

УДК 342.7; 347.73

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ ПРАВ УЧАСТНИКОВ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКУПА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Ибрагимов Жамаладен Ибрагимович

Доктор юридических наук,
профессор кафедры теории и истории государства и права, конституционного права,
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилева,
г. Нур-Султан, Республика Казахстан.
E-mail: zhamaladen@mail.ru

Капсаямова Сауле Серикпаевна

Кандидат юридических наук
доцент кафедры теории и истории государства и права, конституционного права
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилева,
г. Нур-Султан, Республика Казахстан.
E-mail: berkut_kapsalyam@mail.ru

SOME QUESTIONS OF THE LEGAL MECHANISM OF PROTECTION OF THE RIGHTS OF PARTICIPANTS OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Ibragimov Jamaladdin Ibragimovich

Doctor of Law, Professor
Department of Theory and history of state and law, Constitutional law,
Eurasian national University of L.N Gumilyov,
Nur-Sultan, Republic of Kazakhstan.
E-mail: zhamaladen@mail.ru

Kapsalyamova Saule Serikpaevna

PhD in Law, Associate Professor
Department of Theory and history of state and law, constitutional law,
Eurasian national University of L.N Gumilyov,
Nur-Sultan, Republic of Kazakhstan.
E-mail: berkut_kapsalyam@mail.ru

АННОТАЦИЯ

Вопросы обеспечения прав участников государственного закупа, за последние годы стали особенно актуальными. Государственные закупки играют важную роль, потому что они являются связующим звеном между государством и субъектами малого, среднего и большого бизнеса. Именно благодаря государственным закупкам государство выполняет свои функции, тем самым возникает задача правового урегулирования бюджетного финансирования, то есть каким образом должны регулироваться процессы предоставления денежных средств из государственной казны.

Практика показывает, что на сегодняшний день существует множество примеров грубейшего нарушения прав участников государственного закупа.

Несмотря на многообразие нормативно-правовой базы, эта проблема не решена и сегодня. Социально-экономическая обстановка в Казахстане диктует острую необходимость в разработке научно обоснованных идей, создающих эффективную систему мер для реализации прав участников госзакупа. Актуальность статьи в том, что реалии времени

требуют совершенствования института государственных закупок в целом, а также казахстанской системы охраны прав и защиты интересов участников государственного закупа в частности. Таким образом, выбор темы обусловлен необходимостью правового исследования проблем прав участников госзакупа и их защиты в Республике Казахстан, анализа их правового статуса, установления роли и составных элементов процедуры защиты интересов участников государственного закупа.

Для достижения цели авторами поставлены задачи: проанализировать правовой статус участников государственного закупа и механизм их защиты в современном казахстанском законодательстве, а также, изучив международный опыт, разработать предложения по совершенствованию национального законодательства, регламентирующего права участников госзакупа и их защиты в Республике Казахстан.

В данной статье использованы общенаучные методы системного анализа и обобщения нормативных, научных и практических материалов. Сформулированные в работе теоретические положения и выводы формируют и дополняют ряд разделов теории конституционного, административного и финансового права в сфере определения и правового закрепления прав участников госзакупа.

ABSTRACT

The issues of ensuring the rights of participants in public procurement have become particularly relevant in recent years. Public procurement plays an important role, because they are a link between the state and small, medium and large businesses, it is thanks to public procurement that the state performs its functions, thus there is a problem of legal regulation of budget financing, that is, how the processes of providing funds from the state Treasury should be regulated.

Practice shows that today there are many examples of gross violations of the rights of participants in public procurement.

Despite the diversity of the regulatory framework, this problem is not solved today. The socio-economic situation in Kazakhstan dictates the urgent need to develop scientifically sound ideas that create an effective system of measures for the implementation of the rights of participants of public procurement. The relevance of the article is contained in the fact that the realities of the time require improvement of the institution of public procurement in General, as well as the Kazakh system of protection of the rights and interests of participants of public procurement in particular. Thus, the selection of a theme is caused by necessity of legal studies of the problems of the rights of participants of state procurements, and protection in the Republic of Kazakhstan, analysis of their legal status, establishing the role and components of the procedure of protection of interests of participants of state procurement.

To achieve this goal, the authors set tasks: to analyze the legal status of participants of public procurement and the mechanism of their protection in modern Kazakh legislation, as well as studying international experience to develop proposals to improve the national legislation governing the rights of participants of public procurement and their protection in the Republic of Kazakhstan.

This article uses General scientific methods of system analysis and generalization of normative, scientific and practical materials. The theoretical positions and conclusions formulated in the work form and Supplement a number of sections of the theory of constitutional, administrative and financial law in the sphere of definition and legal consolidation of the rights of participants of public procurement.

Ключевые слова: проблемы защиты, права и интересы субъектов, государственные закупки, механизм правового регулирования, административно-правовая защита участников, восстановление нарушенных прав.

Keywords: problems of protection, rights and interests of subjects, public procurement, mechanism of legal regulation, administrative and legal protection of participants, restoration of violated rights.

Согласно Закону РК «О государственных закупках» от 4 декабря 2015 года (далее Закон) участник имеет право на судебную и внесудебную формы защиты. В частности, пункт 1 статьи 47 Закона предусматривает право потенциального поставщика на обжалование действий (бездействий) заказчика во внесудебном порядке (с применением административных процедур), путем направления жалобы в Уполномоченный орган, если такие их действия (бездействия) нарушают права и законные интересы потенциального поставщика [2].

Важно отметить, что если такая жалоба подается в Уполномоченный орган в течение пяти рабочих дней с даты опубликования на веб-портале протокола о проведении торгов / аукциона по результатам государственных закупок, крайний срок для завершения соответствующего контракта 10 рабочих дней, в течение которых жалоба рассматривается. На основании результатов рассмотрения жалобы утверждённый орган принимает решение об отмене результатов государственных закупок или об отклонении жалобы. Любое решение Уполномоченного органа, принятое по результатам рассмотрения жалобы, может быть обжаловано заинтересованной стороной в соответствующий суд Республики Казахстан. Особенность казахстанского законодательства заключается в том, что заинтересованное лицо может подать в суд иск о признании недействительным процедуры выбора поставщика, даже если истекло пять рабочих дней, предусмотренных для подачи жалобы. В этом случае, однако, общий срок давности в три года также применяется [1].

Каждый участник процесса выбора поставщика имеет право обратиться в суд с ходатайством о применении судебного запрета, чтобы предотвратить невозможность исполнения судебного акта. Такой мерой может быть судебный приказ, запрещающий заключение соглашения на основе процедуры выбора поставщика или исполнения соглашения, если оно уже заключено, в случае, если участник обращается в суд с иском о выборе поставщика. Поставщик запрашивает, в целом, лицо, чьи права и законные интересы были нарушены в процессе выбора поставщика, может воспользоваться всеми средствами правовой защиты, предусмотренными гражданским процессуальным законодательством. Любой участник процесса выбора поставщика, который не согласен с результатами из-за процедурных нарушений или не может участвовать в процессе выбора поставщика, имеет право подать иск против такого разбирательства и достичь соглашения о применении последствий недействительности в форме взаимного возврата.

Судебная практика в области государственных закупок строится на основании нормативного Постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 14 декабря 2012 года № 5 «О применении судами законодательства о государственных закупках». При рассмотрении исков о признании поставщиков, не исполнивших либо ненадлежащим образом исполнивших свои обязательства по заключенным с ними договорам о государственных закупках, недобросовестными участниками государственных закупок, судам необходимо принимать во внимание вину поставщика как основание гражданско-правовой ответственности в соответствии со статьей 359 ГК РК и наступившие негативные последствия для заказчика, исходя из критериев справедливости и разумности согласно части 6 статьи 6 ГПК РК. «Под негативными последствиями следует понимать причинение стороне договора такого ущерба, что она в значительной степени лишилась того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора» (пункт 2 статьи 401 ГК РК). Также подлежат оценке судами дополнительные соглашения, заключаемые сторонами договора о государственных закупках в части изменения срока выполнения работ. Статьей 39 Закона установлены основания внесения изменений в проект либо заключенный договор о государственных закупках. В этой связи суды должны иметь в виду, что если сторонами не вносились изменения в договор, проектно-сметную документацию в соответствии с подпунктами 7), 8) пункта 2 статьи 39 Закона, то ссылка на дополнительные соглашения в части изменения срока выполнения работ, предусмотренного заключенным договором о государственных закупках, является необоснованной [5].

При предъявлении иска о признании потенциального поставщика недобросовестным

участником государственных закупок по основанию уклонения от заключения договора о государственных закупках заказчик, в соответствии со статьями 65, 66 ГПК РК, должен представить доказательства надлежащего направления им проекта договора (например, почтовое уведомление о доставке проектов договора, расписка поставщика о получении нарочно) либо указать причины неисполнения. Невыполнение заказчиком возложенной на него обязанности по направлению проекта договора о государственных закупках является основанием для отказа в удовлетворении заявления о признании потенциального поставщика недобросовестным участником государственных закупок по основанию уклонения от заключения договора.

В соответствии с пунктом 3 статьи 8 Закона Республики Казахстан «Об административных процедурах» от 27 ноября 2000 года до прекращения действия правовой акт может быть приостановлен, изменен либо отменен государственным органом, принявшим данный правовой акт, вышестоящим к нему государственным органом либо судом [3]. В этой связи до вступления в силу договора о государственных закупках конкурсная, аукционная комиссия вправе отменить, изменить решения, принятые в процессе государственных закупок, по представлению (постановлению) уполномоченного органа, органов государственного контроля, прокуратуры. После вступления договора о государственных закупках в силу решения конкурсной, аукционной комиссии прекращают свое действие в соответствии с пунктом 2 статьи 8 Закона «Об административных процедурах», и обжалованию в порядке искового производства подлежит договор о государственных закупках. При предъявлении иска о признании вступившего в силу договора недействительным, по основаниям нарушения законодательства о государственных закупках в процессе выбора поставщика и заключения договора уполномоченный орган в соответствии со статьями 65, 66 ГПК РК должен представить суду соответствующие доказательства (акт контроля, материалы контроля). При признании договора недействительным по основаниям несоответствия его требованиям закона в мотивировочной части решения суды должны указывать выводы о незаконности решения об итогах государственных закупок [4].

Одним из основных направлений развития законов во всем мире стала борьба за честную конкуренцию, которая, согласно экономической теории, должна привести к снижению цен.

Система государственных закупок США имеет значительные отличия от системы государственных закупок Казахстана. Значительным и принципиальным отличием двух систем является то, что в США система государственных закупок является централизованной, в Казахстане — децентрализованной. В обеих системах, безусловно, есть свои минусы и плюсы, но, как показывает практика, централизованная система является более стабильной и надежной, хотя менее оперативной и более бюрократизированной. Однако главным преимуществом централизованной системы является низкий уровень коррупции. Это связано с тем, что основной процесс закупок производится крупными центрами, которые выполняют функцию госзакупок за других.

Очень важным отличием также является то, что в системе государственных закупок США госзаказчик не ищет мнимой экономии, связанной с ценой контракта, напротив, он заключает контракты с целью получения минимальных издержек и с минимальным ущербом экономике в целом. В нашей же системе цена является приоритетным показателем, несмотря на возможный ущерб в перспективе из-за таких контрактов.

С 1 января 2019 года вступил в силу Закон Республики Казахстан от 26 декабря 2018 года № 202-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственных закупок и закупок субъектов квазигосударственного сектора».

В Послании Елбасы Н. Назарбаева народу Казахстана «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» Правительству РК дано было поручение включить единую систему государственных закупок по принципу централизованной службы.

В этой связи актуальны были предложения Генеральной прокуратуры относительно

пересмотра роли единого организатора государственных закупок, определить понятие единого организатора государственных закупок (ЕОГЗ) и его цели, установить четкие критерии осуществления государственных закупок, проводимых ЕОГЗ, а также обеспечить надлежащее выполнение возложенных функций местными ЕОГЗ и наделение Комитета государственных закупок Министерства финансов РК функцией по их координации и методическому руководству [6]. Согласно внесенным изменениям в Закон РК «О государственных закупках» появилось такое понятие, как «централизованные закупки». В соответствии с пунктом 1 статьи 8 Закона централизованные государственные закупки осуществляются едиными организаторами государственных закупок.

В Послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана отмечается, что многое в борьбе с коррупцией будет зависеть от активного участия всего общества. Касаемо государственных закупок, осуществляется государственный контроль за проведением закупочных процедур, также проводится мониторинг государственных закупок, осуществляемый уполномоченным органом посредством веб-портала государственных закупок и на основе содержащейся в нем информации. В работе украинского исследователя Дараган В.В. говорится о наличии общественного контроля за сферой государственных закупок: «В украинской законодательной системе существует ряд стандартов, которые обеспечивают правовые условия для активного участия общественности в предупреждении преступности в сфере государственных закупок. Так и в ст. 9 Закона Украины «Что касается осуществления государственных закупок, то концепция «Общественный контроль в сфере государственных закупок», которая обеспечивается свободным доступом ко всей информации о государственных закупках, а общественный контроль в сфере государственных закупок по законодательству Республики Казахстан отсутствует. Считаю необходимым внедрить данную практику в Республике Казахстан. Общественный контроль в Казахстане есть в иных сферах общественных отношений. Например, согласно пункту 1 статьи 29 Закона Республики Казахстан «О государственных услугах» «общественный мониторинг качества оказания государственных услуг проводится физическими лицами, некоммерческими организациями по собственной инициативе и за свой счет». Качество государственных услуг также публично контролируется в соответствии с государственным социальным заказом уполномоченного органа по оценке и контролю качества государственных услуг в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Необходимо в Законе также закрепить за гражданами и общественными организациями право проведения общественного контроля за процедурой государственных закупок.

Закон РК «О государственных закупках» в качестве одного из принципов осуществления государственных закупок предусматривает ответственность участников государственных закупок. В соответствии со статьей 49 Закона и статьей 207 КоАП РК за нарушение законодательства о государственных закупках установлена административная ответственность в виде штрафа.

В Бюджетном кодексе Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-IV также закрепляется принцип ответственности, который означает принятие необходимых административных и управленческих решений, направленных на достижение прямых и конечных результатов и обеспечение ответственности администраторов бюджетных программ и руководителей государственных учреждений и субъектов квазигосударственного сектора за принятие решений, не соответствующих законодательству.

В Республике Казахстан отсутствует уголовная ответственность в сфере государственных закупок. Для сравнения, в Российской Федерации Уголовный кодекс РФ в статьях 285.1 и 285.2 закрепляет уголовную ответственность за нецелевое расходование бюджетных средств, а также средств государственных внебюджетных фондов [9]. Считаю необходимым в РК также привлекать к уголовной ответственности.

Немаловажно, что нынешняя система государственных закупок позволяет заключать договор с поставщиками, предложившими низкую цену, что позволяет эффективно

расходовать бюджетные средства. Но из-за того, что поставщики могут снижать цену исключительно на привлекаемых ресурсах, данное обстоятельство порождает низкое качество товаров, работ и услуг.

Многочисленные судебные разбирательства, имеющие негативный общественный резонанс, связаны с нарушениями в области государственных закупок. Они показывают, что нарушения в связи с заменой дорогих качественных материалов более дешевыми, завышением стоимости произведенных работ, оказанных услуг, уклонением от уплаты налогов либо просто воровством государственных денежных средств, путем предоставления фиктивных актов выполненных (скрытых) работ, оказанных услуг, поставленных товаров [7].

В интервью Forbes Kazakhstan директор Центра анализа общественных проблем М. Маутханова отвечает, что до сих пор система госзакупок не обеспечивает доступ более квалифицированных подрядчиков и не повышает доверия к процедурам закупок [8].

Согласно зарубежному опыту США и Германии принципом государственных закупок должна являться не просто низкая цена покупаемых товаров, работ и услуг, а справедливое соотношение их стоимости и качества. Немаловажным также является проявление принципа справедливости между интересами государственных заказчиков и поставщиком.

В соответствии с подпунктом 2) пункта 4 статьи 18 Закона, уполномоченный орган при выявлении в результате проведения контрольных мероприятий, в том числе камерального контроля, нарушения объектом контроля законодательства Республики Казахстан о государственных закупках, обращается в суд с иском о признании недействительными вступивших в силу договоров о государственных закупках, заключенных с нарушением законодательства Республики Казахстан о государственных закупках, за исключением договоров о государственных закупках, по которым обязательства исполнены надлежащим образом.

В этом случае можно толковать норму как исполнение надлежащим образом всех обязательств, предусмотренных договором. Также формулировку «исполнены надлежащим образом» можно отнести только к тем обязательствам, которые были поставлены на момент выявления нарушения законодательства при одновременном наличии иных обязательств, исполнение которых предполагается в будущем. В целях исключения различного понимания и толкования нормы рекомендуем ее уточнить.

26 апреля 2019 года запущен форматно-логический контроль (ФЛК) на закупки из одного источника. Министерством финансов РК ведется работа по принятию превентивных мер по недопущению нарушений законодательства о государственных закупках. В частности, на веб-портале государственных закупок по подпунктам 1), 6), 7), 8), 11), 12), 16), 20), 21), 23), 26), 27), 29), 30), 31), 33), 34), 36), 37), 38), 40), 41), 51) пункта 3 статьи 39 Закона «О государственных закупках» установлен форматно-логический контроль (ФЛК), не позволяющий заказчикам заключать договоры в случаях, не предусмотренных пунктом 3 статьи 39 Закона «О государственных закупках».

Таким образом, внесенные и вносимые изменения должны способствовать уменьшению коррупции, эффективному использованию бюджетных средств, а также соблюдению прав и интересов участников госзакупа. При этом необходимо учитывать международный опыт и нормативно-правовые акты, регулирующие закупки зарубежных стран. Обучаясь на практике данных стран, мы сможем продвинуться вперед и соблюдать все принципы, определенные законодательством о государственных закупках.

Список литературы

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.04.2019 г.) // online.zakon.kz

2. Закон Республики Казахстан «О государственных закупках» от 4 декабря 2015 года № 434-V ЗРК (с изменениями и дополнениями по состоянию на 26.12.2018 г.) // online.zakon.kz
3. Закон Республики Казахстан «Об административных процедурах» от 27 ноября 2000 года № 107-II (с изменениями и дополнениями по состоянию на 19.04.2019 г.) // online.zakon.kz
4. Нормативное постановление Верховного суда «О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 ГПК» № 20 от 24.12.2010 года // adilet.zan.kz
5. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами законодательства о государственных закупках» № 5 от 14 декабря 2012 года // adilet.zan.kz
6. Представление Генеральной прокуратуры РК от 12.11.2016 г. № 2-010711-16-79340 // prokuror.gov.kz
7. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан «О государственных закупках» от 4 декабря 2015 года № 434-V ЗРК // URL: <http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/spravka-po-rezultatam-analiza-zakona-respubliki-kazahstan-o-gosudarstvennyh-zakupkah-ot-4>
8. Сборник аналитических справок по результатам правового мониторинга//[zakon.kzURL:https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31754729&mode=p&page=3](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31754729&mode=p&page=3)
9. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // [http: stykrf.ru](http://stykrf.ru)