

## В фокусе: проект Закона о ФКС



**Денис БАЛАКИН,**  
эксперт компании  
«Пепеляев Групп»

Противодействие коррупции объявлено одной из целей принятия Федерального закона «О федеральной контрактной системе в сфере закупки товаров, работ и услуг»<sup>1</sup> (далее – Закон о ФКС, проект). В настоящей статье рассмотрен вопрос о том, насколько разработчикам проекта удалось приблизиться к заявленной цели и создать эффективные механизмы такого противодействия. Для этого оценим Закон о ФКС с точки зрения наличия коррупциогенных норм, а также нормативного обеспечения «открытости, добросовестной конкуренции и объективности при размещении госзаказа», которое объявлено одним из основных направлений деятельности госорганов по повышению эффективности противодействия коррупции<sup>2</sup>.

### Эффективное функционирование ФКС и обеспечение противодействия коррупции

Разработчики Закона о ФКС решали сложную задачу: с одной стороны, новый закон должен обеспечить эффективное и оперативное удовлетворение нужд госорганов и госучреждений и решение стоящих перед ними задач, с другой – обеспечить максимум контроля закупок во избежание необоснованных трат бюджетных средств и различных коррупционных проявлений. Представляется, что эти две цели являются отчасти взаимоисключающими, так как эффективные закупки требуют определенной степени гибкости, а следовательно, и некоторой свобо-

<sup>1</sup> Пункт 2 ст. 1 проекта данного Закона и абз.4 Пояснительной записки к проекту. При подготовке настоящей статьи рассмотрены документы в редакции, разработанной для внесения Правительством России на рассмотрение Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации (внесен 7 мая 2012 г.).

<sup>2</sup> Пункт 12 ст. 7 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (далее – Закон о противодействии коррупции).

ды усмотрения должностных лиц, а жесткий контроль неизбежно приводит к зарегулированности, ограничениям и удлинению сроков процедур.

Нормы, обеспечивающие контроль (в том числе направленные на противодействие коррупции), можно сравнить с лекарством: если его прописать слишком много, то начнут развиваться побочные негативные эффекты – одни проявления коррупции будут искоренены или сведены к минимуму, но появятся новые проблемы со «здоровьем» системы закупок. Поэтому основной задачей проекта является нахождение оптимального соотношения (баланса) норм, направленных на обеспечение оперативности и эффективности, и норм, обеспечивающих должный контроль. Именно под таким углом зрения надо оценивать коррупциогенность отдельных положений проекта: при принятии Закона о ФКС можно сознательно соглашаться с существованием отдельных коррупционных рисков, если это необходимо для эффективного функционирования системы закупок в целом.

Примером нормативного регулирования, призванного обеспечить такой баланс норм, обеспечивающих свободу усмотрения заказчика, и норм антикоррупционной направленности, являются правила выбора госзаказчиком способа определения поставщика.

Эффективность госзаказа напрямую зависит от гибкости в применении различных способов размещения, позволяющих учесть особенности ситуации, в которой находится заказчик, и специфику приобретаемого товара. Но отсутствие четких правил может подтолкнуть заказчика к выбору наименее конкурентных форм закупок и является потенциально коррупциогенным фактором<sup>1</sup>. Пока, думается, в проекте недостаточно внимания уделено выбору

Основной задачей проекта Закона о ФКС является нахождение оптимального соотношения (баланса) норм, направленных на обеспечение оперативности и эффективности, и норм, обеспечивающих должный контроль.

заказчиком процедуры размещения. В общей норме о способах определения поставщиков разработчики проекта ограничились размытой и декларативной формулой<sup>2</sup>, и только в положениях о конкретной процедуре закупки (об открытом конкурсе) указано, что заказчик во всех случаях осуществляет закупки путем проведения открытого конкурса, за исключением случаев, предусмотренных Законом о ФКС, когда могут быть применены иные процедуры<sup>3</sup>. Собственно правил и последствий выбора в проекте практически нет.

Если установление случаев применения неконкурентных процедур является вопросом, скорее, экономическим, то последствия выбора тех или иных процедур имеют важное правовое значение и должны быть изложены в законе, что позволит в том числе усилить антикоррупционный эффект регулирования. К примеру, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках<sup>4</sup> обязывает заказчика указывать в документальном отчете основания применения процедуры, отличной от открытых торгов. В проекте такое последствие предусмотрено только в отношении закупок из единственного источника<sup>5</sup>, а в отношении закрытых способов определения поставщика

<sup>1</sup> Пункт 2 ст. 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» и Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденная Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96, рассматривают в качестве коррупциогенных факторов установление для правоприменителя необоснованно широких пределов усмотрения, в том числе отсутствие или неопределенность условий и оснований принятия решений.

<sup>2</sup> Пункт 2 ст. 23 Закона о ФКС: «Заказчик выбирает способ определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в соответствии с положениями настоящей главы, при этом он обязан исходить из необходимости обеспечить конкуренцию среди участников процедур закупок и не совершать действия, влекущие необоснованное сокращение числа участников процедур определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей)».

<sup>3</sup> Пункт 2 ст. 41 Закона о ФКС.

<sup>4</sup> Пункт 3 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках 2011 г. (далее – Типовой закон). Публикация на официальном сайте ЮНСИТРАЛ ([http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/ml-procurement/ML\\_Public\\_Procurement\\_A\\_66\\_17\\_R.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/ml-procurement/ML_Public_Procurement_A_66_17_R.pdf)).

<sup>5</sup> Пункт 2 ст. 85 проекта.

установлено правило о предварительном согласовании применения такой процедуры<sup>1</sup>.

При рассмотрении проекта в Государственной Думе необходимо особое внимание уделить регулированию случаев применения неконкурентных способов размещения, исключив те случаи, которые недостаточно обоснованы или сформулированы недостаточно четко, и прописать последствия выбора неконкурентных процедур, в частности, обязать заказчиков специально информировать контролирующие органы и в особом порядке публиковать на официальном сайте информацию о применении неконкурентной процедуры («ставить красный флажок»), а также обосновывать в отчете необходимость применения неконкурентной процедуры. Такой подход должен быть системным и применяться ко всем процедурам, за исключением открытого конкурса и электронного аукциона.

Другим примером потенциально коррупциогенных норм являются нормы проекта о новых способах размещения заказа – о конкурсе с ограниченным участием, двухэтапном конкурсе, запросе предложений. Очевиден недостаток норм о соответствующих способах размещения – расширяется свобода усмотрения заказчика, который получает право выбрать поставщика, используя достаточно субъективные критерии. Несмотря на риск злоупотреблений со стороны заказчика, такие нормы необходимы для полноценного регулирования закупок специфической продукции и закупок в особых ситуациях, когда проведение открытого конкурса или электронного аукциона неэффективно или невозможно. Законодатель будет решать, насколько обоснованно соглашаться с наличием коррупционных рисков, насколько положительный эффект от реализации новых процедур размещения будет превышать отрицательный эффект от возможных коррупционных правонарушений.

## Открытость ФКС

<sup>1</sup> Пункт 3 ст. 76 проекта.

Публичность и открытость деятельности государственных органов и органов местного самоуправления являются одними из основных принципов противодействия коррупции.

Публичность и открытость деятельности государственных органов и органов местного самоуправления являются одними из основных принципов противодействия коррупции<sup>2</sup>. Этой норме антикоррупционного законодательства корреспондирует норма Закона о ФКС о принципе открытости (прозрачности) ФКС<sup>3</sup>.

Вслед за Законом о размещении заказов № 94-ФЗ (далее – Закон № 94-ФЗ) Закон о ФКС уделяет большое внимание информационной открытости системы госзаказа. Функционирующая единая информационная система (официальный сайт) позволяет отслеживать процесс планирования и осуществления закупок и оперативно выявлять недобросовестные практики. Вместе с расширением прав общественных объединений по контролю открытость ФКС является одним из наиболее действенных механизмов противодействия коррупции, о чем много говорят разработчики проекта. Обратим внимание на некоторые проблемные аспекты обеспечения открытости.

Если публичность деятельности госорганов обеспечивает контроль за административной машиной и не является чрезмерным требованием, то полная открытость информации о сделках госзаказчиков с предпринимателями размывает нормальное представление о коммерческой тайне и чревато злоупотреблениями. Регулирование вопросов конфиденциальности в Законе о ФКС неудовлетворительно. В отличие от Типового закона<sup>4</sup> проект не устанавливает обязанность госзаказчика сохранять в тайне сведения, раскрытие которых может нанести ущерб

<sup>2</sup> Пункт 3 ст. 3 Закона о противодействии коррупции.

<sup>3</sup> Статья 7 Закона о ФКС.

<sup>4</sup> Статья 24 Типового закона.

законным коммерческим интересам поставщиков или препятствует добросовестной конкуренции. Доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, вправе получить общественные организации, направляя госзаказчикам запросы о предоставлении информации об осуществлении закупок и ходе исполнения контрактов<sup>1</sup>, и, возможно, такая информация будет использована не только для целей контроля и противодействия нарушениям, но и передаваться конкурентам для получения последними необоснованных преимуществ. Поэтому при рассмотрении проекта в Государственной Думе его необходимо дополнить правилами, касающимися охраны коммерческой тайны. Отсутствие таких правил может привести к ущемлению интересов предпринимателей и ухудшению конкурентной среды, что сделает правила о полной открытости информации лекарством против коррупции, имеющим побочные эффекты.

Другой проблемный аспект обеспечения открытости системы – регулирование общения (коммуникаций) между заказчиками и участниками размещения (в том числе потенциальными). Во многих случаях такое общение необходимо для эффективного размещения заказа. Например, потенциальному подрядчику для подготовки заявки в отношении ремонта или реконструкции какого-либо объекта необходимо изучить его состояние, потому что не всегда проект работ содержит всю необходимую информацию. Если заказчик не обеспечит возможность всем желающим посетить соответствующий объект, то потенциально могут быть созданы преимущества для «своих», хорошо осведомленных подрядчиков, а также может пострадать качество предложений участников.

Проект уделил правилам коммуникации незаслуженно мало внимания. В ряде статей запрещаются переговоры с участниками на стадии размещения

заказа, причем делается это не единообразно. Если в одних случаях переговоры полностью запрещены<sup>2</sup>, то в других переговоры, в принципе, возможны, за исключением переговоров в отношении конкурсных заявок<sup>3</sup>, переговоров, в результате которых создаются преимущественные условия для участия в электронном аукционе и (или) условия для разглашения конфиденциальных сведений<sup>4</sup>, переговоров в отношении котировочных заявок<sup>5</sup>, в отношении наилучших и окончательных ofert<sup>6</sup>.

Размытые правила о допустимых и недопустимых способах коммуникации не способствуют противодействию злоупотреблениям, в том числе коррупционным. Поэтому необходимо выработать единый стандарт коммуникации заказчиков с участниками размещения. На заказчика может быть возложена обязанность взаимодействовать с участниками только в строгих рамках письменных запросов и письменных разъяснений положений документов планирования заказа и документации по конкретной закупке, а также в формате публичных консультаций. Для обеспечения публичности такие документы (запросы, разъяснения, протоколы консультаций) могут размещаться на официальном сайте. В рамках отдельных процедур размещения должны регулироваться только особенности ведения переговоров, если это необходимо (например, особенности переговоров при запросе предложений).

Единый стандарт коммуникации должен распространяться на все случаи коммуникации заказчиков и участников, а не только на общение при размещении заказа. В настоящее время выработан механизм только для дачи разъяснений документации о конкретной закупке и разъяснений результатов некоторых процедур. Что касается предшествующих и последующих стадий, то проект обходит их молча-

<sup>1</sup> Пункт 4 ст. 4 Закона о ФКС. Конечно, на общественные организации возлагается обязанность сохранять конфиденциальность, но это, скорее, декларация, а не реальная гарантия защиты коммерчески значимой информации.

<sup>2</sup> При проведении конкурсов (п. 6 ст. 41 Закона о ФКС) и закрытых аукционов (п. 9 ст. 78 Закона о ФКС).

<sup>3</sup> Статья 49 Закона о ФКС (также при проведении конкурсов).

<sup>4</sup> Пункт 6 ст. 52 Закона о ФКС.

<sup>5</sup> Пункт 4 ст. 69 Закона о ФКС.

<sup>6</sup> Пункт 16 ст. 74 Закона о ФКС.

нием, хотя в это время может происходить взаимодействие чиновников и предпринимателей с целью «заточки» условий размещения или недобросовестных соглашений в рамках исполнения контракта.

Несоблюдение правил коммуникации всегда должно быть основанием для оспаривания действий заказчиков, в том числе в процессе размещения заказа (сейчас это прописано только в отношении отдельных процедур<sup>1</sup>). Соблюдение правил коммуникации будет способствовать большей открытости системы ФКС и препятствовать злоупотреблениям.

## Баланс интересов заказчиков и участников размещения заказа

Законодательство о противодействии коррупции считает коррупциогенным фактором предъявление неопределенных, трудновыполнимых и (или) обременительных требований к гражданам и организациям<sup>2</sup>. В Законе о ФКС зачастую предъявляются такие требования к участникам процедур закупок. Делается это с целью пресечения злоупотреблений, но иногда может приводить к иным нежелательным последствиям.

Примером неоправданно жестких норм являются некоторые положения о реестре недобросовестных поставщиков. В данный реестр может попасть участник размещения, не совершивший виновных действий, в случае предоставления недостоверной информации в отношении квалификационных данных<sup>3</sup> (хотя это может быть следствием ошибки, а не умысла), в случае неподписания договора по итогам процедур размещения<sup>4</sup> (считается уклонением, но зачастую причина бывает чисто техническая –

не работает канал связи), в случае срыва поставок или выполнения работ под воздействием форс-мажора (ст. 87 проекта не освобождает участника от ответственности в этом случае). Участник должен в таких ситуациях оспаривать решение заказчика и доказывать свою невиновность, хотя в самом Законе о ФКС можно установить иные последствия нарушений. Например, во всех указанных выше случаях можно предоставить участнику возможность исправить его упущение и только после повторного неисполнения или наличия доказательств умысла считать его недобросовестным и вносить сведения в реестр.

Внесение в реестр недобросовестных поставщиков создает препятствие для участия в размещении госзаказа не только для компании, нарушившей правила Закона о ФКС, но и для всех юридических лиц, в которых участвуют те же учредители и члены коллегиальных исполнительных органов. Получается, что ответственность за нарушение одной компании несут другие лица. Привлечение к ответственности строится по модели объективного вменения, что недопустимо в правовом государстве.

Нормы проекта, регулирующие изменение и расторжение контракта<sup>5</sup>, также могут создать условия для давления на бизнес, так как дают заказчику больше прав для одностороннего отказа от контракта, чем это предусмотрено ГК РФ<sup>6</sup>, а также позволяют уменьшать цену уже заключенного контракта (положение выгодно исключительно заказчику, добровольное согласие участника на это будет выглядеть довольно странно).

Еще одним примером неопределенных и потенциально обременительных для бизнеса норм являются нормы о проведении экспертизы результатов исполнения госконтракта<sup>7</sup>. Эксперты вправе запрашивать у поставщиков дополнительную информацию, и по сути, в их лице предприниматели получают дополнительного контролера, деятельность которо-

<sup>1</sup> Пункт 6 ст. 52 и п. 9 ст. 78 Закона о ФКС.

<sup>2</sup> Пункт 2 ст. 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» и п. 4 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96.

<sup>3</sup> Пункты 9 и 11 ст. 30 Закона о ФКС.

<sup>4</sup> Пункт 2 ст. 95 Закона о ФКС.

<sup>5</sup> Статья 87 Закона о ФКС.

<sup>6</sup> В качестве примера можно сравнить положения подп. 1 п. 6 ст. 87 Закона о ФКС и п. 2 ст. 523 ГК РФ.

<sup>7</sup> Пункты 3 и 4 ст. 86 Закона о ФКС.

го четко не регламентирована, что создает условия для злоупотреблений.

Все эти меры, направленные на усиление контроля и ответственности участников заказа, могут привести к ущемлению прав предпринимателей, действующих добросовестно, и к коррупции – к давлению на предпринимателей со стороны заказчиков (и экспертов), желающих извлечь личные выгоды из ситуации. Проект требует тщательной проработки соответствующих норм с целью «балансировки» интересов заказчиков и предпринимателей и устранения неоправданно жестких мер по отношению к участникам размещения.

## Вопросы юридической техники

С точки зрения юридической техники проект уступает действующему Закону о госзакупках<sup>1</sup>.

Уже сам факт принятия нового закона влечет коррупционные риски. Стабильность правового регулирования является важным фактором обеспечения законности и противодействия коррупции. Изменение правового регулирования требует выработки новой правоприменительной практики, создает неопределенность в применении отдельных норм, что в свою очередь создает почву для злоупотреблений.

Техническим недостатком проекта является большее количество бланкетных и отсылочных норм по сравнению с Законом № 94-ФЗ<sup>2</sup>. Причем в отдельных случаях право принятия нормативного акта делегируется на уровень ниже. Например, если в Законе № 94-ФЗ особый порядок формирования начальной цены на отдельные виды товаров мог устанавли-

ваться Правительством России<sup>3</sup>, то в Законе о ФКС такой порядок устанавливается федеральными органами исполнительной власти, осуществляющими нормативно-правовое регулирование в соответствующей сфере деятельности<sup>4</sup>. Такое ведомственное нормотворчество опасно лоббизмом ведомственных интересов.

Наделение федеральных ведомств достаточно широкими полномочиями нормотворчества объясняется желанием повысить эффективность процедур, так как эти ведомства хорошо знают специфику закупок в своей отрасли. Но одновременно усложняется нормативное регулирование: отсутствие общих подходов в Законе о ФКС и в актах федерального Правительства приведет к появлению различий в правилах закупок в разных отраслях экономики. Это в свою очередь повысит риски для предпринимателей, так как, работая с разными заказчиками, необходимо применять различные нормы. Это увеличивает степень правовой неопределенности в отношениях заказчиков и предпринимателей (даже при формальной определенности каждой процедуры в отдельности). Увеличивается вероятность ошибок, а это чаще приводит к ситуациям, когда проще договориться с заказчиком, чем пытаться воткрытую выиграть тендер.

Законодателю необходимо будет оценить обособанность широкого подзаконного нормотворчества и определить оптимальный баланс норм, обеспечивающих гибкость регулирования (и соответственно ведомственное усмотрение по ряду вопросов), и норм, направленных на создание единых и прозрачных правил, облегчающих контроль в ФКС.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд».

<sup>2</sup> Само по себе обилие бланкетных и отсылочных норм, чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества являются коррупциогенным фактором в соответствии с Методикой проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96

<sup>3</sup> Пункт 4 ст. 19.1. Закона № 94-ФЗ.

<sup>4</sup> Абзац 2 п. 2 ст. 22 Закона о ФКС.