КОРРУПЦИОГЕННЫЕ ФАКТОРЫ ЗАКОНА О КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ

В.М. КОРЯКИН

Корякин В.М., доктор юридических наук.

Проведен антикоррупционный анализ Закона о контрактной системе в целях, чтобы правоприменители могли заблаговременно предвидеть те возможные коррупционные риски, которые могут возникнуть при его реализации.

Ключевые слова: Закон о контрактной системе, антикоррупционный анализ.

Corruption-factors of the law on the contract system

V.M. Korjakin

Analysis carried out an anticorruption law on the contract system in order to advance enforcers could foresee those possible corruption risks that may arise during its implementation.

Key words: Law on the contract system, the analysis of anti-corruption.

С 1 января 2014 г. вступает в силу Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок, товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон о контрактной системе), который придет на смену действующему Федеральному закону от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон о размещении заказов).

Сфера государственных закупок, в том числе для нужд обороны и военной безопасности, традиционно считается наиболее коррупционноемкой областью общественных отношений. Уголовные дела, возбужденные в рамках расследования деятельности ОАО "Оборонсервис", - убедительное тому подтверждение. В значительной степени условия возникновения коррупционных отношений в рассматриваемой сфере стимулируются несовершенством действующего законодательства. Поэтому представляется весьма важным и актуальным проведение антикоррупционного анализа Закона о контрактной системе с применением Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной Постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. N 96 (далее - Методика).

Безусловно, в полной мере дать оценку Закону о контрактной системе станет возможным лишь тогда, когда будет наработана соответствующая правоприменительная, в том числе судебная, практика в данной сфере. Тем не менее, всеобъемлющий антикоррупционный анализ данного законодательного акта необходимо осуществить уже сегодня с тем, чтобы правоприменители могли заблаговременно предвидеть те возможные коррупционные риски, которые могут возникнуть при его реализации.

Приступая к антикоррупционной экспертизе Закона о контрактной системе, прежде всего, обратим внимание на то обстоятельство, что в данном Законе имеется весьма значительное число отсылочных норм, что ставит его реализацию в зависимость от других, в том числе подзаконных, нормативных правовых актов. В настоящее время в Правительстве Российской Федерации, в заинтересованных федеральных органах исполнительной власти развернута масштабная работа по исполнению разработанного Минэкономразвития России Плана мероприятий по реализации Закона о контрактной системе. Указанный План включает 86 позиций. В 2013 - 2015 гг. предстоит разработать и принять 53 акта Правительства Российской Федерации (37 из них - в 2013 г.), а также 14 правовых актов ведомственного уровня.

Коррупциогенность рассматриваемого фактора, связанного с высокой степенью зависимости законодательного акта от системы подзаконных актов, заключается в том, что согласно сложившейся порочной практике создание всеобъемлющей системы подзаконных актов по реализации вновь принятого закона нередко затягивается не то что на месяцы, но иногда на годы. Отсутствием соответствующего нормативного акта, неопределенностью правил поведения должностных лиц поощряется принятие ими индивидуальных решений, полностью зависящих от их субъективной воли и усмотрения. Именно в этом и заключается опасность возникновения различных коррупционных схем.

Любопытно заметить, что в ранее действовавшей Методике проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, утвержденной Постановлением Правительства Российской Федерации от 5 марта 2009 г. N 196, правовые пробелы, свидетельствующие об отсутствии правового регулирования некоторых вопросов, рассматривались в качестве самостоятельного коррупциогенного фактора. В ныне действующей Методике о таком коррупциогенном факторе не упоминается, однако это никоим образом не устраняет опасность возникновения коррупционных отношений в сфере госзакупок, связанных с отсутствием соответствующего правового регулирования тех или иных вопросов. Более того, данное обстоятельство - наличие в Законе о контрактной системе большого числа норм, ссылающихся на подзаконные акты, полностью подпадает под такой коррупциогенный фактор, предусмотренный действующей Методикой, как **"чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества"** - наличие бланкетных и отсылочных норм, приводящее к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию органа государственной власти, принявшего первоначальный нормативный правовой акт.

Анализ текста Закона о контрактной системе свидетельствует о том, что наиболее часто в нем встречаются такие коррупциогенные факторы, как **"определение компетенции по формуле "вправе"** - диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций, а также **"юридико-лингвистическая неопределенность"** - употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера.

Так, например, согласно ч. 12 ст. 22 Закона о контрактной системе заказчику предоставляется право применять иные, чем предусмотренные Законом <1>, методы определения начальной (максимальной) цены контракта "в случае невозможности их применения". В данном случае на заказчика возлагается обязанность включить в обоснование цены "обоснование невозможности применения" указанных методов.

--------------------------------

<1> К числу таких методов относятся: 1) метод сопоставимых рыночных цен (анализа рынка); 2) нормативный метод; 3) тарифный метод; 4) проектно-сметный метод; 5) затратный метод.

Как представляется, данные нормы предоставляют заказчику широкое поле для действий по своему усмотрению, поскольку Закон о контрактной системе не уточняет, что понимается под "иными методами определения начальной (максимальной) цены контракта", а также не конкретизирует, каким образом заказчик должен "обосновать невозможность" применения методов, установленных Законом. В связи с этим вполне реальны ситуации, когда недобросовестный заказчик, пользуясь указанными весьма неопределенными нормами, будет самостоятельно, в угоду личным корыстным интересам определять начальные цены закупаемых товаров, работ и услуг, включая в них расходы на ожидаемый "откат".

В Законе о контрактной системе имеет место и такой коррупциогенный фактор, как **"выборочное изменение объема прав"** - возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти (их должностных лиц). Наглядным подтверждением этого может служить норма, предусмотренная ч. 2 ст. 32 Закона, в которой содержится целый "букет" исключений из общих правил оценки заявок на участие в процедурах отбора поставщиков, подрядчиков и исполнителей.

Согласно данной норме при проведении запроса предложений заказчик вправе:

- не применять предусмотренные законом критерии оценки заявок <2>;

--------------------------------

<2> Такими критериями являются: 1) цена контракта; 2) расходы на эксплуатацию и ремонт товаров, использование результатов работ; 3) качественные, функциональные и экологические характеристики объекта закупки; 4) квалификация участников закупки.

- устанавливать по своему усмотрению не предусмотренные Законом о контрактной системе критерии оценки заявок, окончательных предложений, их величины значимости;

- не применять установленные Законом величины значимости критериев.

Еще одно исключение из общих правил для рассматриваемого способа определения поставщика (подрядчика, исполнителя) установлено ч. 1 ст. 36 Закона о контрактной системе: при запросе предложений заказчик не вправе отменить конкурентные процедуры, в то время как в отношении конкурса, аукциона и запроса котировок такая возможность предусмотрена.

Коррупционный потенциал таких весьма серьезных исключений из общих правил в определенной степени ограничивается исчерпывающим перечнем случаев применения данного способа определения поставщика (подрядчика, исполнителя) (ч. 2 ст. 83 Закона о контрактной системе), однако нет никаких гарантий того, что недобросовестные представители заказчика не попытаются из легальной возможности отступления от общих правил извлечь определенную корыстную выгоду для себя и иных лиц.

Серьезные коррупционные риски содержит, на наш взгляд, предусмотренное ч. 15 ст. 34 Закона о контрактной системе право заказчика заключить договор с поставщиком (подрядчиком, исполнителем) в устной форме в порядке и на условиях, которые установлены ГК РФ.

Применение устной сделки при госзакупках Закон о контрактной системе допускает в следующих случаях:

1) осуществление закупки товара, работы или услуги на сумму, не превышающую 100 тыс. руб.;

2) заключение контракта на посещение зоопарка, театра, кинотеатра, концерта, цирка, музея, выставки или спортивного мероприятия;

3) осуществление закупок лекарственных препаратов, которые предназначены для назначения пациенту при наличии медицинских показаний (на сумму, не превышающую 200 тыс. руб.).

При этом в Законе о контрактной системе содержится оговорка о том, что к договору, заключенному в устной форме, могут не применяться требования, связанные с ответственностью заказчика и поставщика.

В рассматриваемом случае одновременно действуют три коррупциогенных фактора, предусмотренных Методикой: **"широта дискреционных полномочий"**; **"определение компетенции по формуле "вправе"; "отказ от конкурсных (аукционных) процедур"**.

Да и вообще, по нашему мнению, при совершении сделки юридическим лицом, каковым является государственный заказчик, понятие "устная форма сделки" носит весьма условный характер. В любом случае факт закупки заказчиком товара, работы, услуги и их оплаты должен подтверждаться письменным документом - кассовым чеком, платежным поручением и т.п. Иначе каким образом можно вести учет и контроль произведенных закупок, а также бухгалтерскую отчетность?

Как представляется, нормативно закрепив возможность совершения государственных закупок в устной форме, законодатель заложил серьезную "коррупционную мину" в систему госзакупок. Государственные заказчики получили легальную возможность производить закупки товаров, работ и услуг без документального оформления таких сделок (правда, в пределах установленного лимита: согласно ст. 93 Закона о контрактной системе одна такая закупка не должна превышать 100 тыс. руб., а совокупный годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить по данной схеме, не должен превышать 5 процентов размера средств, предусмотренных на осуществление всех закупок заказчика в соответствии с планом-графиком, и должен составлять не более чем 50 млн. руб.). Но даже и этого лимита вполне достаточно для того, чтобы чиновники военной организации-закупщика без особого риска улучшали свое личное благосостояние.

Ярким проявлением такого коррупциогенного фактора, как **"широта дискреционных полномочий"**, т.е. отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, а также фактора **"отсутствие или неполнота административных процедур"**, т.е. отсутствие порядка совершения органами государственной власти (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка, являются нормы, содержащиеся в ст. 36 Закона о контрактной системе. Данной статьей предусмотрена возможность отмены заказчиком процедур определения поставщика (подрядчика, исполнителя) по одному и более лоту, за исключением проведения запроса предложений, не позднее чем за пять дней до даты окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе или аукционе либо не позднее чем за два дня до даты окончания срока подачи заявок на участие в запросе котировок.

В указанной статье Закон о контрактной системе достаточно подробно регламентирует порядок извещения участников закупки, подавших заявки, о принятии решения об отмене определения поставщика (подрядчика, исполнителя), о размещении данного решения в единой информационной системе и некоторые другие связанные с этим вопросы. Отсутствует только главное: Закон умалчивает о том, что может послужить основанием для принятия такого серьезного решения, полностью отдавая этот вопрос на усмотрение заказчика. Не указывает Закон и то, кто правомочен принимать такое решение: соответствующее должностное лицо организации-заказчика или же коллегиальный орган - комиссия по осуществлению закупок.

Коррупционный риск данной ситуации заключается в том, что заказчик имеет законодательное право в любой момент по своему субъективному усмотрению и без объяснения причин отказаться от проведения конкурентных процедур по выбору поставщика (подрядчика, исполнителя). Поводом для такого отказа в числе прочих может быть, например, ситуация, когда нужная организация, от которой чиновник ожидает получить "откат", не успевает подготовить необходимые документы для участия в конкурсе или аукционе, когда ситуация на объявленных торгах складывается явно не в пользу фирмы-фаворита и т.п. Путем отмены объявленных торгов заказчик дает возможность такой организации более тщательно подготовиться к участию в конкурентных процедурах, может принять дополнительные меры к тому, чтобы именно этот участник размещения заказа стал победителем, либо в последующем применить иной способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя).

Подобные случаи встречаются на практике. Так, автору настоящей статьи известен факт, когда до конкурсной комиссии, членом которой он являлся, было доведено решение соответствующего руководителя органа военного управления об отмене объявленного открытого конкурса на оказание информационных услуг. Причина не объяснялась, однако всем было вполне понятно, что мотивом принятия такого решения было то, что организация, на которую "делал ставку" данный руководитель, на фоне других организаций, подавших заявку, выглядела явно проигрышно и шансы стать победителем у нее были минимальны. В последующем данный заказ был разбит на части и выставлен на торги методом запроса котировок (такая практика в те годы - а происходило это в первой половине 2000-х гг., еще до принятия Закона о размещении заказов, - была довольно распространенным явлением). В одном из запросов котировок победителем оказалась та самая фирма, о которой так пекся чиновник, т.е. часть общего "бюджетного пирога" ей все же досталась.

В связи с изложенным для минимизации коррупционных рисков и нейтрализации рассматриваемого коррупциогенного фактора представляется целесообразным дополнить ст. 36 Закона о контрактной системе нормой, содержащей исчерпывающий перечень оснований для отмены заказчиком конкурентных процедур определения поставщика (подрядчика, исполнителя), а также нормой о том, что полномочия по принятию таких решений принадлежат исключительно комиссии по осуществлению закупок.

Предусмотренный Методикой коррупциогенный фактор **"отказ от конкурсных (аукционных) процедур"** применительно к Закону о контрактной системе находит свое выражение в его нормах, предусматривающих возможность в отдельных случаях осуществлять закупки товаров, работ и услуг у единственного поставщика, т.е. без применения конкурентных процедур.

Следует отметить, что в специальной литературе имеются диаметрально противоположные оценки данного явления. Так, известный специалист в области госзакупок А.А. Храмкин однозначно относит увеличение количества контрактов, заключенных с единственным поставщиком, к числу серьезных проблем сложившейся в России системы закупок товаров, работ и услуг для государственных нужд <3>. Специалисты же, например, Федерального космического агентства (Роскосмоса), наоборот, относят к числу своих заслуг тот факт, что указанный федеральный орган исполнительной власти "...стремится к расширению списка единственных исполнителей с тем, чтобы уйти от конкурсных процедур и не создавать условий для откатов и иных негативных моментов, связанных с коррупцией чиновников либо лиц, предлагающих свои услуги для реализации заказа" <4>.

--------------------------------

<3> Храмкин А.А. Федеральная контрактная система: существующие проблемы закупок и пути их решения // Государственные и муниципальные закупки - 2012: Сб. докладов. М., 2013. С. 216.

<4> Воры в мундирах и пиджаках // Военно-промышленный курьер. 2013. N 19.

Как представляется, чрезмерное увлечение закупками у единственного поставщика однозначно создает условия для коррупции. Эта форма госзакупок должна носить исключительный характер и применяться только в строго определенных законом случаях. Законом о контрактной системе в ст. 93 предусмотрено 28 случаев закупки товаров (работ, услуг) у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), что, по нашему мнению, является избыточным и не соответствующим мировой практике. Поэтому следует согласиться с экспертным суждением о том, что в мире существует 5 - 6 общих стандартных условий, допускающих закупки у единственного поставщика: заведомо один источник; срочная закупка; чрезвычайная закупка; дополнительная закупка; некоторые секретные закупки. В проекте Закона о контрактной системе опять воспроизводится неполный набор из двух-трех десятков частных случаев, которые потом будут без конца дополняться <5>.

--------------------------------

<5> Смирнов В.И. Проект ФКС: пока прыжок на месте // Государственные и муниципальные закупки. 2012. С. 363.

Коррупциогенность закупок у единственного поставщика убедительно подтверждает печальный опыт деятельности ОАО "Оборонсервис". В 2009 - 2012 гг. данной коммерческой структуре при активном лоббировании ее интересов прежним руководством Минобороны России удалось добиться издания 8 распоряжений Правительства Российской Федерации, определяющих структуры ОАО "Оборонсервис" единственными поставщиками товаров и исполнителями работ <6>. Наличие статуса единственного поставщика и отсутствие здоровой конкуренции позволило аффилированным структурам ОАО "Оборонсервис", особо не заботясь о качестве поставляемой продукции и предоставляемых услуг, получать стабильное финансирование из бюджета Минобороны России и извлекать из этого немалую прибыль, причем большинство услуг и товаров поставлялись по явно завышенным ценам.

--------------------------------

<6> Более подробно об этом см.: Корякин В.М. Ненавязчивый "оборонный сервис": об экономических последствиях аутсорсинга в Вооруженных Силах Российской Федерации // Право в Вооруженных Силах. 2013. N 2.

Определенные коррупционные риски имеют место в нормах Закона о контрактной системе, регулирующих антидемпинговые <7> меры при проведении конкурсов и аукционов (ст. 37). Целесообразность введения в отечественное законодательство данного правового института оценивается специалистами неоднозначно, при этом высказываются различные точки зрения. Так, директор Департамента федеральной контрактной системы Минэкономразвития России О.В. Анчишкина в интервью в сентябре 2011 г. указывала, что "демпинг... - страшная беда для госзаказа... Велика вероятность, что ...у исполнителя контракта будет песок вместо цемента и гастарбайтеры вместо квалифицированных рабочих" <8>. Напротив, начальник Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России М.Я. Евраев в феврале 2012 г. заявлял, что проблемы демпинга в госзакупках "просто нет. Ведь если произошло значительное снижение цен на торгах и при этом контракт исполнен качественно, то мы все должны говорить не о проблеме демпинга, а только радоваться полученному результату и новым возможностям по закупке товаров, работ или услуг". По мнению указанного должностного лица, "предлагаемое решение устраняет стимулы для ценовой конкуренции и создает дополнительные возможности для злоупотреблений как со стороны заказчиков, так и со стороны недобросовестных компаний" <9>.

--------------------------------

<7> Демпинг (англ. dumping - букв. "сбрасывание") - продажа товаров по низким ценам (иногда ниже издержек производства) в целях устранения конкурентов и захвата рынков // Современный словарь иностранных слов. М., 1993. С. 187.

<8> Цит. по: Федоров А.А. Антидемпинговые меры в законодательстве о федеральной контрактной системе // Государственные и муниципальные закупки. 2012. С. 208.

<9> Там же.

В норме, предусмотренной ч. 9 ст. 37 Закона о контрактной системе, по нашему мнению, имеют место признаки двух коррупциогенных факторов, предусмотренных Методикой: **"наличие завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права"**, т.е. установление неопределенных, трудновыполнимых и обременительных требований к гражданам и организациям, и **"злоупотребление правом заявителя органами государственной власти (их должностными лицами)"** - отсутствие четкой регламентации прав граждан и организаций.

Проявление первого из указанных факторов видится в том, что исполнение участником закупки предусмотренной рассматриваемой нормой обязанности представить заказчику обоснование предлагаемой цены контракта в форме гарантийного письма от производителя с указанием цены и количества поставляемого товара на практике весьма затруднительно, а то и вовсе невозможно. Дело в том, что ни одним правовым актом не предусмотрена обязанность производителя выдавать кому-либо из покупателей своей продукции какие-либо гарантийные письма. Кроме того, следует учитывать и встречающуюся у некоторых производителей практику раздела рынка, в связи с чем отдельные участники закупки могут и вовсе не рассчитывать на получение каких-либо гарантийных писем от производителей.

С учетом изложенного имеются все основания предполагать, что большинство участников процедур закупки воспользуются предоставленной законодателем возможностью представить вместо гарантийного письма производителя "иные документы и расчеты, подтверждающие возможность участника закупки осуществить поставку товара по предлагаемой цене" (ч. 9 ст. 37 Закона).

В данном случае найдет свое проявление коррупциогенный фактор "злоупотребление правом заявителя органами государственной власти (их должностными лицами)", поскольку, как справедливо указывает А.А. Федоров, тут оставлен полный простор для фантазии участников закупки. Следуя букве закона, участник процедуры закупки может представить абсолютно любой документ, и у комиссии по осуществлению закупок и заказчика нет иной возможности, кроме как удовлетвориться представленным объяснением. Также надо принять во внимание то, что согласно тексту рассматриваемой нормы документ должен подтверждать возможность поставить товар, а не экономическую целесообразность или прибыльность такой сделки; само наличие товара у участника закупки уже должно означать, что он может поставить этот товар по любой цене, поскольку с точки зрения гражданского законодательства отсутствуют запреты на продажу товара по цене ниже закупочной цены или даже ниже себестоимости производства товара <10>.

--------------------------------

<10> Там же. С. 210 - 211.

Завершая анализ Закона о контрактной системе на предмет наличия в нем коррупциогенных норм, еще раз отметим, что изложенные выше соображения носят лишь прогностический характер, поскольку в полной мере коррупциогенность того или иного нормативного правового акта можно оценить только в процессе его практического применения.