключенных договорах, об изменениях и исполнении договоров.

Законом предусмотрены некоторые исключения для малозначимых закупок и закупок, которые содержат сведения, относящиеся государственной тайне. Так, пункт 15 статьи 4 Федерального закона 223-ФЗ определяет, что заказчик вправе не размещать сведения о закупках, стоимость которых не превышает 100 тыс. рублей (для компаний, готовая выручка которых менее 5 млрд рублей) или 500 тыс. рублей (для компаний, готовая выручка которых более 5 млрд рублей); финансовые сделки по привлечению денежных средств во вклады и т.п.; а также закупки, предусматривающие переход прав владения и/или пользования в отношении недвижимого имущества. Пункт 5 статьи 4 Федерального закона 223-ФЗ устанавливает еще одно исключение из общего правила и позволяет не публиковать извещение о закупке у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

Надо отметить, что неопубликование сведений, обязательных к размещению в ЕИС, является правонарушением, предусмотренным статьей 7.32.3 Кодекса об административных правонарушениях и влечет наложение штрафа на организацию и/или должностных лиц.

Подобная форма контроля за деятельностью энергетических компаний вызывает большое количество споров и нареканий. На сегодняшний день остро встает вопрос о целесообразности публикации указанных сведений в открытом доступе. Поскольку договоры, заключаемые компаниями, фак-

тически являются сведениями о хозяйственной деятельности компании, сведениями о ее филиалах, строящихся / ремонтируемых объектах, получаемых услугах и т.п., что может быть связано не только с финансовыми рисками, но и с вопросами безопасности неограниченного круга лиц. Нельзя забывать, что крупные энергетические компании зачастую обслуживают опасные или важные социальные объекты.

Как говорилось ранее, пункт 5 статьи 4 Федерального закона 223-ФЗ позволяет не публиковать извещение о закупке у единственного поставщика (как было сказано выше), однако косвенно эта норма вступает в некоторое противоречие с Постановлением Правительства РФ от 11 декабря 2014 года № 1352.

Так, пункт 20 Постановления Правительства РФ от 11 декабря 2014 года № 1352 позволяет учитывать закупки у СМСП для расчета 18 процентов совокупного годового стоимостного объема закупок, которые планируются в соответствии с проектом плана закупки осуществлять только у СМСП, только в том случае, если в извещении о закупке и документации о закупке указывается, что участниками такой закупки могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, при этом не предусматривая исключений из общего правила.

Получается, что в том случае, если заказчик указывает закупку в объеме 18 процентов от совокупного годового стоимостного объема закупок, которые планируются осуществлять только у СМСП, он обязан опубликовать извещение о закупках, в том числе у единственного поставщика, что на самом деле является избыточным требованием.

Конечно, исключение обязанности по публикации извещения о закупке у единственного поставщика — субъекта малого и среднего предпринимательства, не решит информационную проблему по раскрытию информации, но сможет уменьшить нагрузку на энергетические компании в части выполнения дополнительных работ.

Подводя итог, хочется отметить, что осуществление контроля — это очень важная

часть корпоративного управления, позволяющая собственникам компаний и органам управления своевременно принимать меры по предотвращению рисков и минимизации убытков. Контроль со стороны государства обеспечивает защиту как государственных интересов, так и всех участников, вовлеченных в процесс деятельности энергетических компаний.

Однако нельзя забывать, что чрезмерное количество процедур согласований и одобрений лишает компанию «мобильности» в принятии решений и реагировании на постоянно изменяющуюся конъюнктуру рынка. Это, в свою очередь, приводит к низкой конкурентоспособности компаний как на внутреннем, так и на внешнем рынке.

При принятии новых норм по контролю необходимо оперативно пересматривать уже действующие нормы. Так, если решение о сделках принимает коллегиальный орган, то логичнее не требовать уже одобрение подоб-

ных сделок органами управления общества и предусмотреть уведомительный характер информирования.

Подход к информационной открытости также стоит пересмотреть в сторону смягчения норм. Очевидно, что государственные органы должны иметь доступ к информации, необходимой для контроля соблюдения норм действующего законодательства о закупках, однако спорным остается вопрос о доступе третьих лиц к этой информации. В том случае, если участник закупки считает, что его права нарушены, он может обратиться в государственный орган с жалобой и просьбой проверить правомерность проведения той или иной процедуры. Надо отметить, что такая возможность активно реализуется на сегодняшний день всеми участниками процесса закупочной деятельности. Тем самым возможно обеспечивать защиту интересов участников процесса закупки, соблюдая конфиденциальность деятельность энергетических компаний. ■

Библиография

1. ФАС России создает Экспертный Совет по закону о закупках // ФАС. 2020. 19 февраля. URL: <http://fas.gov.ru/news/29353>.
2. ФАС России создает Экспертный Совет по закону о закупках // ФАС. 2020. 19 февраля. URL: <http://fas.gov.ru/news/29353>.
3. ФАС: количество жалоб на закупки продолжает расти, заказчики — злоупотреблять возможностью включения подрядчика в РНП // ФАС. 2020. 18 февраля. URL: <http://fas.gov.ru/news/29350>.
4. Молчанов А.В. Антимонопольные требования к торгам: правовой аспект : диссертация кандидата юридических наук / А.В. Молчанов. Москва, 2019. 188 с. ; Соловьев М.С. Административно-правовые основы публичных закупок : диссертация кандидата юридических наук / М.С. Соловьев. Екатеринбург, 2019 ; Мисак А.Ю. Актуальные правовые проблемы регулирования закупок, осуществляемых отдельными видами юридических лиц (на практике закупок в холдинге «РЖД») : научный доклад об основных результатах подготовленной научно-квалификационной работы (диссертации) / А.Ю. Мисак. Москва, 2019. URL: http://ui-miit.ru/files/docs/aspirantura/dokladi/misak_au.pdf.
5. Газпром. Закупки. URL: <https://www.gazprom.ru/tenders/> ; Россети. URL: <https://www.roseltorg.ru/personal/rosseti> ; Росатом. URL: <https://zakupki.rosatom.ru/>.
6. Судебные акты по делу № А43-24013/2019. URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/a5644378-6319-4c4c-9ea9-c1cf084fdc72>.
7. Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 13.11.2015).