

РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ

На правах рукописи

Кондратьев Владимир Александрович

КОНКУРС КАК ФОРМА ТОРГОВ

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация

на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель
кандидат юридических наук, доцент

Кирпичев А.Е.

Москва – 2017

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О КОНКУРСЕ КАК ФОРМЕ ТОРГОВ. 12	
1.1 Существо и способы заключения договора	12
1.2. Понятие и формы торгов	40
1.3 Правовая природа конкурса	65
ГЛАВА 2. СОДЕРЖАНИЕ ЭТАПОВ ПРОВЕДЕНИЯ КОНКУРСА	92
2.1. Извещение о проведении торгов. Подача заявок.	92
2.2. Оценка и сопоставление заявок. Определение победителя.....	122
2.3. Заключение договора по итогам конкурса. Ответственность организатора.	135
ГЛАВА 3. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ КОНКУРСОВ.....	146
3.1. Конкурс при осуществлении закупок для государственных и муниципальных нужд.	146
3.2. Конкурс как способ приватизации	163
3.3. Конкурс при заключении соглашений о государственно-частном партнерстве.	178
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	188
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	195

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования.

Договор является важнейшим средством, опосредующим товарообмен и регулирующим отношения между сторонами, следовательно, выбор контрагента и заключение с ним договора является важнейшим этапом договорной работы. Заключение договора возможно различными способами, в том числе путем проведения торгов в форме конкурса. Однако многие вопросы, связанные с заключением договоров путем проведения торгов в форме конкурса остаются без должного внимания исследователей.

В науке до сих пор остается нерешенным вопрос о сущности конкурса, в частности, является конкурс формой или видом торгов, соответственно, отсутствует возможность комплексного научного исследования конкурса в отдельных сферах, например в сфере закупок для государственных нужд, государственно-частного партнерства.

Несмотря на очевидные преимущества конкурса при заключении договора, в частности, возможность достижения не только лучшей цены исполнения, но и качества, срока, иных условий, использование конкурса не находит столь широкого распространения, как использование другой формы торгов – аукциона. Расширение использования конкурса, в том числе в сфере приватизации, закупок для государственных и муниципальных нужд позволит повысить качество товаров, работ и услуг, что может способствовать решению многих социально-экономических задач.

Одним из основных препятствий к использованию конкурса является отсутствие единых общих правил о конкурсе. Закрепленные в различных нормативных правовых актах положения о заключении договоров путем проведения конкурса зачастую являются противоречивыми, характеризуются отсутствием единой терминологии.

В Гражданском кодексе Российской Федерации закреплены общие положения о конкурсе как форме торгов, однако данные положения носят

фрагментарный характер, не затрагивают многие важные аспекты проведения конкурса. А сфера применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации существенно ограничена специальными федеральными законами.

В юридической литературе также отсутствуют единые, комплексные исследования заключения договоров путем проведения конкурса. Как правило, рассматриваются особенности конкурса в какой-либо отдельной сфере без сопоставления с конкурсами в других сферах, что не позволяет сформулировать общее определение конкурса, вывести общие признаки.

В науке этапы проведения конкурса исследовались применительно к торгам в целом, между тем для реализации потенциала конкурса в научном осмыслении с точки зрения права нуждаются этапы конкурса, а также их содержание. Неисследованность элементов конкурса порождает трудности в определении правовой природы отдельных этапов, действий, составляющих содержание таких этапов.

По вышеуказанным причинам остаются без должного внимания многие проблемы, как теоретического, так практического характера, которые требуют своего разрешения. Так, при рассмотрении заключения договора путем проведения торгов в форме конкурса дискуссионными являются вопросы о существовании конкурса, отдельных действий, совершаемых участниками при проведении конкурса, соотношении торгов в форме конкурса и заключаемого по их результатам договора. Неоднозначным видится правовое положение конкурсной комиссии, что затрудняет применение положений об ответственности к членам комиссии.

Остается неисследованным вопрос о соотношении конкурса как формы торгов с публичным конкурсом, конкурсами, проводимыми в трудовом праве при заключении трудовых договоров, а также при заключении служебных контрактов.

Степень научной разработанности темы характеризуется тем, что выводы относительно особенностей заключения договоров путем проведения

торгов в форме конкурса исследовались в работах авторов, посвященных, как правило, исследованию торгов, закупок для государственных нужд.

Наиболее близкой по предмету и объекту является работа М.И. Брагинского «Конкурс» (Москва, 2005), в которой было проведено всестороннее исследование конкурсов, в том числе конкурсов, которые не являются формой торгов. В кандидатской диссертации С.В. Савиной (Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности. Москва, 2007) исследуются проблемы проведения конкурса, рассмотрены особенности проведения конкурсов при осуществлении закупок для государственных нужд. В диссертации доктора юридических наук О.А. Беляевой (Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования. Москва, 2012) полномасштабно исследован институт торгов, рассмотрены общие положения о торгах как способе заключения договора, в том числе рассматриваются этапы проведения торгов.

Объектом исследования являются правоотношения, связанные с заключением договора путем проведением торгов в форме конкурса

Предметом исследования выступает отечественное право, регулирующие отношения, связанные с заключением договора путем проведения конкурса, порядком проведения конкурса, российская судебная практика и правовая доктрина.

Целью настоящей работы является выработка научно-теоретических положений о конкурсе как форме торгов.

Цель обусловила постановку следующих **задач**:

- формулирование определения конкурса;
- определение существа заключения договора;
- установления особенностей торгов как способа заключения договора, а также форм торгов;
- выявление общих признаков конкурса, а также особенностей конкурса как формы торгов;

- определение места конкурса в системе юридических фактов;
- выяснение сущности отдельных этапов проведения конкурса, определение правовой природы извещения, подачи заявок;
- установление особенности субъектного состава отношений по проведению конкурса;
- определение правовой природы конкурсной комиссии;
выявление особенностей проведения конкурса в отдельных сферах предпринимательской деятельности.

Методология и методы исследования. Методологическую основу диссертационного исследования составляют общенаучные (описание, сравнение, анализ и синтез, обобщение, классификация) и частнонаучные (историко-правовой, сравнительно-правовой, метод правового моделирования) методы научного познания.

Теоретическую основу исследования составляют труды отечественных и иностранных ученых, в том числе: М.М. Агаркова, Н.Д. Александрова, В.К. Андреева, Л.В. Андреевой, С.С. Алексеева, М.И. Брагинского, С.Н. Братуся, В.А. Белова, В.Е. Белова, О.А. Беляевой, В.В. Витрянского, Н.В. Власенко, Ю.С. Гамбарова, Л.Ф. Гатаулиной, В.П. Грибанова, В.В. Груздева, М.А. Егоровой, В.В. Ершова, М.Н. Илюшиной; О.С. Иоффе, М.Ф. Казанцева, А.Г. Карапетова, А.Е. Кирпичева, К.В. Кичика, Е.Б. Козловой, В.Н. Корнева, О.А. Красавчикова, В.В. Кулакова, И. МакКендрик, Д.И. Мейера, С.Ю. Морозова, С. Патерсон, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, С.В. Сарбаша, Г. Трайтел, В.М. Сырых, Г.Ф. Шершеневича, И.С. Шиткиной Р.О. Халфиной.

Эмпирическую основу исследования составили результаты изучения нормативных актов (26), материалов судебной практики: постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации (1) и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации(1); определений Верховного суда Российской Федерации (7); информационных писем Высшего арбитражного

суда (1); постановлений Арбитражных судов округов (31); постановлений арбитражных судов апелляционной инстанции (15); решений Федеральной антимонопольной службы (2).

Научная новизна диссертации состоит в том, что в работе сформулировано определение конкурса как межотраслевого института, определены существенные признаки конкурса как межотраслевого института и предложено определение конкурса в гражданском праве.

Проведена классификация способов заключения договора, исходя из которой договор может быть заключен в общем, судебном порядке и путем проведения торгов, в том числе в форме конкурса.

Дана оценка соотношения конкурса и аукциона, в частности, выявлен такой признак конкурса, как возможность достижения путем его проведения оптимального соотношения цены, качества и иных характеристик товаров (работ, услуг).

Выработан новый подход к рассмотрению правового положения конкурсной комиссии в качестве органа организатора торгов. Предложено решение вопроса о возможности установления такого критерия определения победителя конкурса, как опыт участника.

Научная новизна исследования находит свое отражение в следующих **положениях, выносимых на защиту:**

1. Сформулировано определение конкурса как правовой процедуры состязания между участниками, при которой посредством оценки предложений и характеристик участников на основании нескольких заранее установленных объективных критериев, отражающих определенную совокупность потребностей организатора относительно одного объекта, определяется лицо, наилучшим образом способное к оптимальному выполнению конкретной экономической, социальной, научной, экологической, культурной задачи.

2. Определено, что торги представляют собой специфический, конкурентный способ заключения договора, сущность которого состоит в

определение контрагента и условий договора путем заранее формализованной оценки и сопоставления предложений нескольких лиц, выразивших волю к заключению договора. Отношения, возникшие в процессе проведения торгов, представляют собой вид преддоговорных отношений. В этой связи диссертант предлагает применять к данным отношениям общие положения, регулирующие преддоговорные отношения (переговоры о заключении договора (ст. 434.1 ГК РФ), заверения об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ).

3. Исходя из общенаучного понимания категории формы обосновано, что конкурс определяет внешние (формальные) требования к торгам: наличие конкурсной комиссии, существование особой стадии – оценки заявок. Взаимосвязь формы и содержания проявляется в том, что конкурс следует проводить исключительно в тех случаях, когда имеет место множественность целей организатора торгов в обязательственном отношении, потребность в реализации каждой из которых не фиксирована, а проведение конкурса направлено на достижение объективного и обоснованного результата.

4. Определена правовая природа этапов проведения торгов в форме конкурса: направление извещения и подача заявок представляют собой оферту и акцепт соглашения о проведении конкурса, а рассмотрение заявок, определение победителя и подписание договора действиями, направленными на исполнение данного соглашения.

5. Установлено, что необходимость осуществления оценки заявок конкурсной комиссией обуславливается сущностью конкурса как формы торгов, т.к. множественность целей и необходимость достижения объективного и обоснованного результата предполагают при проведении субъективной оценки, как всей совокупности условий, так и отдельных критериев, объективно не являющихся измеримыми (например, опыт участника торгов).

6. Определено, что по своей правовой природе конкурсную комиссию следует рассматривать как гражданско-правовое сообщество, орган юридического лица – организатора торгов. Соответственно, на членов конкурсной комиссии всецело распространяются положения об ответственности лиц, уполномоченных выступать от имени юридического лица за убытки, причиненные юридическому лицу.

7. Установлено, что действующее законодательство о контрактной системе не отражает выявленных свойств конкурса как формы торгов, допуская его проведение, во всех случаях, когда нет обязанности использовать аукцион. Исходя из того, что существо конкурса объективно позволяет в лучшей степени удовлетворить потребности в работах и услугах, в которых предпочтительнее выбор подрядчика или исполнителя не только по ценовым критериям, требуется в позитивном праве установить случаи, при которых заказчик обязан осуществить закупку путем проведения конкурса. В свою очередь подобный перечень должен дифференцировать применимые виды конкурсов: открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс.

8. Обоснована обязательность использования конкурса при приватизации отдельных видов государственного и муниципального имущества (объекты культурного и исторического наследия, стратегических предприятий и акционерных обществ), поскольку приватизация является не только способом отчуждения имущества, но также способом управления имуществом путем его передачи в частную собственность. При таком теоретическом подходе объективные и обоснованные результаты конкурса как формы торгов и способа приватизации имеют направленность на осуществление приватизации с учетом публичных целей дальнейшего использования этого имущества.

9. Определено, что установление в извещении о проведении конкурса требования о наличии опыта у участника допустимо только по отношению к работникам юридического лица, а не к юридическому лицу в целом,

поскольку опытом может обладать только человек. Закрепленная рядом специальных нормативных правовых актов возможность установления такого критерия определения победителя как опыт необоснованно, поскольку от имени юридического лица действуют определенные физические лица и именно от их квалификации зависит качество исполнения договора.

Теоретическая значимость исследования заключается в выявлении сущности конкурса как формы торгов, формулировании определения конкурса как формы торгов, выявлении его отличительных признаков, а также в разработке теоретических положений об этапах проведения конкурса, о соотношении конкурса с иными формами торгов.

Практическая значимость исследования проведенного исследования заключается в том, что сделанные научно обоснованные выводы о применении и толковании норм права, связанных с заключением договора путем проведения торгов в форме конкурса могут быть использованы в учебных целях в процессе преподавания учебных курсов по гражданскому, предпринимательскому и коммерческому праву.

Апробация результатов исследования. Основные идеи и теоретические положения диссертационного исследования опубликованы в научных работах, доложены в ходе выступлений на научно-практических конференциях: XIII Всероссийская научно-практическая конференция студентов «Право и суд в современном мире» (Москва, Российская академия правосудия, 2014); X Всероссийская научно-практическая конференция аспирантов, соискателей и молодых ученых «Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики» (Москва, Российский государственный университет правосудия, 2015); Международная научно-практическая конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов 2016» (Москва, МГУ, 2016); XI Международная научно-практическая конференция «Принципы права: проблемы теории и практике» (Москва, РГУП, 2016), XIII Международная научно-практическая

Конференция по актуальным проблемам коммерческого права (Москва, МГУ, 2016).

Результаты исследования используются при проведении лекционных и семинарских занятий по дисциплинам «Гражданское право», «Предпринимательское право», «Коммерческое право» в ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия», при проведении занятий на факультете повышения квалификации судей и госслужащих судов общей юрисдикции.

Структура работы определена в соответствии с ее объектом, предметом, целями и задачами и включает введение, три главы, содержащие девять параграфов, и заключение.

ГЛАВА 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О КОНКУРСЕ КАК ФОРМЕ ТОРГОВ.

1.1 Существо и способы заключения договора.

Конкурс, согласно п. 4 ст. 447 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)¹, является одной из форм торгов, соответственно, конкурс выступает видовым понятием по отношению к торгам. В п. 1 ст. 447 ГК РФ установлено, что договор может быть заключен путем проведения торгов. Из анализа данных норм и их расположения в гл. 28 ГК РФ «Заключение договора» следует, что торги являются институтом договорного права и используются при заключении договора. О.А. Беляева пишет, что «в самом общем виде торги представляют собой заключение сделки с лицом, предложившим наиболее выгодные условия»². Некоторые авторы отмечают, что торги являются способом заключения договора³. Как родовое понятие по отношению к торгам, рассматривал заключение договора и М.И. Брагинский, который подчеркивал, что «торги представляют собой один из способов заключения договора, который тесно связан с основными законами свободного рынка и выражает их наиболее последовательно»⁴. Верховный суд Российской Федерации (далее – Верховный Суд РФ, ВС РФ) в одном из постановлений указал, что торги являются способом заключения договора⁵. В другом споре ВС РФ определил торги как «особый способ заключения договора, когда контрагент выбирает среди нескольких предложивших лучшую цену или лучшие условия, то есть содержит принцип

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. ст. 3301.

² Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2011. С. 37.

³ См.: Гатаулина Л.Ф. Торги как способ заключения государственного и муниципального контракта // Конкурентное право. 2014. № 2. С. 40 - 43.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 2001. С. 220 (Автор главы – М.И. Брагинский).

⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ от 28.01.2016 по делу №301-ЭС-12618, А29-506/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

состязательности хозяйствующих субъектов»⁶. В то же время некоторые исследователи, наоборот, не называют торги способом заключения договора, определяя их как способ определения контрагента⁷. Для разрешения указанного противоречия необходимо определиться с тем, что следует считать способом заключения договора, поскольку легальная дефиниция данного понятия отсутствует. Между тем, бесспорно, то, что торги используются при заключении договора, следовательно, изучение и исследование торгов и их форм невозможно без изучения общих положений о договоре и заключении договора.

Договор имеет важнейшее значение в экономической жизни общества. А. Смит отмечал, что «посредством договора, обмена и покупки мы приобретаем друг от друга большую часть необходимых нам взаимных услуг...»⁸. Важность договора отмечалась многими известными исследователями-правоведами, в частности, М.И. Брагинский писал, что «договор служит идеальной формой активности участников гражданского оборота»⁹. Н.Д. Егоров определяет договор как одно из самых уникальных правовых средств¹⁰. Б.И. Пугинский подчеркивает, что «договор представляет собой основу проявления личной инициативы и деловой активности в сфере предпринимательства»¹¹. С древних времен договор стал неотъемлемым элементом экономической жизни общества и имел место во все исторические этапы развития человечества. М.И. Брагинский объяснял такую востребованность договора его гибкостью и возможностью облекать в свою правовую форму различные по характеру общественные отношения¹². Таким образом, договор является правовой формой перемещения имущественных благ между участниками гражданского оборота. А. Смит

⁶ См.: Определение Верховного суда РФ от 07.10.2015 № 85-АПГ15-7 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ А. Смит. Исследование о природе и причинах богатства народов. М.: Эксмо, 2007. С. 77.

⁹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 13. (Автор главы – М.И. Брагинский).

¹⁰ См.: Гражданское право : учебник; Т. 1 / под. ред. Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2013. С. 589 (автор главы Н.Д. Егоров).

¹¹ Пугинский Б.И. Коммерческое право России: Учебник. М.: ИКД «Зерцало-М», 2013. С. 132.

¹² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 13. (Автор главы – М.И. Брагинский).

подчеркивал склонность человека к мене, торговле, обмену одного предмета на другой, то есть к сотрудничеству, которое выражается, в том числе во взаимовыгодных договорах, по его словам, данное свойство присуще только человеку, а для животных характерно не соглашение, а случайное совпадение страстей, направленных на один и тот же предмет. «Почти у всех других видов животных каждая особь, достигнув зрелости, становится совершенно независимой и в своем естественном состоянии не нуждается в помощи других живых существ; между тем человек постоянно нуждается в помощи своих ближних...»¹³. Договор выступает одним из проявлений свойства коммуникативности человека, отличающего его от иных живых существ. Данное свойство, присущее человеку, послужило залогом стремительного развития человечества. Не случайно, одной из популярных теорий происхождения государства является договорная теория или теория общественного договора. В создание и развитие которой внесли вклад такие известные исследователи как Г. Гроций, Б. Спиноза, Ж.-Ж. Руссо, Т. Гоббс, А.Н. Радищев¹⁴. Договор, а точнее стремление к соглашению, заложено в природе человека, в его склонности к коммуникации, к взаимодействию с себе подобными.

Несмотря на значимость в общественной жизни, договор остается явлением сложным, многозначным и требующим дальнейшего исследования. Еще в конце XIX века Ю.С. Гамбаров писал, что «понятие договора чрезвычайно широко и находит себе применение во всех областях права, как публичного, так и гражданского»¹⁵. Предметом изучения данной работы выступает договор в области гражданского права как правовая форма экономических отношений.

Традиционным для отечественного гражданского права является определение договора как соглашения, что прямо закреплено в ст. 420 ГК

¹³ Смит А. Указ. соч. С. 76-77.

¹⁴ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.Н. Корнева. М.: РАП, 2013. С. 67 (Автор главы – Леусенко Д.А.).

¹⁵ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1: Общая часть. С. 680.

РФ, в соответствии с которой договором признается соглашение об установлении изменения и прекращении гражданских прав и обязанностей. Как соглашение определяли договор и дореволюционные исследователи¹⁶. Подобная тенденция к пониманию договора сохранилась в советский период, например, Р.О. Халфина отмечала, что «анализ основных общих черт, объединяющих самые разнообразные по своему содержанию отношения в общую группу договорных отношений, показывает, что основным, общим, объединяющим эти отношения является то, что они представляют собой соглашение сторон»¹⁷.

Среди современных исследователей подход к определению договора как соглашения остается доминирующим¹⁸. В зарубежной литературе также основной является концепция договора как соглашения, например, Г. Трайтел пишет, что «договор представляет собой соглашение, порождающее обязательства, которые обеспечиваются и признаются законом. Фактором, который отличает договор от других юридических обязательств, является то, что они основаны на соглашении договаривающихся сторон»¹⁹. В ст. 1101 Французского гражданского кодекса договор определяется как соглашение, посредством которого одно или несколько лиц принимают на себя обязательство перед одним или несколькими другими лицами нечто предоставить, сделать или не сделать²⁰, да и в целом такой подход присущ странам континентальной Европы²¹.

Однако необходимо отметить, что существуют и иные концепции, не рассматривающие договор как соглашение сторон, так называемые

¹⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.2. М., бр. Башмаковы, 1914-1915 гг. С. 72; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С. 236; Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003. С. 325.

¹⁷ Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1954. С. 50.

¹⁸ См.: Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ИКД Зерцало-М, 2008. С. 6; Чеговадзе Л.А., Демин А.А. Договор и договорное регулирование. Нижний новгород, НОЦ «ЦЕЗИУС», 2014. С. 59 (Автор главы – Л.А. Чеговадзе).

¹⁹ Treitel G.H. The Law of Contract. 11th edn. Sweet&Maxwell, 2003. P.1.

²⁰ См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М.: Инфотропик Медиа, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ См.: Стригунова Д.П. Критерии отнесения гражданско-правового договора к коммерческой сделке // Современное право. 2015. № 5. С. 54-58.

«неклассические подходы» к определению сущности договора. Наиболее известной считается концепция договора как обещания²². Данная концепция получила широкое распространение в западной юридической литературе. Так, в подготовленном под редакцией проф. Д. Битсона переиздании классического труда по договорному праву В.Р. Ансона отмечается, что «договор является обещанием или набором обещаний, за нарушение которых закон предоставляет судебную защиту, или выполнение которых законом признается как обязанность»²³.

Также еще выделяются теория сетевого договора, теория реляционного договора и интегративный подход к определению сущности договора²⁴. Концепция договора как соглашения на данный момент видится наиболее удачной. Во-первых, для заключения договора необходимо минимум два субъекта, во-вторых, их желание должно быть направлено на достижение общей цели, соответственно, объяснение сущности договора через соглашение является наиболее приемлемым. А.Е. Кирпичев подчеркивает, что представленные неклассические теории не опровергают классическое понимание договора как соглашения²⁵. Неклассические концепции, в свою очередь, позволяют объяснить некоторые специальные договорные конструкции и дополняют классическую концепцию, а не противопоставляются ей.

Если исходить из положений ст. 420 ГК РФ, то договором признается не просто соглашение, а соглашение, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. В этом смысле верным видится утверждение И.В. Бекленищевой о том, что направленность договора на установление правовых последствий является конститутивным признаком договора, при отсутствии которого явление не

²² См.: Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М.: Статут, 2006. С. 125; Кирпичев А.Е. Неклассические теории договора (договор-обещание, дискретные, реляционные и сетевые договоры) в контексте новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 51-58.

²³ Beatson J. Anson's Law of Contract. 28th ed. Oxford University Press. 2002. P.2.

²⁴ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 125-128.

²⁵ См.: Кирпичев А.Е. Там же.

может быть отнесено к классу договоров²⁶. В науке такую направленность принято именовать каузой.²⁷ С. Патерсон отмечал, что «в современном гражданском праве «кауза» или «причина», как правило, признается в качестве одного из важнейших элементов каждого договорного обязательства»²⁸. Хотя некоторые исследователи критикуют использование такого термина, в частности, В.К. Андреев пишет, что «никакого основания (каузы), как утверждается в литературе, нет, есть существо сделки, т.е. определенный набор прав и обязанностей сторон, возникших в результате действий граждан и (или) юридических лиц. Законом установлены определенные типы таких правовых результатов, называемых видами договоров (купли-продажи, аренды и т.д.)»²⁹. Как сторонники, так и противники концепции каузы сходятся в том, что договор должен влечь за собой определенные последствия, выражающиеся в определенном экономическом результате, так, например, результатом договора купли-продажи является передача вещи продавцом и оплата ее покупателем. Такой результат является типовым для договора купли-продажи.

Среди сторонников концепции каузы нет единства в ее понимании. А.В. Кашанин считает, что «кауза гражданско-правового договора - это правовая цель договора, то есть его направленность на последствия, достигаемые при надлежащем исполнении договора»³⁰. В.В. Кулаков пишет, что «вернее понимать каузу как типовой юридический результат, установленный законом, с которым стороны конкретной сделки должны соотносить свои конкретные цели и имеющие правовое значение мотивы»³¹. Понятие каузы встречается в судебных актах. Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа указал, что «целью (каузой) договора аренды является

²⁶См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 56.

²⁷См.: Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2011. С. 53-56.

²⁸ Samuel Paterson «The evolution of causa in the contractual obligations of the civil law», Bulletin of the University of Texas № 46, 1905. P.21

²⁹ Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1. С. 8 - 12.

³⁰ Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журнал российского права. 2001. № 4. // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ Кулаков В.В. Там же. С. 55.

предоставление не потребляемой вещи (части вещи) во временное пользование за плату с ее последующим возвращением арендодателю»³². Еще в ряде постановлений каузу суды обозначали как цель договора³³. Представляется, что позиция В.В. Кулакова в данном случае является наиболее верной, так как каждый тип и вид договора предполагает определенный экономический результат, типичный для данного договора. Соответственно, вслед за соглашением, вторым признаком договора следует назвать направленность такого соглашения на возникновение (изменение, прекращение) гражданских прав и обязанностей.

Исходя из того, что договор это соглашение, направленное на установление определенных прав и обязанностей, заключение договора можно назвать процедурой достижения такого соглашения. Если рассмотреть этимологию слова «договор», то обнаруживается, что оно сложилось из приставки «до» и корня «говор», при этом приставка «до» означает завершенность действия,³⁴ соответственно, договор – это конечный результат переговоров по тому или иному вопросу. Аналогичным образом, в немецком языке слово «договор» - «vertrag» состоит из префикса «ver» означающего завершенность какого-либо действия и глагола «tragen» который в переводе на русский означает нести. Таким образом, дословно, в немецком языке договор переводится как «донести», можно предположить, что имеется ввиду донесение воли до другого лица³⁵. Следовательно, договор это завершение, результат действий по его заключению.

В.В. Богданов справедливо отмечал, что договор не возникает спонтанно, его заключению предшествуют определенные отношения сторон³⁶. Правовое регулирование преддоговорных отношений до недавнего

³² Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.05.2014 по делу № А33-14502/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

³³ См.: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 31.08.2015 по делу № А74-974/2015; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.02.2013 по делу № А56-40336/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ См.: Этимологический словарь русского языка, сост. А.К. Шапошников. М.: Флинта: Наука. 2010. С. 234.

³⁵ Köbler G. Deutsches Etymologisches Wörterbuch, 1995. S. 441

³⁶ См.: Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 14.

времени носило фрагментарный характер, ограничиваясь установлением требований к оферте и акцепту, а также закреплением в ст. 507 ГК РФ правил урегулирования разногласий при заключении договора поставки. Общие положения о порядке ведения переговоров о заключении договора и ответственности за нарушения при ведении переговоров были установлены Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»³⁷, которым в ГК РФ была закреплена ст. 434.1 «Переговоры о заключении договора». В.В. Богданов характеризует преддоговорные отношения как сложную конкурентную среду, в которой может происходить столкновение интересов и намерений (нередко прямо противоположенных) сторон будущего договора, а поворотным моментом в их отношениях является заключение договора, которым устанавливается устойчивая правовая связь между сторонами³⁸. Таким образом, до момента заключения договора между сторонами складываются определенные отношения, которые можно назвать отношениями по заключению договора или преддоговорными отношениями.

Исходя из вышеизложенного можно сделать вывод, что заключение договора представляет собой совокупность определенных действий. Некоторые авторы обозначают заключение договора как своеобразный длящейся процесс согласования воли субъектов будущего договорного отношения, включающий в себя совокупность действий, направленных на формирование содержания договора³⁹. В.В. Груздев пишет, что «заключение договора всегда является процессом»⁴⁰. Однако термин «процесс» представляется не совсем удачным, поскольку в теории права, как и в действующем законодательстве категория процесс используется для

³⁷ Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 10. ст. 1412.

³⁸ Богданов В.В. Указ. соч. С. 17.

³⁹ См.: Шевченко Е.Е. Заключение гражданско-правовых договоров: проблемы теории и судебно-арбитражной практики. М.: Инфотропик Медиа, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁰ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010.

обозначения судебно-процессуальной деятельности⁴¹. Например, В.Н. Протасов пишет, что «юридический процесс представляет собой разновидность юридической процедуры, направленной на выявление и реализацию материального охранительного правоотношения»⁴². Более удачным видится использование термина «процедура», который в теории права определяют как совокупность последовательно совершаемых действий, направленных на достижение определенного результата⁴³. Например, С.З. Женетль применительно к административному праву определяет юридическую процедуру как закрепленную в нормах права последовательность (порядок) действий органов государственной власти, необходимых для осуществления нормативно-установленных задач и функций⁴⁴. Данное определение юридической процедуры соотносится с понятием заключение договора, поскольку для заключения договора стороны должны совершить определенные действия при этом, соблюдая последовательность. Так, если исходить из положений ст. 433 ГК РФ, то для заключения договора стороны должны совершить как минимум два последовательных действия, сначала должна быть направлена оферта, а затем последовать ее акцепт. Таким образом, заключение договора представляет собой юридическую процедуру, представляющую собой совокупность последовательно совершаемых действий сторон, направленных на согласование условий договора.

Так как отношения, возникающие при заключении договора, направлены на организацию будущих договорных связей, то О.А. Красавчиков называл такие отношения организационными и определял их как «построенные на началах координации или субординации социальные связи, которые направлены на упорядочение (нормализацию) иных общественных отношений, действий их участников либо на формирование

⁴¹ См.: Женетль С.З. Административный процесс и административные процедуры в условиях административной реформы: дис. ... докт. юр. наук. М., 2008. С. 20.

⁴² Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 89.

⁴³ См.: Давыдова Г.Н. Юридические процедуры в гражданском праве: дис...канд. юр. наук. Казань, 2004. С. 22.

⁴⁴ Женетель С.З. Указ. соч. С. 20.

социальных образований»⁴⁵. Гражданские организационно-правовые отношения представляют собой правоотношения, основанные на началах равенства их участников, выражающие совершаемую в пределах закона деятельность граждан и организаций по упорядочению своих взаимосвязей и координации усилий в процессе реализации государственной или собственной инициативы»⁴⁶. С.Н. Братусь на этот счет отмечал, что «организационные отношения являются лишь предпосылкой возникновения имущественных отношений»⁴⁷. М.А. Егорова считает, что «в общем виде динамические организационные отношения направлены на формирование юридических фактов, обеспечивающих динамику имущественных отношений»⁴⁸. Действительно, нормы гражданского права, помимо прочего, устанавливают определенные требования процедурного характера, например, порядок заключения и расторжения договора, порядок создания юридического лица и т.д. В свою очередь отношения, возникающие на преддоговорном этапе, не несут имущественного содержания, не подлежат оценке, но в то же время направлены на организацию имущественного оборота.

Не менее дискуссионный вопрос о месте таких отношений в предмете гражданского права. О.А. Красавчиков пришел к выводу о необходимости выделения организационных отношений как самостоятельной группы в предмете гражданского права⁴⁹. О.С. Иоффе, критикуя позицию О.А. Красавчикова, указывал, что организованность есть неотъемлемое свойство общественных отношений и невозможно отсекал ее от правовой организации отношений, объявляя особым гражданско-правовым организационным отношением⁵⁰.

⁴⁵ Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 53.

⁴⁶ Там же С. 53.

⁴⁷ Братусь С.Н. Имущественные и организационные отношения и их правовое регулирование в СССР. Вопросы общей теории советского права. М.: Госюриздат, 1960. С. 104.

⁴⁸ Егорова М.А. Критерии систематизации организационных отношений в современном гражданском обороте // Гражданское право. 2013. № 3. С. 6 - 9.

⁴⁹ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 54.

⁵⁰ См.: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. М.: Статут, 2000. С. 264.

Среди современных исследователей обнаруживается большое количество сторонников выделения самостоятельной группы организационных отношений, в частности, Е.Б. Козлова подчеркивает, что «анализ гражданского законодательства позволяет выделить другие, отличные от перечисленных в ст. 2 ГК РФ общественные отношения, на которые распространяется гражданско-правовое регулирование, в том числе организационные отношения, под которыми можно понимать отношения, связанные с упорядочением иных общественных отношений, действий их участников либо на формирование социальных образований»⁵¹. С.Ю. Морозов, являющийся сторонником концепции самостоятельности организационных отношений пишет, что «критики концепции организационных отношений, на наш взгляд, не обращают внимание на то, что организационные отношения являются внешним регулятором иных общественных отношений, которым и придается свойство организованности»⁵². Вместе с тем выделение отдельной группы организационных отношений в предмете регулирования гражданского права не совсем верно, поскольку, как отмечал Н.А. Власенко, «природа права тесно связана с процедурами, это его особенность и специфика ... возникновение, изменение и прекращение субъективных юридических прав и субъективных юридических обязанностей также сопряжено с юридической процедурой»⁵³. Кроме того, как верно указывает О.В. Яковлева, «процесс – это неотъемлемое свойство любого явления», (более верным представляется термин процедурность), а также каждой отрасли материального права, «наряду с нормами материального права, призванными регулировать материальные отношения, присущи также процессуальные нормы, выполняющие организационно-процедурные функции по созданию условий и обеспечению действия норм материального

⁵¹ Козлова Е.Б. Организационные договоры: понятие и классификация // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 5. С. 3-9.

⁵² Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. М.: Норма, 2011. С. 14.

⁵³ Власенко Н.А. Указ. соч. С. 326.

права⁵⁴. Представленная позиция подчеркивает тот факт, что любым общественным отношениям присуще наличие определенных организационных моментов, которые обеспечивают их реализацию. Следует согласиться с мнением тех ученых, которые не рассматривают организационные отношения в качестве самостоятельной группы, но в то же время нельзя отрицать их существования, соответственно возникает вопрос о месте этих отношений в предмете регулирования гражданского права.

М.А. Егорова предлагает относить организационные отношения к числу неимущественных отношений, связанных с имущественными, поскольку они опосредуют процесс взаимодействия субъектов гражданского оборота по поводу оптимизирования и упорядочения динамики товарно-денежных связей⁵⁵. Для разрешения данной проблемы, представляется необходимым определиться с тем, что представляют собой имущественные отношения. Е.А. Суханов имущественными называет отношения, возникающие между людьми по поводу имущества - материальных и нематериальных благ, имеющих экономическую форму товара⁵⁶. О.А. Красавчиков определял имущественные отношения как «конкретные общественно-экономические отношения по владению, пользованию и распоряжению конкретными материальными благами, складывающиеся на основе экономических актов участников данных социальных связей»⁵⁷. С.Ю. Морозов считает, что отличительным признаком имущественных отношений является их тесная связь с товарами, обладающими меновой и потребительской стоимостью⁵⁸.

Специфический подход к определению имущественных отношений использовал С.Н. Братусь, по его словам имущественные отношения – «это волевые отношения, связанные с различными формами использования

⁵⁴ Яковлева О.В. Правовая процедура: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов . 1999. С. 10-11.

⁵⁵ Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2015 // СПС «КонсультантПлюс». (Автор главы – М.А. Егорова).

⁵⁶ Российское гражданское право: учебник: \ отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁷ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 39.

⁵⁸ См.: Морозов С.Ю. Указ. соч. С. 85.

объектов собственности. Они ... охватывают не только соответствующую форму собственности, как основу данного способа производства, но и его динамику, его движение»⁵⁹. По мнению Н.Д. Егорова «большинство имущественных отношений, составляющих предмет гражданского права, - это товарно-денежные отношения»⁶⁰. Все приведенные определения имеют схожее значение, выделяя в качестве сущностного принципа имущественных отношений связь с имущественными благами. Необходимо исходить из того, что предметом правового регулирования являются реальные общественные отношения, соответственно, справедливо утверждение О.А. Красавчикова о том, что имущественные отношения – это конкретные общественно-экономические отношения, во-вторых, общественные отношения – это устойчивая система связей индивидов, сложившаяся в процессе их взаимодействия друг с другом в условиях данного общества⁶¹, соответственно, можно сделать вывод, что имущественные отношения, это, прежде всего, система связей индивидов, сложившаяся по поводу определенного имущества. Как отмечал Б.Н. Чичерин, «люди соединяются для известных целей, для удовлетворения своих материальных и духовных потребностей»⁶². Таким образом, имущественные отношения – это совокупность связей и взаимодействий между различными субъектами по поводу удовлетворения их имущественных интересов.

Возвращаясь к вопросу о месте организационных отношений и соотношении их с имущественными отношениями, следует отметить, что несмотря на отсутствие направленности таких отношений именно на переход имущественных благ, все же относить их к неимущественным отношениям не совсем точно, так как стороны вступают в такие отношения с целью удовлетворения определенных имущественных интересов, например, стороны, ведя переговоры, преследуют цель заключить договор и на

⁵⁹ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 14.

⁶⁰ Егоров Н.Д. Понятие гражданского права // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 42-65.

⁶¹ Социологический словарь / отв. Ред. Г.В. Осипов, Л.Н. Москвичев. М. Норма, 2010. С. 322.

⁶² Чичерин Б.Н. Философия права. СПб, Наука, 1998. С. 63.

основание договора совершить какие-либо экономические операции. В связи с этим представляется, что организационные отношения следует относить к имущественным, но имеющим определенную специфику, состоящую в том, что такие отношения связаны с имущественными благами опосредовано, так как направлены на организацию непосредственно имущественных отношений.

Помимо определения правовой природы преддоговорных отношений возникают и другие вопросы. Во-первых, это установление момент начала преддоговорных отношений, во-вторых, спорным остается вопрос о природе ответственности за недобросовестное ведение переговоров (*culpa in contrahendo*). Данные вопросы приобрели еще большую актуальность с момента закрепления в ГК РФ ст. 434.1 ГК РФ «Переговоры о заключении договора».

Относительно момента возникновения преддоговорных отношений В.В. Богданов пишет, что такой момент не следует связывать с моментом направления оферты, «поскольку процесс подготовки к заключению договора, зачастую начинается намного раньше»⁶³, «начало преддоговорного регулирования должно связываться не с началом переговоров вообще, а с наступлением стадии более тесного взаимодействия сторон по поводу будущего договора, стадии более уверенных взаимоотношений»⁶⁴. Приведенная позиция не создает какой-либо определенности при установлении момента начала ведения переговоров, в частности не совсем ясно, что автор вкладывал в понятие «более тесное взаимодействие». О.А. Беляева пишет, что начало преддоговорных отношений следует связывать с моментом выражения лицом в объективных действиях своего намерения заключить договор в отношении другого лица⁶⁵.

Ведение переговоров по своей природе представляет соглашение, поскольку переговоры предполагают выражение взаимной воли на их

⁶³ Богданов В.В. Указ. соч. С. 21.

⁶⁴ Там же. С. 21.

⁶⁵ Беляева О.А. Указ. соч. С. 25.

проведение. Соответственно, началом процедуры переговоров следует считать заявление одной стороны о заинтересованности в заключении договора с другой стороной и выражении заинтересованности с другой стороны. Данные действия могут выражаться в совершении устных заявлений, направлении юридически значимых сообщений и иных действий, позволяющих определенно установить намерение лица заключить договор. Кроме того, желание одной из сторон вступить в переговоры может выражаться в размещении информации об этом в общедоступных источниках (объявление в СМИ, сети Интернет, периодических изданиях).

По вопросу о правовой природе ответственности за нарушение при ведении переговоров, стоит отметить позицию Верховного Суда РФ. Так, в п. 19 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»⁶⁶ указал, что к отношениям, связанным с причинением вреда недобросовестным поведением при проведении переговоров, применяются нормы гл. 59 ГК РФ «Обязательства вследствие причинения вреда» с исключениями, установленными ст. 434.1 ГК РФ. Таким образом, Верховный суд РФ отрицает договорную природу переговоров и наличие связи между участниками. М.А. Егорова в свою очередь отмечает, что «особенность переговорного процесса об установлении договорных отношений при условии отсутствия специального соглашения о порядке ведения переговоров заключается в том, что между его сторонами отсутствует установленная правовая связь, то есть правоотношение как совокупность взаимных прав и обязанностей субъектов переговоров»⁶⁷. В данном случае вызывает сомнения формальный подход к определению существа переговоров, так как по мнению М.А. Егоровой, наличие или отсутствие правовой связи зависит от наличия соглашения о

⁶⁶ Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁷ Егорова М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст. 434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015. № 12. С. 20-28.

ведении переговоров, однако не объясняется, чем принципиальным образом отличаются по своему существу переговоры о заключении договора при наличии и отсутствии оформленного соглашения. Отсутствие формального соглашения и установленных этим соглашением правил восполняется диспозитивными правилами Гражданского кодекса, в частности, требованиями о добросовестности. Наличие формального соглашения не может изменить существо общественных отношений, так как, уже вступив в переговоры, стороны тем самым выразили обоюдное согласие на ведение переговоров.

Если два лица заключат соглашение о том, что в случае причинения вреда здоровью одним лицом другому, первый должен выплатить компенсацию, их отношения из-за этого не приобретут договорный характер, и в случае причинения вреда ответственность будет носить деликтный характер. В этой связи справедливым видится утверждение А.В. Демкиной о том, что «из преддоговорных контактов сторон возникает определенное обязательство»⁶⁸. Также в литературе отмечается, что вступление в переговоры с неизбежностью порождает состояние правовой связанности и является основанием возникновения гражданских прав и обязанностей»⁶⁹. Кроме того, в ст. 434.1 ГК РФ отсутствуют какие-либо формальные требования к соглашению о ведении переговоров, соответственно, оно может быть совершено в устной форме. Кроме того, участники переговоров названы сторонами, т.е. устанавливается заранее определенный круг лиц. Следовательно, между лицами возникают определенные правоотношения, существуют взаимные права и обязанности.

В связи с тем, что из буквального толкования ст. 434.1 ГК РФ, в которой отмечается факт вступления в переговоры, соответственно,

⁶⁸ Демкина А.В. О преддоговорной ответственности в гражданском праве // Гражданское право. 2016. №1. С. 31-34.

⁶⁹ Мазур О.В., Сергеев А.П., Терещенко А.Т. Ответственность за недобросовестные переговоры как ограничение свободы договора (на примере положений ст. 434.1 ГК РФ) // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2016. // СПС «КонсультантПлюс».

невозможно совершить нарушения, предусмотренные указанной нормой, в отношении лица, не вступившего в переговоры.

М.А. Егорова пишет, что «спецификой переговоров о заключении договора является тот факт, что нарушаются не права участников переговоров, а принцип права»⁷⁰. Данная позиция представляется не совсем верной, так как не до конца ясно, каким образом возможно нарушение принципа права без нарушения прав каких-либо лиц. Так как принцип является самостоятельной формой права, соответственно, относится к сфере объективного права, то более правильно говорить о том, что принцип не нарушается, а применяется при квалификации тех или иных действий в качестве нарушения права.

Переходя к рассмотрению содержания процедуры заключения договора необходимо отметить, что договор как вид соглашения предполагает выражение воли двух или более лиц. Г.Ф. Шершеневич называл договор не просто соглашением, а соглашением воли двух или более лиц⁷¹. Как указано в п. 3 ст. 154 ГК РФ, для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка). Как видно, законодатель также подчеркивает необходимость наличия воли сторон при заключении договора.

Говоря о значении понятия «воля» и исходя из различных определений, предложенных в литературе⁷², можно сделать вывод, что воля это мотивированное желание, присущее только человеку как живому, разумному существу.

А.В. Кашанин, выступает против использования категории воля и считает ее непригодной для целей правового регулирования, в качестве основного аргумента он приводит то обстоятельство, что истинная воля

⁷⁰ Егорова М.А. Указ. соч. С. 20-28.

⁷¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.2. М., бр. Башмаковы, 1914-1915 гг. С. 72.

⁷² См.: Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983. С. 24; Антюшин С.С. Основы философии: Учебное пособие. М.: РИОР: Инфра-М: РАП, 2010. С. 392; Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 52 - 81.

недоступна окружающим и доподлинно установить ее невозможно⁷³. Данная позиция представляется весьма интересной, так как, несмотря на то, что в основе любого соглашения лежит воля сторон, однако судить о наличии достигнутого соглашения между сторонами мы можем исключительно по внешним проявлениям воли, выражающимся в совершении определенных действий, свидетельствующих о желании заключить договор.

В контексте указанной позиции необходимо рассмотреть весьма дискуссионный вопрос о соотношении воли и волеизъявлений сторон при заключении договора. Изучением данного вопроса занимались многие исследователи, но однозначного подхода так и не было выработано. М.И. Брагинский придерживался волевой концепции, в соответствии с которой «основу сделок составляет, действительно, воля. Именно она создает сделку, и поэтому-то сделка считается волевым актом»⁷⁴. Схожую позицию занимал основоположник волевой теории Ф. Савиньи, он считал, что главным в договоре является истинная воля сторон, без которой не может быть и речи о «юридическом эффекте договора»; в таком случае «есть только видимость последнего, а не его сущность»⁷⁵. В.С. Ем пишет, что «именно с волеизъявлением связываются юридические последствия, так как только волеизъявление как внешне выраженная (объективированная) воля может быть подвергнута правовой оценке»⁷⁶. С позиции И.А. Покровского «воля есть внутренний психический момент, который сам по себе для посторонних лиц неуловим; для того чтобы воля одного лица могла послужить основанием для соглашения с другим, необходимо, чтобы она была проявлена в каких-нибудь внешних знаках (словах, письме, действии), которые давали бы возможность судить о ее наличности»⁷⁷. К.П. Татаркина придерживается точки зрения о единстве обоих элементов: «совпадение

⁷³ См.: Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журнал российского права. 2001. № 4.

⁷⁴ См.: М.И. Брагинский Указ соч. С. 170.

⁷⁵ См.: Савиньи Ф.К. Обязательственное право. СПб., 2004. С. 372.

⁷⁶ См.: Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. Т. 1. С. 339 (Автор главы – В.С. Ем).

⁷⁷ См.: Покровский И.А. Указ соч. С. 236.

изъявленной воли с внутренней волей лица»⁷⁸. Подобную позицию занимает и М.В. Телюкина, которая отмечает, что «волевой характер сделок определяется двумя взаимосвязанными факторами - субъективным и объективным. В качестве субъективного фактора представляется необходимым рассматривать волю субъекта сделки; в качестве объективного - его волеизъявление»⁷⁹.

На данном периоде развития отечественного гражданского права установлена презумпция соответствия воли и волеизъявления. Это следует из положений ст. 431 ГК РФ, согласно которой при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений и только, если применение буквального толкования не позволяет выявить содержание договора, выясняется действительная общая воля сторон. Однако в то же время справедливо замечание Е.В. Нестеровой о «презумпции соответствия волеизъявления юридически значимой воли лица»⁸⁰. В данном утверждении важно уточнение, что речь идет о соответствии не просто воле, а о юридически значимой воле, что является подтверждением ранее сделанного вывода о том, что судить о воле лица возможно лишь по внешним проявлениям.

При этом для заключения договора согласно ст. 432 ГК РФ необходимо достижение соглашения в требуемой форме по всем существенным условиям. Профессор МакКендрик отмечает, что «для заключения договора стороны должны прийти к соглашению, соглашение должно быть поддержано при его рассмотрении, и у сторон должно быть намерение создать правовые отношения»⁸¹. В.В. Груздев считает, что «для возникновения всякого договорного обязательства необходимо

⁷⁸ См.: Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: монография. Томск: Томский государственный университет систем управления и радиоэлектроники, 2012. С. 143.

⁷⁹ См.: Телюкина М.В. Понятие сделки: теоретический и практический аспекты // Адвокат. 2002. № 8.

⁸⁰ Нестерова Е.В. Проблемы нормативного закрепления ничтожных и оспоримых сделок в законодательстве республики Казахстан // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: Сборник статей / Н.Г. Вилков, И.П. Грешников, К.В. Грешников и др.; сост. И отв. ред. И.П. Грешников. М.: Статут, 2015. // СПС «КонсультантПлюс».

⁸¹ McKendrick E. Contract Law: Text, Causes and Materials. 2nd ed. Oxford University Press. 2005. P. 5.

одновременное наличие следующих общих предпосылок: 1) достижение соглашения по определенным условиям договора; 2) придание договору определенной формы; 3) соблюдение определенного порядка заключения договора»⁸². В данном случае автор указанной позиции использует понятие «определенные условия», однако в ГК РФ используется термин «существенные условия», что следует из положений ст. 432 ГК РФ. Существенные условия в законе определяются путем их перечисления. К существенным условиям относятся предмет, условия, которые прямо названы существенными или необходимыми для данного вида договора, и условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Исходя из буквального толкования данной нормы, следует, что существенные условия – это те условия, без которых договор не будет считаться заключенным.

В.В. Витрянский подверг критике такое понимание существенных условий, по его мнению «определение существенных условий договора как условий, отсутствие которых в тексте договора влечет признание его незаключенным, логически порочно, поскольку в этом случае явление определяется посредством указания на последствия его отсутствия»⁸³.

С таким подходом не соглашается В.В. Никитин так как «критикуемое определение непротиворечиво и соответствует научному критерию фальсификации К. Поппера для гуманитарных наук, согласно которому знание возникает тогда, когда научная теория дает возможность сделать негативный прогноз и точно указать, чего не может быть»⁸⁴.

Интерес представляет подход А.Е. Кирпичева, который делит существенные условия на субъективные, которые представляют значения только для преддоговорного этапа, и объективные, которые отражают

⁸² Груздев В.В. Указ. соч. С. 50.

⁸³ Витрянский В.В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7.

⁸⁴ Никитин В.В. Существенные условия и незаключенность договоров: Россия и мир // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 5. С. 799-809.

существо договора⁸⁵. А.Е. Кирпичев определяет существенные условия как условия конкретного типа и вида договора, без которых он не может существовать и которые определяют регулирование всех его остальных условий⁸⁶. Деление всех условий на объективно существенные и случайные составные части предлагалось и в работе Е.А. Крашенинникова и Ю.В. Байгушевой⁸⁷. Действительно роль существенных условий шире тех, которые прописаны в ГК РФ. В то же время, наиболее правильным представляется рассматривать существенные условия в двух аспектах, применительно к уже заключенному договору и применительно к заключаемому договору. Если говорить уже о заключенном договоре, то существенными будут считаться условия, которые определяют существо договора, в этом аспекте справедливой видится позиция В.В. Витрянского и А.Е. Кирпичева. В то же время, говоря о процедуре заключения договора, стоит отметить позицию М.И. Брагинского, который подчеркивал, что все условия договора обладают признаками существенных и иных условий быть не может⁸⁸. Данное утверждение справедливо, но только относительно заключаемого договора. Таким образом, существенными для заключения договора будут те условия, которые определены в ст. 432 ГК РФ, в том числе и те, по которым сторонам необходимо достичь соглашения, чтобы договор считался заключенным.

Вторым требованием, которое нашло отражение в ст. 432 ГК РФ является соблюдение формы договора. Требования к форме договора устанавливаются общими правилами о форме сделок, а также нормами части второй ГК РФ об отдельных видах обязательств. Для некоторых видов договоров устанавливаются правила об обязательном нотариальном удостоверении или государственной регистрации, как отмечает Е.Б. Козлова, данный факт направлен на обеспечение, в том числе и публичных интересов.

⁸⁵ Кирпичев А.Е. Существенные условия договора и его незаключенность // Российское правосудие. 2016. Специальный выпуск. С. 193.

⁸⁶ Там же.

⁸⁷ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Заключение договора // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 60 - 104. С.

⁸⁸ См.: М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Указ. соч. С. 303 (Автор главы – М.И. Брагинский).

Однако по ее словам наблюдается тенденция к уменьшению этого интереса⁸⁹. Действительно, требования к соблюдению формы договора снизились, о чем свидетельствует правоприменительная практика, так в одном из постановлений⁹⁰ суд отметил, что для определения надлежащего согласования существенных условий договора следует оценивать не формальное описание предмета договора в его тексте, а действительную волю сторон, обусловленную намерением вступить в договорные отношения по поводу определенного имущества (работ, услуг), которая подлежит определению, исходя из поведения сторон до заключения договора и в процессе его исполнения. Представляется, что такой подход к соблюдению формы договора является не совсем верным, поскольку право, предоставляя сторонам такой инструмент как договор, устанавливает определенные требования к нему, в том числе к его форме. Соответственно, неисполнение сторонами требований формы договора должна влечь недействительность договора, таким образом, при рассмотрении споров, такие договоры должны признаваться недействительными. Кроме того, субъекты предпринимательской деятельности, являющиеся профессиональными субъектами, поскольку в теории предпринимательского права выделяется такой признак предпринимательской деятельности как профессионализм⁹¹, должны обеспечить соблюдение формальных требований к договору. Надлежащее соблюдение формы создаст предсказуемость и ясность в действиях контрагентов, а также избавит суд от необходимости установления действительного намерения сторон, что зачастую не всегда возможно.

В.В. Груздев, помимо двух вышеперечисленных условий, выделил еще в качестве необходимого условия соблюдение порядка заключения

⁸⁹ Козлова Е.Б. Государственная регистрация и нотариальное удостоверение сделок: соотношение правовых интересов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 6. С. 22 - 29.

⁹⁰ См.: Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2015 № 18АП-4371/2015 по делу № А76-30678/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹¹ См.: Олейник О.М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 3 - 17.

договора⁹², но что указанный автор имел ввиду под порядком заключения договора, не совсем понятно, к тому же такое требование не предусмотрено положениями ст. 432 ГК РФ.

С другой стороны, В.В. Груздев прав в том, что заключение договора - это определенный порядок. Для достижения соглашения необходимо совершение минимум двух действий: выражения воли одной стороны и выражения согласия второй стороной. Это самая простая модель заключения договора, таких действий может быть совершено гораздо больше в случае ведения длительных переговоров, заключения договора путем проведения торгов. О.С. Иоффе отмечал, что «поскольку договор есть соглашение, заключаемое не менее чем двумя сторонами, он совершается, проходя по крайней мере через две стадии: предложение заключить договор и принятие этого предложения»⁹³. В.В. Витрянский выделял следующие стадии заключения договора: 1) переговоры о заключении договора; 2) оферта; 3) рассмотрение оферты; 4) акцепт оферты. При этом по словам профессора Витрянского, стадии оферты и акцепта оферты являются обязательными для всех случаев заключения договора. Стадия преддоговорных контактов сторон (переговоров) носит факультативный характер и используется по усмотрению сторон, вступающих в договорные отношения⁹⁴. Вместе с тем содержание процедуры заключения договора будет зависеть от того каким образом заключается договор, т.е. от способа его заключения.

Как уже было отмечено, нормативно закрепленное определение способа заключения договора в позитивном праве отсутствует, в доктрине оно также недостаточно разработано, однако представляется необходимым установить, что представляет собой способ заключения договора и дать определение данному понятию.

⁹² Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010.С. 50.

⁹³ Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. С. 80.

⁹⁴ Российское гражданское право: учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. (Автор главы – В.В. Витрянский).

Если обратиться к лексическому значению слова способ, то в толковом словаре С.И. Ожегова способ определяется как «действие или система действий, используемые при выполнении какой-либо работы, при осуществлении чего-нибудь»⁹⁵. В толковом словаре Д.Н. Ушакова способом назван «тот или иной порядок, образ действий, метод в исполнении какой-нибудь работы, в достижении какой-нибудь цели»⁹⁶. Таким образом, можно сказать, что способ заключения договора это совокупность приемов и средств, определенных действий необходимых для заключения договора.

Способ заключения договора представляется необходимым рассмотреть с точки зрения теории правовых средств. Один из основоположников данной теории в России Б.И. Пугинский правовые средства определял как «сочетание (комбинации) юридически значимых действий, совершаемых субъектами с дозволенной степенью усмотрения и служащие достижению их целей (интересов), не противоречащих законодательству и интересам общества»⁹⁷. С.Ю. Филиппова под правовым средством предлагает понимать «не противоречащие правовым нормам инструменты, предназначенные, пригодные и достаточные для достижения правовой цели»⁹⁸. Таким образом, можно сказать, что способ заключения договора, а именно те действия в своей совокупности, которые составляют содержание данного способа, является правовым средством, которое направлено на достижение правовой цели – заключение договора.

Гражданский кодекс РФ закрепляет различные пути заключения договора: путем направления оферты и получения акцепта (общий порядок) (ст. 433 ГК РФ); путем заключения договора в судебном порядке (ст. 445 ГК РФ); путем проведения торгов (ст. 447-448).

Обобщая указанные выше способы заключения договора, стоит отметить, что заключение договора в общем порядке путем направления

⁹⁵ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: Советская энциклопедия. 1973. С. 732.

⁹⁶ Ушаков Д.Н. Толковый словарь русского языка. М.: Аделант, 2013. С. 647.

⁹⁷ Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 87.

⁹⁸ Филиппова С.Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М.: Статут, 2011. // СПС «КонсультантПлюс».

оферты и ее акцепта, является самым распространенным и базируется на принципе свободы договора, закрепленном в ст. 421 ГК РФ. Вторым способом можно назвать заключение договора в судебном порядке. Специфика данного способа проявляется в том, что на одном из контрагентов лежит обязанность заключить договор, и в случае уклонения такого лица от заключения договора, другая сторона может обратиться в суд с понуждением такого лица к заключению договора (ст. 445 ГК РФ). Соответственно, в данном случае уже нет необходимости выделения оферты и акцепта, суд самостоятельно может определить некоторые условия такого договора. Такое исключение из свободы договора допускается правилами ст. 421 ГК РФ, в случае если обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, другими федеральными законами или добровольно принятыми на себя обязательствами. И третьим способом заключения договора выступают торги.

По поводу торгов как способа заключения договора О.А. Беляева пишет, что «торги представляют собой специальную юридическую процедуру, посредством которой может быть заключен договор»⁹⁹. В связи с тем, что торги являются одним из специфических способов заключения договора, то отношения, складывающиеся в ходе проведения торгов, можно отнести к виду преддоговорных отношений.

Общим для торгов и для других способов заключения договоров является то, что их цель сводится к установлению и урегулированию условий будущего договора. Данный этап является первым из трех в развитии договорного обязательства и опосредует его возникновение. Соответственно, и торги и иные преддоговорные отношения оказывают влияние на содержание самого договора.

Также в качестве общей черты можно назвать относительный характер преддоговорных отношений и отношений, возникающих при проведении

⁹⁹ Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2011. С. 26.

торгов, так как круг субъектов всегда более или менее определен. Невозможно вести переговоры с неопределенным кругом лиц, также и участниками торгов всегда являются конкретные субъекты, подавшие заявки.

Особенности торгов как способа заключения договора подробнее будут рассмотрены в § 2 главы 1 настоящего диссертационного исследования. Но в общем виде можно сказать, что в процедуре торгов не выделяется оферта и акцепт, а имеет место извещение, подача заявок и определение победителя. Кроме того, отличительным признаком торгов является наличие состязательности и строгая формализация процедуры. Торги выступают общим понятием по отношению к заключению договора и представляют собой один из способов заключения договора. Таким образом, для исследования конкурса как формы торгов необходимо исследовать заключение договора в общем порядке.

Если говорить об общем порядке заключения договора, то, как уже было отмечено выше выделяется в обязательном порядке оферта и акцепт. Офертой, согласно ст. 435 ГК РФ, признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Как отмечал М.И. Брагинский, «офертой является предложение, которое отличает ряд индивидуализирующих признаков и влечет за собой установленные в законе правовые последствия как для того, от кого она исходит, так и для адресата»¹⁰⁰. Действительно, оферта определенно присутствует и при заключении договора в добровольном порядке и в случае, если заключение договора обязательно для одной из сторон. Ю.С. Гамбаров отмечал, что ни оферта, ни акцепт, взятые врозь, не представляют собой юридической сделки, это только элементы или составные части сделки, лишённые самостоятельности и не имеющие юридического значения иначе,

¹⁰⁰ Брагинский М.И. Витрянский В.В. Указ. соч. С. 196. (Автор главы – М.И. Брагинский).

как в своем отношении друг к другу¹⁰¹. В данном случае, представляется, что оферта все-таки создает определенные права и обязанности как для лица, направившего ее, так и для адресата. В частности, у лица, направившего оферту, возникает связанность условиями оферты, а у адресата - секундарное право на принятие оферты и на её акцепт.

Акцептом в соответствии со ст. 438 ГК РФ признается согласие лица, которому направлена оферта. В качестве общего требования к акцепту установлено, что он должен быть полным и безоговорочным. Кроме того, акцепт может быть выражен в совершении лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

Вместе с тем возникает вопрос, возможно ли назвать самостоятельным способом, заключение договора путем присоединения. Договор присоединения согласно ст. 428 ГК РФ – это договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Как отмечает Е.Б. Козлова подавляющее большинство договоров, заключаемых между гражданами и коммерческими организациями, фактически являются договорами присоединения, так как реальной возможности включения в договор собственных условий у гражданина не имеется¹⁰². Действительно, договор присоединения имеет некоторую специфику при заключении, однако при его заключении явно прослеживается оферта (публичная оферта) в качестве предложения, которое выражено в формулярах или иных стандартных формах, а присоединение к

¹⁰¹ См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 695.

¹⁰² Козлова Е.Б. Договор присоединения: новое в законодательстве и сохранившиеся проблемы доктрины и правоприменения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 36 - 44.

договору выступает акцептом, соответственно, выделять заключение договора путем присоединения в качестве самостоятельного способа нельзя.

Подводя итог, необходимо сделать следующие выводы: договор представляет собой сложное явление, которое является не только основанием возникновения гражданских прав и обязанностей, но и актом индивидуального регулирования общественных отношений, соответственно, при заключении договора стороны как принимают на себя права и обязанности, закрепленные в нормах позитивного права, так и сами определяют правила поведения в рамках договорного обязательства. Сам термин «договор» означает завершенность, что предопределяет рассмотрение заключения договора как достижения этой цели. При этом заключению договора предшествуют определенные преддоговорные отношения. Само по себе заключение договора является юридической процедурой, включающей в себя совокупность юридически значимых действий, направленных на достижение соглашения по всем существенным условиям.

Заключение договора может осуществляться различными способами, с учетом того, что способ заключения договора - это совокупность последовательно совершаемых действий, необходимых для заключения договора. В самом общем виде можно выделить три способа заключения договора: добровольный порядок, путем направления оферты и ее акцепта; судебный порядок, в случае, если лицо, на котором лежит обязанность заключить договор, уклоняется от заключения договора; проведение торгов. При заключении договора возникают преддоговорные отношения, которые носят организационный характер и направлены на заключение договора и проведение экономических операций. Такие отношения не следует выделять в самостоятельную группу в предмете регулирования гражданского права, по своему существу их следует относить к имущественным отношениям.

1.2. Понятие и формы торгов

Как уже было отмечено в § 1 главы 1 настоящего исследования, торги являются одним из способов заключения договора. Сфера использования торгов как способа заключения договора достаточно широкая, торги используются в сфере закупок для государственных нужд, при заключении соглашений о государственно-частном партнерстве, при реализации имущества в исполнительном производстве, при продаже имущества должника (банкрота) и в других сферах деятельности.

Достаточно широкое распространение торгов обусловлено их особыми свойствами и определенными преимуществами. О.А. Беляева выделяет такие преимущества торгов как возможность определения оптимальной цены, создание конкурентной среды, эффективное использование бюджетных средств¹⁰³. Ю.С. Турсуновой подчеркивается, что на торгах «за счет привлечения большого числа возможных контрагентов резко повышается конкуренция и появляется возможность заключить договор на наиболее приемлемых для сторон условиях»¹⁰⁴. Л.Ф. Гатаулина считает, что торги позволяют оптимально сочетать интересы частных лиц, организаций и государства¹⁰⁵. Приведенные мнения в целом дают возможность сделать вывод о том, что торги действительно выступают эффективным правовым средством, используемым для заключения договора, так как в ряде случаев, установленных законом, их использование для заключения договора является обязательным (заключение государственных и муниципальных контрактов, реализация имущества в рамках исполнительного производства).

Особенность торгов как способа заключения договора в самом общем виде состоит в том, что организатор публикует извещение, обращенное к неопределенному кругу лиц, в котором определяет предмет и условия будущего договора, а также правила проведения торгов и определения

¹⁰³ Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики. М.: ИНФРА-М, 2015. С. 30-31.

¹⁰⁴ Турсунова Ю.С. Указ. соч. С. 14.

¹⁰⁵ Гатаулина Л.Ф. Указ. соч. С. 46.

победителя. В ходе проведения торгов участники подают заявки со своими предложениями, и организатор обязан заключить договор с участником, который предложил лучшие условия согласно критериям определения победителя торгов.

По общему правилу, участники и организатор не ограничены в свободе выбора способа заключения договора, за исключением случаев, предусмотренных законом. Так, согласно ст. 447 ГК РФ, любой договор может быть заключен путем проведения торгов, если иное не вытекает из его существа. Отсюда возникает следующий вопрос, как соотносится свобода договора и право на проведение торгов.

Рассмотрение свободы договора в рамках данного параграфа обусловлено тем, что данный принцип регулирует преддоговорные отношения. Так как после заключения договора стороны связаны договором и их свобода ограничивается принятыми на себя обязательствами, соответственно говорить о свободе договора в рамках договорного обязательства не представляется возможным. А.Г. Карапетов подмечает, что «свобода на преддоговорной стадии оборачивается «несвободой» после заключения договора»¹⁰⁶. При этом принцип свободы договора должен проявляться и в свободе выбора сторонами способов и путей заключения договора, в том числе выбора заключать договор путем проведения торгов или нет.

Ряд авторов считает, что при вступлении в переговоры свобода договора ограничивается принципом добросовестности¹⁰⁷, однако свобода договора всегда ограничивается правилом п. 3 ст. 1 ГК РФ, согласно которому при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Свобода договора,

¹⁰⁶ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰⁷ Мазур О.В., Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Указ. соч.

согласно ст. 421 ГК РФ, проявляется в добровольности вступления в договорные отношения, свободе в выборе вида и условий договора.

Ряд исследователей полагают, что свобода договора является принципом права. О.А. Слепенкова пишет, что «свобода договора является одним из центральных, ключевых принципов гражданского права, который нашел свое детальное закрепление в ст. 421 ГК РФ»¹⁰⁸. Кроме того, указанный автор определяет свободу договора как «возможность сделать добровольное и осознанное волеизъявление, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, должным образом отражающее внутреннюю волю субъекта, обусловленную его охраняемыми правом интересами»¹⁰⁹. А.Г. Карапетов считает, что «содержательная свобода договора постулирует право участников оборота по собственному усмотрению выбирать и определять тип и условия контракта, включая цену и иные права и обязанности сторон»¹¹⁰. В.С. Комарицкий предлагает рассматривать свободу договора в «негативном» и «позитивном ключе». По его мнению, «негативная сторона данного принципа подразумевает недопустимость понуждения кого-либо к заключению договора против его воли. Положительная сторона означает возможность (право) субъектов отношений заключать договоры любого содержания»¹¹¹. В судебной практике свобода договора также рассматривается как принцип права¹¹². В то же время, в отечественной правовой доктрине не сложилось единого понимания принципов права, соответственно, говоря о свободе договора как о принципе права, необходимо определиться с правовой природой принципов права.

¹⁰⁸ Слепенкова О.А. Свобода договора: законодательство и позиция судов // Российская юстиция. 2015. № 10. С. 54 - 56.

¹⁰⁹ Там же.

¹¹⁰ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹¹ Комарицкий В.С. Реализация принципа свободы договора в регулировании преддоговорной ответственности // Юрист. 2015. № 5. С. 18 - 22.

¹¹² См.: Определение Верховного Суда РФ от 07.12.2015 № 308-ЭС15-16314 по делу № А53-25329/2014; Определение Верховного Суда РФ от 07.05.2015 по делу № 308-ЭС14-8590, А32-40606/2013; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.02.2016 № Ф04-112/2016 по делу № А75-3427/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

В науке относительно природы принципов права ведется активная дискуссия. По мнению О.А. Красавчикова принцип права означает исходное положение, основное начало, руководящую идею, в соответствии с которыми осуществляется правовое регулирование общественных отношений¹¹³. Определение, предложенное профессором О.А. Красавчиковым, видится не совсем точным, поскольку не создает определенности в понимании принципов и их места в правовом регулировании общественных отношений.

Более верным представляется высказывание В.Н. Карташова, который пишет, что «в отличии от юридических идей (идеалов), составляющих части научного правосознания, принципы права всегда выступают в виде общеобязательных требований и являются важнейшими элементами системы права»¹¹⁴. В.В. Ершов, в свою очередь, также негативно отзывается об использовании термина «основные начала», а также иных терминов, например, таких как «идеи», «положения», «установления» и др.¹¹⁵. Действительно, принципы права не следует определять через такие категории как «идеи», которые только усложняют и запутывают при определении существа принципа. То же самое можно сказать и о широко распространенной позиции, заключающейся в понимании принципов права как основных начал. Один из сторонников данного подхода Н.Д. Егоров определяет принцип права как «основное начало гражданско-правового регулирования общественных отношений»¹¹⁶. Думается, что причиной развития такого подхода послужила формулировка названия ст. 1 ГК РФ «Основные начала гражданского законодательства». Иной позиции придерживается В.В. Ершов, по его словам, «принцип – это теоретическое обобщение наиболее существенного, типичного, выражающего закономерности, находящиеся в основе какой-либо системы, в том числе

¹¹³ См.: Советское гражданское право. Учебник в 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. Т.1. М., 1985. С. 89-90.

¹¹⁴ Общая теория государства и права. В 3-х томах. Отв. ред. Н.М. Марченко. Т.2. М., ИКД-Зерцало-М, 2002. С. 76 (Автор главы – В.Н. Карташов).

¹¹⁵ См.: Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 11.

¹¹⁶ Гражданское право: учебник. Т.1. / под ред. Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2013. С. 27 (Автор главы – Н.Д. Егоров).

системы форм международного и внутригосударственного права»¹¹⁷. Такая позиция представляется наиболее точной, поскольку принципы права направлены на регулирование общественных отношений и, соответственно, являются формой права, а в силу того, что принципы являются наиболее стабильными формами права, так как мало подвержены изменениям, то они обладают устойчивостью и универсальностью, позволяют создать единообразие в применении права, обеспечить объективный, а не формальный подход к разрешению тех или иных споров.

Если исходить из положений ст. 18 ГК РФ, то в содержание правоспособности входит возможность совершать любые не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах. Касательно правоспособности юридических лиц в ст. 49 ГК РФ установлено, что юридическое лицо может иметь гражданские права, соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его учредительном документе, и нести связанные с этой деятельностью обязанности. Таким образом, справедливым видится утверждение М.В. Кратенко о том, что свободу договора следует понимать как одно из проявлений гражданской правоспособности или охраняемый законом интерес¹¹⁸. В то же время, согласно п. 1 ст. 421 ГК РФ, понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством. Таким образом, законом или договором может быть ограничена правоспособность лица на совершение любых непротиворечащих закону сделок, т.е. ограничена свобода договора. Например, в ст. 1033 ГК РФ установлено, что договором коммерческой концессии может быть предусмотрено обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории, данный

¹¹⁷ Ершов В.В. Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 53.

¹¹⁸ Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: постановка проблемы // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 1. С. 190 - 206.

пример свидетельствует о добровольном ограничении лицом своей правоспособности. В качестве примера законного ограничения свободы договора можно привести положения ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), в которой установлен запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, которые приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен. Таким образом, свободу договора можно рассматривать как элемент правоспособности гражданина или организации.

Некоторые исследователи рассматривают свободу договора как правовую презумпцию. Например, А.Г. Карапетов пишет, что «свобода договора является базовой для частного права презумпцией, опровергаемой только тогда, когда (а) она прямо ограничена законом во имя тех или иных политико-правовых соображений либо (б) даже при отсутствии таких эксплицитных запретов имеются очевидные резоны ее ограничить во имя более важных конституционных ценностей, принципов права и охраняемых законом интересов»¹¹⁹. Такой подход представляется не совсем верным, поскольку под презумпцией в теории права принято понимать вероятностное суждение о наличии или отсутствии определенных фактов, которое признается верным, пока не установлено иное. Например, С.А. Мосин предлагает понимать под правовой презумпцией «необходимое для правового регулирования предположение, прямо или косвенно закрепленное в правовой норме, направленное на установление или устанавливающее наличие или отсутствие определенных фактов, обстоятельств, процессов и считающееся истинным, пока не будет установлено иное»¹²⁰. Таким образом, А.Г. Карапетов отождествляет фактические обстоятельства с формами права,

¹¹⁹ Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 8.

¹²⁰ Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2009. // СПС «КонсультантПлюс».

т.е., по его мнению, свобода договора, которая является принципом права, предполагается, пока не установлено иное.

Принцип свободы договора может быть ограничен и другими принципами права, и в силу установления самим принципом возможности ограничения свободы договора положениями закона, что находит отражения и в ст. 422 ГК РФ. При рассмотрении конкретной ситуации нет необходимости доказывать наличие или отсутствие нормы, ограничивающей свободу договора, доказывать можно наличие или отсутствие определенных обстоятельств и фактов, но не наличие нормы права. Кроме того, свобода договора не является абсолютной и ограничена иными принципами права, в том числе необходимостью защиты прав и свобод человека, принципом добросовестности и т.д.

Таким образом, презюмироваться свобода договора может только в понимании ее как свободы воли, а именно как презумпция свободы выражения воли стороны на заключение договора, выбор его вида. Как было указано в § 1 главы 1 настоящего исследования в отечественном праве существует презумпция соответствия волеизъявления и юридически значимой воли. Следовательно, при рассмотрении спорных ситуаций правоприменитель должен исходить из того, что лицо вступает в договорные отношения по добровольному желанию, если не доказано иное.

Организатор торгов, публикуя извещение с закрепленными в нем правилами определения победителя, тем самым возлагает на себя обязательство заключить договор с лицом, которое наилучшим образом будет соответствовать критериям, установленным в извещении, соответственно, ограничивает свою правоспособность относительно данного договора. В ряде случаев, обязанность заключения договора именно путем проведения торгов прямо возложена на лицо, например, согласно ст. 19 Федерального закона от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственном-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской

Федерации» (далее – Закон о ГЧП) соглашение заключается по итогам конкурса на право заключения соглашения, за исключением случаев, предусмотренных законом. Данный пример показывает законодательное ограничение свободы в выборе способов заключения договора.

Хотя сфера применения торгов достаточно широка, она точно не определена в науке, из-за чего в практике возникает вопрос о возможности использования торгов при заключении различных договоров.

Как уже было указано, стороны свободны в выборе способа заключения договора, если иное не предусмотрено законом, но отсюда возникает вопрос, для всех ли видов договоров подходит процедура торгов. В ст. 447 ГК РФ установлено, что договор может быть заключен путем проведения торгов, если иное не вытекает из его существа. В доктрине на этот счет высказывались различные позиции. О.А. Беляева считает, что «использование торгов возможно при заключении любых договоров, направленных на продажу или, напротив, приобретение имущества (недвижимости, ценных бумаг, активов предприятий), а также прав (например, права аренды), за исключением договоров, совершение которых на торгах несовместимо с их сущностью»¹²¹. Представляется неверным отрицать возможность и целесообразность применения торгов для заключения большинства договоров, например, издательского договора. Если речь идет о договорных взаимоотношениях коммерческих организаций, заказчик заинтересован в рассмотрении двух и более предложений об условиях издания его материалов (документации)»¹²². Стоит согласиться с мнением О.А. Беляевой, но в то же время представляется необходимым определить более четкие критерии, которые позволят отграничить договоры, которые не могут быть заключены путем проведения торгов.

¹²¹ Беляева О.А. О пределах применения антимонопольного законодательства в гражданских правоотношениях // Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / под ред. В.Ф. Яковлева. М.: КОНТРАКТ, 2015. Вып. 21. С. 159-175.

¹²² Там же.

В.В. Балакин считает, что, согласно ст. 447 ГК РФ, на торгах может быть заключен любой договор. «Так называемых «поименованных» договоров в самом кодексе насчитывается более двух десятков. Поскольку из существа многих этих поименованных договоров не вытекает запрет на их заключение посредством проведения торгов, следует вывод, что можно заключить на торгах договоры аренды, подряда, найма жилого помещения, договоры по оказанию различных услуг, договоры страхования, доверительного управления имуществом, коммерческой концессии, факторинга агентирования»¹²³. Однако такой подход к определению критериев выделения договоров, которые могут быть заключены путем проведения торгов, видится также не совсем удачным. Поскольку определение круга договоров, которые можно заключить на торгах, путем перечисления известных гражданскому законодательству поименованных договоров поставит в затруднительное положение при квалификации смешанных договоров или непоименованных в ГК РФ, к которым судебная практика¹²⁴ и доктрина¹²⁵ относят, например, дилерский, дистрибьюторский договор, кроме того, в таком подходе также отсутствует критерий, позволяющий однозначно ответить на вопрос, какой признак договора не позволяет заключить его путем проведения торгов.

Для разрешения вопроса о том, какие договоры могут заключаться с использованием торгов, необходимо определиться с тем, что следует понимать под существом договора. В.К. Андреев считает, что «существо сделки - это типичная для данного вида сделки правовая цель, правовой результат, ради которого она совершается, оно определяет вид, правовую природу сделки. Существо сделки, как уже отмечалось, выражается в ее содержании в соответствии с законом, иными правовыми актами и или

¹²³ Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

¹²⁴ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 15.07.2010 по делу № А71-14491/2009Г13. // СПС «КонсультантПлюс».

¹²⁵ См.: Бирюков А.А. Использование конструкции консигнации в договорных связях российских хозяйствующих субъектов // Российская юстиция. 2015. № 9. С. 16-18.

соглашением сторон»¹²⁶. М.Ф. Казанцев считает, что в рамках п. 1 ст. 447 ГК РФ под существом договора следует понимать свойства договора, не совместимые с заключением договора на торгах¹²⁷. «Существо» в толковом словаре С.И. Ожегова определяется как сущность, внутреннее содержание чего-либо¹²⁸. Исходя из сказанного, справедливо под существом договора понимать совокупность его свойств, в том числе правовую цель, правовой результат, которые определяют уникальность данного вида договора. Также использование торгов при заключении того или иного договора не должно нарушать права третьих лиц и противоречить императивным требованиям закона.

В то же время в литературе отмечается, что «в современной практике доминирует убеждение о том, что фидуциарный характер договора препятствует его заключению посредством торгов, потому что сформулировать такое качество, как доверие к участнику, в виде условия торгов довольно трудно и в ряде случаев даже невозможно»¹²⁹. Например, М.Ф. Казанцев пишет, что препятствуют заключению договора на торгах такие свойства договора, как его безвозмездность (договор дарения), многосторонний характер (учредительный договор) или явно выраженный доверительный характер отношений между сторонами (договор поручения)¹³⁰.

Касательно признака безвозмездности О.М. Фоминых считает, что следует согласиться с исследователями, утверждающими, что при соблюдении определенных условий совершение перечисленных сделок посредством торгов вполне допустимо»¹³¹. В качестве дополнительного аргумента данной позиции можно привести положения ст. 17.1 Закона о

¹²⁶ Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1. С. 8 - 12.

¹²⁷ Казанцев М.Ф. Указ. соч.

¹²⁸ См.: Ожегов С.И. Указ. соч. С. 719.

¹²⁹ Беляева О.А. Предназначение торгов // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 22 - 28.

¹³⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27-29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. (Автор главы – М.Ф. Казанцев) // СПС «КонсультантПлюс».

¹³¹ Фоминых О.М. Признание недействительными торгов и заключенных на них договоров: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 19.

защите конкуренции, которая предусматривает заключение договора безвозмездного пользования в отношении государственного имущества путем проведения торгов. Кроме того, в Постановлении Правительства РФ от 28.11.2013 № 1085¹³² допускается подача предложений участниками конкурса с ценой менее нуля рублей.

Под безвозмездностью понимается «такое юридическое отношение, которое состоит из обязанности только одного субъекта, не находящейся ни в условной, ни в каузальной зависимости от действия другого контрагента, или хотя из обязанностей обеих сторон, но если обязанность одной стороны является по своему содержанию лишь определяющей или ограничивающей обязанность противной стороны»¹³³. Вместе с тем как справедливо отмечает А.Е. Кирпичев «безвозмездность не означает отсутствия встречной обязанности, она означает невозможность ее защиты правом»¹³⁴. Кроме того, в ст. 695 ГК РФ предусматривается обязанность ссудополучателя по договору безвозмездного пользования по содержанию вещи. Таким образом, сама по себе безвозмездность не означает отсутствия каких-либо обязанностей по договору у другой стороны, безвозмездность подразумевает отсутствие встречного предоставления по обязательству. Соответственно, безвозмездность договора не препятствует заключению его путем проведения торгов.

Говоря о доверительном характере отношений, необходимо отметить, что такое понятие в действующем законодательстве отсутствует, а сама формулировка не соответствует требованиям правового регулирования, поскольку носит скорее моральный, чем правовой характер. В ГК РФ используется формулировка «обязательство, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника» (п. 2 ст. 388 ГК РФ), или

¹³² Постановление Правительства РФ от 28.11.2013 № 1085 «Об утверждении Правил оценки заявок, окончательных предложений участников закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 49 (часть VII). ст. 6428.

¹³³ Козлова Е.Б. Система договоров, направленных на создание объектов недвижимости. М.: КОНТРАКТ, 2013. // СПС «КонсультантПлюс».

¹³⁴ Кирпичев А.Е. Безвозмездность договора в гражданском праве // Российское правосудие. 2015. № 10. С. 22-29.

сделки, которые по своему характеру могут быть совершены только лично (п. 4 ст. 182 ГК РФ). При этом данные характеристики не привязаны к какому-либо виду или типу договора. Например, Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд в одном из постановлений указал, что истец не доказал, что личность кредитора в договорах поставки имеет для него существенное значение. Ссылка на доверительный характер отношений не может быть признана убедительной, поскольку договор поставки не относится к договорам фидуциарного типа¹³⁵. ФАС Уральского округа отметил, что не имеется оснований для вывода о наличии между сторонами отношений фидуциарного характера, требующих непосредственного исполнения договора поверенным¹³⁶. В свою очередь в Постановлении Президиума ВАС РФ от 24.12.2002 № 10424/02 суд усмотрел существенное значение личности кредитора в договоре энергоснабжения и указал, что «должник возражал против уступки прав требования. Более того, особый характер отношений сторон, определенных названным договором (целевой характер получаемых прежним кредитором средств, предусмотренная договорами возможность погашения задолженности посредством внутриотраслевых взаимозачетов, совершения компенсационных сделок и т.д.), указывает на существенное значение связей именно кредитора и должника. В силу этого, уступка не могла быть совершена без согласия последнего»¹³⁷. Соответственно, значение личности кредитора может быть существенно для уже имеющегося обязательства. Существенность значения личности может проявляться в наличии определенных навыков или наличии особых хозяйственных связей между сторонами. Однако препятствий для заключения такого договора на торгах не имеется, поскольку именно путем проведения торгов может быть определен контрагент, обладающий уникальными свойствами, необходимыми для исполнения обязательства.

¹³⁵ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2010 № 15АП-7679/2010 по делу № А32-7863/2010 // «СПС КонсультантПлюс».

¹³⁶ Постановление ФАС Уральского округа от 10.09.2012 № Ф09-7272/12 по делу № А60-648/12 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 24.12.2002 № 10424/02 // СПС «КонсультантПлюс».

Вместе с тем препятствием для заключения договора путем проведения торгов может служить обязанность заключить договор для организатора, установленная законом. В частности, ст. 426 ГК РФ установлено правило, что лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим лицом в отношении заключения публичного договора, соответственно публичный договор не может быть заключен путем проведения торгов, так как это противоречит требованиям закона. Использование торгов также невозможно на рынке, на котором ограничена или полностью отсутствует конкуренция. Так, в п. 7 Приложения № 20 к Договору о Евразийском экономическом союзе¹³⁸ установлена обязательность заключения субъектами естественных монополий договоров с потребителями на оказание услуг, в отношении которых применяется регулирование, при наличии технической возможности, определенной в соответствии с законодательством государств-членов. В подобных случаях использование торгов будет противоречить императивным требованиям нормативных правовых актов и международных договоров.

Основываясь на вышеизложенном, можно сделать вывод о том, что любой договор может быть заключен путем проведения торгов, за исключением тех случаев, когда на организаторе лежит обязанность заключить данный договор. Соответственно, препятствием к заключению договора на торгах может быть только ограничение свободы договора, проявляющееся в свободе выбора способа заключения договора.

Также важным как с теоретической, так и практической точки зрения является вопрос о правовом положении организатора торгов. Согласно ст. 447 ГК РФ, в качестве организатора торгов могут выступать собственник вещи, обладатель имущественного права на нее, другое лицо, имеющее интерес в заключении договора с тем, кто выиграет торги, а также лицо,

¹³⁸ Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29.05.2014) // СПС «КонсультантПлюс». // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org/>, 05.06.2014.

действующее на основании договора с указанными лицами и выступающее от их имени или от своего имени, если иное не предусмотрено законом.

Как видно, первым в указанной норме назван собственник вещи, обладатель иного имущественного права на нее. В данном аспекте организатора торгов следует рассматривать только в случае проведения торгов на продажу имущества. В случае, если торги проходят на приобретение имущества, право выполнения работ или оказания услуг, то организатор будет выступать как лицо, имеющее интерес в заключение договора. В то же время возникает вопрос, что понимать под «иным имущественным правом на вещь». Так, согласно ст. 128 ГК РФ, имущественное право является объектом гражданских прав. В.В. Кулаков подчеркивает, что «ни в литературе, ни в законе нет четких критериев отнесения субъективных прав именно к имущественным»¹³⁹. С.П. Гришаев пишет, что «термин «имущественное право» употребляется в значении обязательственного имущественного права, обладающего определенной материальной ценностью и способно самостоятельно участвовать в гражданском обороте»¹⁴⁰. С.В. Трофимов также считает, что имущественное право употребляется в значении обязательственного права, обладающего определенной экономической ценностью, и способного участвовать в гражданском обороте¹⁴¹. Е.И. Воронина соглашается с позицией тех исследователей, которые считают возможным отнесение имущественных прав к объектам гражданских прав¹⁴². Если руководствоваться указанным подходом, то имущественное право является обязательственным правом требования. В то же время становится непонятно, что вкладывал законодатель в формулировку «имущественное право на вещь». Существо обязательственных прав, исходя из положений ст. 307 ГК РФ, состоит в том,

¹³⁹ Кулаков В.В. Имущественные права и ценные бумаги как объекты обязательства: проблемы применения юридической фикции // Законодательство. 2009. № 9.

¹⁴⁰ Гришаев С.П. Эволюция законодательства об объектах гражданских прав // СПС «КонсультантПлюс». 2015. Абз. 892.

¹⁴¹ Трофимов С.В. Правовой режим имущества в налоговом законодательстве РФ // Финансовое право. 2015. № 2. С. 19-21.

¹⁴² Воронина Е.И. Оборотоспособность обязательственных прав // Право и экономика. 2013. № 8. С. 76-79.

что управомоченное лицо (кредитор) вправе требовать совершения от должника определенных действий или воздержания от их совершения. Таким образом, обязательственные права – это права на действия других лиц. Восьмой Арбитражный апелляционный суд в одном из постановлений указал, что «гражданско-правовое обязательство представляет собой правоотношение, в котором одна сторона (должник) обязана совершить в пользу другой стороны (кредитора) определенное действие (передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, уплатить деньги и т.п.) либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Понятия «обязательство» и «обязанность», по мнению Суда, хотя и тесно связаны друг с другом, но не являются тождественными: обязательство шире обязанности, а точнее - обязанность является элементом обязательства и соотносится с ним как элемент системы. Субъективная обязанность может быть определена как предписанная обязанному лицу в целях удовлетворения интересов управомоченного лица мера должного поведения в правоотношении (обязательстве). Обязательство, выступая в качестве правоотношения, в своем содержании должно быть наполнено частными результатами, которые напрямую опосредованы качественным исполнением отдельных гражданско-правовых обязанностей, наборов таковых»¹⁴³. Следовательно, имущественные права в смысле прав требования - это права на действия других лиц, а не на вещи, отечественное гражданское законодательство не допускает отчуждение вещных прав отдельно от вещи как самостоятельного объекта. Отсюда возникает противоречие между положениями ст. 128 ГК РФ и ст. 447 ГК РФ, так как в последней используется термин «имущественные права на вещи».

Иной позиции относительно возможности рассмотрения имущественных прав в качестве объекта прав придерживается В.А. Белов, по

¹⁴³ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2015 № 08АП-5207/2015 по делу № А81-516/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

его мнению, спорно само включение в число объектов гражданских прав имущественных прав¹⁴⁴. Солидарен с В.А. Беловым и В.В. Кулаков, по его словам, «право требования не может быть объектом правоотношения, поскольку является элементом его другого составляющего - содержания. Если вдруг возникает ситуация, что имущественное право стало объектом права другого лица, то речь идет о перемене субъекта правоотношения»¹⁴⁵. Указанная позиция имеет основания для существования, в то же время отказываться от такого объекта как имущественное право на данный момент не представляется возможным, поскольку действующее гражданское законодательство включает имущественные права в перечень объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ), а также предусматривает договор уступки права требования, который является возмездным (ст. 388 ГК РФ). Таким образом, предметом такого договора будет именно право требования, кроме того, оборот имущественных прав требования ускоряет развитие товарного оборота, но может иметь и некоторые негативные последствия, в частности в оборот могут включаться ни чем не обеспеченные права требования.

Основываясь на вышеизложенном, следует согласиться с мнением В.В. Кулакова о том, что «к имущественным правам можно отнести вещные права, права требования (обязательственные права), объектом которых являются имущество в виде вещей и имущественных комплексов»¹⁴⁶. Соответственно, разрешается вопрос о том, что под имущественными правами на вещь следует понимать любые субъективные права, связанные с имуществом. Так, в качестве организатора торгов может выступать арендатор, передавая вещь в субаренду, государственное унитарное предприятие, которым имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, могут распоряжаться движимым имуществом самостоятельно, в том числе организовать торги по его продаже или передаче в аренду.

¹⁴⁴ Белов В.А. Указ. соч. С. 275.

¹⁴⁵ Кулаков В.В. Имущественные права и ценные бумаги как объекты обязательства: проблемы применения юридической фикции // Законодательство. 2009. № 9.

¹⁴⁶ Там же.

Также в п. 2 ст. 447 ГК РФ в качестве организатора указано лицо имеющее интерес в заключение договора с тем, кто выиграет торги. Категория интерес является не менее спорной, чем «имущественные права». Р. Иеринг определял интерес как «чувство зависимости в жизни. Основание, в силу которого меня интересует известная вещь или отношение, лежит в том, что я чувствую в моем существовании и благосостоянии, в моем удовольствии или счастье от них свою зависимость»¹⁴⁷. По сути, Р. Иеринг сводил значение интереса к некоей зависимости, потребности.

С.В. Михайлов предлагает понимать под интересом «потребность субъекта, имеющую социальный характер, проявляющаяся в осознании и реализации целей в общественных отношениях»¹⁴⁸. В.В. Кулаков также связывает категорию интереса с потребностью, при этом, по его словам, «интерес является одновременно субъективной и объективной категорией, поскольку связывает потребности субъекта с объектом, их удовлетворяющим»¹⁴⁹. Если обратиться к формулировке ст. 447 ГК РФ, то интерес лица в заключение договора следует рассматривать именно как потребность в заключение договора, иное толкование не представляется возможным.

При этом видится справедливой позиция А.В. Габова о том, что «интерес возникает вне права и не входит в содержание правоотношения. Это то, что предшествует правоотношению и, более того, является «предпосылкой приобретения и осуществления материального права»¹⁵⁰. Именно такой подход позволяет объяснить соотношение интереса и субъективных прав и обязанностей. Таким образом, субъект приобретает определенные права и обязанности (вступает в правоотношения) с целью удовлетворения своих имущественных потребностей, и интерес выступает именно как предпосылка возникновения прав и обязанностей.

¹⁴⁷ Иеринг Р. Интерес в праве. Ярославль, 1880. С. 83.

¹⁴⁸ Михайлов С.В. Категория интереса в гражданском (частном праве): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 31

¹⁴⁹ Кулаков В.В. Сложные обязательства С. 47.

¹⁵⁰ Габов А.В. Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования. М.: Статут, 2005. // СПС «КонсультантПлюс».

Следовательно, организатором торгов может быть любое лицо, которое имеет потребность в заключении договора и приобретение каких-либо материальных благ.

Действующая норма ст. 447 ГК РФ, в части установления правила о том, что организатором может быть лицо имеющее интерес в заключение договора введена Федеральным законом № 42-ФЗ от 08.03.2015, что позволило применять положения ГК РФ к торгам, проводимым на закупку. Следовательно, лицом, имеющим интерес в заключение договора, на торгах может быть любой субъект, которой нуждается в определенных имущественных благах и считает возможным заключить договор по поводу этих благ путем проведения торгов. При этом «лицо, имеющее интерес в заключение договора», представляется необходимым рассматривать как более широкое понятие, включающее и собственника, и лицо, обладающее имущественным правом на вещь, так как нельзя отрицать, что и последние имеют интерес в заключении договора.

Кроме перечисленных случаев в качестве организатора в ст. 447 ГК РФ названа «специализированная организация», действующая на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права на нее и выступающая от их имени или от своего имени. Непосредственно в ГК РФ нет определения специализированной организации, однако в Законе о контрактной системе под специализированной организацией понимается юридическое лицо, привлекаемое заказчиком для выполнения отдельных функций по определению поставщика путем проведения конкурса или аукциона, в том числе для разработки конкурсной документации, выполнения иных функций, связанных с обеспечением проведения определения поставщика (подрядчика, исполнителя). Таким образом, специализированная организация, это лицо, привлекаемое для оказания услуг по организации и проведению торгов. Отличие специализированной организации от вышеперечисленных субъектов заключается в том, что она не

имеет интереса в заключении договора и не является стороной будущего договора, а лишь выполняет посреднические функции.

Возникает вопрос, какой вид договора лежит в основе взаимодействия специализированной организации и лица, имеющего интерес в заключении договора. О.А. Беляева пишет, что «на практике отношения между заказчиком и организатором торгов оформляются не только в виде посреднического договора (поручение, комиссия, агентирование), не менее распространены договоры возмездного оказания услуг, а также различного рода смешанные договоры, содержащие отдельные элементы поручения на организацию и проведение торгов»¹⁵¹. Вместе с тем представляется, что конструкция агентского договора, как договора, сочетающего выполнение юридических и фактических действий, наилучшим образом отражает существо взаимоотношений специализированной организации и организатора торгов. Кроме того, в ст. 6 проекта Федерального закона «Об открытых торгах»¹⁵² указывается, что специализированная организация действует от имени организатора торгов, что также свидетельствует в пользу квалификации отношений специализированной организации и организатора как агентского договора.

Как уже было отмечено, торги явление многогранное, и вывод о том, что торги способ заключения договора не позволяет раскрыть существенных характеристик торгов. Так, если рассматривать торги с существенной точки зрения, то по данному вопросу единство мнений отсутствует. О.А. Беляева пишет, что «торги представляют собой специальную юридическую процедуру, посредством которой может быть заключен договор»¹⁵³. В.В. Груздев также подчеркивал процедурный характер торгов¹⁵⁴. Кроме того, ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» названа «порядок рассмотрения антимонопольным органом

¹⁵¹ См.: Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: ИД Юриспруденция, 2011. С. 152.

¹⁵² <http://regulation.gov.ru/projects#npa=53011> (дата обращения 25.11.2016).

¹⁵³ Беляева О.А. Указ. соч. С. 26.

¹⁵⁴ Груздев В.В. Указ. соч. С.76.

жалоб на нарушение процедуры торгов». Также, исходя из того, что более общим понятием по отношению к торгам является понятие «заключения договора», которое определено в § 1 главы 1 настоящего диссертационного исследования как юридическая процедура, то и торги следует считать юридической процедурой.

С содержательной точки зрения процедура проведения торгов имеет свои особенности. Такие особенности проявляются в том, что торги как средство (способ) заключения договора включают в себя определенные действия, совершаемые в установленной последовательности.

В качестве отличительной особенности торгов можно выделить наличие состязательности между участниками. М.А. Егорова отмечает, что «торги основаны на принципе состязательности, устранение или ограничение конкуренции на них делает их неэффективными или даже бессмысленными»¹⁵⁵. В философской литературе определяется, что «состязательность – процесс столкновения и последующего соперничества двух или более сторон, процессов, явлений, результатом которых может стать либо возникновение новой формы соперничества, либо взаимобмен между ними и как следствие переход системы «сторона один – сторона два» на новое качество»¹⁵⁶. В науке существуют позиции, отрицающие уникальность такого признака применительно к торгам. Так, по словам О.А. Беляевой «состязательность сама по себе может быть присуща не только торгам, но и другим способам заключения договора. Такие способы следует именовать конкурентными процедурами заключения договора, т.е. когда существует несколько альтернативных контрагентов, конкурирующих (соперничающих) друг с другом за право стать стороной (контрагентом) в одном и том же договоре»¹⁵⁷. Касательно состязательности как признака торгов следует привести высказывание А.Е. Кирпичева о том, что

¹⁵⁵ Егорова М.А., Кинев А.Ю. Правовые критерии картеля // Право и экономика. 2016. № 4. С. 4 - 11.

¹⁵⁶ Данилов Р.С. Состязательность как форма социального бытия человека: дис. ... канд. фил. наук. Саратов. 2007. С. 16.

¹⁵⁷ Беляева О.А. Какими быть торгам в «новом» Гражданском кодексе РФ? // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 110 - 116.

«состояние и конкуренция также являются понятиями, применяемыми и к случаям установления договорных отношений без проведения процедур. Подбор контрагентов производится в любом случае, а наличие функционирующего рынка обуславливает конкуренцию, следовательно, и состояние между работающими на конкретном рынке...»¹⁵⁸. Действительно, само наличие конкурирующего рынка предполагает конкуренцию между субъектами, осуществляющими деятельность на этом рынке. Проведение торгов на неконкурентном рынке в принципе невозможно, в таком случае будет использоваться заключение договора в обязательном порядке. В ходе переговоров субъект, имеющий интерес в заключении договора, может также осуществлять сравнение субъектов между собой.

В то же время О.А. Беляева отмечала, что при проведении торгов происходит «обострение» конкуренции¹⁵⁹. Из этого весьма верного утверждения можно сделать вывод, что при проведении торгов складываются два уровня конкуренции: первый уровень - на соответствующем функционирующем рынке, второй - уже между конкретными участниками торгов. Другими словами, между участниками торгов складывается иное соперничество, чем на товарном рынке. Особенность такого соперничества предопределена тем, что соперничество осуществляется по строго определенным критериям и показателям в зависимости от формы торгов, во вторых организатор становится «связан» процедурой торгов, так как на нем лежит обязанность заключить договор с победителем. При переговорах такая связанность отсутствует, так как субъект, заинтересованный в заключении договора, не обязан заключать договор даже с тем, кто предлагает наилучшие условия.

Еще одной особенностью торгов можно назвать строгую формализацию отношений, которая не присуща другим способам заключения

¹⁵⁸ Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. М.: РАП, 2012. С. 137.

¹⁵⁹Беляева О.А. Аукционы и конкурсы: комментарий судебно-арбитражной практики. М.: КОНТРАКТ, ВолтерсКлувер, 2010. С. 83.

договора. Формализация проявляется в установлении точных сроков, необходимости надлежащего оформления заявки, предоставлении обеспечения, строго определенных критериев выявления победителя и т.д. Таким образом, торги как способ заключения договора имеют свои существенные особенности, проявляющиеся как в содержании процедуры, так и наличии состязательности между участниками, и формализованности процедуры.

Таким образом, определить торги можно как специальный способ заключения договора, представляющий собой процедуру состязательности, направленную на заключение договора, путем выбора организатором контрагента среди участников торгов, подавших заявки на основании критериев, установленных в извещении о проведении торгов.

Торги, как следует из положения ст. 447 ГК РФ, могут проводиться в различных формах. Весьма дискуссионным является вопрос об установлении числа форм торгов, так как в ст. 447 ГК РФ прямо указаны только две формы – конкурс и аукцион, но также закреплено, что торги могут проходить в иной форме, но какой - не уточнено. Соответственно, остается неясным, что следует понимать под иными формами торгов.

В.Е. Белов по поводу п. 4 ст. 447 ГК РФ пишет, что «возникает вопрос, о каких новых формах торгов идет речь. Возможно, что за этим стоит проведение торгов в электронной форме»¹⁶⁰. Однако данная позиция представляется весьма спорной, электронная форма проведения торгов, например, аукциона, не меняет его сущностных признаков, в частности, не меняются критерии определения победителя.

По мнению М.Ф. Казанцева к иной форме торгов могут быть отнесены организованные торги¹⁶¹. Кроме того, М.Ф. Казанцев считает, что к иным формам торгов, установленным законом, могут быть отнесены закрепленные

¹⁶⁰ Белов В.Е. Об изменениях гражданского законодательства в условиях формирования контрактной системы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 10. абз. 2265-2271.

¹⁶¹ Гражданский кодекс РФ. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27-29 под ред. П.В. Крашенинникова. М., Статут, 2016.

в Законе о контрактной системе конкурентные способы определения поставщика, в частности, запрос котировок, запрос предложений¹⁶².

Стоит отметить, что подобная формулировка ст. 447 ГК РФ была введена Федеральным законом № 42-ФЗ от 08.03.2015. О.А. Беляева выступает с критикой данного положений, по ее мнению, дихотомическое деление торгов на аукционы и конкурсы необходимо сохранить¹⁶³. Если обратиться к утратившему силу Федеральному закону от 21.07.2013 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», то в ст. 10 предусматривалось, что размещение заказа может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме, без проведения торгов (запрос котировок, у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на биржах). Как видим, указанным законом запрос котировок не относился к форме торгов.

В Законе о контрактной системе, пришедшем на смену Закону о размещении заказов, термин «торги» отсутствует, а в ст. 24 используется понятие «конкурентные способы определения поставщика». Конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее также - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений. Думается, не случайно законодатель отказался от использования термина «торги» и использовал более широкое понятие «конкурентный способ определения поставщика», включающие как торги (в форме конкурса и аукциона), так и запрос котировок, и запрос предложений.

¹⁶² Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. (Автор главы – М.Ф. Казинцев) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶³ Беляева О.А. Какими быть торгам в «новом» Гражданском кодексе РФ? // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 110 - 116.

Кроме того, в Положении о закупках ПАО «Сбербанк России» от 05.12.2011 № 2348 указано, что запрос предложений - конкурентный способ закупки, не являющийся торгами, при котором Банк информирует потенциальных Поставщиков о потребности в Продукции и приглашает к подаче открытых коммерческих предложений в адрес Банка. Победителем признается Участник, предложивший наиболее выгодные для Банка условия договора в соответствии с установленными Банком требованиями. Запрос котировок - конкурентный способ закупки, не являющийся торгами, при котором Банком запрашиваются цены одновременно у нескольких Поставщиков на стандартную Продукцию на определенных условиях поставки в соответствии с установленными Банком требованиями¹⁶⁴. Схожие определения закреплены и в Положении о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Газпром» и компаний группы Газпром¹⁶⁵.

Н.А. Курц подчеркивает, что «запрос котировок, и запрос предложений являются по существу упрощенными формами торгов, разница между которыми обусловлена лишь некоторым облегчением процедуры проведения, а также рядом других второстепенных признаков»¹⁶⁶. В связи с изложенным представляется нецелесообразным выделение в качестве самостоятельных форм торгов запроса котировок и запроса предложений, поскольку они действительно имеют общие черты с аукционом и конкурсом и, по сути, являются их упрощенными формами.

Однако справедливой представляется позиция М.Ф. Казанцева о том, что к иным формам торгов можно отнести организованные торги. Организованные торги определяются в ст. 2 Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах»¹⁶⁷ (далее – Закон об организованных торгах) как торги, проводимые на регулярной основе по установленным правилам, предусматривающим порядок допуска лиц к

¹⁶⁴ <http://www.sberbank.ru/common/img/uploaded/files/pdf/concurs/poz2348.pdf> (дата обращения 30.04.2016)

¹⁶⁵ <http://www.gazprom.ru/f/posts/21/053269/2014-06-27-polozhenie-o-zakupkah.pdf> (дата обращения 30.04.2016)

¹⁶⁶ Курц Н.А. Антидемпинговые меры как способ повышения конкуренции и правовой защиты контрактной системы // Вестник арбитражной практики. 2015. № 1. С. 5-12.

¹⁶⁷ СЗ РФ. 2011. № 48. ст. 6726.

участию в торгах для заключения ими договоров купли-продажи товаров, ценных бумаг, иностранной валюты, договоров репо и договоров, являющихся производными финансовыми инструментами.

Таким образом, можно выделить в качестве форм торгов конкурс, аукцион и организованные торги, иные процедуры, именуемые формами торгов, либо являются разновидностью конкурса или аукциона, например, двухэтапный конкурс, конкурс с ограниченным участием, электронный аукцион и т.д., либо является иным способом определения контрагента. Вместе с тем в проекте Закона об открытых торгах предлагается включение новых форм торгов, в частности торги без объявления цены (ст. 18) и повторные торги (ст. 17).

И.Ю. Артемьев в одном из интервью отметил необходимость сокращения количества видов торгов, так как на данный момент на территории России используется более чем 2,5 тысячи разных видов торгов, такое количество обусловлено тем, что госкорпорации осуществляют закупки на основании собственных положений. По его словам, «хорошие практики, которые есть в мире, говорят о том, что обычно таких торгов всего семь. Наиболее известные из них – это аукционы, открытый конкурс, запрос котировок, запрос предложений, двухэтапный конкурс и так далее»¹⁶⁸. Из слов И.Ю. Артемьева можно сделать вывод, что им не разделяются такие понятия как форма и вид торгов.

Торги являются эффективным средством, позволяющим сторонам заключить договор на оптимальных для них условиях. При этом торги представляют собой специальный способ заключения договора, выражающийся в процедуре, включающей совокупность определенных, последовательно совершаемых действий. Заключаемый по результатам торгов договор и сами торги не тождественны друг другу, но взаимосвязаны, поскольку на торгах определяются условия договора и контрагент.

¹⁶⁸ Кузьмин В.В ФАС рассказали о совершенствующих госзакупки законах // Российская газета. 2016. 18 марта. С. 2.

Отношения, возникающие при проведении торгов, являются разновидностью преддоговорных отношений. С использованием торгов может быть заключен любой договор, за исключением тех, условия которых определяются нормами права, либо договоров, заключение которых для организатора обязательно с любым, кто обратится. Отношения, возникающие при проведении торгов, регулируются принципом свободы договоров, при этом свобода договора не является презумпцией. Организатором торгов может выступать любое лицо, имеющие интерес в заключение договора, также в качестве организатора торгов может выступать специализированная организация, которая действует на основании агентского договора с организатором торгов.

1.3 Правовая природа конкурса

Конкурс как явление объективной действительности широко распространено и исследуется не только юридической наукой. Соотношение различных конкурсов можно провести с использованием системного подхода в исследовании. Данный подход предполагает, во-первых, наличие множества элементов, рассматриваемых в качестве единиц анализа, во-вторых, взаимосвязанность этих элементов с обязательным присутствием системообразующих связей, обеспечивающих целостность системы, в-третьих, иерархичность строения, выражающуюся в понимании этой системы как элемента системы более высокого уровня¹⁶⁹. В.В. Ершов, в свою очередь, отмечает преимущество системного подхода, который при исследовании позволяет выходить за рамки исключительно юридических проблем¹⁷⁰. В.В. Кулаков пишет, что «в системном подходе центральным, естественно, является более широкое понятие – «система», которое тесно связано с целым

¹⁶⁹ Философская энциклопедия: В 5 т. / Гл. ред. Ф.В. Константинов. М., 1970. Т. 5. С. 19.

¹⁷⁰ Ершов В.В. Указ соч. С. 22.

рядом других понятий – «структура», «организация», «связь», «отношение», «элемент», «управление» и т.д. Это расширение исходной понятийной базы дает преимущество системному подходу перед структурно-функциональным анализом и структурализмом в построении более полного представления о целостности объекта и о путях его изучения»¹⁷¹. Таким образом, с точки зрения системного подхода изучение института конкурса нельзя ограничивать рамками только гражданского права. Кроме того, следует рассмотреть данное явление с точки зрения философии, социологии, экономики и т.д.

В научной литературе предлагались различные определения конкурса в зависимости от сферы его применения. В педагогических исследованиях конкурсом называют «соискательство на предоставление приоритетного права для поддержки личности или коллектива на выполнение каких-либо работ, исследований. При проведении конкурса определяют лучших по готовности к выполнению конкретных научных, социальных или производственных задач»¹⁷². В экономической литературе конкурс рассматривается применительно к организации экономического оборота и определяется как «способ выдачи заказов на поставку товаров, закупку услуг или сдачу подрядов на производство определенных работ по заранее объявленным в специальном документе условиям, предполагающим привлечение к определенному сроку на принципах состязания предложений от нескольких участников торгов с целью обеспечения наиболее выгодных условий сделки для организации»¹⁷³. А.Е. Карамзинов пишет, что конкурс – это соревнование, цель которого заключается в выявлении лучших из числа участников. А сущность конкурса, по его мнению, «заключается в состязательности, осуществляемой в ходе торгов с выбором победителя в соответствии с заранее установленными критериями в представленных

¹⁷¹ Кулаков В.В. Сложные обязательства. С. 22.

¹⁷² Емельянцева С.Л. Конкурсы достижений как средство самореализации старшеклассников: дис. ... канд. пед. наук. СПб. 1999. С. 37.

¹⁷³ Бритвина Т.П. Управление открытыми конкурсными торгами продовольствием для обеспечения социальной сферы: дис. ... канд. экон. наук. Вологда., 2002. С. 9.

предложениях участников, демонстрации их преимуществ на основе рассмотрения, сопоставления, оценки их заявок и определения наилучших из них, позволяющих претенденту стать первым в заключении договора»¹⁷⁴. Таким образом, в экономической литературе конкурс рассматривается в качестве формы торгов и выступает инструментом экономики, направленным на адаптацию и совершенствование рыночных отношений¹⁷⁵.

В юриспруденции сфера применения конкурса крайне широка и регулируется нормами различных отраслей права. М.И. Брагинский обращал внимание на то, что «конкурс представляет собой многоотраслевую модель. Имеется ввиду возможность ее использования с определенными особенностями за пределами гражданского права»¹⁷⁶. Так, конкурс используется в трудовых отношениях, согласно ст. 336.1 Трудового кодекса Российской Федерации¹⁷⁷ (далее – ТК РФ), заключению трудового договора на замещение отдельных должностей научных работников, а также переводу на соответствующие должности научных работников предшествует избрание по конкурсу на замещение соответствующей должности. Кроме того, конкурс применяется в служебных отношениях, в частности, при определении кандидатов на замещение должностей государственной гражданской службы в соответствии с Федеральным законом от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹⁷⁸. Широкое распространение конкурс получил в регулировании предпринимательской деятельности, например, при выдаче разрешений, лицензий на осуществление определенного вида деятельности. Так, в соответствии со ст. 21 Федерального закона от 13.07.2015 № 220-ФЗ «Об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом в Российской Федерации и

¹⁷⁴ Кармзинов А.Е. Институционализация отношений субъектов конкурсных торгов как фактор развития конкуренции в российской экономике: дис. ... канд. экон. наук. Ростов-на-Дону. 2009. С. 67.

¹⁷⁵ Там же.

¹⁷⁶ Брагинский М.И. Конкурс. С. 10.

¹⁷⁷ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1), ст. 3.

¹⁷⁸ Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. № 31. ст. 3215.

о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁷⁹, свидетельство об осуществлении перевозок по муниципальному маршруту регулярных перевозок, межмуниципальному маршруту регулярных перевозок, смежному межрегиональному маршруту регулярных перевозок и карты соответствующего маршрута выдаются по результатам открытого конкурса на право осуществления перевозок по маршруту регулярных перевозок. В соответствии с Федеральным законом от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»¹⁸⁰, в определенных случаях лицензия на оказание услуг связи предоставляется на основании конкурса. Таким образом, конкурс представляет собой институт, который широко распространен в различных сферах правового регулирования.

В гражданском праве конкурс рассматривается в двух значениях: в п. 4 ст. 447 ГК РФ конкурс отнесен к одной из форм торгов, а гл. 59 ГК РФ предусматривает такой институт как публичный конкурс. В то же время конкурс активно используется и за пределами торгов. Возникает вопрос о соотношении данных «конкурсов» и возможности выделения общих существенных признаков данных явлений. Наиболее приемлемым для решения данной проблемы представляется системный подход, предполагающий изучение того или иного объекта как системы.

Представляется необходимым дать определение конкурса и выявить его общие признаки, в связи с этим необходимо обратиться к лексическому значению слова «конкурс». В толковом словаре С.И. Ожегова «конкурс» определяется как соревнование, имеющее целью выделить наилучших участников, наилучшие работы¹⁸¹. В толковом словаре Д.Н. Ушакова под конкурсом понимается соревнование, соискательство нескольких лиц в области искусства, наук, спорта с целью выделить наиболее выдающихся¹⁸².

¹⁷⁹ Федеральный закон от 13.07.2015 № 220-ФЗ «Об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I), ст. 4346.

¹⁸⁰ Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» // СЗ РФ. 2003. № 28. ст. 2895.

¹⁸¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М. Советская энциклопедия. 1973. С. 266.

¹⁸² Толковый словарь Русского языка: в 4 т. Т. 1 / Под ред. Д.Н. Ушакова. М.: ТЕРРА, 1996. С. 1488.

Исходя из предложенных значений, можно выявить общие черты различных конкурсов. Во-первых, это наличие состязательности нескольких участников, понятие состязательности было подробно рассмотрено в § 2 главы 1 настоящего исследования применительно к торгам. Во-вторых, установление единых и заранее определенных правил участия и порядок определения победителя. В-третьих, в конкурсе должна присутствовать определенная цель, то, ради чего осуществляется соперничество, это могут быть как определенные материальные ценности, так и нематериальные (общественное признание, приобретение определенного статуса).

Говоря о конкурсе в гражданском праве В.Н. Смирнов писал, что «конкурс в советском гражданском праве есть комплексный правовой институт, являющийся правовой формой организации разрешения научной, технической или другой задачи за известное вознаграждение путем публичного приглашения неопределённого множества исполнителей, причем устроитель конкурса в случае выполнения обязанностей по выплате вознаграждения с соблюдением авторских имущественных и неимущественных прав победителя конкурса получает право на использование лучшего результата»¹⁸³.

Предметом исследования настоящей работы является конкурс как форма торгов, данное проявление конкурса получило достаточно широкое распространение. Законодатель в п. 4 ст. 447 ГК РФ использует термин «форма». В философии форма определяется как «нечто, что налагает на вещь определенный способ бытия, является принципом ее упорядоченности, структурированности, качественной определенности и завершенности»¹⁸⁴. В данном смысле конкурс является формой проявления торгов, которые выступают содержанием, и отражает всю организацию торгов. Немецкий социолог Н. Луман считал, что «форма может состоять в отличии чего-то от его контекста, как впрочем, и в отличии какой-то ценности от ценности

¹⁸³ Смирнов В.Н. Конкурс в советском гражданском праве. Л., 1964. С. 29.

¹⁸⁴ Гогоцкий С.С. Философский словарь. СПб., 2009. С. 249.

противоположенной при исключении третьих возможностей»¹⁸⁵. Таким образом, конкурс определяет внешние (формальные) требования к торгам: наличие конкурсной комиссии, существование особой стадии – оценки заявок.

Взаимосвязь формы и содержания проявляется в том, что конкурс следует проводить исключительно в тех случаях, когда имеет место множественность целей организатора торгов в обязательственном отношении, потребность в реализации каждой из которых не фиксирована, а проведение конкурса направлено на достижение объективного и обоснованного результата.

В случае несоответствия формы торгов потребностям имущественного оборота, определенным целям, могут возникнуть негативные последствия для развития общественных отношений, в частности не проведение конкурса там, где он должен быть проведен, может негативно отразиться на качестве результата.

Исходя из этого, конкурс в качестве формы торгов выделяется в преддоговорных отношениях, при этом торги не могут существовать без соответствующей формы, так как отчасти конкурс как форма определяет, как будут выглядеть торги, какое количество критериев будет использоваться для определения победителя, наличие конкурсной комиссии.

Необходимо выявить особенности конкурса, как формы торгов: «...содержание всякого понятия составляют общие и существенные признаки предметов действительности, то определение понятия есть вместе с тем раскрытие сущности соответствующего предмета»¹⁸⁶. Кроме того, наиболее популярным в науке является определение через ближайший род и видовое отличие¹⁸⁷. Следовательно, для выяснения сущностных признаков конкурса как формы торгов необходимо сравнить его с торгами, как родовым

¹⁸⁵ Луман Н. Общество как социальная система. М.: Логос, 2004. С. 65.

¹⁸⁶ Иванов Е.А. Логика: учебник для студентов юридических вузов и факультетов. М., Волтерс Клувер, 2007. С. 71.

¹⁸⁷ Там же. С. 76.

понятием, а также с ближайшими видовыми понятиями. Так как конкурс является одной из форм торгов, то родовым по отношению к конкурсу будет понятие торгов, соответственно, конкурсу присущи все признаки торгов. Однако наибольшие сложности возникают с выявлением различий с другими формами торгов.

Как указывается в ст. 447 ГК РФ выигравшим торги на аукционе, признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу - лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия. В экономической литературе аукцион определяется как «специфическая форма рыночных отношений, характеризующаяся особым экономико-организационным механизмом, основанная на прямой конкуренции, достигаемом при этом консенсусе интересов продавца и покупателя, законе спроса и предложения, а победителем торга становится лицо, предложившее максимальную цену»¹⁸⁸. О.А. Беляева отмечает, что п. 4 ст. 447 ГК РФ регулирует только торги на продажу, так как указывается, что победителем аукциона является лицо, предложившее наиболее высокую цену¹⁸⁹. В связи с этим, видится необходимым уточнить формулировку абз. 2 п. 4 ст. 447 ГК РФ, а именно заменить фразу «максимальную цену», на «лучшую цену». Кроме того, исходя из формулировки данной нормы, вытекает ключевой критерий разграничения между конкурсом и аукционом, а именно порядок определения победителя, если в аукционе единственным критерием определения победителя является цена, то при проведении конкурса иные критерии. И.С. Шиткина пишет, что «в отличие от аукциона, где сравнивается только одно условие – цена, при заключении договора посредством проведения конкурса может сравниваться совокупность условий (например – цена, срок поставки, гарантийный срок, порядок предоставления

¹⁸⁸ Калугина О.П. Аукционы, их сущность, ценообразование и совершенствование функционирования: дис. канд. экон. наук. Воронеж., 2000. С. 16.

¹⁸⁹ Беляева О.А. Торги: Теоретические основы и проблемы правового регулирования. С. 180.

сервисного обслуживания)»¹⁹⁰. В судебной практике также обращается внимание на то, что в отличие от аукциона цена не является единственным критерием определения победителя конкурса, поскольку победителем конкурса становится лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия¹⁹¹.

По мнению К.В. Кичика, «основанием разделения конкурсов и аукционов должен выступать не только критерий определения их победителей (цена - в аукционе; цена и другие критерии - в конкурсе), но также и порядок проведения этих процедур и определения их победителей («пошаговое» снижение цены, возможность неоднократного изменения ценового предложения со стороны участников, «автоматическое» определение победителя - в аукционе; рассмотрение и оценка заявок, вынесение решения о победителе комиссией - в конкурсе)»¹⁹². Безусловно, данное замечание видится справедливым, в то же время основным, существенным различием является именно количество критериев определения победителей, иные, процедурные различия базируются на данном признаке.

С.В. Савина обращает внимание на то, что «в основу разграничения конкурса от аукциона положен не столько способ определения победителя, сколько цели, которые ставит перед собой организатор конкурса, выбирая форму торгов, аукцион предназначен для выявления покупателя, способного предложить наиболее выгодную цену. Конкурс же нацелен на выбор лиц, максимально способных к оптимальному решению задачи, поставленной собственником имущества»¹⁹³. Естественно, выбор той или иной формы торгов обусловлен целью, которую преследует организатор, так как от

¹⁹⁰ Настольная книга руководителя организации: правовые основы / отв. Ред. И.С. Шиткина. М., Юстицинформ, 2015. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹¹ См.: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28.08.2014 по делу № А31-11239/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹² Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹³ Савина С.В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 69.

критерия определения победителя зависят те задачи, которые можно выполнить, используя ту или иную форму торгов.

Порядок определения победителя влияет и на сферу применения конкурса. Необходимо обратить внимание на то, что сложная процедура определения победителя конкурса на основании нескольких критериев, сложные формулы подсчета создают возможности для ограничения конкуренции организатором и создания необоснованных преимуществ перед другими участниками. Отсюда следует основное, и, пожалуй, единственное преимущество аукциона - простота и прозрачность определения победителя.

Однако конкурс имеет свои преимущества. В первую очередь, использование нескольких критериев для определения победителя является более объективным по сравнению с аукционом, по которому победитель признается по единственному критерию – цене. Такой критерий может негативно сказаться на других аспектах исполнения договора, прежде всего качестве товаров, работ, услуг. Как отмечает О.А. Беляева, «нужно избегать голого ценового аукциона, на котором играет роль только ценовое предложение, с большим количеством участников; у компании с разумной ценовой политикой мало шансов выиграть на таком аукционе. Поэтому оголтелый переход к аукционам везде и всюду под маркой антикоррупционных процедур заведомо является ошибочным, нерациональность использования такой игры уже давно доказана математиками»¹⁹⁴. В юридической литературе отмечается, что «повышение удельного веса цены среди других показателей, используемых для выбора исполнителя заказа, неизбежно приведет к снижению величины значимости критериев, характеризующих научно-технический и производственно-технологический потенциал производителей»¹⁹⁵. Так, к примеру, С.Ю. Морозов полагает, что договор об организации перевозок должен

¹⁹⁴ Беляева О.А. Указ. соч. С. 20.

¹⁹⁵ Свининых Е.А. Проблемы правового регулирования ценообразования в сфере государственного оборонного заказа // Право в Вооруженных силах. 2013. № 8. С. 105-113.

заклучаться путем проведения публичных торгов в форме конкурса¹⁹⁶. Соответственно, использование конкурса целесообразно там, где существенное значение для выбора контрагента имеет не только цена, но и другие критерии, относительно которых возможно установить критерии оценки.

Возможность использования при проведении конкурса нескольких критериев для определения победителя, позволяет использовать данную процедуру не только при заключении договора, но и при предоставлении каких-либо неимущественных прав, где не используется ценовой критерий, в частности в трудовых, служебных отношениях. Кроме того, конкурс широко используется в публично-частном партнерстве и при возникновении предпринимательских обязательств. По словам А.Е. Кирпичева «управленческо-предпринимательские обязательства представляют собой обязательства между публичными образованиями и индивидуальными предпринимателями, направленные на публичное регулирование предпринимательской деятельности, участвуя в которых его стороны находятся в отношениях власти и подчинения». По мнению А.Е. Кирпичева, «управленческо-предпринимательские отношения в силу своей направленности являются организационными правоотношениями», также «действия сторон такого обязательства связаны с имуществом, именно поэтому для них используются правовые конструкции, родившиеся в частном праве, - договор, обязательство»¹⁹⁷. В качестве вида таких обязательств можно назвать специальный инвестиционный контракт, по которому, согласно ст. 16 Федерального закона от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации», одна сторона – инвестор, в предусмотренный этим контрактом срок своими силами или с привлечением иных лиц обязуется создать либо модернизировать и (или)

¹⁹⁶ Морозов С.Ю. Указ. соч. С. 256.

¹⁹⁷ Кирпичев А.Е. Применение конструкции управленческо-предпринимательских обязательств в современном правовом регулировании предпринимательской деятельности // Современное право. 2014. №1. С. 58-62.

освоить производство промышленной продукции на территории Российской Федерации. РФ или субъект РФ в течение такого срока обязуется осуществлять меры стимулирования деятельности в сфере промышленности, предусмотренные законодательством РФ или субъекта РФ в момент заключения специального инвестиционного контракта. Так как в качестве предмета контракта могут использоваться нематериальные блага, которые не являются объектом гражданских прав, в частности, особый налоговый режим, то данные отношения носят не гражданско-правовой характер, а предпринимательский. Согласно ст. 10 Закона о промышленной политике в качестве особенностей предоставления государственных субсидий указано использование конкурсных механизмов предоставления субсидий с включением в число критериев отбора их получателей показателей эффективности использования субсидий. Таким образом, вышеуказанный пример свидетельствует о возможности применения конкурса не только для заключения гражданско-правовых договоров, но и для выбора стороны управленческо-предпринимательских обязательств, лица для предоставления определенного ограниченного права.

Наличие нескольких критериев определения победителя требует особой процедуры проведения конкурса. В связи с этим возникает необходимость в осуществлении оценки заявок, их сопоставлении, также в условиях конкурса могут иметь место критерии, требующие субъективной оценки. Соответственно, в качестве признака конкурса можно назвать функционирование конкурсной комиссии, которая осуществляет проверку и оценку заявок участников. Контраргументом данного отличительного признака может являться то обстоятельство, что при проведении аукциона также может функционировать аукционная комиссия. Но как отмечает А.Е. Кирпичев, «аукционная комиссия не определяет победителя аукциона»¹⁹⁸. Действительно, при проведении аукциона комиссия не

¹⁹⁸ Кирпичев А.Е. Муниципальный контракт в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 111.

осуществляет выявление победителя, поскольку таковым является лицо, предложившее наилучшую цену, аукционная комиссия лишь формализует результаты аукциона.

Вопрос о правовом статусе конкурсной комиссии является дискуссионным. Такая неопределенность сложилась ввиду отсутствия общих положений о конкурсе, так как во множестве специальных законов, подзаконных актах предлагаются различные перечни функций конкурсной комиссии, порядок ее формирования, меры ответственности.

С.В. Савина подчеркивает, что создание конкурсной комиссии в отличие от аукционной всегда обязательно¹⁹⁹. По ее мнению конкурсная комиссия «является рабочим органом, осуществляющим выбор победителя конкурса, и назначаемым организатором конкурса, но не самостоятельным субъектом указанных правоотношений, ввиду того, что конкурсная комиссия не является носителем субъективных прав и обязанностей, а также не может нести ответственность перед участниками конкурса»²⁰⁰. С данной позицией не соглашается Ф.А. Тасалов, по его мнению, конкурсная комиссия обладает правосубъектностью, в обоснование своей точки зрения он отмечает, что «признание конкурсной комиссии рабочим органом не устраняет правовой неопределенности в вопросе о правовом положении комиссии, так как словосочетание «рабочий орган» не раскрывает правового положения комиссии», а также, что конкурсные, аукционные комиссии выступают субъектами административной ответственности в лице своих членов в соответствии с кодексом РФ об административных правонарушениях²⁰¹. В то же время, если обратиться к положениям ст. 2.4. Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ), то там указано, что лица, осуществляющие функции по организации и проведению обязательных в соответствии с законодательством Российской

¹⁹⁹ Савина С.В. Указ. соч. С. 70.

²⁰⁰ Там же. С. 84.

²⁰¹ Тасалов Ф.А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование. М., Проспект, 2016.

Федерации торгов, в том числе члены конкурсной комиссии, совершившие административное правонарушение, предусмотренные ст. 7.32.4 КоАП РФ, несут административную ответственность как должностные лица. Исходя из данной нормы, следует, что к ответственности привлекается не комиссия как субъект, а ее члены, что говорит в пользу отсутствия у конкурсной комиссии правосубъектности, однако, это не препятствует рассмотрению комиссии как органа юридического лица.

Схожая позиция находит отражение и в судебной практике, так в одном из постановлений Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда сказано, что ответчик требовал привлечь к участию в деле котировочную комиссию, однако суд указал, что котировочная комиссия наделена полномочиями юридическим лицом и при проведении запроса котировок представляет юридическое лицо – заказчика. Соответственно, комиссия, а равно физические лица – члены комиссии, не могут быть признаны ответчиками по рассматриваемому спору²⁰². Думается, что существо котировочной комиссии и конкурсной комиссии единое, несмотря на различающиеся полномочия (котировочная комиссия не осуществляет оценку по неценовым критериям), поэтому данный пример возможно применить и к конкурсным комиссиям.

Говоря о комиссиях, стоит подчеркнуть, что в рамках деятельности государственных (муниципальных) органов создаются конкурсные комиссии. В литературе отмечается, что комиссии - это постоянно или временно действующий коллегиальный орган²⁰³. Так, например, в ст. 40 Закона о защите конкуренции закреплено, что для рассмотрения каждого дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган создает комиссию по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа.

²⁰² См.: Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2015 по делу № А07-12265/2015 / СПС «КонсультантПлюс».

²⁰³ См.: Васильев В.И. Муниципальное право России: учебник. М., Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс» абз. 2079.

Состав комиссии и ее председатель утверждаются антимонопольным органом. В качестве примера также следует привести ликвидационную комиссию, которая создается в целях ликвидации юридического лица. Согласно п. 3 и 4 ст. 63 ГК РФ, учредители (участники) юридического лица или орган, принявшие решение о ликвидации юридического лица, назначают ликвидационную комиссию и устанавливают порядок и сроки ликвидации в соответствии с законом. С момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами юридического лица. Ликвидационная комиссия от имени ликвидируемого юридического лица выступает в суде. Ликвидационная комиссия обязана действовать добросовестно и разумно в интересах ликвидируемого юридического лица, а также его кредиторов. В данном случае и комиссия, создаваемая в рамках государственных (муниципальных) образований и в рамках юридического лица является органом соответствующего субъекта права. В.Н. Смирнов отмечал, что «конкурсная комиссия не является постоянно действующим органом устроителя конкурса. Она создается устроителем конкурса для выполнения конкретных задач»²⁰⁴. Приведенная позиция определяет конкурсную комиссию через отрицание и не дает четкого определения ее сущности, однако указанный автор видимо имел ввиду, что конкурсная комиссия является временным органом. В связи с этим, уместно привести слова Г.Д. Отнюковой о том, что «правосубъектностью обладают граждане, юридические лица, публичные образования. Хозяйственной компетенцией обладают органы государственной и муниципальной власти и органы юридического лица»²⁰⁵. В.Н. Смирнов отмечал, что «конкурсная комиссия не является постоянно действующим органом устроителя конкурса. Она создается устроителем конкурса для выполнения конкретных задач»²⁰⁶. Соответственно, конкурсная комиссия представляет собой либо

²⁰⁴ Смирнов В.Н. Конкурс в советском гражданском праве. Л., 1964. С. 43.

²⁰⁵ Предпринимательское право / отв. Ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова: учебник для бакалавров. М., Проспект, 2014. С. 76 (Автор параграфа – Г.Д. Отнюкова).

²⁰⁶ Смирнов В.Н. Указ. соч. С. 43.

самостоятельный орган, либо структурное подразделение органа юридического лица или публично-правового образования, наделенного соответствующим юридическим лицом или публично-правовым образованием соответствующими полномочиями для исполнения соглашения о проведении конкурса.

Если обратиться к правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, закрепляющим возможность обжалования действий, как организатора торгов, так и конкурсной комиссии, то можно предположить, что соответствующее положение, на первый взгляд, противоречит высказанной выше позиции. Однако, при рассмотрении данной нормы следует исходить из того, что данная норма направлена на защиту, прежде всего, публичных интересов – обеспечение и поддержание конкуренции и обжалование, согласно данной норме происходит, в первую очередь, с целью пресечения нарушения конкуренции. Представляется, что данная норма направлена в наибольшей степени на отношения, возникающие в связи с проведением обязательных торгов, где субъекты наделены властными полномочиями.

В свою очередь, согласно ст. 218 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ)²⁰⁷ гражданин, организация, иные лица могут обратиться в суд с требованиями об оспаривании решений, действий (бездействия) органа государственной власти, органа местного самоуправления, иного органа, организации, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями (включая решения, действия (бездействие) квалификационной коллегии судей, экзаменационной комиссии), должностного лица, государственного или муниципального служащего (далее - орган, организация, лицо, наделенные государственными или иными публичными полномочиями), если полагают, что нарушены или оспорены их права, свободы и законные интересы, созданы препятствия к осуществлению их

²⁰⁷ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. ст. 1391.

прав, свобод и реализации законных интересов или на них незаконно возложены какие-либо обязанности. Гражданин, организация могут обратиться непосредственно в суд или оспорить решения, действия (бездействие) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, в вышестоящий в порядке подчиненности орган, организацию, у вышестоящего в порядке подчиненности лица, либо использовать иные внесудебные процедуры урегулирования споров. Соответственно, граждане и юридические лица могут обжаловать действия государственных и муниципальных органов, но не могут обжаловать действия органов юридических лиц, так как последние не наделены соответствующими полномочиями, но могут подавать жалобы в соответствующие государственные органы на действия самого юридического лица. Таким образом, при обжаловании частных торгов обжалуются, по сути, действия юридического лица как организатора конкурса. Подтверждается ранее сделанный вывод о статусе конкурсной комиссии как органа организатора, не обладающего правоспособностью. В пользу этого вывода свидетельствуют положения ст. 124 и 125 ГК РФ, согласно которым субъектами права являются Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования, а действуют от их имени органы государственной (муниципальной) власти, наделенные соответствующей компетенцией. Наглядно данное положение находит отражение в Решении Арбитражного суда Свердловской области от 24.05.2013 по делу № А60-389/2013²⁰⁸, так истец обратился в суд с иском о взыскании с ответчика 52 000 руб. в возмещение убытков, причиненных незаконными действиями конкурсной комиссии Администрации Полевского городского округа. При этом суд отметил, что ответчиком выступает Полевский городской округ в лице Администрации Полевского городского округа. Суд удовлетворил требования заявителя. Как видим, в данном решении конкурсная комиссия

²⁰⁸ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 24.05.2013 по делу № А60-389/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

рассматривается как структурное подразделение Администрации муниципального образования.

Касательно административной ответственности членов конкурсной комиссии, исходя из ранее сделанного вывода следует, что конкурсная комиссия не является субъектом ответственности, а субъектом ответственности выступают должностные лица, так как именно от их действий зависит принятие того или иного решения. Самостоятельно же орган юридического лица не может быть субъектом ответственности, наглядно это показывает положение ст. 53.1 ГК РФ, согласно которому лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, обязано возместить по требованию юридического лица, его учредителей (участников), выступающих в интересах юридического лица, убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. В контексте данного вопроса интерес представляет позиция О.В. Гутникова, согласно которой «любой орган юридического лица - это по сути всего лишь технико-юридическое обозначение определенных компетенций и набора полномочий, которые осуществляют назначенные в установленном порядке лица, составляющие этот орган или выполняющие его функции»²⁰⁹. Таким образом, ответственность несет лицо, исполняющее функции органа, а не сам орган.

Еще одним отличительным признаком конкурса в литературе называют отсутствие у участников возможности подачи нескольких предложений и возможность получения информации о предложениях других участников. К.В. Кичик пишет, что «в процессе проведения конкурса его участники не могут неоднократно изменять свое предложение»²¹⁰. Такая позиция находит отражение в законодательстве, так, например, в ч. 7 ст. 51 Закона о контрактной системе установлено правило, что участник открытого конкурса

²⁰⁹ Гутников О.В. Юридическая ответственность в корпоративных отношениях // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 51 - 117.

²¹⁰ Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

вправе подать только одну заявку на участие в открытом конкурсе в отношении каждого предмета открытого конкурса. В Законе о ГЧП закреплено правило о том, что участник конкурса вправе представить конкурсное предложение на заседание конкурсной комиссии в момент вскрытия конвертов с конкурсными предложениями, который является моментом истечения срока представления конкурсных предложений. Кроме того, в п. 57 и 61 Постановления Правительства РФ от 06.02.2006 № 75 «О порядке проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом»²¹¹ установлено, что претендент вправе изменить или отозвать заявку на участие в конкурсе в любое время непосредственно до начала процедуры вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе. При этом конкурсная комиссия вскрывает все конверты с заявками на участие в конкурсе, которые поступили организатору конкурса до начала процедуры вскрытия конвертов. Таким образом, можно сделать вывод, что для конкурса, в отличие от аукциона, не характерно наличие «торга», т.е. подачи нескольких предложений о цене в зависимости от предложений других участников с целью победы. При проведении конкурса соперничество между участниками носит «заочный характер» и у участников до определенного момента должны отсутствовать сведения о предложениях их конкурентов. Показательна в данном случае норма, закрепленная в п. 2 ст. 51 Закона о контрактной системе, согласно которой участник открытого конкурса подает в письменной форме заявку на участие в открытом конкурсе в запечатанном конверте, не позволяющем просматривать содержание заявки до вскрытия. Данное правило необходимо рассматривать как общее для всех конкурсов.

Представляется, что указанное выше правило обусловлено целью проведения конкурса, заключающегося в выявлении лица наиболее способного к исполнению договора. Соответственно, для достижения указанных целей необходимо, чтобы участник подошел к подготовке

²¹¹ Российская газета. 2006. 22 февраля. № 37.

предложения обдуманно с учетом собственных возможностей, ресурсов, оценил всевозможные риски, последствия и подал предложения, основанное на точном экономическом расчете. О.А. Беляева, критикуя широкое распространение аукционов, подчеркивает, что «самое привлекательное по цене предложение редко оказывается на практике самым выгодным. Заниженная цена часто означает, что поставщик переоценил свои возможности, работает себе в убыток или на пределе рентабельности и, следовательно, не имеет резерва надежности. В результате работа часто делается с существенно более низким качеством, чем изначально предполагалось, и дольше, чем было запланировано, при этом не следует исключать возможность того, что заказ не будет выполнен вообще»²¹². При этом стоит отметить, что во время торга на аукционе, в погоне за победой участники могут предлагать цены, не основанные на экономическом расчете, без учета своих возможностей, что впоследствии негативно сказывается на качестве исполнения договора или приводит к расторжению договора.

Говоря о правовом регулировании конкурса, необходимо отметить практически полное отсутствие общих положений о конкурсе, за исключением положений ст. 447-449 ГК РФ, и в то же время подробнейшую регламентацию конкурса в специальных законах и подзаконных актах. Представляется, что такое положение вещей не может благоприятно отразиться на правоприменительной практике и правотворческой деятельности, так как отсутствие общих положений создает трудности в правовой оценке тех или иных отношений, возникающих при проведении конкурса, в частности, существенно ограничивает применение конкурса за пределами случаев, установленных законом лишает его привлекательности.

Однако стоит отметить, что Министерством экономического развития разработан проект Федерального закона об открытых торгах, в котором предполагается урегулировать отношения связанные с проведение торгов²¹³. В ст. 1 указанного проекта отмечено, что положения закона

²¹² Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: Юриспруденция, 2011.

²¹³ <http://regulation.gov.ru/projects#npa=53011> (дата обращения – 25.11.2016).

распространяются на отношения, связанные с организацией и проведением торгов, открытых по способу приглашения участников, обязательных в силу нормативных правовых актов РФ, нормативных правовых актов субъектов РФ, муниципальных правовых актов, а также принудительных в силу решения суда или исполнительных документов, с заключением договоров и выдачей специальных разрешений по результатам таких торгов или в случае, если торги признаны несостоявшимися.

На данный момент положения о конкурсах содержатся в различных подзаконных актах²¹⁴, при этом в указанных актах присутствует детальная регламентация порядка проведения конкурса. Вместе с тем детальная регламентация создает сложности в правоприменительной практике, так как невозможно предусмотреть в нормативном правовом акте все возможные нарушения. Например, Арбитражный суд Московского округа подчеркнул, что отказывая в удовлетворении заявленных требований, суды обеих инстанций правомерно исходили из факта доказанности злоупотребления со стороны заявителя его правами по отклонению заявок, по сути, по формальному основанию. В удовлетворении требования отказано, поскольку факт злоупотребления со стороны учреждения его правами в виде отклонения заявок по формальному основанию доказан²¹⁵. Таким образом, при разрешении споров, связанных с проведением конкурса, правоприменительные органы должны руководствоваться прежде всего принципами права. Вместе с тем представляется необходимым установить в ГК РФ более подробные общие правила о конкурсе, которым должны соответствовать положения субъектов, осуществляющих закупки товаров, работ, услуг на основании Закона о закупках отдельными видами юридических лиц.

²¹⁴ См. например: Постановление Правительства РФ от 30.12.2008 № 1078 «О проведении конкурса на право заключения договора о предоставлении рыбопромыслового участка для организации любительского и спортивного рыболовства и заключении такого договора» // СЗ РФ. 2009. № 2, ст. 259; Постановление Правительства РФ от 12.08.2002 № 584 «Об утверждении Положения о проведении конкурса по продаже государственного или муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 33. ст. 3228.

²¹⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.10.2015 № Ф05-12128/2015 по делу № А40-197219/14 // СПС «КонсультантПлюс».

Конкурсы могут быть классифицированы по различным основаниям. В п. 1 ст. 448 ГК РФ установлено, что конкурсы могут быть открытые и закрытые. Критерием разграничения выступает возможный круг участников, если в открытом конкурсе участие может принять любой субъект, то в закрытом только специально приглашенные. Схожий подход к разграничению используется в специальных законах, так в ст. 19 Закона о ГЧП указано, что конкурс может быть открытым (заявки на участие в конкурсе могут представлять любые лица) или закрытым (заявки на участие в конкурсе могут представлять лица, которым направлены приглашения принять участие в таком конкурсе в соответствии с решением о реализации проекта). В частных закрытых конкурсах каких-либо ограничений в их проведении устанавливать нецелесообразно, так как субъект имеет право заключить договор с использованием любого способа, в том числе и закрытого конкурса, в данном случае действует принцип свободы договора.

Однако использование закрытых конкурсов в тех случаях, когда заключение на торгах обязательно, должно быть обусловлено весьма вескими причинами, так как такой конкурс ограничивает конкуренцию, снижает «прозрачность» процедуры и создает возможности для злоупотреблений со стороны организатора путем ограничения потенциальных участников. На этот счет В.Ф. Попондопуло пишет, что «закрытый конкурс проводится в виде исключения»²¹⁶. Такие исключения, как правило, закрепляются в специальных законах. Согласно ч. 3 ст. 19 Закона о ГЧП закрытый конкурс проводится в случае, если соглашение заключается в отношении объекта, сведения о котором составляют государственную тайну. В ст. 84 Закона о контрактной системе установлено, что закрытые способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) применяются только в случаях: 1) закупок для обеспечения федеральных нужд, если сведения о таких нуждах составляют государственную тайну; 2) закупок, сведения о которых

²¹⁶ Попондопуло В.Ф. Публично-частное партнерство: понятие и правовые формы // Арбитражные споры. 2014. №2. С. 81-100.

составляют государственную тайну, при условии, что такие сведения содержатся в документации о закупке или в проекте контракта; 3) заключения контрактов на оказание услуг по страхованию, транспортировке и охране ценностей Государственного фонда драгоценных металлов и драгоценных камней Российской Федерации. Как видно, во всех случаях использование закрытого конкурса обусловлено охраной государственной тайны, в то же время использование закрытого конкурса не должно быть излишним. В одном из постановлений Второго арбитражного апелляционного суда указано, что «поскольку из материалов дела не усматривалось, что закупаемая продукция обладала уровнем сложности, специальным характером или иными особенностями рынка, в результате чего могла быть закуплена только у ограниченного круга поставщиков, число которых известно, применение закрытой формы проведения торгов признано неправомерным, так как данное обстоятельство позволило отдельным субъектам, действующим на рынке, получить в преимущественном порядке (путем направления предложения об участии) информацию о проведении закупочной процедуры»²¹⁷. Таким образом, при разрешении споров о целесообразности проведения конкурса необходимо исходить из фактических обстоятельств и оценивать риск для особо охраняемых благ, в частности, охраны государственной тайны.

При проведении закрытого конкурса также открытым остается вопрос о том, на основании каких критериев должен осуществляться выбор лиц, которым рассылаются приглашения.

Кроме открытого и закрытого также выделяют конкурс с ограниченным участием. С.В. Савина критически высказалась относительно использования такого подхода, так как «выделение такого третьего вида конкурсов, как конкурсы с ограниченным участием, по такому критерию как круг участников некорректно»²¹⁸. В данном случае следует согласиться с

²¹⁷ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13.05.2015 № 02АП-2835/2015 по делу № А82-15816/2014 // СПС «Консультант плюс».

²¹⁸ Савина С.В. Указ. соч. С. 159.

указанной точкой зрения, так как конкурс с ограниченным участием, исходя из положений ст. 56 Закона о контрактной системе, предполагает не ограничение количества участников или проведение такого конкурса среди узкого круга претендентов, а наличие более сложной процедуры определения победителя и осуществление предварительного отбора. В Положении о Закупках ПАО «Газпром» такой конкурс именуется как конкурс с предварительным отбором, согласно п. 7.1 Положения такой конкурс определяется как способ осуществления закупки, при котором информация о закупке сообщается неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении конкурса с предварительным отбором, документации о предварительном отборе, конкурсной документации. Победителем конкурса с предварительным отбором признается лицо, прошедшее предварительный отбор и предложившее лучшие условия исполнения договора по итогам конкурса с предварительным отбором. Представляется, что понятие «конкурс с предварительным отбором» является более приемлемым, так как по существу данный вид конкурса является открытым.

Также по количеству стадий можно выделить одноэтапные и двухэтапные конкурсы. Одноэтапный конкурс характеризуется однократным определением победителя по итогам единственной процедуры. Двухэтапный конкурс нашел отражение в Законе о контрактной системе, его сущность заключается в наличии двух стадий в его проведении. Исходя из положений ст. 57 Закона о контрактной системе, участники подают заявки, и на первом этапе происходит их обсуждение, участники получают возможность уточнить свои предложения, а на втором этапе рассматриваются окончательные предложения участников, при этом их участие обязательно во всех этапах. В Положении о закупках ПАО «Газпром» используется схожее определение.

Также возможна классификация конкурсов по сферам деятельности, например, в сфере осуществления закупок для государственных нужд (ст. 21

Закона о контрактной системе), при заключении концессионных соглашений (ст. 21 Закона о концессионных соглашениях), при заключении договора управления многоквартирным домом (ст. 155 Жилищного кодекса РФ) при передаче в пользование государственного и муниципального имущества (ст. 17.1 Закона о защите конкуренции).

В проекте закона «Об открытых торгах» предлагается введение электронного конкурса (ст. 22), данной нормой определяется порядок проведения электронного конкурса. При этом, электронный конкурс получил распространение при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц.

Важное значение имеет вопрос установления стадий проведения конкурса, на этот счет в науке отсутствует единство мнений. Так, Ю.С. Турсунова полагает, что «механизм торгов заключается в следующем: организатор торгов объявляет о проведении торгов, а участники подают свои заявки, из которых организатор выбирает наилучшую»²¹⁹. Таким образом, по мнению Ю.С. Турсуновой, в ходе проведения торгов можно выделить три стадии: извещение о проведении торгов, подача заявок участниками и подведение итогов. Л.Ф. Гатаулина, в свою очередь, пишет, что «процедура организации и проведения торгов включает в себя три этапа (стадии):

- Организация (подготовка) торгов;
- Проведение торгов;
- Подведение итогов и оформление результатов торгов»²²⁰.

С.В. Савина выделяет четыре стадии проведения конкурса: «1) извещение о проведении конкурса; 2) подача участниками конкурса заявок; 3) рассмотрение заявок участников; 4) выбор победителя конкурса»²²¹.

В.В. Груздев указывает, что механизм возникновения договора на торгах включает следующие последовательно взаимодействующие элементы

²¹⁹ Турсунова Ю.С. Указ. соч. С. 69.

²²⁰ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар. 2007. С. 126.

²²¹ Савина С.В. Указ. соч. С. 105.

(юридические факты): одностороннюю сделку организатора торгов (извещение о проведении торгов), одностороннюю сделку участника торгов, совершенную под отлагательным условием (заявку), юридический поступок организатора торгов (проведение торгов как процедуры выявления победителя и содержания будущего договора), договор-сделку.

Если исходить из положений ст. 448 ГК РФ, то можно выделить такие стадии как опубликование извещения, подача заявок, внесение задатка и определение победителя. В соответствии со ст. 48-53 Закона о контрактной системе, конкурс имеет следующие этапы: 1) извещение о проведении конкурса, которым начинается процедура торгов, вместе с извещением размещается конкурсная документация; 2) подача заявок на участие в открытом конкурсе; 3) вскрытие конвертов с заявками на участие, оканчивающееся подписанием протокола; 4) рассмотрение и оценка заявок, оканчивающиеся подписанием протокола.

Законом о приватизации и положением о проведении конкурса по продаже государственного и муниципального имущества предусмотрен следующий порядок проведения конкурса: 1) извещение о проведении конкурса; 2) подача заявок на участие и внесение задатка; 3) принятие решения о допуске к участию, которое оформляется протоколом; 4) вскрытие конвертов и определение победителя, которое заканчивается подписанием протокола (ст. 20).

В Законе о концессионных соглашениях указаны такие этапы проведения торгов в форме конкурса: 1) сообщение о проведении конкурса; 2) представление конкурсных предложений; 3) проведение предварительного отбора участников; 4) вскрытие конвертов с конкурсными предложениями; 5) рассмотрение и оценка конкурсных предложений; 6) определение победителя (ст. 21-36).

Представляется, что наиболее предпочтительным является выделение трех стадий: 1) опубликование извещения; 2) подача заявок, как ответ участников на извещение; 3) определение победителя. Кроме того, следует

согласиться с позицией Л.Ф. Гатаулиной, что в качестве факультативной стадии следует выделить предварительный этап, который предшествует извещению и на котором могут приниматься решения о проведении конкурса, заключаться договор со специализированной организацией, формирование конкурсной комиссии.

Кроме того, не следует выделять внесение задатка как самостоятельную стадию, так как данные действия являются необходимыми при подаче заявки. Вскрытие конвертов, рассмотрение предложений и выбор победителя следует объединить стадией – определения итогов конкурса.

Таким образом, конкурс является уникальным правовым институтом, который необходимо системно исследовать с точки зрения различных научных дисциплин, прежде всего философии, социологии, экономики. Конкурсы имеют широкую сферу применения, их регулирование не исчерпывается только нормами гражданского права, использование конкурсов нашло широкое применение в трудовом, предпринимательском, административном праве. Ключевым признаком всех конкурсов является состязательность, которая предопределяет и другие признаки, в частности, наличие более двух участников. Также конкурс является видом фактических составов, так как включает в себя совокупность последовательно совершаемых действий, объединенных единой целью. Одним из проявлений конкурса является то, что он выступает формой торгов. При определении особенностей конкурса как формы торгов необходимо сопоставить конкурс с аукционом как ближайшем видовым понятием. Основным отличительным признаком конкурса является способ определения победителя, так как при определении победителя конкурса используется не менее двух критериев. Кроме того, особенностью конкурса является определение победителя конкурсной комиссией, которая выступает коллективным, временным органом юридического лица или публично-правового образования. Еще одним существенным признаком конкурса является отсутствие торга между

участниками, так как предложение подается однократно, и предложения иных участников не должны быть известны другим участникам.

ГЛАВА 2. СОДЕРЖАНИЕ ЭТАПОВ ПРОВЕДЕНИЯ КОНКУРСА

2.1. Извещение о проведении торгов. Подача заявок.

Как уже было отмечено в главе 1 настоящего диссертационного исследования, первой стадией конкурса следует считать извещение, поскольку в извещении определяются условия проведения конкурса, в частности порядок подачи заявки, внесения обеспечения и критерии определения победителя.

В то же время без должного внимания остаются те действия, которые имеют место до публикации извещения. Совокупность действий предшествующих проведению торгов действий и отношений Л.Ф. Гатаулина считает факультативным²²². Действительно, действия, предшествующие проведению конкурса, не всегда имеют правовое значение и они могут носить как юридический, так и фактический характер. Например, анализ рынка, изучение предложений потенциальных поставщиков, определение целесообразности проведения конкурса сами по себе никаких правовых последствий не влекут, однако если рассматривать отдельные виды конкурсов, регулируемые специальным законодательством, то в ряде случаев действия предшествующие публикации извещения о проведении конкурса влекут правовые последствия.

Так, в ст. 13.1 Закона РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах»²²³ (далее – Закон о недрах) установлено, что принятие решений о проведении конкурсов или аукционов на право пользования участками недр, о составе и порядке работы конкурсных или аукционных комиссий и определении порядка и условий проведения таких конкурсов или аукционов относительно каждого участка недр или группы участков недр осуществляются соответствующими органами власти. В ч. 7 ст. 10 Закона о ГЧП закреплено, что на основании

²²² Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. С. 127.

²²³ Закон РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах» // СЗ РФ. 1995. № 10, ст. 823.

решения о реализации проекта публичный партнер в срок, не превышающий ста восьмидесяти дней со дня принятия данного решения, обеспечивает организацию и проведение конкурса на право заключения соглашения.

Как видно на данных примерах, обязательным условием является наличие решения соответствующего органа власти, которое управомочивает организатора на проведение соответствующего конкурса. В правоприменительной практике имеют место примеры, когда такие решения отменяются. Так, согласно Определению Верховного Суда РФ²²⁴ по одному из споров, требование казенного предприятия о признании торгов по предоставлению права на геологическое изучение, разведку и добычу общераспространенных полезных ископаемых признано недействительным в связи с принятием решения о их проведении неуполномоченным органом.

Согласно ч. 4 ст. 161 Жилищного кодекса Российской Федерации²²⁵ (далее – ЖК РФ) орган местного самоуправления проводит открытый конкурс по отбору управляющей организации, если в течение года до дня проведения указанного конкурса собственниками помещений в многоквартирном доме не выбран способ управления этим домом. В данном случае основанием проведения конкурса служит отсутствие какого-либо юридического факта. И также в судебной практике достаточно примеров, связанных с оспариванием основания проведения такого конкурса. Согласно Постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.10.2015 по делу № А70-12511/2014²²⁶ муниципальным образованием проведен конкурс по выбору управляющей организации, однако судом установлено, что собственниками квартир в многоквартирном доме принято решение о выборе управляющей организации, в связи с этим суд принял решение о признании конкурса недействительным.

²²⁴ Определение Верховного Суда РФ от 09.11.2015 № 478-ПЭК15 по делу № А55-19946/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

²²⁵ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть 1), ст. 14.

²²⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.10.2015 № Ф04-24003/2015 по делу № А70-12511/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

Если обратиться к Закону о контрактной системе, то до момента публикации извещения о проведении конкурса, осуществляется планирование и обоснование закупок (ст. 16 – 18), в ряде случаев требуется общественное обсуждение закупки (ст. 20), происходит определение начальной максимальной цены контракта (ст. 22). Нарушения при осуществлении указанных действий также могут повлечь признание недействительными торгов, что также находит отражение в правоприменительной практике²²⁷.

Таким образом, для проведения конкурса в ряде случаев, установленных соответствующими нормативными правовыми актами, необходимо наличие (или отсутствие) определенных юридических фактов. Нарушения, совершенные организатором на этапе предшествующем опубликованию извещения или отсутствие необходимого решения органа публичной власти или общего собрания, могут повлечь признание данного конкурса недействительным и соответственно договора, заключенного по результатам такого конкурса.

Переходя непосредственно к исследованию существа извещения о проведении конкурса, стоит отметить, что в доктрине о правовой природе извещения о торгах является крайне дискуссионным. Законодатель также не дает ответа на данный вопрос, в ст. 448 ГК РФ закреплены некоторые требования к извещению и срокам его опубликования, однако существо извещения не раскрывается.

В науке сложилось несколько позиций относительно понимания извещения о проведении конкурса. Так, Л.Ф. Гатаулина предлагает рассматривать все действия субъектов торгов в двух аспектах: во-первых, применительно к основному договору, который будет заключен в результате торгов, а во-вторых по отношению к процедуре торгов²²⁸. По ее мнению, относительно основного договора извещение выступает приглашением

²²⁷ Решение Челябинского УФАС России от 03.09.2015 по делу № 559-ж/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

²²⁸ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. С. 133.

делать оферты. А по отношению к торгам извещение выступает «односторонней сделкой организатора торгов, порождающей его одностороннее обязательство организовать торги»²²⁹. Указанный подход, по сути, отождествляет извещение с приглашением делать оферты и односторонней сделкой. В юридической литературе двухаспектный подход к определению извещения нашел широкую поддержку. О.А. Беляева пишет, что «по своей юридической природе и, соответственно, по правовым последствиям приглашение делать предложения и извещение о предстоящих торгах тождественны друг другу. Извещение о торгах – это односторонняя сделка организатора, с которой начинаются торги, ее последствием является приглашение делать оферты, то есть подавать заявки (предложения)»²³⁰. С.В. Савина также придерживается мнения о правовой природе извещения как односторонней сделки²³¹. Л.В. Андреева пишет, что «извещение о проведении конкурса следует рассматривать как приглашение делать оферты»²³², вместе с тем профессор Л.В. Андреева не называет извещение односторонней сделкой.

Так, в постановлении от 15.12.1999 ФАС Московского округа указал, что извещение о проведении торгов не является односторонней сделкой создающей права и обязанности сторон, а потому она не может быть признана недействительной в соответствии со ст. 168 ГК РФ. Суд квалифицировал данную публикацию извещения о торгах как подготовительный этап по организации и проведению торгов, не имеющую признаков сделки²³³. В ряде судебных актов поднимался вопрос о рассмотрении извещения как односторонней сделки, однако суды обходили данный вопрос и не давали квалификацию извещению. Например, в

²²⁹ Гатаулина Л.Ф. Указ. соч. С. 133, 136.

²³⁰ Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики. М.: ИНФРА-М, 2016. С. 151.

²³¹ Савина С.В. Указ. соч. С. 112.

²³² Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М., Волтерс Клувер, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

²³³ Постановление ФАС Московского округа от 15.12.1999. № КГ-А40/4076-99 // СПС «КонсультантПлюс».

постановлении ФАС Северо-Кавказского округа²³⁴ истец заявил требование о признании недействительным извещения о торгах как односторонней сделки в части установления требований к победителю торгов уплатить арендную плату за первый год в течении десяти дней со дня проведения торгов. Суд отказал в удовлетворении данного требований, однако не разъяснил существо извещения.

Согласно другой позиции извещение является офертой по отношению к договору, такой подход нашел отражение в судебной практике. Например, в постановлении ФАС Уральского округа от 07.09.2010 по делу № А47-11832/2009²³⁵ указано, что извещение о проведении конкурса является начальным этапом заключения договора на торгах, а именно адресованным неопределенному кругу лиц предложением заключения договора данного вида (публичной офертой), в связи с чем, оно имеет гражданско-правовую природу. Арбитражный Суд Центрального округа в одном из постановлений²³⁶ указал, что извещение о проведении открытых торгов и протокол о результатах торгов фактически по своей правовой сути являются офертой, поскольку содержат существенные условия договора, который подлежит заключению по результатам их проведения. Заключение договора на торгах и правовые последствия определения победителя торгов, подписания с ним протокола о результатах торгов исключают возможность рассмотрения каких-либо разногласий относительно условий договора и истец, став победителем торгов, приобрел право на заключение договора на определенных условиях, указанных в извещении о проведении торгов и в протоколе о результатах торгов. Рассмотрение извещения в качестве оферты не соответствует положениям ст. 435 ГК РФ и существу оферты, так как оферта предполагает наличие всех существенных условий договора, а при

²³⁴ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 19.12.2013 по делу № А32-43816/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

²³⁵ Постановление ФАС Уральского округа от 07.09.2010 по делу № А47-11832/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

²³⁶ Постановление ФАС Центрального округа от 16.05.2014 по делу № А35-3506/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

проведении конкурса некоторые условия договора определяются уже после публикации извещения, в частности цена.

Третья позиция, которая получила также достаточно широкое распространение, извещение рассматривается как оферта на заключение соглашения о проведении торгов. М.И. Брагинский писал, что «извещение о проведении торгов представляет собой оферту, из которой возникает обязанность заключить договор с адресатом (любым отозвавшимся) на проведение торгов, обеспеченный возможностью заявить требование о возмещении убытков²³⁷». По мнению Ю.С. Турсуновой извещение о проведении торгов нельзя рассматривать как оферту на заключение договора. Она считает, что «более правильно извещение рассматривать как оферту (предложение) принять участие в торгах²³⁸». По ее словам «извещение о проведении торгов – это сообщение организатора о желании вступить в правоотношение по поводу организации и проведения торгов, из условий которого ясно или подразумевается, что сообщение будет связывать оферента (организатора) как только адресат примет его путем вполне определенного действия. К такому извещению применимы нормы ст. 437 ГК РФ»²³⁹. Ю.С. Турсунова не рассматривает торги в качестве договора, но в то же время, как и М.И. Брагинский называет извещение офертой на участие в торгах, в этом проявляется схожесть их позиций.

Большинство исследователей элементы фактического состава конкурса трактуют в качестве оферты и акцепта в контексте заключаемого по результатам конкурса договора. В связи с этим возникает вопрос о целесообразности в рамках проведения конкурса рассматривать оферту и акцепт в отношении заключаемого на конкурсе договора. Думается, что такая необходимость отсутствует. Если в качестве оферты можно выделить, например, подачу заявок, то акцепт при проведении конкурса в принципе не может существовать. Согласно ст. 438 ГК РФ акцептом является ответ лица,

²³⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 227 (Автор главы – М.И. Брагинский).

²³⁸ Турсунова Ю.С. Указ. соч. С. 72.

²³⁹ Там же. С. 75.

которому направлена оферта о ее принятии, однако на организаторе лежит обязательство заключить договор с победителем, и он связан этим обязательством, соответственно свобода в выборе вариантов поведения у организатора отсутствует. Кроме того, цель выделения оферты и акцепта имеет, прежде всего, значение для определения момента заключения договора. Применительно к конкурсу такой момент определяется по общему правилу подписанием протокола (ст. 448 ГК РФ), в специальных законах такой момент связан с подписанием сторонами договора (ст. 54 Закона о контрактной системе; ст. 32 Закона о ГЧП).

Представляется, что извещение о проведении конкурса следует рассматривать, прежде всего, как оферту – предложение на участие в соглашении о проведении конкурса. В извещении определяются условия проведения конкурса, в частности, порядок подачи заявок, критерии определения победителя, порядок внесения задатка. Так как конкурс проводится с целью определения лица, способного наилучшим образом исполнить договор. Соответственно извещение о проведении конкурса является офертой на заключение соглашения о проведении конкурса. Отсюда возникает вопрос о возможности считать публикацию извещения и подачу заявок соглашением. Представляется, что такая возможность имеется, поскольку в извещении организатор устанавливает правила проведения конкурса, условия участия, а потенциальный участник, если его устраивают эти условия, подает заявку и тем самым возникает обоюдное согласие, другие участники присоединяются к данному соглашению.

О.А. Беляева критически относится к тому, что при проведении конкурса возникает соглашение, она подчеркивает, что «конструкция «договора на проведение торгов» выглядит искусственной»²⁴⁰. Действительно, квалификация договора о проведении конкурса вызывает некоторые сложности, в связи с этим более приемлемым видится использование термина «соглашение». Так, действующее гражданское

²⁴⁰ Беляева О.А. Торги: основы теории и проломы практики. М.: ИНФРА-М, 2016. С.149.

законодательство допускает соглашение о ведении переговоров (ст. 434.1 ГК РФ), которое по своему существу является организационным, следовательно, нет каких-либо препятствий для существования организационного соглашения о проведении конкурса.

Е. Каган и Г. Сухадольский пишут, что «договор о проведении конкурса — договор консенсуальный (права и обязанности возникают у сторон с момента выражения любым лицом согласия на условия оферты), двусторонний, но с множественностью лиц на одной стороне»²⁴¹. Несмотря на то, что указанными авторами не совсем верно использован термин «договор», в целом утверждение представляется верным. Невзирая на то, что для признания конкурса состоявшимся необходима подача заявок минимум от двух участников, договор все же следует считать двусторонним, поскольку все участники обладают равными правами и обязанностями по отношению к организатору.

Таким образом, извещение о проведение конкурса следует считать офертой на заключение организационного соглашения о проведении конкурса, которое является двусторонним, так как организатор, рассматривая заявки и определяя победителя, осуществляет исполнение организационного обязательства в отношении каждого участника в равной мере.

Если рассматривать извещение о проведении конкурса как оферту, возникает вопрос, какова правовая природа самой оферты. В ст. 435 ГК РФ закреплено, что офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. В то же время законодатель не раскрывает существо оферты как юридического факта.

В литературе на этот счет ведется длительная дискуссия, еще в 1961 году Н.Г. Александров выразил мнение о том, что оферта является

²⁴¹ Каган Е., Сухадольский Г. Правовая природа конкурса // Хозяйство и право. 2001. № 2. С. 44.

односторонней сделкой²⁴², в последствии его позиция была поддержана и иными исследователями, в частности С.С. Алексеев писал, что оферта и акцепт представляют собой односторонние сделки²⁴³. Из современных авторов данной позиции придерживается Е.Е. Шевченко, который относит оферту к односторонним сделкам, по его словам «сущность оферты как односторонней сделки проявляется в том, что она создает обязанности для лица, ее совершившего (оферента), который связан своим предложением - с момента получения оферты адресатом он не вправе отозвать оферту в течение срока, установленного для ее акцепта»²⁴⁴. Также Л.Ю. Михеева пишет, что «оферта - односторонняя сделка, связывающая совершившее ее лицо обязательством считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение»²⁴⁵. Данная позиция представляется не совсем верной, поскольку особенностью сделки является то, что это действие, направленное на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей, и цель односторонней сделки, ее кауза заключается именно в возникновении этих прав и обязанностей, выдача доверенности направлена на то, чтобы поверенный получил полномочия на совершение определенных действий. Оферта же направлена на заключение договора и на возникновение прав и обязанностей из договора, а это возможно только при акцепте, соответственно оферта и акцепт только в комплексе образуют договор, который влечет возникновение прав и обязанностей у сторон. Безусловно, справедливо утверждение О.А. Красавчикова о том, что «юридическая значимость оферты самой по себе лежит в плоскости отношений по заключению договора, но не в плоскости того правоотношения на возникновение которого она

²⁴² Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157 - 158.

²⁴³ Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Теоретические проблемы гражданского права. Свердловск, 1970. С. 59 - 60.

²⁴⁴ Шевченко Е.Е. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгалов, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2016. // СПС «КонсультантПлюс».

направлена»²⁴⁶. Действительно при направлении оферты могут возникать определенные права и обязанности, но они носят организационный характер и не являются самоцелью.

Также можно выделить позиции авторов, которые являются противниками отнесения оферты к односторонним сделкам. Так, Б.Б. Черепяхин писал, что «оферта и акцепт, отдельно взятые, не являются односторонними сделками, хотя они и являются волеизъявлениями, направленными на юридические последствия»²⁴⁷. По словам Е.А. Крашенинникова и Ю.В. Байгушевой «приводящие к достижению соглашения, а стало быть, и к заключению редуцированного до голого соглашения договора волеизъявления оферента и акцептанта не являются правосделочными волеизъявлениями»²⁴⁸. В свою очередь М.И. Брагинский считает, что оферта не является односторонней сделкой²⁴⁹. В.В. Груздев пишет, что «оферта, хотя и имеет волевое начало, не может признаваться сделкой, так как без совпадающего волеизъявления ее адресата не влечет возникновение договорного обязательства, т.е. правовые последствия, на достижение которых, как правило, направлена воля оферента»²⁵⁰. Такая позиция представляется верной, в то же время перечисленные точки зрения исследователей только отрицают природу оферты как односторонней сделки, но никак не определяют ее, что не добавляет ясности в установлении места оферты в системе юридических фактов.

Безусловно, оферта является юридическим фактом, так как она порождает определенные права и обязанности, так у лица сделавшего оферту возникает обязанность заключить договор, у лица, которому направлена оферта, появляется секундарное право акцептовать данную оферту и заключить договор. О.А. Красавчиков также отмечал, что оферта является самостоятельным юридическим фактом, предусмотренным специальными

²⁴⁶ Красавчиков О.А. Указ соч. С. 111.

²⁴⁷ Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 332.

²⁴⁸ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Заключение договора // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 60 - 104.

²⁴⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 202. (Автор главы – М.И. Брагинский).

²⁵⁰ Груздев В.В. Указ. соч.

нормами права, регулирующими порядок заключения договора²⁵¹. В связи с этим видится весьма нелогичным утверждение И.М. Халеппо, о том, что оферта «не является и не может быть юридическим фактом, поскольку оферта не порождает юридически значимые последствия»²⁵². В качестве аргумента И.М. Халеппо приводит тот факт, что «секундарное право и секундарная обязанность не образуют содержание гражданского правоотношения»²⁵³. Однако вышеуказанный автор не учитывает, что правоотношение – это не единственная форма отражения правового регулирования общественных отношений.

Кроме того, в правоприменительной практике отсутствуют случаи признания недействительной оферты по правилам сделок, так как суды признают недействительным договор в целом, а не оферту или акцепт как самостоятельную сделку. Соответственно, следует согласиться с авторами, считающими оферту юридическим фактом.

Исходя из того, что офертой является адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, представляется возможным отнести оферту к юридически значимым сообщениям. Так, согласно ст. 165.1 ГК РФ заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. В пользу отнесения оферты к юридически значимым сообщениям говорит то, что оферта как предложение заключить договор, выражается в определенном сообщении, направляемом либо конкретному лицу, либо неопределенному кругу лиц (публичная оферта). Таким образом, с момента получения оферты для лица (или лиц) возникают определенные

²⁵¹ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 111.

²⁵² Халеппо И.М. Оферта в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2013. С. 63.

²⁵³ Там же. С. 60.

правовые последствия в виде возникновения секундарного права, на заключение договора.

Существо юридически значимого сообщения как юридического факта подчеркивали многие современные исследователи. Например, А.Я. Курбатов считает, что «передача сообщений - это волевые действия, поэтому юридически значимые сообщения относятся к такой разновидности юридических фактов, как иные действия граждан и юридических лиц (пп. 8 п. 1 ст. 8 Гражданского кодекса РФ)»²⁵⁴. А.В. Габов также относит юридически значимые сообщения к видам юридических фактов²⁵⁵. В свою очередь М.Н. Илюшина делает «вывод о том, что ст. 165.1 ГК РФ говорит о юридически значимых сообщениях именно как о правомерном юридическом акте, направленном на достижение определенных юридических последствий для участников правоотношений»²⁵⁶. М.О. Родионова считает, что «юридически значимые сообщения влекут юридические последствия вне зависимости от того, была ли направлена воля лица на возникновение юридических последствий, т.е. относятся к юридическим поступкам, не образуя какой-то особой группы юридических фактов»²⁵⁷. Также М.О. Родионова обращает внимание на тот факт, что «юридически значимые сообщения нельзя признавать недействительными, также как сделки, поскольку в них отсутствует юридически значимая воля, действие которой подвергается сомнению (оспаривается) в рамках данного способа защиты»²⁵⁸. Следовательно, юридически значимые сообщения не следует относить к односторонним сделкам. Исходя из этого, необходимо согласиться с утверждением М.Н. Илюшиной о «наличии у нового легального правового явления - юридически значимых сообщений самостоятельной природы как

²⁵⁴ Курбатов А.Я. Юридически значимые сообщения в банковских отношениях // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 6. С. 36 - 41.

²⁵⁵ Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М.: Статут, 2014. Абз. 2773.

²⁵⁶ Илюшина М.Н., Анисимова М.С. Юридически значимые сообщения: гражданско-правовая и гражданско-процессуальная квалификация // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 6. С. 3 - 9.

²⁵⁷ Родионова О.М. К вопросу о гражданско-правовой природе юридически значимых сообщений // Юрист. 2015. № 14. С. 4 - 8.

²⁵⁸ Там же.

одного из видов правомерных действий»²⁵⁹. Таким образом, извещение о проведении конкурса следует признать офертой на заключение соглашения о проведении конкурса. Извещение как оферта в системе юридических принадлежит к категории юридически значимых сообщений.

Извещение, как уже было отмечено, определяет порядок проведения конкурса. А.Е. Кирпичев подмечает, что «извещение о проведении торгов содержит как условия проведения торгов, так и часть условий договора, который будет заключен по результатам проведенных торгов»²⁶⁰. Е. Коган и Г. Сухадольский в качестве существенных условий соглашения о проведении конкурса, которые в том числе должны найти отражения в оферте (извещении), выделяют «сведения о месте, времени, форме торгов, их предмете и порядке проведения, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги»²⁶¹. Указанный вывод сделан на основании п. 2 ст. 448 ГК РФ. Действительно, приведенные выше условия являются необходимыми для проведения конкурса. Вместе с тем, как верно заметил А.Е. Кирпичев, в конкурсе должны найти отражение и часть условий заключаемого договора, в п. 3 ст. 448 ГК РФ прямо установлено, что условия договора, заключаемого по результатам торгов, определяются организатором торгов и должны быть указаны в извещении о проведении торгов. Из условий, заключаемого по результатам конкурса договора, прежде всего, должен быть определен предмет такого договора, а также условия исполнения такого договора, за исключением тех, которые могут быть установлены путем проведения конкурса. По общему правилу ст. 17 Закона о защите конкуренции не допускается установление в извещении правил и требований, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

²⁵⁹ Илюшина М.Н., Анисимова М.С. Юридически значимые сообщения: гражданско-правовая и гражданско-процессуальная квалификация // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 6. С. 3 - 9.

²⁶⁰ Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. М.: РАП, 2012. С. 142.

²⁶¹ Коган Е., Сухадольский Г. Указ. соч. С. 44.

Кроме того, при проведении конкурса в извещении должны быть сформулированы критерии определения победителя, в качестве таких критериев помимо цены могут устанавливаться сроки, качество материалов, использование оборудования, соответствующего экологическим стандартам и т.д. В ряде законов закреплена возможность установления такого критерия определения победителя как наличие опыта. Например, в ст. 24 Федерального закона от 20.08.2004 № 117-ФЗ «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих»²⁶² предусмотрено требование о наличии у участника конкурса профессионального опыта по осуществлению деятельности в качестве управляющей компании (специализированного депозитария) инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов или негосударственных пенсионных фондов. Схожие требования установлены в ст. 24 Закона об организации регулярных перевозок, в п. 3 ч. 2 ст. 31 Закона о контрактной системе закреплено правило о том, что Правительство РФ может устанавливать дополнительные требования к участникам конкурса, в том числе наличие опыта работы, связанного с предметом контракта, и деловой репутации.

Большинство указанных выше конкурсов проводится среди субъектов, осуществляющих предпринимательскую деятельность, а в некоторых случаях среди некоммерческих организаций, осуществляющих приносящую доход деятельность. Так как наиболее распространённым субъектом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, являются юридические лица (коммерческие организации), то возникает вопрос, возможно ли установление для юридических лиц такого требования как наличие опыта.

Нормативное определение опыта в действующем законодательстве отсутствует. В толковом словаре С.И. Ожегова под опытом понимается совокупность практически усвоенных знаний, навыков, умений²⁶³. В

²⁶²Федеральный закон от 20.08.2004 № 117-ФЗ «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих» // СЗ РФ. 2004. № 34. ст. 3532.

²⁶³Ожегов С.И. Словарь русского языка, М.: Советская энциклопедия. 1973. С.417.

социологическом словаре опыт определяется как совокупность знаний и умений, приобретенных на основе и в процессе непосредственного практического взаимодействия индивида с внешним миром²⁶⁴. Таким образом, опыт – это совокупность определенных знаний, навыков, умений, приобретенных в ходе практической деятельности.

Решение вопроса о наличии у юридического лица опыта коррелируется с проблемой сущности юридического лица. Соответственно, необходимо определиться с тем, что представляет собой юридическое лицо. В науке сформировалось множество теорий, объясняющих сущность юридического лица, которые с достаточной степенью точности делятся на две группы – теории реальности и теории фикции²⁶⁵.

Согласно теориям реальности юридического лица, например, органической теории, основоположником которой является немецкий правовед Отто фон Гирке, под юридическим лицом следует понимать реально существующее телесно-жизненное духовное единство²⁶⁶.

В свою очередь фикционные теории утверждают, что правоспособен только человек, поэтому юридическое лицо является всего лишь фикцией. Фиктивные лица создаются государством в интересах юридической техники, требующей, чтобы определенным образом организованная совокупность людей, рассматривалась как личность²⁶⁷.

В п. 1 ст. 49 ГК РФ указывается, что юридическое лицо может иметь гражданские права и нести обязанности. В п. 2 ст. 1 ГК РФ закреплено, что юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Согласно ст. 53 ГК РФ юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские

²⁶⁴Социологический энциклопедический словарь под ред. Г.В. Осипова. М., Норма, 2000. С. 223.

²⁶⁵Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования: монография / А.Н. Беседин, Е.Н. Ефименко, Е.А. Козина и др.; под ред. Е.Д. Тягай. М.: Норма, Инфра-М, 2014. (Автор главы – Н.А. Беседин; Е.А. Козина) С. 36; Корягина А.В. История развития понятия доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 17 - 22.

²⁶⁶Gierke O. von. Deutsches Privatrecht. Erster Band. Leipzig, Verlag von Duncker & Humboldt. 1895. S. 469-475.

²⁶⁷Братусь. С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). М.: Юрид. изд-во Минюста СССР, 1947. С. 75.

обязанности через свои органы. Соответственно, какой вид деятельности, каким образом и насколько эффективно будет осуществлять юридическое лицо, в какие правоотношения будет вступать, зависит от решений его органов.

Функции органов юридического лица выполняют конкретные физические лица, что было рассмотрено в § 3 главы 1 настоящего диссертационного исследования. В зависимости от того коллегиальный это орган или единоличный, решение по тем или иным вопросам принимается одним физическим лицом или группой лиц.

Таким образом, персональный состав органов юридического лица может изменяться, а эффективность принятия тех или иных решений будет зависеть от квалификации, навыков, личной мотивации лиц, выполняющих функции органов юридического лица.

В.В. Кулаков подчеркивает, что «в силу имущественной обособленности собственником имущества юридического лица де-юре считается сама организация, но де-факто таковыми являются всегда определенные физические лица, которые с помощью «своего» юридического лица в конечном итоге удовлетворяют те или иные потребности, свои или третьих лиц»²⁶⁸. Схожей точки зрения придерживался Б.Б. Черепяхин, который писал, что «без людей нет юридического лица, и тем более не может быть и деятельности юридического лица»²⁶⁹. Действительно, сложно не согласиться с тем, что, в конечном счете, за деятельностью юридического лица стоят граждане (физические лица), которые принимают решения, определяющие содержание деятельности юридического лица.

Кроме того, в пользу изложенной позиции говорят положения п. 2 ч. 3 ст. 104 Закона о контрактной системе, согласно которому в реестр недобросовестных поставщиков включается информация не только о юридическом лице, но и фамилии, имени, отчества (при наличии)

²⁶⁸Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 13.

²⁶⁹См.: Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 299.

учредителей, членов коллегиальных исполнительных органов, лиц, исполняющих функции единоличного исполнительного органа юридических лиц. Положения указанной нормы подтверждают позицию о том, что содержание деятельности юридического лица определяют физические лица, которые также должны нести негативные последствия за действия юридического лица. Такое положение видится вполне справедливым, иначе в силу простоты и относительной дешевизны регистрации юридического лица учредители и лица, определяющие содержание деятельности юридического лица, смогут избегать ответственности.

Также невозможно представить осуществление предпринимательской деятельности без привлечения наемных работников (специалистов, рабочих и т.д.), которые осуществляют свою деятельность либо на основании трудового договора, либо договора об оказании возмездных услуг или подряда. Например, договор подряда, в котором юридическое лицо выступает на стороне подрядчика, исполняют строители, рабочие и т.д. Соответственно, именно от их квалификации и организации рабочего процесса зависит качество той или иной работы.

В ряде судебных актов находит отражение подобная позиция. Так Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в постановлении от 31.05.2010 по делу № А13-12375/2009²⁷⁰ признал недействительным конкурс, в котором одним из критериев определения победителя являлось наличие опыта. При этом суд указал, что понятие «опыт» не относится к правовым категориям, определение понятия «опыт» отсутствует в законодательстве Российской Федерации, в связи с чем, конкурсной комиссии следовало исходить из определения опыта как совокупности практически усвоенных знаний, умений, навыков. Носителями знаний, умений и навыков могут быть только люди - работники организации, на протяжении многих лет занимающиеся деятельностью в той или иной сфере (в данном случае - организация питания

²⁷⁰ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 31.05.2010 по делу № А13-12375/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

школьников). В свою очередь Арбитражный суд Уральского округа указал, что требование о наличии опыта работы на рынке к участнику торгов является оценочной категорией, не обладает исчисляемыми, измеряемыми, количественными характеристиками, а главное - не учитывает квалификационный уровень работников вновь созданных организаций²⁷¹.

В Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 26.08.2011 по делу № А13-12057/2010 суд принял аналогичное решение, отметив, что под «опытом», не относящемуся к правовой категории, понимается совокупность практически усвоенных знаний, умений, навыков. Учитывая, что носителями этих знаний, умений и навыков могут быть только физические лица - работники юридического лица, то и требовать наличия опыта можно только у штатных работников конкурсанта, а не у самого юридического лица²⁷².

Однако большинство судов, отказывают в удовлетворении требований о признании недействительным конкурса, по причине установления такого критерия оценки заявки как наличие опыта участника²⁷³. Такая практика объяснима тем, что в законах прямо закреплена возможность установления организаторами конкурса такого критерия определения победителя конкурса как опыт участников.

В науке также имеют место позиции, согласно которым категория опыт неприменима к юридическим лицам. А.Е. Кирпичев по поводу смежной с опытом категории «профессионализм» утверждает, что профессионализм свойство физических лиц, а не юридических²⁷⁴.

Представляется, что установление такого критерия определения победителя конкурса как опыт участника нецелесообразно. Так, цель проведения конкурса, по справедливому утверждению О.А. Беляевой

²⁷¹Постановление ФАС Уральского округа от 18.07.2013 № Ф09-6268/13 по делу №А71-11660/2012 // СПС «КонсультантПлюс»

²⁷² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.08.2011 по делу № А13-12057/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷³Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.07.2015 № Ф03-3009/2015 по делу № А59-5926/2014; Постановление ФАС Поволжского округа от 11.12.2012 по делу № А12-17295/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷⁴См.: Кирпичев А.Е. Понятие предпринимательского договора и предпринимательского обязательства // Модернизация гражданско-правового регулирования договорных отношений: Сборник научных статей / Отв. ред. Л.А. Аксенчук. М.: РАП, 2014. С. 75.

заключается в выборе контрагента для заключения с ним договора на наиболее оптимальных условиях²⁷⁵. Путем проведения конкурса заключаются соглашения о государственно-частном партнерстве, концессионные соглашения, соглашения о транспортном обслуживании населения, то есть соглашения, где необходимы дополнительные гарантии надлежащего исполнения договора. Думается, что законодатель преследовал именно эту цель, устанавливая требование к опыту.

Однако каким образом может гарантировать надлежащее исполнение договора наличие опыта у юридического лица, ведь в юридическом лице может меняться состав участников, смениться лицо, исполняющее функции единоличного исполнительного органа, изменится состав совета директоров, уволиться те или иные работники. По сути, от юридического лица может остаться только фирменное наименование, которое не может гарантировать оптимальное исполнение договора. В связи с этим видится разумным отказаться от установления такого критерия определения победителя конкурса как опыт участника. Более приемлемыми выглядят такие критерии как опыт работников юридического лица, требования к квалификации специалистов, требования к техническому обеспечению, но не к опыту юридического лица.

Другим распространенным субъектом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, являются индивидуальные предприниматели (далее – ИП). Рассуждая о возможности применения категории опыт к индивидуальному предпринимателю при проведении конкурса, необходимо определиться с особенностью правового положения данного субъекта. Так, в ст. 23 ГК РФ закреплено, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве ИП. Большинство исследователей сходятся в том, что регистрация гражданина в качестве ИП не создает нового субъекта права. Так, А.Е. Кирпичев пишет,

²⁷⁵См.: Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: Юриспруденция, 2011. С. 92-93.

что «ИП представляет собой не нового субъекта права, он остается гражданином, который приобрел специальный статус. Право на занятие предпринимательской деятельностью входит в содержание правоспособности гражданина»²⁷⁶. В судебной практике нашла отражение аналогичная позиция, например, в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда²⁷⁷ указывается, что регистрация физического лица в качестве ИП не приводит к возникновению нового субъекта права (таким субъектом остается одно и то же физическое лицо). Указанная регистрация осуществляется только с целью подтверждения права физического лица на осуществление предпринимательской деятельности.

Действительно, гражданин, приобретая статус ИП, не создает нового субъекта, так как не обособляется имущество, соответственно ИП отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим имуществом, независимо от того, для каких целей оно приобреталось и использовалось. Таким образом, толкование п. 3 ст. 23 ГК РФ, согласно которому, к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, применяются правила ГК РФ, регулирующие деятельность коммерческих юридических лиц не должно вводить в заблуждение относительно того, что ИП остается гражданином, хотя и получившим специальный статус.

Руководствуясь изложенным, можно сказать, что предъявление требования о «наличие опыта» у ИП выглядит более логичным, чем у юридического лица, так как при регистрации гражданина в качестве ИП не создаются какие-либо органы управления, гражданин самостоятельно принимает решения по всем вопросам осуществления предпринимательской деятельности.

Между тем индивидуальный предприниматель согласно ст. 20 Трудового кодекса РФ может являться работодателем в трудовых

²⁷⁶Кирпичев А.Е. Понятие хозяйственной компетенции субъектов предпринимательского права // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2013. № 3. С. 12 – 15.

²⁷⁷Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 24.03.2015 № 02АП-1222/2015 по делу № А31-9007/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

отношениях, соответственно, для осуществления предпринимательской деятельности, как правило, привлекаются наемные работники. Обращаясь к Закону об организации регулярных перевозок, сложно представить, что гражданин, зарегистрированный в качестве ИП, исключительно своими личными усилиями сможет осуществлять регулярные перевозки пассажиров без привлечения механиков, водителей, диспетчеров. Следовательно, от имени ИП осуществлять определенную деятельность могут работники, поэтому осуществление ИП в течение длительного периода времени перевозок, не может гарантировать того, что эти перевозки будут совершаться также качественно, так как может измениться состав водителей, на место опытных прийти начинающие. В связи с этим, более оправданным выглядит установление в качестве критерия конкурса наличие опыта у работников, в том числе и у самого ИП, если он самостоятельно лично осуществляет ту или иную деятельность.

Как уже было отмечено в настоящем параграфе, извещение о проведении конкурса является офертой, а подача заявки выступает акцептом по отношению к данной заявке и согласием принять участие в конкурсе. Лицо, подавшее заявку, приобретает статус участника конкурса, то есть становится стороной соглашения о проведении конкурса. Подача заявок участниками конкурса является необходимым условием для признания конкурса состоявшимся, при этом таких заявок должно быть не менее двух, так как согласно ст. 447 ГК РФ конкурс, в котором участвовал только один участник, признается несостоявшимся.

Вместе с тем в доктрине существуют и иные подходы к определению существа заявки на участие в конкурсе, при этом стоит отметить, что определение существа заявки зависит от подхода к определению существа извещения о проведении торгов. Те авторы, которые считают извещение приглашением делать оферты, соответственно рассматривают подачу заявки в качестве оферты. Так, например, О.А. Беляева не считает торги соглашением, а извещение относит к приглашению делать оферты,

следовательно, подача заявок по ее мнению является офертой²⁷⁸. С.В. Савина придерживается аналогичной позиции и относит подачу заявки участником к оферте²⁷⁹. Однако, такой подход по вышеуказанным в настоящем параграфе причинам представляется не совсем точным.

Ю.С. Турсунова в свою очередь занимает промежуточную позицию, по ее словам «с одной стороны заявка является согласием на вступление в правовые отношения, по поводу проведения торгов, с другой, - она выступает в качестве оферты будущего договора, заключаемого по результатам торгов»²⁸⁰. М.И. Брагинский считал, что подача заявки является акцептом на предложение участвовать в торгах²⁸¹. Исходя из того, что ранее был сделан вывод о том, что конкурс представляет собой соглашение, а извещение о проведении конкурса является офертой принять участие в конкурсе, то подачу заявок можно назвать акцептом соглашения на участие в конкурсе.

В качестве дополнительного аргумента приведенной позиции является то обстоятельство, что победитель конкурса определяется на основании нескольких критериев. Соответственно, проведение конкурса направлено на определение лица способного наилучшим образом исполнить договор, следовательно, критерии определения победителя могут не являться условиями будущего договора, например такой критерий как наличие определенной квалификации у работников, поэтому вывод о том, что заявка является офертой будущего договора, применительно к конкурсу видится не совсем правильной. Таким образом, заявка участника является акцептом оферты на проведение конкурса, и по своей природе выступает юридически значимым сообщением.

Как следует из различных нормативно-правовых актов, регулирующих порядок проведения конкурса, помимо предоставления информации по критериям отбора, подающее заявку лицо также должно предоставить иные

²⁷⁸ См.: Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2012. С. 100.

²⁷⁹ См.: Савина С.В. Указ. соч. С. 125.

²⁸⁰ Турсунова Ю.С. С. 76.

²⁸¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 227. (Автор главы – М.И. Брагинский).

сведения, в частности о соответствии лица установленным в извещении требованиям. Например, в ст. 27 Закона о концессионных соглашениях закреплено, что заявки на участие в конкурсе должны отвечать требованиям, установленным к таким заявкам конкурсной документацией, и содержать документы и материалы, предусмотренные конкурсной документацией и подтверждающие соответствие заявителей требованиям, предъявляемым к участникам конкурса. В ст. 51 Закона о контрактной системе также устанавливается порядок оформления и подачи заявки, а также перечень документов и сведений, которые необходимо представить.

Исходя из анализа отдельных нормативных правовых актов можно сделать общий вывод, что в заявке должны быть представлены, во-первых, сведения о лице, подающем заявку, позволяющие идентифицировать данное лицо; документы, подтверждающие полномочия на совершение юридически значимых действий от имени юридического лица; во-вторых, сведения, подтверждающие соответствие лица требованиям конкурсной документации, в частности наличие лицензии, подтверждение внесения обеспечения заявки и иные сведения; в-третьих, предоставить количественные показатели подлежащие оценке, на основании которых будет определяться победитель конкурса. Как видно, первые две группы сведений являются общими, и каждый участник обязан им соответствовать, третья же группа представляет собой сведения по тем показателям, которые подлежат оценке.

Согласно ст. 448 ГК РФ участники торгов вносят задаток в размере, в сроки и в порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их. Данное положение Гражданского кодекса РФ является крайне дискуссионным. В доктрине возникло множество споров относительно определения существа такого платежа и характера обеспечиваемого им обязательства.

В ст. 448 ГК РФ данный платеж, вносимый участником, именуется задатком. Стоит отметить, что термин задаток предлагается сохранить и в

проекте Закона об открытых торгах (ст. 11). Однако, в других законах, в частности, в законе о контрактной системе такой платеж обозначен как обеспечение заявки (ст. 44). В связи с этим возникает вопрос о существовании такого платежа и месте его в системе способов обеспечения исполнения обязательств.

Так, под задатком в ст. 380 ГК РФ понимается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения. М.И. Брагинский подобным образом определяет задаток через три его функции: платежную, доказательственную и обеспечительную²⁸². Более развернутое определение задатку дает В.В. Витрянский, указывая, что помимо названных трех функций необходимо добавить «во-первых, задатком обеспечиваются лишь договорные обязательства. Во-вторых, задаток не просто служит доказательством заключения договора, но и влияет на его юридическую силу. В частности, если договором предусмотрена уплата одной из сторон задатка, то договор не будет считаться заключенным до момента передачи суммы задатка контрагенту. В-третьих, задатком обеспечиваются только денежные обязательства»²⁸³. Таким образом, в общем виде, задаток имеет следующие признаки: выполняет обеспечительную функцию договорного обязательства, выполняет платежную функцию и подтверждает заключение договора.

Так, Е.С. Куликов считает, что задаток, вносимый на торгах является специальным видом задатка (публичный задаток)²⁸⁴. Д.Л. Соломкина утверждает, о допустимости ситуации, когда некоторые из этих функций присущи задатку, а некоторые отсутствуют, таким образом, указывая, что платеж вносимый претендентом на торгах является задатком²⁸⁵. Другие

²⁸² См.: Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому Гражданскому кодексу РФ). М., 1995. С. 76.

²⁸³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 603 – 604. (Автор главы – В.В. Витрянский).

²⁸⁴ Куликов Е.С. Соглашение о задатке в гражданском праве России: монография. М.: Волтерс Клувер, 2011. 208 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸⁵ См.: Соломкина Д.Я. Задаток по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук.: Самара, 2007. С. 164-168.

исследователи, в частности Б.М. Гонгало, считают, что платеж совершаемый претендентом на участие в торгах не является задатком в смысле ст. 380 ГК РФ, так как платеж на торгах не выполняет функций, присущих задатку²⁸⁶. Разрешение указанного спора стоит начать с определения того, какие обязательства обеспечивает указанный платеж. Так, основной функцией обеспечения заявки является, как считают многие исследователи, подтверждение серьезности намерений участников²⁸⁷. Соответственно, цель установления необходимости внесения «задатка» при подаче заявки на проведение конкурса видится, прежде всего, в том, чтобы оградить от участия в конкурсе фиктивных участников. Кроме того, путем внесения задатка участники демонстрируют серьезность намерений и гарантируют, что впоследствии не откажутся от участия в конкурсе или от заключения договора по итогам конкурса. Соответственно обеспечивается организационное обязательство лица участвовать в конкурсе, в этом смысле указанный платеж выполняет обеспечительную функцию. Платежную функцию такой платеж может выполнять только в случае, если конкурс проводится «на продажу» и платеж победителя будет зачтен в качестве исполнения обязательства по договору. Если же конкурс проводится «на закупку», где победитель не осуществляет никаких выплат, то платежная функция у такого платежа отсутствует. Кроме того, относительно участников конкурса, которые не стали победителями «задаток» платежную функцию не выполняет в любом случае. Функция подтверждения заключения соглашения данным платежом также выполняется, платеж является необходимым условием для приобретения статуса участника и соответственно стороны соглашения о проведении конкурса. Таким образом, отсутствие хотя бы одного из признаков у явления не позволяет говорить об отнесении его к

²⁸⁶ Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004.

²⁸⁷ См.: Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук. С. 278-281.; Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. С. 123-125.

соответствующему виду, поэтому платеж, вносимый участниками нельзя квалифицировать в качестве задатка.

Придя к выводу, что вносимые участниками денежные платежи не являются задатком, необходимо, на основании сделанных выводов определить существо такого обеспечительного платежа.

Указанный способ обеспечения имеет общие признаки с обеспечительным платежом, правила о котором были установлены в ГК РФ Федеральным законом № 42-ФЗ от 08.03.2015. Однако применение к обеспечению заявки правила об обеспечительном платеже не соответствует правилам ст. 381.1 ГК РФ, поскольку данным способом могут обеспечиваться только денежные обязательства, обязательства возникающие из соглашения о проведении конкурса таковыми не являются.

В доктрине предлагались различные подходы к определению существа данного способа обеспечения. Так, весьма интересным представляется мнение А.Е. Кирпичева, который считает обеспечение заявки непоименованным способом обеспечения обязательства. Отмечая при этом, наличие общих признаков и с задатком, и с залогом²⁸⁸. Схожую позицию занимает и О.А. Беляева, которая указывает на смешанный характер денежных платежей, включающих элементы задатка и неустойки²⁸⁹. Указанная конструкция обеспечительного платежа по всем признакам является залогом денежных средств. Однако дискуссионным является рассмотрение в качестве предмета залога денежных средств, некоторые авторы прямо выступают против наличия такой возможности²⁹⁰. В то же время в ряде статей утратившего силу Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов) внесение денежной суммы в качестве обеспечения

²⁸⁸ См.: Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. М.: РАП, 2012. С. 159-161.

²⁸⁹ См.: Беляева О.А. Правовая природа задатка, вносимого за участие в торгах // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 12.

²⁹⁰ См.: Копылов О.Б. Залог денежных средств как способ обеспечения исполнения обязательств по договору // Законодательство и экономика. 2014. № 5.

заявки участника именуется залогом денежных средств, в частности п. 4 ст. 29; п. 4 ст. 38 и т.д. Также данный подход находит отражение в правоприменительной практике²⁹¹.

Изменения, внесенные в ГК РФ Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ предусматривают в качестве одного из видов залога, залог прав по договору банковского счета. Так, А.А. Вишневский указывает, что «статья 358.9 впервые вводит в российское гражданское право такую разновидность залога, как залог прав по договору банковского счета. Залог денежных средств на банковских счетах в течение длительного времени используется в зарубежной практике делового оборота в качестве правовой конструкции, направленной на обеспечение исполнения обязательств. В Российской Федерации данный способ обеспечения до недавнего времени был практически невозможен»²⁹². Кроме того, как судебная практика, так и практика Федеральной Антимонопольной службы, не отказывается от использования термина «залог денежных средств» при определении существа вносимых денежных средств²⁹³. Исходя из вышеуказанного, следует вывод, что денежные суммы, вносимые в качестве обеспечения заявки представляется верным считать залогом денежных средств. В зависимости от того наличные или безналичные денежные средства по аналогии следует применять правила о залоге денежных средств на банковском счете или об обеспечительном платеже.

Участие в конкурсе и заключение по его итогам договора, в случае победы участника может являться для последнего крупной сделкой, отсюда возникает вопрос о возможности установления требования о предоставлении участником согласия на совершение такой сделки. Стоит отметить, что

²⁹¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 27.01.2014 № Ф05-16820/2013 по делу № А41-8891/13; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.02.2012 по делу № А21-1491/2011; Постановление ФАС Поволжского округа от 09.02.2012 по делу № А55-7701/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹² Гражданский кодекс Российской Федерации: Залог. Перемена лиц в обязательстве. Постатейный комментарий к § 3 главы 23 и главе 24 / Е.В. Вершинина, А.А. Вишневский, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. (Автор комментируемой статьи – Вишневский А.А.) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹³ См.: Решение ФАС России от 10.10.2014 по делу № К-1470/14; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.09.2014 по делу № А40-146106/13 // СПС «КонсультантПлюс».

согласно ст. 46 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»²⁹⁴ крупной является сделка (в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов стоимости имущества общества, определенной на основании данных бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении таких сделок, если уставом общества не предусмотрен более высокий размер крупной сделки. При этом совершение такой сделки должно быть одобрено общим собранием участников общества с ограниченной ответственностью под угрозой признания такой сделки недействительности. Схожие правила установлены для акционерных обществ и унитарных предприятий.

В свою очередь в п. «е» ч. 1 ст. 51 Закона о контрактной системе установлено, что решение об одобрении или о совершении крупной сделки должно быть приложено к заявке, в случае, если требование о необходимости наличия такого решения для совершения крупной сделки установлено законом, учредительными документами.

В то же время, критерии выделения крупных сделок для ООО и АО устанавливается в процентном отношении от стоимости всего имущества, соответственно, установление такого требования представляется возможным, если организатор обладает информацией о размере стоимости имущества организации. В связи с этим, в судебной практике сложилась позиция, что непредставление участником в заявке на участие в конкурсе решения об одобрении крупной сделки свидетельствует о том, что такая сделка не является крупной. Заказчик не вправе требовать от участника размещения заказа подтверждения того, что сделка для него не является крупной²⁹⁵. В

²⁹⁴ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. ст. 785.

²⁹⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.11.2010 по делу № А56-63103/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

другом деле суд отметил, что непредставление такого решения либо его копии означает, что соответствующие действия для такого участника не являются крупной сделкой. Однако, в законе не предусмотрена обязанность участника представить в заявке документы, свидетельствующие о том, что сделка не является крупной, а также не установлена обязанность декларировать это в своей заявке²⁹⁶. Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд также отметил, что если участник закупки в составе заявки не представил решение о совершении крупной сделки или его копию, то подразумевается, что данная сделка не является для него крупной²⁹⁷. В то же время есть и обратные примеры, например в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 30.01.2012 по делу № А51-12662/2010 суд признал правомерным отклонение заявки на участие в аукционе, в связи с тем, что внесение задатка является для общества с ограниченной ответственностью крупной сделкой²⁹⁸.

Иная ситуация складывается относительно унитарных предприятий, для которых в ст. 23 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» установлено, что крупной является сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения унитарным предприятием прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет более десяти процентов уставного фонда унитарного предприятия или более чем в 50 тысяч раз превышает установленный федеральным законом минимальный размер оплаты труда. Таким образом, превышение суммы сделки над установленным законом размером само по себе без получения дополнительных документов может свидетельствовать о том, что для унитарного предприятия данная сделка крупная, без получения дополнительных документов. Следовательно, правоприменительная практика

²⁹⁶ Постановление ФАС Уральского округа от 15.09.2010 № Ф09-7229/10-С1 по делу № А47-11944/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹⁷ Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.04.2015 № 16АП-700/2015 по делу № А63-8107/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹⁸ Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 30.01.2012 по делу № А51-12662/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

относительно унитарных предприятий складывается иначе, чем существуют примеры, когда суды признают правомерными отказы в принятии заявки от унитарного предприятия на основании отсутствия согласия на совершение крупной сделки²⁹⁹. Представляется, что установление требования о предоставлении согласия на совершение крупной сделки законодателем направлено, прежде всего, на то, чтобы не допустить к участию в конкурсе лиц, у которых ненадлежащим образом выражена воля на совершение крупных сделок. Так как в последующем договор, заключенный по результатам конкурса, может быть признан недействительным. В то же время отсутствуют нормы, обеспечивающие исполнение данной обязанности отсутствуют. Например, Законом о контрактной системе не установлена обязанность участника о предоставлении сведений подтверждающих, что для него данная сделка не является крупной. В связи с этим представляется необходимым закрепить правило, что участники в составе заявки обязаны предоставлять решение об одобрении крупной сделки, либо сведения позволяющие установить, что для лица данная сделка не является крупной.

Кроме того, возникает вопрос, относительно какой именно сделки должно быть предоставлено решение об одобрении. Так в ходе проведения конкурса в качестве сделок связанных с отчуждением имущества или возможностью его отчуждения можно назвать внесение обеспечения, основной же договор заключается после окончания проведения конкурса. Из вышеизложенных примеров судебной практики следует, что одобрение необходимо как относительно обеспечительной сделки, так и относительно основного договора.

Таким образом, проведение конкурса включает несколько стадий, в самом общем виде следует выделять такие стадии как публикация извещения, подача заявок, рассмотрение заявок и выявление победителя. При проведении конкурса правовое значение могут иметь действия и

²⁹⁹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.02.2011 по делу № А69-900/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

обстоятельства, предшествующие публикации извещения, в частности решения органов власти или общего собрания. Извещение определяет правила и условия участия в конкурсе и порядок определения его победителя. Извещение о проведении торгов по своему существу является офертой об участии в конкурсе, в свою очередь акцептом выступает подача заявки на участие в конкурсе. Установление в извещении в качестве критерия определения победителя, наличия опыта у участника видится нецелесообразным, так как у юридического лица и индивидуального предпринимателя опыта как такового быть не может, он присущ только человеку, соответственно, в качестве критерия наличия опыта допустимо устанавливать в отношении работников организации или ИП. Использование термина «задаток», для определения платежа, вносимого участником конкурса при подаче заявки, является не совсем правильным, такой платеж является залогом денежных средств.

2.2. Оценка и сопоставление заявок. Определение победителя.

Цель проведения конкурса, как это было отмечено в главе 1 настоящего исследования, заключается в определении лица, способного наилучшим образом исполнить договор. Соответственно, стадия определения победителя представляется крайне важным этапом при исполнении соглашения о проведении конкурса.

Одной из особенностей конкурса является то, что заявка подается в закрытом конверте, не дающем возможность ознакомиться с содержанием. Как указывает С.В. Савина, «с содержанием заявки организатор конкурса впервые знакомится в тот момент, когда публично в день, во время и в месте, указанные в извещении о проведении открытого конкурса, конкурсной

комиссией вскрываются конверты с заявками на участие в конкурсе...»³⁰⁰. Данное правило отражает существо конкурса как формы торгов, так как невозможность ознакомиться с заявками других участников способствует тому, что поданные заявки будут составлены участниками на основании точных расчетов с учетом производственных возможностей.

Вскрытие конвертов также можно назвать самостоятельной стадией реализации соглашения о проведении конкурса. Так как по справедливому замечанию О.А. Беляевой «при вскрытии конвертов с конкурсными предложениями участников победитель будет в любом случае назван не в этот же день, а значительно позднее»³⁰¹. К примеру, в Законе о контрактной системе срок рассмотрения заявки после вскрытия конвертов не может превышать 20 дней (ч. 1 ст. 53). Кроме того, вскрытие конвертов оформляется, как правило, отдельным протоколом. Из анализа отдельных законов можно сделать вывод о том, что само по себе вскрытие конвертов не влечёт правовых последствий для статуса участника, не влияет на оценку конкурсных заявок, в протоколе отражаются сведения о лице, подавшем заявку и документах, которые были приложены к заявке.

Значение данной стадии проведения конкурса видится в том, что происходит первое опубликование заявок, устанавливается содержание каждой заявки, в связи с этим требуется обеспечение прозрачности данной стадии. Как правило, прозрачность вскрытия конвертов обеспечивается возможностью присутствия участников при вскрытии конвертов, например в п. 62 Постановления Правительства РФ от 06.02.2006 № 75 «О порядке проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом»³⁰² претенденты или их представители вправе присутствовать при вскрытии конвертов с заявками на участие в конкурсе. Таким образом, в качестве

³⁰⁰ Савина С.В. Указ. соч. С. 131.

³⁰¹ Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук. С. 321.

³⁰² Постановление Правительства РФ от 06.02.2006 № 75 «О порядке проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом» // Российская газета. 2006. № 37.

общего правила следует считать обеспечение доступа участников к процедуре вскрытия конвертов. Ввиду развития средств аудио и видео фиксации, процедура вскрытия конвертов должна соответствующим образом фиксироваться.

Также момент вскрытия конверта связан с прекращением приема заявок, так как после вскрытия конвертов подача заявок не допускается, что находит отражение в ряде специальных законов³⁰³.

В отдельных нормативных правовых актах выделяется, помимо оценки заявок, стадия рассмотрения заявок. Так, например, согласно ст. 28 Закона о концессионных соглашениях рассмотрение конкурсных предложений осуществляется в установленном конкурсной документацией порядке конкурсной комиссией, которая определяет соответствие конкурсного предложения требованиям конкурсной документации. В ст. 51 Закона о контрактной системе установлено, что под рассмотрением заявок на участие в конкурсе следует понимать процедуру выявления соответствия заявки обязательным требованиям, определенным в конкурсной документации.

Признание заявки соответствующей требованиям извещения о проведении конкурса, по сути, подтверждает статус лица как участника конкурса и стороны соглашения о проведении конкурса. В свою очередь отклонение заявки влечет для участника прекращение статуса участника. Вместе с тем возникает вопрос, с какого момента считается заключенным соглашение о проведении конкурса с участником: с момента подачи заявки, либо с момента признания заявки соответствующей. Сложность в данном вопросе создает то обстоятельство, что конкурсные заявки подаются в запечатанных конвертах и установить соответствие такой заявки требованиям извещения возможно только после вскрытия конвертов.

Кроме того, отсутствует единство в вопросе о том, следует ли указывать на конверте сведения об участнике и как осуществлять идентификацию участников до момента вскрытия конвертов. Например, в ч.

³⁰³ Ст. 26 Закона о ГЧП; ст. 51 Закона о контрактной системе; ст. 27 Закона о концессионных соглашениях.

6 ст. 51 Закона о контрактной системе указано, что отказ в приеме и регистрации конверта с заявкой на участие в открытом конкурсе, на котором не указана информация о подавшем его лице, и требование о предоставлении соответствующей информации не допускаются. В ст. 28 Закона о концессионных соглашениях также установлено, что вскрытию подлежат все конверты с заявками на участие в конкурсе, представленными в конкурсную комиссию до истечения установленного срока. Таким образом, в данном законе прямо не установлена необходимость обозначать на конверте данные лица, подающего заявку, но так как указано, что вскрытию подлежат все конверты то можно сделать вывод, что к ним относятся и непоименованные конверты. В свою очередь, в Законе о ГЧП используется иной подход, так согласно ч. 3 ст. 27 вскрытию подлежат конверты только тех участников, которые внесли в полном размере обеспечение (задаток), соответственно участники должны быть идентифицированы до вскрытия конвертов, кроме того, необходимо представление доказательств внесения задатка, следовательно, идентификация происходит до вскрытия конверта.

В Законе о ГЧП и Законе о концессионных соглашениях при проведении конкурсов устанавливается стадия предварительного отбора, на котором устанавливается соответствие заявки установленным требованиям, но предварительный отбор носит факультативный характер. В Постановлении Правительства РФ от 04.12.2015 № 1322³⁰⁴ указано, что предварительный отбор участников конкурса проводится в случае, если проведение предварительного отбора участников конкурса предусмотрено решением о реализации проекта ГЧП.

Указание на конверте наименования и места нахождения лица, подавшего заявку не имеет принципиального значения, так как отсутствует необходимость предоставления подобной информации до вскрытия конвертов.

³⁰⁴ Постановление Правительства РФ от 04.12.2015 № 1322 «Об утверждении Правил проведения предварительного отбора участников конкурса на право заключения соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве» // СЗ РФ. 2015. № 50, ст. 7172.

Возвращаясь к вопросу о моменте заключения соглашения о проведении конкурса с конкретным участником, то таким моментом следует считать получение заявки организатором. Использование такой конструкции может вызвать некоторые замечания, в частности, будет ли считаться заключенным соглашение с участником, заявка которого будет признана впоследствии несоответствующей. Думается, что основания для того, чтобы считать соглашение заключенным есть, во-первых, внесение обеспечения происходит в момент подачи заявки и документы, подтверждающие внесение денежных средств должны быть приложены к заявке, соответственно с подачей заявки уже возникают обязательства, которые обеспечиваются внесением соответствующей денежной суммы. Во-вторых, признание заявки несоответствующей следует рассматривать как неисполнение участником обязательств, возникших из соглашения о проведении конкурса, и влечет расторжение с участником соглашения и возвращения ему обеспечения. Таким образом, соглашение о проведении конкурса считается заключенным с участником с момента подачи последней заявки, а в случае признания заявки не соответствующей, соглашение с ним расторгается ввиду неисполнения им обязательств по соглашению.

Предварительный отбор как дополнительный этап, на котором происходит определение соответствия заявок извещению, удобен, так как позволяет произвести отбор участников, соответствующих требованиям еще до вскрытия конвертов. В то же время такие действия усложняют проведение конкурса и увеличивают затраты на его проведение, что впоследствии может повлиять на цену договора, а также продлевают срок проведения конкурса.

Как следует из анализа специальных видов конкурсов, рассмотрение заявок и оценка заявок являются действиями сопряженными, оформляются одним протоколом и происходят одновременно. Однако в ранее действующем Законе о размещении заказов рассмотрение заявок и оценка заявок оформлялись различными протоколами. Ф.А. Тасалов в связи с этим подмечал, что «необходимость в составлении конкурсной комиссией такого

количества документов, помимо иных функций, которые комиссия обязана осуществлять, отсутствует»³⁰⁵. Данное замечание видится вполне уместным и упрощение проведения конкурса позволит расширить сферу его использования.

Цель рассмотрения заявки, как уже было отмечено выше, заключается в установлении ее соответствия требованиям конкурсной документации, соответственно, при отклонении заявок в правоприменительной практике возникает достаточно большое количество споров.

Все основания отклонения конкурсных заявок, исходя из анализа действующего законодательства и правоприменительной практики, можно разделить на несколько видов. Так, в качестве первого основания можно назвать непредставление необходимых документов, установленных законом и конкурсной документацией, как показывает правоприменительная практика, в таких случаях заявка отклоняется³⁰⁶.

Вторым основанием отклонения заявки можно назвать несоответствие сведений, указанных в конкурсной заявке требованиям конкурсной документации, в частности относительно характеристик товаров, работ, услуг. Например, в письме Минэкономразвития РФ от 10.10.2007 № 15455-ап/д04³⁰⁷ указано, что если заявка на участие в конкурсе, поступившая от участника размещения заказа, содержит сведения о предлагаемых товарах, работах, услугах, которые не соответствуют каким-либо требованиям и показателям, установленным в конкурсной документации, такая заявка отклоняется конкурсной комиссией на этапе рассмотрения заявок на участие в конкурсе как не соответствующая требованиям конкурсной документации. Однако в данном случае возникает вопрос о возможности отклонения заявки в случае непредставления сведений по критериям определения победителя

³⁰⁵ Тасалов Ф.А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование: монография. М.: Проспект, 2016. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 17.06.2015 № Ф09-3991/15 по делу № А07-13116/2014; Постановление ФАС Московского округа от 28.01.2014 № Ф05-17558/2013 по делу № А40-158176/12-84-1631 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁷ Письмо Минэкономразвития РФ от 10.10.2007 № 15455-ап/д04 «О мерах по предупреждению неблагоприятных последствий от действий недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) по государственным и муниципальным контрактам» // СПС «КонсультантПлюс».

конкурса. В правоприменительной практике данный вопрос решается в пользу отклонения заявки в случае непредставления сведений по одному из таких критериев. Так, Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что довод подателя апелляционной жалобы о том, что сроки выполнения работ являются лишь критерием оценки и несоответствие информации, указанной в заявке, данным срокам не может препятствовать допуску к участию в конкурсе, отклоняется судом апелляционной инстанции как не соответствующий положениям конкурсной документации, в которой такие сроки указаны как составная часть предмета конкурса³⁰⁸.

Третий вид нарушения – это предоставление недостоверных сведений в конкурсной заявке. Так, например, в Постановлении Правительства РФ от 21.04.2010 № 269³⁰⁹ в качестве основания отклонения заявки установлено предоставление ненадлежащей информации (п. 29). В ч. 3.1. ст. 53 Закона о контрактной системе установлено, что в случае установления недостоверности информации, содержащейся в документах, представленных участником конкурса, конкурсная комиссия обязана отстранить такого участника от участия в конкурсе на любом этапе его проведения.

Возникает вопрос, что следует понимать под недостоверной информацией. Так, в литературе отмечается, что под недостоверными сведениями следует понимать сведения, заведомо не соответствующие действительности. Искаженные сведения - это сведения, преувеличенные или преуменьшенные в отдельных вопросах³¹⁰. Однако суды толкуют недостоверную информацию иначе, так Арбитражный суд Поволжского округа указал, что под недостоверными сведениями, которые могут явиться основанием для отказа в допуске к участию в конкурсе, следует понимать такие сведения, которые не соответствуют действительности и реально могут

³⁰⁸ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.11.2012 № 18АП-10142/2012 по делу № А76-3388/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁹ Постановление Правительства РФ от 21.04.2010 № 269 «О проведении конкурсов инвестиционных проектов по формированию перспективного технологического резерва мощностей по производству электрической энергии и внесению изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. №18. Ст. 2239.

³¹⁰ Тимошенко В.А., Смушкин А.Б. Комментарий к Закону РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации (постатейный)» // СПС «КонсультантПлюс». 2015.

свидетельствовать о стремлении участника размещения заказа сознательно ввести в заблуждение конкурсную комиссию относительно фактов, указанных в заявке³¹¹. Таким образом, суд исходит из того, что помимо самого факта недостоверности необходимо установить умысел участника ввести в заблуждение конкурсную комиссию. В то же время непонятна реализация такой позиции, так как конкурсная комиссия не наделена полномочиями по запросу дополнительных документов и разъяснений, поэтому в случае выявления недостоверной информации независимо от умысла конкурсная комиссия отклоняет заявку. Так, например в одном из постановлений суд признал правомерными действия конкурсной комиссии, выразившиеся в отклонении заявки участника конкурса по тому основанию, что адрес места нахождения юридического лица в различных документах не соответствовал³¹².

Таким образом, можно выделить три общих основания для отклонения заявки участника – это 1) Непредставление необходимых документов; 2) Несоответствие указанной в заявке информации требованиям конкурсной документации; 3) Предоставление недостоверной информации.

После отбора заявок, соответствующих конкурсной документации, осуществляется оценка заявок. Как уже было отмечено, оценка и сопоставление заявок осуществляется конкурсной комиссией. Вместе с тем в ГК РФ не закреплено каких-либо общих правил сопоставления и оценки заявок, исходя из наличия нескольких критериев определения победителя. Можно сделать вывод, что оценка осуществляется на основании критериев и является более сложной, чем при проведении аукциона. Вместе с тем, использование нескольких критериев при проведении конкурса позволяет использовать его в тех случаях, когда аукцион невозможен. Например, при невозможности использования исчислимых критериев и соответственно

³¹¹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16.10.2014 по делу № А55-965/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹² Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-8592/2015 по делу № А63-1116/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

когда требуется субъективная оценка. Такие ситуации возможны, когда предметом договора является договор на передачу исключительных прав на изобретения, либо создание объекта искусства, проведение научного исследования.

Видимо в целях борьбы с коррупцией и обеспечения конкуренции использование аукционов получило гораздо большее распространение, при проведении конкурсов также используются исчислимые критерии, что делает его более объективным. К тому же получает распространение практика проведения конкурсов в электронной форме, в частности, ГУП «Мосгортранс» проводил открытый конкурс в электронной форме на право заключения договора обязательного страхования гражданской ответственности перевозчика за причинение вреда жизни, здоровью, имуществу пассажиров³¹³. По-видимому, данная форма конкурса в будущем будет развиваться, и в связи с всеобщим переходом на электронный документооборот, получит более широкое распространение. Вместе с тем отказываться от использования при определении победителя конкурса критериев, подлежащих субъективной оценке не следует. Если аукцион позволяет добиться наилучшей цены, то конкурс дает возможность добиться более высокого качества.

Как показывает правоприменительная практика, оценка заявок участников конкурса оценивается с использованием балльной системы³¹⁴. При этом может устанавливаться значимость каждого критерия в процентном соотношении³¹⁵. «Порядок оценки и сопоставления заявок может содержать, например, вес каждого критерия оценки в совокупности критериев оценки, установленных в документации о закупке, оценку в баллах, получаемых участником закупки по результатам оценки по каждому критерию оценки, алгоритм расчета итогового рейтинга по каждой заявке, иные параметры,

³¹³ <http://zakupki.gov.ru/223/purchase/public/purchase/info/commoninfo.html?noticeId=4111169&epz=true&style44=false> (дата обращения – 07.09.2016).

³¹⁴ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2015 № 18АП-954/2015 по делу № А47-1335/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹⁵ Барькин С.Е., Константинов И.И. Системное моделирование подрядных торгов (конкурсов) в строительстве. СПб.: Политехника-сервис, 2013. С. 119

необходимые для выявления лучших условий исполнения договора, предлагаемых участниками закупки»³¹⁶. Важным обстоятельством является то, что правила оценки должны быть известны участникам заранее, это следует из признака публичности проведения конкурса.

Кроме того, из анализа отдельных видов конкурса вытекает отсутствие возможности у организатора изменить условия проводимого конкурса. В частности, в Законе о контрактной системе предусмотрена процедура отмены проведения конкурса, но с соблюдением специальных требований. В свою очередь в п. 4 ст. 448 ГК РФ установлено, что организатор может отказаться от проведения торгов, но не позднее, чем за 30 дней до проведения конкурса. Таким образом, изменение условий конкурса возможно только путем отмены предыдущего и проведения нового конкурса.

Невозможность изменения условий проведения конкурса и прежде всего критериев определения победителя следует из принципа стабильности договора и недопустимости одностороннего изменения соглашения. Так, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.10.2014 по делу № А56-57340/2013 суд отменил решения судов нижестоящих инстанций, которые сочли необоснованным довод УФАС о необходимости включения в конкурсную документацию конкретной информации о порядке оценки и сопоставления конкурсных заявок, поскольку действующее законодательство не содержит каких-либо определенных требований по конкретному содержанию информации о сведениях, касающихся порядка определения победителей торгов. Суд кассационной инстанции отметил, что отсутствие порядка оценки и сопоставления конкурсных заявок может привести к злоупотреблениям со стороны организаторов торгов, поскольку определение победителя может быть основано на субъективном усмотрении организатора торгов (его конкурсной или аукционной комиссии)³¹⁷. Более того, данные критерии являются необходимыми для участников конкурса,

³¹⁶ Обзор судебной практики в сфере закупок по 223-ФЗ (март 2015 года) // СПС «КонсультантПлюс».

³¹⁷ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.10.2014 по делу № А56-57340/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

поскольку их наличие не только соответствует принципам открытости и прозрачности торгов, в том числе при определении победителя, но и является стимулирующим фактором при подаче заявок.

Также стоит отметить в качестве общего правила то, что в случае если заявки двух и более участников содержат одинаковые показатели по критериям определения победителя, то победителем признается лицо, направившее заявку раньше других участников. Такой подход является проявлением принципа состязательности при проведении конкурса.

Не менее важный вопрос о месте действий конкурсной комиссии по определению победителя в фактическом составе проведения конкурса. В.В. Груздев пишет, что «выявление победителя торгов представляет собой исполнение организатором торгов обязательства по их проведению»³¹⁸. Исходя из того, что конкурс представляет собой соглашение, сторонами которого являются организатор и участники, заявки которых приняты, следовательно, обязанностью организатора является проведение конкурса и определение победителя. Отсюда возникает вопрос, какова правовая природа действий по исполнению организационных обязательств, возникающих из соглашения о проведении конкурса. С.В. Сарбаш пишет, что «обязательство – это программа действий сторон, своего рода сценарий, план. Осуществление этой программы сторонами и есть исполнение обязательства»³¹⁹. В доктрине отсутствует единство мнений относительно правовой природы исполнения обязательства. «В науке существует мнение, что основная часть действий по исполнению обязательств «составляет особую группу юридических фактов, которую нельзя отнести ни к... сделкам, ни к поступкам»³²⁰. В свою очередь О.А. Красавчиковым была высказана позиция, что исполнение обязательства является юридическим поступком»³²¹.

³¹⁸ В.В. Груздев Указ. соч.

³¹⁹ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. // СПС «КонсультантПлюс».

³²⁰ Там же.

³²¹ См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. С. 154, 157.

Также в юридической литературе высказывалась позиция, согласно которой действия по исполнению обязательств представляют собой односторонние сделки³²². В качестве примеров таких распорядительных сделок, как правило, приводятся передача права собственности по договору продажи недвижимости, а также передача права требования по договору цессии, отделяемые, соответственно, от собственно договоров купли-продажи и уступки права требования, являющихся, по мнению сторонников этой теории, обязательственными сделками³²³. Таким образом, можно сделать вывод, что распорядительная сделка в российской научной доктрине воспринимается, прежде всего, как сделка по исполнению и во взаимодействии с договором. В таком виде, данный институт критиковался некоторыми исследователями. Например, Е.А. Суханов указывает, что по существу распорядительные сделки становятся некими умозрительными конструкциями, с помощью которых можно обосновывать очередные теоретические изыски и парадигмы³²⁴. К.И. Скловский также выступает против использования во взаимодействии с договором направленным на передачу имущества распорядительной сделки, в связи с недопустимостью удвоения воли сторон которую они выразили при заключении договора. Так как в противном случае необходимо повторное выражение воли при совершении распорядительной сделки³²⁵. С данной позицией можно согласиться, в связи с тем, что такое усложнение неоправданно и может привести к возникновению еще больших проблем в правоприменительной практике.

С.В. Сарбаш пишет, что «исполнение обязательства является двусторонней сделкой особого рода, направленной исключительно на прекращение обязательства посредством доставления кредитору и принятия

³²² Соломина Н.Г. Пределы надлежащего исполнения обязательства // Право и экономика. 2013. № 11. С. 38-43.

³²³ Андрианов Н.А. Правовая природа сдачи результата работ по договору строительного подряда. Продолжение дискуссии // Право и экономика. 2013. № 7. С. 33 - 36.

³²⁴ Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 23.

³²⁵ Скловский К.И. Сделка и ее действие. М.: Статут, 2012. С. 35.

последним объекта гражданского права»³²⁶. Однако сделка представляет собой действия, направленные на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей, исполнение соглашения не направлено на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей.

В связи с этим более приемлемой выглядит позиция О.А. Красавчикова, отождествляющего исполнение обязательства с юридическими поступками³²⁷. Если исходить из положений ст. 307 ГК РФ, то в силу обязательства одно лицо должно совершить в пользу другого определенные действия, соответственно, исполнение обязательства следует рассматривать как действия или совокупность действий.

Как уже было отмечено выше, действия по рассмотрению, оценке, сопоставлению заявок и определению победителя осуществляет конкурсная комиссия, специально созданная для этих целей организатором конкурса. Конкурсная комиссия является представителем организатора или его агентом, действующим от имени и в интересах организатора и выполняет определенные функции от имени организатора, в том числе по рассмотрению и оценке заявок.

Исходя из положений ст. 447 ГК РФ можно сделать вывод, что функции конкурсной комиссии сводятся исключительно к определению победителя. Однако в специальных законах предусматривается, что конкурсная комиссия осуществляет весь спектр функций от опубликования извещения о проведении конкурса до подведения его итогов. Представляется, что основные функции конкурсной комиссии сводятся к рассмотрению заявок, их оценке и определению победителя, то есть функции по исполнению соглашения о проведении конкурса.

Таким образом, рассмотрение и оценка заявок возможны только после вскрытия конвертов с заявками, при этом вскрытие конвертов является первым опубликованием заявок и входящих в них конкурсных предложений,

³²⁶ Сарбаш С.В. Указ. соч.

³²⁷ См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. С. 154, 157.

соответственно на этой стадии необходимо обеспечивать прозрачность. Рассмотрение заявок и их оценку следует различать, так как при рассмотрении устанавливается соответствие заявки требованиям конкурсной документации. Соглашение о проведении конкурса следует считать заключенным с момента получения организатором заявки участника, а в случае признания ее не соответствующей с таким участником соглашение расторгается ввиду неисполнения им обязательств из соглашения о проведении конкурса.

Осуществление оценки заявок при проведении конкурса представляет собой совершение определенных юридических и фактических действий. Использование при определении победителя конкурса нескольких критериев делает конкурс гораздо более эффективной и гибкой формой торгов, так как допускается возможность использования субъективной оценки заявок.

2.3. Заключение договора по итогам конкурса. Ответственность организатора.

Как было установлено в главе 1 настоящего исследования торги и конкурс как их форма являются способом заключения договора, следовательно, с момента заключения договора прекращаются преддоговорные отношения и возникает договорное обязательство.

В теории права существует такое понятие как трансформация правоотношения. С.А. Зинченко пишет, что «в ходе своего движения правоотношение способно к трансформации под воздействием определенных юридических фактов»³²⁸. То есть возможен переход одного правоотношения в качественно новое. Применительно к конкурсу правоотношения,

³²⁸ Зинченко С.А. Юридические факты в механизме правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 140.

складывающиеся между участниками и организатором, трансформируются в договорное обязательство между организатором и победителем.

Общие правила ст. 448 ГК РФ свидетельствуют о том, что по общему правилу, если иное не установлено законом, лицо выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения конкурса протокол о результатах торгов, который имеют силу договора. В.В. Груздев отмечает, что «временным показателем окончания процедуры торгов служит момент подписания лицом, выигравшим торги, и организатором торгов протокола о результатах торгов. Протокол о результатах торгов как письменный документ фиксирует факт завершения процедуры торгов, в результате которой оказались выявленными вторая сторона и содержание будущего договора»³²⁹. Вместе с тем, такой подход не получил широкого распространения, так как в большинстве специальных законах такая модель не используется. Так, например, в ст. 32 Закона о ГЧП предусмотрено, что протокол определения победителя конкурса подписывается только членами конкурсной комиссии, после чего публичный партнер направляет копию протокола и проект договора для подписания победителю конкурса.

Такой различный подход обусловлен принятым в доктрине делением торгов «на заключение договора» и на «право заключения договора». М.Ф. Казанцев отмечает, что «торги, предметом которых является заключение договора, - это торги, в которых состязание (отбор) среди участников торгов проводится за заключение договора, а непосредственным результатом торгов является заключенный договор. Торги, предметом которых является право на заключение договора, - это торги, в которых состязание (отбор) среди участников торгов проводится за право на заключение договора, а непосредственным результатом торгов является право на заключение договора»³³⁰. Вместе с тем такое деление видится

³²⁹ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010.

³³⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. (автор комментируемой статьи - М.Ф. Казанцев) // СПС «КонсультантПлюс».

весьма условным, так как в любом случае целью проведения торгов является заключение договора. Кроме того, и в том и другом случае требуется подписание либо договора, либо протокола, который приравнивается к договору. Также не совсем удачным видится использование термина «на право заключения договора». В теории права под субъективным правом понимается признанная и защищаемая объективным правом способность лица совершать или не совершать определенные юридически значимые действия, а также требовать от других лиц совершать или воздерживаться от совершения определенных юридических действий³³¹. Победитель конкурса может и уклониться от заключения договора, однако это повлечет для него негативные последствия. Так, в случае уклонения от подписания договора, победитель теряет обеспечение, так как, по сути, им не исполняется обязательство по заключению договора. Данный вывод следует из анализа специальных законов об отдельных видах конкурсов, в частности ч. 13 ст. 44 Закона о контрактной системе. При уклонении лица от подписания протокола, согласно п. 6 ст. 448 ГК РФ такое лицо обязано возместить убытки сверх обеспечения, соответственно победитель также теряет обеспечение. Кроме того, в ряде нормативных правовых актов прямо закрепляется возможность организатора потребовать в судебном порядке понуждения победителя к заключению договора. О том, что у победителя не право, а обязанность заключить договор свидетельствуют и положения специальных законов. Так, например, в ст. 4 Федерального закона от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии»³³² указано, что в случае, если победитель такого конкурса отказывается заключить договор об отчуждении права на единую технологию или лицензионный договор, лицо, осуществляющее от имени Российской Федерации или субъекта Российской Федерации распоряжение правом на единую

³³¹ Теория государства и права: Учебник \ под ред. В.Н. Корнева. М.: РАП, 2013. С. 211 (автор главы – Корнев В.Н., Лапаева В.В.).

³³² Федеральный закон от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). ст. 6239.

технологии, может обратиться в суд с требованием о понуждении победителя такого конкурса заключить договор. Таким образом, отсутствует теоретическая значимость деления торгов по указанному критерию.

В контексте рассмотрения данной проблемы О.А. Беляева задается вопросом «в чем смысл подписания протокола о результатах торгов непосредственно лицом, признанным их победителем? Что означает подпись победителя торгов на этом протоколе: согласие с его содержанием, участие в его составлении, информированность о результатах торгов и об обязанности оплатить приобретенное на торгах имущество»³³³? Действительно, более удачной выглядит процедура, при которой протокол не рассматривается в качестве договора и его подписание не требуется со стороны победителя. Поскольку обеспечение присутствия представителя при проведении оценки конкурсных предложений не всегда возможно, также в связи с развитием электронного документа, менее затратным выглядит подписание проекта договора электронной подписью без непосредственных контактов сторон. Кроме того, между определением победителя и подписанием протокола оценки заявок и заключением договора необходимо наличие временного промежутка, в который другие участники могут обжаловать действия конкурсной комиссии по оценке заявок, в качестве общего правила можно установить десятидневный срок. Договор, заключенный непосредственно после проведения оценки заявок, в случае признания жалобы обоснованной, должен быть признан недействительным, соответственно еще большие сложности могут возникнуть в случае, если было начато исполнение. Безусловно, при проведении аукциона протокол о результатах такого аукциона, допустимо приравнивать к договору, так как более простой и прозрачный порядок определения победителя значительно сокращает возможности для нарушения прав участников на этом этапе, и, следовательно, уменьшает количество потенциальных жалоб. К тому же при

³³³ Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: Юриспруденция, 2011. // СПС «КонсультантПлюс».

проведение аукциона необходимо присутствие представителей участников для подачи предложений о цене, соответственно, протокол уместнее подписать сразу после проведения аукциона. Таким образом, при проведении конкурса протокол о результатах конкурса не должен наделяться силой договора, а договор должен быть заключен по общему правилу по истечении десяти дней, такое правило относительно конкурса следует закрепить в ст. 448 ГК РФ.

Руководствуясь вышеизложенной позицией, представляется необходимым определить правовую природу протокола подведения итогов конкурса. На этот счет М.И. Брагинский писал, что «кодекс особо выделяет случаи, когда торги объявляются не на заключение договора, а только на право его заключить. В этом случае правовое значение протокола меняется: из обычного, основного договора он превращается во вспомогательный договор, обладающий всеми чертами предварительного договора³³⁴. Схожей позиции придерживается М.Е. Кукла по ее словам «протокол по результатам торгов следует признать юридическим фактом, влекущим возникновение правоотношений, т.е. двусторонней сделкой - договором, при этом в случаях, когда протокол не играет роль основного договора, заключаемого по итогам торгов, протокол может быть квалифицирован как предварительный договор»³³⁵. Е.Б. Козлова пишет, что «и предварительный договор, и протокол о результатах торгов порождают обязательство сторон заключить договор»³³⁶. В судебной практике протокол о результатах конкурса рассматривается также в качестве предварительного договора, например, ФАС Восточно-сибирского округа указал, что с учетом особенностей норм, регулирующих проведение торгов на право заключения договора, а именно - то, что результатом таких торгов является возложение обязанности заключить договор одновременно на участника, победившего на торгах, и их

³³⁴ Брагинский М.И. Витрянский В.В. Указ. соч. С. 230 (автор главы – М.И. Брагинский).

³³⁵ Кукла М.Е. Заключение договора на торгах // Право и политика. 2007. № 3.

³³⁶ Козлова Е.Б. Проблемы недействительности договора о развитии застроенной территории (в свете изменений гражданского законодательства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 5. С. 27 – 31.

организатора, - протокол, оформляющий результат таких торгов имеет значение предварительного договора³³⁷. ФАС Московского округа отметил, что результатом таких торгов является возложение обязанности заключить договор одновременно на обоих - участника, победившего на торгах, и их организатора, следовательно, такой протокол близок к конструкции предварительного договора³³⁸. В.В. Груздев, в свою очередь выступил с критикой данной точки зрения, невозможность применения вышеизложенной позиции основывается на необходимости формального соответствия договора протокола и основного договора. Далее В.В. Груздев пишет, что «в связи с этим для обоснования наличия у организатора таких торгов (собственника вещи или обладателя имущественного права либо специализированной организации, действующей от своего имени) и их победителя обязанностей заключить договор по результатам торгов нет никакой необходимости обращаться к конструкции предварительного договора, тем более, если учитывать, что правовой целью торгов являлись именно указанные обязанности»³³⁹.

Не соглашаясь с позицией В.В. Груздева, О.А. Беляева отмечает, что «конечно, правила оформления протокола о результатах торгов не вполне соответствуют формальным требованиям ст. 429 ГК РФ, описывающей предварительный договор. Но все же нет серьезных оснований оспаривать тезис о том, что по своей юридической конструкции протокол весьма похож на предварительный договор»³⁴⁰.

Под предварительным договором согласно ст. 429 ГК РФ понимается договор, стороны которого обязуются заключить в будущем - договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором. В

³³⁷ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20.12.2010 по делу № А33-17264/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

³³⁸ Постановление ФАС Московского округа от 24.07.2009 № КА-А40/6901-09 по делу № А40-69605/08-152-497 // СПС «КонсультантПлюс».

³³⁹ В.В. Груздев Указ. соч. С. 59.

³⁴⁰ Беляева О.А. Аукционы и конкурсы: комментарий судебно-арбитражной практики. М.: КОНТРАКТ, Волтерс Клувер, 2010. СПС «КонсультантПлюс».

качестве необходимых признаков предварительного договора, исходя из положений вышеуказанной статьи, можно назвать то, что предварительный договор должен содержать условия, позволяющие определить предмет, а также условия основного договора относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. М.Н. Илюшина пишет, что «предварительный договор – это организационный договор, определяющий условия и сроки заключения иного, основного договора»³⁴¹. Исходя из ранее сделанного вывода о том, что проведение конкурса представляет собой соглашение сторон, а определение победителя является исполнением такого соглашения со стороны организатора, то протокол оценки конкурсных заявок не следует рассматривать как предварительный договор. Кроме того, если рассматривать протокол как предварительный договор, то не ясным остается вопрос о том, что является основным договором.

Обязанность заключить договор у победителя возникает не в силу протокола, а в силу подачи заявки, которой он добровольно принял обязательство в случае победы заключить договор. В данном случае обязательство носит условный характер, поскольку участнику до момента оценки заявок неизвестно наступит такое условие или нет. Соответственно, протокол о результатах конкурса оформляет исполнение организатором обязанности определения победителя путем совершения соответствующих действий конкурсной комиссией и его следует рассматривать как акт исполнения обязательства и относить к категории действий.

Вместе с тем от уклонения от заключения договора со стороны победителя нельзя застраховаться, но уклонение победителя не должно стать препятствием к заключению договора. Организатор, объявляя конкурс, имеет какие-либо потребности, которые возможно удовлетворить путем заключения соответствующего договора. Если в случае отказа победителя

³⁴¹ Илюшина М.Н. Предварительный договор в новеллах ГК РФ: новое содержание и новые регулятивные возможности для договоров купли-продажи жилых помещений // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 36-40.

организатор будет осуществлять проведение нового конкурса, то произойдет отсрочка момента заключения договора и удовлетворения своих потребностей.

Выходом из данной ситуации видится заключение договора с участником, предложение которого заняло второе место. Такой подход нашел отражение в специальных законах, в частности в ч. 24 ст. 19 Закона о ГЧП закреплена возможность заключения соглашения с лицом, предложение которого является наилучшим после предложения победителя, уклонившегося от заключения договора. Другим способом могло бы служить понуждение победителя к заключению договора в судебном порядке. В утратившем силу Федеральном законе № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» в ст. 29 предусматривалась также возможность понуждения уклоняющегося победителя к заключению договора. Отказ от такого подхода в Законе о контрактной системе представляется правильным, так как, во-первых, понуждение к заключению договора через суд потребует большого количества времени, во-вторых, недобросовестность лица, уклонившегося от заключения договора, не создает дополнительных гарантий к надлежащему исполнению им договора.

Таким образом, в качестве общего правила следует закрепить возможность заключения договора с участником, который занял второе место в случае уклонения победителя. Однако возникает вопрос, является для второго участника заключение договора обязанностью или правом. Согласно п. 4 ст. 54 Закона о контрактной системе заключение договора для участника, занявшего второе место, является правом. Такой подход видится верным, поскольку с момента определения победителя до момента отказа победителя от заключения договора проходит определенный срок, второй участник за это время может потерять интерес в заключение договора, соответственно, возлагать на него обязанность заключить договор не уместно, так как такое лицо действует добросовестно.

Кроме того, организатор вправе потребовать возмещения убытков причиненных победителем в случае уклонения последнего от заключения договора. Убытки в данном случае будут являться мерой ответственности, так если исходить из ст. 393 ГК РФ то должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. Данные обстоятельства также говорят в пользу того, что на победителе лежит обязанность заключить договор.

Потребности оборота могут вынудить стороны договора к внесению изменений в заключенный по результатам конкурса договор. По общему правилу ст. 450 ГК РФ изменение договора возможно по соглашению сторон, но специальный способ заключения договоров путем торгов в форме конкурса, который предполагает определение некоторых условий именно на конкурсе, создает препятствия возможности изменения такого договора. Отсюда возникает весьма важный с практической точки зрения вопрос о допустимости внесения изменений в договор, заключенный путем проведения конкурса. В п. 8 ст. 448 ГК РФ установлено общее правило, что условия договора, заключенного по результатам торгов в случае, когда его заключение допускается только путем проведения торгов, могут быть изменены сторонами, если это изменение не влияет на условия договора, имевшие существенное значение для определения цены на торгах, а также в иных случаях, установленных законом. Как отмечает М.Ф. Казанцев, «ограничения на изменение условий договора, заключенного на торгах, призваны воспрепятствовать своеобразной «ревизии» результатов торгов и, по сути, обходу законоположений о торгах»³⁴². Прежде всего, необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что данные правила применяются в тех случаях, когда проведение торгов является обязательным.

Формулировка ГК РФ, хотя и не устанавливает четких критериев выделения условий, изменение которых возможно, объясняет общий подход

³⁴² Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. (Автор комментируемой статьи – М.Ф. Казанцев) // СПС «КонсультантПлюс».

законодателя к возможности изменения условий, заключенного при проведении конкурса соглашения. Безусловно, полный запрет на внесение изменений в такой договор недопустимо, поскольку экономические отношения разнообразны и изменчивы и договор должен быть гибким и давать возможность сторонам следовать изменяющейся конъюнктуре рынка, в то же время такие изменения не должны нивелировать результаты конкурса. Таким образом, представляется необходимым различать все условия договора на те, которые были определены путем проведения конкурса и связанные с ними и иные условия. Относительно первых необходимо установить правило, что их изменение допускается только в исключительных случаях, если неизменение таких условий повлечет невозможность исполнения соглашения одной из сторон, вторая группа условий может быть изменена по соглашению сторон без каких-либо ограничений.

Не менее важным является вопрос об ответственности организатора конкурса. В доктрине ответственность обычно определяют как «обязанность правонарушителя претерпевать предусмотренные санкцией юридической нормы в установленном законом порядке меры государственного принуждения»³⁴³. Если исходить из положений ст. 448 ГК РФ, то единственным случаем, при котором организатор конкурса несет ответственность, если организатор отказался от проведения торгов с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам, понесенный ими реальный ущерб. В ч. 4 ст. 36 Закона о контрактной системе установлено схожее правило, согласно которому, при отмене определения поставщика заказчик не несет ответственность перед участниками закупки, подавшими заявки, за исключением случая, если вследствие отмены определения поставщика (подрядчика, исполнителя) участникам закупки причинены убытки в результате недобросовестных действий заказчика.

³⁴³ Проблемы теории государства и права. Учебник. / Под. ред. В.М. Сырых. С. 464 (Автор главы – Ковалева Е.Л.).

Таким образом, в качестве общего правила можно назвать ответственность организатора при отмене проведения конкурса и эта ответственность в форме возмещения убытков.

Кроме того, в качестве общего правила на организатора конкурса следует распространить общие положения о возмещении убытков, предусмотренные ст. 15 ГК РФ. Так, под убытками следует понимать реальный ущерб и упущенную выгоду. При этом, требовать возмещения убытков от организатора возможно не только за отмену проведения конкурса, но и за иные действия, например уклонение от подписания договора. Также организатор и должностные лица организатора могут привлекаться к иным видам ответственности, в частности административной. (ст. 7.29 КоАП РФ).

Таким образом, при определении победителя конкурса и заключении с ним договора преддоговорные отношения в форме торгов трансформируются в договорное обязательственное правоотношение между победителем и организатором. Деление конкурсов по предмету на те, которые проводятся на заключение договора и на право заключения договора весьма условно и не несет теоретической ценности. Кроме того, победитель конкурса на право заключения договора не только вправе требовать его заключения, но также обязан его заключить под угрозой потери обеспечения и возмещения убытков при их наличии. В качестве общего правила при проведении конкурса в ГК РФ необходимо установить, что протокол об оценке заявок не является договором и его подписание не требуется со стороны победителя, при этом договор должен быть заключен по истечении не менее 10 дней с момента определения победителя. В случае уклонения победителя от заключения договора, организатор имеет право заключить договор с участником, заявка которого заняла второе место в случае согласия последнего. Изменение договора, заключенного при проведении конкурса по соглашению сторон возможно с ограничениями. Так, изменение условий, которые были определены путем проведения конкурса, могут быть изменены

в исключительных случаях, когда без такого изменения становится невозможным исполнение договора, иные условия могут изменяться без ограничений. Организатор несет ответственность перед участниками в форме возмещения убытков не только за отмену проведения конкурса, но и за иные действия, которые повлекли возникновение убытков в виде реального ущерба или упущенной выгоды.

ГЛАВА 3. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ КОНКУРСОВ

3.1. Конкурс при осуществлении закупок для государственных и муниципальных нужд.

Конкурс в ст. 24 Закона о контрактной системе назван одним из способов определения поставщика (подрядчика, исполнителя) для заключения контракта на поставку товаров (выполнение работ, оказание услуг) для государственных и муниципальных нужд.

Сфера закупок для государственных нужд имеет ключевое значение для обеспечения деятельности государства и его органов. О.В. Бирюкова пишет, что «государственные закупки представляют собой важный сегмент экономики, объем которого оценивается в 10-15 % ВВП как в развитых, так и в развивающихся странах, и образуют значительный сегмент международной торговли»³⁴⁴. Л.В. Андреева отмечает значительную роль государственных закупок в формировании спроса на проведение научно-исследовательских работ и приобретение инновационной продукции³⁴⁵. Согласно Прогнозу

³⁴⁴ Бирюкова О.В., Данильцев А.В. Регулирование государственных закупок в международной торговле услугами // Российский внешнеэкономический вестник. 2015. № 7. С. 31-42.

³⁴⁵ Андреева Л.В. Закон о науке как нормативно-правовая основа инновационной деятельности // Сборник научно-практических статей II Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом». М., Юстицинформ. 2015. // СПС «КонсультантПлюс».

социально-экономического развития Российской Федерации на 2016 год и на плановый период 2017 и 2018 годов³⁴⁶, в условиях сокращения частных инвестиций и закупок важную роль продолжит играть государственный заказ, что окажет положительное влияние на развитие машиностроения. Также отмечается, что через госзаказ государство сможет реализовывать экономические, социальные и другие задачи в рамках приоритетных направлений национальной политики³⁴⁷. Заключение государственных контрактов позволяет обеспечить функционирование государства, муниципальных образований, выполнение полномочий государственными органами.

Закон о контрактной системе определяет, что закупка товара, работы, услуги для обеспечения государственных или муниципальных нужд – это совокупность действий, осуществляемых в установленном настоящим Федеральным законом порядке заказчиком и направленных на обеспечение государственных или муниципальных нужд (ст. 3). Закупка начинается с определения поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершается исполнением обязательств сторонами контракта (п. 3 ст. 3 Закона о контрактной системе). Таким образом, обеспечение государственных нужд происходит путем заключения и исполнения государственного контракта.

Государственный контракт определяется в п. 8 ст. 3 Закона о контрактной системе как договор, заключенный от имени РФ (субъекта РФ, муниципального образования) государственным или муниципальным заказчиком для обеспечения, соответственно, государственных нужд. Из данного определения можно выделить такие признаки государственного контракта, как субъектный состав и цель.

Особенность субъектного состава проявляется в том, что на стороне заказчика выступает государственный орган или орган местного

³⁴⁶ Прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на 2016 год и на плановый период 2017 и 2018 годов (разработан Минэкономразвития России) // СПС «КонсультантПлюс»

³⁴⁷ Пономарева О.В. Государственные закупки как инструмент торговой политики в развивающихся странах // Российский внешнеэкономический вестник. 2014. № 9. С. 101-119.

самоуправления, а также иные субъекты, указанные в п. 5 ст. 3 Закона о контрактной системе. Кроме того, правила Закона о контрактной системе в установленных случаях распространяются и на закупки, осуществляемые бюджетными, автономными учреждениями, государственными, муниципальными унитарными предприятиями (ст. 15 Закона о контрактной системе), и договор с такими организациями не является государственным и муниципальным контрактом. В самом общем виде заказчиком по Закону о контрактной системе может быть субъект, который осуществляет закупки за счет бюджетных средств.

Второй особенностью государственного контракта является его цель – обеспечение государственных и муниципальных нужд. Ф.А. Тасалов в качестве сущностного признака государственных нужд называет источник финансирования³⁴⁸. А.Е. Кирпичев при определении муниципальных нужд, помимо источника финансирования, указывает, что муниципальные нужды – это «потребности в товарах, работах, услугах, необходимых для решения вопросов местного значения и осуществления отдельных государственных полномочий»³⁴⁹. Такой подход представляется более правильным, поскольку позволяет более полно раскрыть существо государственных нужд, так как за счет средств бюджета могут удовлетворяться потребности не только государства, но и потребности частных лиц. Например, Бюджетный кодекс Российской Федерации³⁵⁰ (далее - БК РФ) в ст. 78 предусматривает возможность предоставления субсидии юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям. Соответственно, государственные нужды – это потребности в товарах, работах или услугах, необходимых для осуществления полномочий органами государственной власти, финансируемые за счет средств бюджета.

³⁴⁸ Тасалов Ф.А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование: монография. М.: Проспект, 2016. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴⁹ Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. С. 29-30.

³⁵⁰ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. ст. 3823.

Наличие таких уникальных признаков государственного контракта породило дискуссии относительно правовой природы государственного контракта. В доктрине имеются и такие позиции: «... в связи с выраженным публичным характером договора поставки для государственных нужд было высказано мнение об административно-правовой природе государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд. Учеными указываются следующие признаки, свидетельствующие в пользу административно-правовой природы государственного контракта: цели государственных контрактов имеют публично-правовой характер и нормативно определены; законодатель наделяет государственного заказчика, в качестве которого выступает орган государственной власти, полномочиями особого прерогативного характера: право руководства и контроля за действиями контрагента, право в одностороннем порядке вносить изменения в государственный контракт и др.»³⁵¹. Данная позиция представляется не совсем верной, так как, во-первых, институт административного договора не разработан надлежащим образом и, соответственно, весьма сложно определить существо такого договора. Во-вторых, аргументы касательно возможности государственным заказчиком осуществлять контроль в отношении исполнителя также не совсем понятны, так как не уточнено, какой контроль, если мы рассматриваем контроль за исполнением, то такой контроль со стороны заказчика имеет место и при обычных гражданско-правовых договорах, например, ст. 748 ГК РФ предусматривает контроль и надзор заказчика за выполнением работ по договору строительного подряда. В-третьих, у заказчика отсутствует возможность одностороннего изменения контракта, а возможность одностороннего отказа возможна в строго определенных случаях.

Большинство авторов придерживаются позиции о гражданско-правовой природе государственного контракта. Например, А.Е. Кирпичев пишет, что

³⁵¹ Душкина М.Н. Некоторые проблемы гражданско-правового регулирования поставки лекарственных средств // Гражданское право. 2012. № 5. С. 43 - 45.

«государственным контрактом является гражданско-правовой договор, заключенный от имени Российской Федерации или субъекта Российской Федерации по результатам проведения конкурентных процедур, а в случаях, предусмотренных законом - без проведения таких процедур»³⁵². Кроме того, в литературе отмечается, что государственный контракт хоть и является по своей природе гражданско-правовым договором, но имеет также и свои особенности. С. Потрашков пишет, что «государственные и муниципальные контракты в полной мере можно отнести к договорам в том смысле, в котором определяет данный термин действующее гражданское законодательство, а именно, договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Вместе с тем специфика процедуры заключения и последующего исполнения указанных контрактов позволяет прийти к однозначному выводу о том, что данный вид договоров имеет ряд своих особенностей, в том числе таких, которые не имеют однозначной урегулированности в сегодняшней правоприменительной практике»³⁵³. В юридической литературе отмечается, что «все договоры, заключаемые по правилам, предусмотренным Законом о контрактной системе, в тексте самого Закона именуется контрактами (несмотря на то, что к ним помимо государственных и муниципальных контрактов относятся и договоры бюджетных учреждений). Для всех подобных договоров в Законе о контрактной системе дается общее определение: гражданско-правовой договор, «предметом которого являются поставка товара, выполнение работы, оказание услуги (в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества)», заключаемый «от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования, а также бюджетным учреждением либо иным юридическим лицом в соответствии с

³⁵² Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. М., РАП, 2012. С. 203.

³⁵³ Потрашков С. Особенности государственных и муниципальных контрактов: споры // Административное право. 2015. № 4. С. 21 - 25.

частями 1, 4 и 5 статьи 15 настоящего Федерального закона» (п. 3 ч. 1 ст. 1 Закона о контрактной системе)»³⁵⁴. Таким образом, государственный контракт является гражданско-правовым договором, в то же время имеет существенные особенности, которые проявляются и в способе заключения такого договора.

Как видно, в Законе о контрактной системе в отличие от ранее действующего Закона о размещении заказом отказались от использования понятия «торги» в пользу понятия «конкурентные способы». Одной из причин этого некоторые авторы считают то, что положения ГК РФ направлены на регулирование торгов на продажу³⁵⁵. Однако данный вывод не совсем точен и противоречит п. 6 ст. 447 ГК РФ, в котором установлено, что правила ст. 447 - 448 ГК РФ применяются также к торгам, проводимым в целях заключения договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг или приобретение имущественных прав, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений.

Кроме того, отказ от использования термина «торги» в Законе о контрактной системе не свидетельствует о том, что конкурентные процедуры определения поставщика в виде конкурса или аукциона не являются торгами. Конкурс, проводимый в соответствии с Законом о контрактной системе, безусловно, имеет свои особенности, однако существенные признаки остаются общими у всех конкурсов, о чем было указано в § 3 главы 1 настоящего исследования. Следовательно, конкурсы и аукционы, проводимые при заключении государственных контрактов, являются торгами. Отказ же от использования термина «торги» можно объяснить тем, что вышеприведенный п. 6 ст. 447 ГК РФ был закреплен в ГК РФ Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ, который был принят после принятия Закона о контрактной системе.

³⁵⁴ Кирпичев А.Е. Развитие правового регулирования муниципальных контрактов в Законе о контрактной системе // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11. С. 22 - 26.

³⁵⁵ Балакин Д. Торги в законодательстве о публичных закупках и в ГК РФ // Конкуренция и право. 2013. № 4.

Согласно ст. 24 Закона о контрактной системе конкурс относится к конкурентному способу определения поставщика. Использование конкурса при заключении государственного или муниципального контракта обусловлено принципами регулирования отношений в сфере государственных закупок, в частности, принципами открытости, прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок (ст. 6 Закона о контрактной системе).

Законом о контрактной системе предусматривается, что заказчик во всех случаях осуществляет закупку путем проведения открытого конкурса, за исключением случаев, определенных законом (ст. 48). Л.В. Андреева на основании указанной нормы делает вывод о том, что конкурс является приоритетным способом определения поставщика³⁵⁶.

Однако это правило не свидетельствует о том, что конкурс является приоритетным способом определения поставщика. так как согласно информации, размещенной на официальном портале закупок <http://www.zakupki.gov.ru>³⁵⁷, по данным за 2015 год 53 % израсходованных средств на осуществление закупок приходится на контракты, заключенные путем проведения электронного аукциона, а 19 % - на контракты, заключенные путем проведения конкурса. Таким образом, конкурс, хотя и не является самым распространенным способом определения поставщика, в то же время относительно большой процент договоров заключается путем проведения конкурса.

Весьма сложным остается вопрос о сфере применения конкурса при определении поставщика, поскольку Закон о контрактной системе не устанавливает случаи проведения конкурса. Однако относительно аукциона

³⁵⁶ Андреева Л.В. Понятие контрактной системы и основные правила ее функционирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11. С. 3 - 16.

³⁵⁷ <http://www.zakupki.gov.ru> (дата обращения 30.01.2016).

такие критерии названы, в частности, в ст. 59 Закона о контрактной системе установлена обязанность заказчика применять электронный аукцион в случаях, если существует возможность сформулировать подробное и точное описание объекта закупки, и критерии определения победителя такого аукциона имеют количественную и денежную оценку. Кроме того, Распоряжением Правительства³⁵⁸, в п. 3 указанной статьи установлено, что заказчик имеет право осуществлять путем проведения электронного аукциона закупки товаров, работ, услуг, не включенных в указанные в ч. 2 ст. 59 перечни. Соответственно, какие-либо четкие критерии разграничения использования конкурсов и аукционов при определении поставщика для государственных и муниципальных нужд отсутствуют, так как практически любая закупка может осуществляться с помощью аукциона. В связи с этим, видится необходимым изменить подход к определению конкурса или аукциона, более правильно будет установить случаи, при которых закупка может быть осуществлена путем проведения конкурса, а электронный аукцион - по остаточному принципу.

Особенности проведения конкурса при заключении государственного контракта проявляются в том, что извещение, согласно ст. 49 Закона о контрактной системе, подлежит опубликованию в единой информационной системе. Единая информационная система в ст. 4 Закона о контрактной системе определяется как совокупность информации, содержащейся в базах данных, информационных технологий и технических средств, обеспечивающих формирование, обработку, хранение такой информации, а также ее предоставление с использованием официального сайта единой информационной системы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». При этом М.В. Охтырская подчеркивает, что неразмещение в единой информационной системе в сфере закупок информации и документов влечет административную ответственность в соответствии со ст. 7.30 КоАП

³⁵⁸ Распоряжение Правительства РФ от 31.10.2013 № 2019-р «О перечне товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион)» // СЗ РФ. 2013. № 45. ст. 5861.

РФ³⁵⁹. Данное правило направлено на реализацию принципа прозрачности и обеспечения конкуренции при заключении государственных контрактов.

Законом о контрактной системе предусмотрены весьма редкие для современного отечественного законодательства виды конкурса, такие как двухэтапный конкурс и конкурс с ограниченным участием. Стоит отметить, что в ранее действовавшем Федеральном законе от 06.05.1999 № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд»³⁶⁰ такие виды конкурса использовались, однако данный закон утратил силу с 2006 года.

Л.В. Андреева справедливо замечает, что «характеризуя способы определения поставщиков (подрядчика, исполнителя) в целом, следует подчеркнуть, что произошедшая дифференциация способов позволяет учесть различные обстоятельства – стандартные объекты закупки или сложные, можно ли четко определить объект закупки и его характеристики, срочность закупки и пр., что позволит заказчику обеспечить более гибкий подход к выбору поставщика»³⁶¹. В соответствии со ст. 56 Закона о контрактной системе, под конкурсом с ограниченным участием понимается «конкурс, при котором информация о закупке сообщается заказчиком неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении такого конкурса и конкурсной документации, к участникам закупки предъявляются единые требования и дополнительные требования и победитель такого конкурса определяется из числа участников закупки, прошедших предквалификационный отбор». По сравнению с понятием открытого конкурса, указанный вид, имеет особенности, в том, что к участникам предъявляются дополнительные требования, а так же победитель определяется из числа лиц, прошедших предквалификационный отбор.

³⁵⁹ Охтырская М.В. Система информационного обеспечения в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 7. С. 28 - 31.

³⁶⁰ СЗ РФ. 1999. № 19. ст. 2302.

³⁶¹ Андреева Л.В. Реформа государственных и муниципальных закупок: основные нововведения // Право и экономика. 2013. № 8. С. 7.

Исходя из положений Закона о контрактной системе, особенностью данного вида конкурса представляет предквалификационный отбор, который проводится путем предъявления к участникам дополнительных требований, соответственно, участники должны подтвердить свое соответствие указанным требованиям, но в то же время, как отмечено в ч. 4 ст. 56 Закона о контрактной системе, дополнительные требования не могут расцениваться в качестве критерия оценки заявок на участие в конкурсе. То есть, этим критериям должны соответствовать все участники, желающие побороться за победу в конкурсе, а победителем выбирается участник, предложивший наилучшие условия выполнения контракта. В юридической литературе отмечается, что «предквалификационный отбор предполагает предъявление заказчиком расширенных требований к хозяйствующим субъектам. Это необходимо для включения в перечень участников закупки лишь наилучших из них»³⁶². Действительно, основное преимущество данного вида конкурса заключается в том, что предквалификационный отбор позволяет отсеять лиц, неспособных к исполнению государственного контракта и, следовательно, создать больше гарантий для надлежащего исполнения договора

Применение данного вида конкурса ограничено случаями, предусмотренными законом. В соответствии с ч. 2 ст. 56 Закона о контрактной системе, проведение конкурса с ограниченным участием применяется в случае, если поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны осуществить только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации, а также в случаях выполнения работ по сохранению объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, реставрации музейных предметов и музейных коллекций, включенных в

³⁶² Свининых Е.А. Сравнительно-правовой анализ способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) при осуществлении закупок товаров, работ, услуг для обеспечения обороны страны и безопасности государства // Право в Вооруженных Силах. 2015. № 3. С. 73 - 87.

состав Музейного фонда Российской Федерации, документов Архивного фонда Российской Федерации, особо ценных и редких документов, входящих в состав библиотечных фондов, выполнения работ, оказания услуг, связанных с необходимостью допуска подрядчиков, исполнителей к учетным базам данных музеев, архивов, библиотек, к хранилищам (депозитариям) музея, к системам обеспечения безопасности музейных предметов и музейных коллекций, архивных документов, библиотечного фонда.

Перечень случаев и (или) порядок отнесения товаров, работ, услуг к товарам, работам, услугам, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации, устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Как отмечает О.В. Анчишкина, «данная мера вызвана отсутствием в России устоявшейся практики применения конкурса с ограниченным участием и недопущением неправильного или необоснованного выбора заказчиком такого способа»³⁶³. Безусловно, пока рано судить об эффективности данного вида конкурса, так как практика применения еще не сформировалась. В целом, введение данного вида конкурса представляется эффективной мерой в совершенствовании системы закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд.

В то же время дискуссионным остается вопрос о правовой природе такого конкурса, а именно предквалификационного отбора. На предквалификационном отборе отсутствует элемент состязательности, так как осуществляется выявление соответствия участников установленным требованиям. Как указано в п. 4 ст. 56 Закона о контрактной системе, дополнительные требования не могут использоваться в качестве критерия

³⁶³ Новая концепция государственных закупок. Актуальные правовые вопросы (интервью с О.В. Анчишкиной, директором департамента развития Федеральной контрактной системы Министерства экономического развития РФ) // СПС КонсультантПлюс.

оценки заявок на участие в конкурсе с ограниченным участием, в этом обстоятельстве заключается основное отличие от основного этапа, на котором определяется победитель.

Как уже было отмечено в § 2 главы 2 настоящего диссертационного исследования, использование предквалификационного отбора свойственно конкурсу при заключении соглашения о ГЧП. Говоря о существовании предквалификационного отбора, необходимо иметь в виду, что соглашение о проведении конкурса, является заключенным с момента подачи заявки (§1-2 главы 2). Предквалификационный отбор проводится организатором после подачи заявки, следовательно, проведение предквалификационного отбора является исполнением соглашения со стороны организатора. Таким образом, проведение предквалификационного отбора является совершением юридически значимых действий.

Помимо конкурса с ограниченным участием, сравнительно новым видом конкурса в законодательстве о контрактной системе является двухэтапный конкурс, который отсутствовал в Законе о размещении заказов. Основной особенностью данного вида конкурса, согласно ст. 57 Закона о контрактной системе, является предъявление единых требований, либо единых требований и дополнительных к участникам, при этом победителем может быть признан участник, прошедший оба этапа, а так же прошедший предквалификационный отбор в случае установления дополнительных требований. Таким образом, уместно разделить указанный вид конкурса на два подвида: с установлением дополнительных требований и без их установления. Как отмечено в ч. 3 ст. 57 Закона о контрактной системе, в случае установления единых требований и дополнительных требований, к участникам двухэтапного конкурса применяются положения о конкурсе с ограниченным участием касательно предквалификационного отбора.

Законом о контрактной системе установлено два возможных случая проведения двухэтапного конкурса, так, в соответствии с ч. 2 ст. 57:

1) конкурс проводится для заключения контракта на проведение научных исследований, проектных работ (в том числе архитектурно-строительного проектирования), экспериментов, изысканий, на поставку инновационной и высокотехнологичной продукции, энергосервисного контракта, а также в целях создания произведения литературы или искусства, исполнения (как результата интеллектуальной деятельности);

2) для уточнения характеристик объекта закупки необходимо провести его обсуждение с участниками закупки.

Положения Закона о контрактной системе прямо не предусматривают, в каких случаях следует проводить двухэтапный конкурс с предквалификационным отбором. Согласно ч. 3 ст. 57 Закона о контрактной системе, согласно которому, к двухэтапному конкурсу с предквалификационным отбором применяются положения о конкурсе с ограниченным участием. Таким образом, двухэтапный конкурс с предквалификационным отбором может проводиться в случаях соответствия двух критериев: установленных для конкурса с ограниченным участием и для двухэтапного конкурса.

Суть двухэтапного конкурса состоит в том, что торги проходят в два этапа. На первом этапе, в соответствии с ч. 4 ст. 57 Закона о контрактной системе, участники обязаны представить первоначальные заявки на участие в конкурсе, содержащие предложения в отношении объекта закупки без указания о цене. То есть, на данном этапе происходит так называемое обсуждение объекта закупки, данная процедура вызвана особыми свойствами поставляемых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг. Таким образом, целью первого этапа является уяснение участниками объекта закупки. Помимо того, важной особенностью первого этапа является то, что заявка не обеспечивается, а так же в заявке не указывается цена, что способствует привлечению более широкого круга участников.

Существо первого этапа является неоднозначным. О.В. Аничишкина подчеркивает, что «в двухэтапном конкурсе на первом этапе поставщики

(подрядчики, исполнители) обязаны представить первоначальные конкурсные заявки»³⁶⁴. Соответственно, подачу первоначальной заявки нельзя расценивать как акцепт соглашения о проведении конкурса, поскольку цель первого этапа заключается в уточнении объекта закупки. Первый этап носит организационный характер по отношению к соглашению о проведении конкурса. Вместе с тем в основе первого этапа также лежит соглашение, цель которого заключается в проведении переговоров об объекте и определении предмета будущего договора и условий проведения конкурса. Кроме того, согласно ч. 13 ст. 57 Закона о контрактной системе участник первого этапа не обязан участвовать во втором этапе, следовательно, на участнике первого этапа не лежит обязательство заключить соглашение о проведении конкурса путем подачи заявки.

Проведение второго этапа осуществляется по правилам открытого конкурса, если конкурс предусматривал предквалификационный отбор то, заявки, не соответствующие дополнительным требованиям, отсеиваются в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 56 Закона о контрактной системе. Также особо стоит отметить, что победителем может быть признано только то лицо, которое участвовало в обоих этапах конкурса.

Таким образом, при проведении двухэтапного конкурса заключаются два соглашения: первое - о проведении переговоров и уточнении объекта закупки, второе - о проведении конкурса по определению поставщика для заключения государственного контракта.

В ст. 58 Закона о контрактной системе закреплена возможность привлечения экспертов для проведения экспертизы конкурсной документации и заявок участника конкурса. Законом о контрактной системе не определены случаи, в которых необходима экспертная оценка, следовательно, можно сделать вывод, что привлечение экспертов осуществляется по усмотрению заказчика.

³⁶⁴ Новая концепция государственных закупок. Актуальные правовые вопросы (интервью с О.В. Анчишкиной, директором департамента развития Федеральной контрактной системы Министерства экономического развития РФ) // СПС КонсультантПлюс. 2011.

Привлечение экспертов при оценке заявок подчеркивает особенность конкурса и его предназначение в возможности всестороннего подхода к оценке конкурсных предложений участников, что является необходимым при заключении контрактов на закупку определенных товаров, работ, услуг, о чем было указано в § 3 главы 1 настоящего диссертационного исследования.

Вместе с тем в Законе о контрактной системе не указано, каким образом конкурсной комиссией должно учитываться экспертное заключение при оценке конкурсного предложения участника, также не предусмотрен механизм оспаривания заключения экспертов. Кроме того, представляется необходимым установить правила привлечения экспертов, так как, по справедливому замечанию Ф.А. Тасалова, содержание ст. 58 Закона о контрактной системе не позволяет определить порядок привлечения экспертов³⁶⁵. Если исходить из принципов обеспечения конкуренции (ст. 8 Закона о контрактной системе), прозрачности и открытости (ст. 7 Закона о контрактной системе), при осуществлении закупок, то должен привлекаться независимый эксперт, не заинтересованный в результате в победе того или иного участника.

Помимо выделения отдельных видов конкурса необходимо также отметить особую меру ответственности для участников конкурсов – включение сведений об участнике в реестр недобросовестных поставщиков. Согласно ст. 104 Закона о контрактной системе, в реестр недобросовестных поставщиков включается информация об участниках закупок, уклонившихся от заключения контрактов, а также о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми контракты расторгнуты по решению суда или, в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта, в связи с существенным нарушением ими условий контрактов

Кроме того, в качестве положительного момента стоит отметить то обстоятельство, что в реестр включаются сведения не только о самом

³⁶⁵ Тасалов Ф. Контрактная система: правовое положение экспертов // Конкуренция и право. 2014. № 2. С. 41 - 45.

хозяйствующем субъекте, но и фамилии, имени, отчества (при наличии) учредителей, членов коллегиальных исполнительных органов, лиц, исполняющих функции единоличного исполнительного органа юридических лиц. На первый взгляд, данное положение противоречит правилам п. 2 ст. 56 ГК РФ, согласно которому Учредитель (участник) юридического лица или собственник его имущества не отвечает по обязательствам юридического лица, однако указанный пункт допускает исключения из этих правил. Соответственно, участники юридического лица будут нести ответственность за нарушение организационного обязательства, возникшего из соглашения о проведении конкурса. Данное положение является реализацией теории снятия корпоративной вуали, которая получила широкое распространение в англо-американской системе права³⁶⁶. А.В. Егоров и К.А. Усачев пишут, что «теория снятия корпоративной вуали» предполагает «нивелирование юридической личности корпорации в некоторых иных случаях»³⁶⁷.

Таким образом, включение участника, уклонившегося от заключения контракта, в реестр недобросовестных поставщиков, можно назвать одним из немногочисленных проявлений реализации теории корпоративной вуали в отечественном законодательстве. Применение данного положения видится прогрессивным шагом, позволяющим не допустить участия в определении поставщиков недобросовестных лиц.

Закупки для государственных нужд осуществляются на основании контрактов, особенностью которых является наличие цели в виде удовлетворения государственных нужд и особый субъектный состав. Государственные нужды следует определять как потребности государства в товарах (работах, услугах), используемых для выполнения полномочий органами государственной власти и финансируемые за счет средств бюджета. В качестве организатора такого конкурса на заключение государственного

³⁶⁶ Батыршина К.А. Применение доктрины «снятия корпоративной вуали» в условиях российского права // Юрист. 2015. № 24. С. 41 - 45.

³⁶⁷ Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покровы» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31 - 73.

контракта могут выступать государство в лице государственных органов и юридические лица, перечень которых установлен законом.

В Законе о контрактной системе случаи использования конкурса не сформулированы, по общему правилу, конкурс используется во всех случаях, если иное не предусмотрено законом. Однако использование конкурса не столь широко, так как на заказчике лежит обязанность заключать договор путем проведения электронного аукциона, в связи с этим необходимо прямо установить в законе случаи осуществления закупки путем проведения конкурса.

Закон о контрактной системе по сравнению с ранее действующим Законом о размещении заказов закрепил два вида конкурса: конкурс с ограниченным участием и двухэтапный конкурс. По существу данные виды представляют собой осложнение открытого конкурса дополнительными действиями. Конкурс с ограниченным участием имеет предквалификационный этап, на котором осуществляется выявление участников дополнительным требованиям, данный этап по своей природе является исполнением со стороны организатора соглашения о проведении конкурса и направлен на выявление соответствия участников требованиям конкурсной документации. Двухэтапный конкурс предполагает наличие двух этапов: на первом этапе осуществляется уточнение объекта закупки и условий проведения конкурса, на втором проводится оценка конкурсных предложений. По своему существу первый этап является соглашением, которое носит вспомогательный, организационный характер по отношению к соглашению о проведении конкурса.

Законом о контрактной системе установлена специфическая мера ответственности в виде включения участника в реестр недобросовестных поставщиков, при этом включению подлежит не только сам субъект, но и его учредители и руководители, что можно назвать проявлением реализации «теории снятия корпоративной вуали» в России.

3.2. Конкурс как способ приватизации

Одним из немногих видов конкурса на продажу является конкурс, который используется в приватизации. В соответствии со ст. 217 ГК РФ имущество, находящееся в государственной или муниципальной собственности, может быть передано его собственником в собственность граждан и юридических лиц. Согласно ст. 1 Закона о приватизации под приватизацией следует понимать возмездное отчуждение имущества, находящегося в собственности Российской Федерации (субъектов РФ, муниципальных образований) в собственность физических и юридических лиц. В некоторых зарубежных странах приватизация понимается значительно шире, помимо имущества объектом приватизации выступает также и государственные функции³⁶⁸. Л.В. Федорова отмечает, что «в Германии задачи (задания) государства (социально необходимые, общественно полезные) могут быть приватизированы частными предприятиями. Например, организация движения одного из видов общественного транспорта является задачей государства, может быть частично или полностью (в зависимости от правовых различий в разных федеральных землях) приватизирована частными хозяйствующими субъектами»³⁶⁹. В Российской Федерации также имеется практика передачи части государственных функций частным организациям, например, согласно Постановлению Правительства Российской Федерации от 14 июня 2013 г. № 504 «О взимании платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешенную максимальную массу свыше 12 тонн»³⁷⁰, полномочия оператора по обеспечению функционирования системы взимания платы может выполнять как

³⁶⁸ Пашенко А.В. Цели правового регулирования приватизации // Реформы и право. 2012. № 2. С. 15 - 21.

³⁶⁹ Федорова Л.В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷⁰ СЗ РФ. 2013. № 25. ст. 3165.

индивидуальный предприниматель, так и юридическое лицо. Таким образом, налицо выполнение функций государства частными лицами, однако с правовой точки зрения наделение лица такими полномочиями более правильно рассматривать как оказание услуг последним, а переход имущества путем приватизации является скорее особым видом договора купли-продажи, предметом которого является передача имущества в собственность.

По мнению В.К. Андреева «приватизация - одно из важных направлений создания рыночной экономики путем преобразования основных звеньев единого народнохозяйственного комплекса Советского Союза в хозяйственные единицы, самостоятельно действующие на свой риск с целью систематического получения максимальной прибыли от своей предпринимательской деятельности»³⁷¹. Закон о приватизации не обозначает целей приватизации, однако законодательство субъектов Российской Федерации такие цели определяет. Например, Закон города Москвы от 17.12.2008 № 66 «О приватизации государственного имущества города Москвы»³⁷² в ст. 1 устанавливает, что «основной целью приватизации имущества города Москвы является повышение экономической и социальной эффективности его использования». Таким образом, приватизация призвана повысить эффективность использования государственного и муниципального имущества, увеличить доходы бюджета, снизить нагрузку на государственный аппарат и освободить его от неприсущих ему функций. При этом необходимо учитывать, что в некоторых отраслях государство более эффективно как собственник и передача такого имущества в частную собственность крайне нецелесообразна. Л.Г. Бокарева отмечает спорность тезиса о неэффективности государства как собственника³⁷³. В.К. Андреев придерживается схожей позиции, аргументируя ее тем, что согласно

³⁷¹ Андреев В.К. Предпринимательское законодательство России: Научные очерки. М.: Статут, РАП, 2008. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷² Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2008. № 71.

³⁷³ Бокарева Л.Г. Современные проблемы приватизации федерального имущества // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2013. № 1. С. 24 - 41; № 2. С. 7 - 28.

Конституции РФ в России равным образом защищаются частная и публичная собственность³⁷⁴. Действительно, некоторое имущество гораздо эффективнее будет использоваться в государственной собственности, например автомобильные дороги, железные дороги и т.д.

Неудачный опыт приватизации 90-х годов XX века в России, на что неоднократно обращалось внимание различными исследователями³⁷⁵, требует большего внимания к правовому обеспечению данной сферы и созданию действенных правовых средств, способствующих эффективной приватизации государственного и муниципального имущества с максимальной выгодой для публично-правовых образований и с обеспечением надлежащего использования государственного и муниципального имущества на благо общества. В литературе отмечается, что «масштабы приватизации остаются весьма значительными, что требует для ее успешной реализации и нормативно-правовой базы, и эффективного государственного и общественного контроля за ходом приватизационной кампании и ее результатами»³⁷⁶. Как отмечает Л.В. Федорова «успех приватизации, ее темпы и качество прежде всего зависят от эффективности механизма правового регулирования отношений по приобретению гражданами и юридическими лицами объектов приватизации»³⁷⁷. Имущество, находящееся в публичной собственности, является крайне привлекательным и передача ее в частную собственность должна быть осуществлена на наиболее выгодных условиях для государства и общества. Достижение такой цели возможно при применении принципов, закрепленных в ст. 2 Закона о приватизации, в частности, такие принципы приватизации как равенство покупателей, открытость и возмездность. К данному перечню представляется

³⁷⁴ Андреев В.К. Предпринимательское законодательство России: Научные очерки. М.: Статут, РАП, 2008. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷⁵ Бокарева Л.Г. Современные проблемы приватизации федерального имущества // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2013. № 1. С. 24 - 41; № 2. С. 7 - 28.

³⁷⁶ Козырин А.Н. Приватизация в России: правовое измерение // Реформы и право. 2012. № 2. С. 3 - 14.

³⁷⁷ Федорова Л.В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

необходимым добавить такой принцип как плановость и системность приватизации.

Действующий Закон о приватизации предусматривает перечень различных способов приватизации государственного и муниципального имущества. Статья 13 указанного закона называет исчерпывающий перечень из 10 способов приватизации, это – 1) преобразование унитарного предприятия в акционерное общество; 2) преобразование унитарного предприятия в общество с ограниченной ответственностью; 3) продажа государственного или муниципального имущества на аукционе; 4) продажа акций акционерных обществ на специализированном аукционе; 5) продажа государственного или муниципального имущества на конкурсе; 6) продажа за пределами территории Российской Федерации находящихся в государственной собственности акций акционерных обществ; 7) продажа государственного или муниципального имущества посредством публичного предложения; 8) продажа государственного или муниципального имущества без объявления цены; 9) внесение государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы акционерных обществ; 10) продажа акций акционерных обществ по результатам доверительного управления. Из всех перечисленных способов, только преобразование унитарного предприятия в хозяйственное общество не подпадает под конструкцию договора купли-продажи, так как это один из способов реорганизации юридического лица. Данный способ выступает неким исключением из общего перечня способов приватизации.

В рамках настоящего диссертационного исследования представляется необходимым рассмотреть особенности конкурса как способа приватизации. В то же время необходимо отметить, что конкурс как способ приватизации не получил широкого распространения, так как ограничен перечень объектов, которые могут быть приватизированы таким путем. Согласно ст. 20 Закона о приватизации путем проведения конкурса могут быть отчуждены акции акционерного общества либо доли в уставном капитале общества с

ограниченной ответственностью, которые составляют более чем 50 процентов уставного капитала указанных обществ, либо объект культурного наследия, включенный в единый государственный реестр объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, если в отношении такого имущества его покупателю необходимо выполнить определенные условия. Таким образом, помимо достаточно ограниченного перечня еще одной предпосылкой приватизации государственного имущества путем проведения конкурса является необходимость выполнения относительно приватизируемого имущества определенных условий. Перечень таких условий определен ч. 21 ст. 20 Закона о приватизации, например, сохранение определенного числа рабочих мест; переподготовку и (или) повышение квалификации работников и др.

Если обратиться к истории развития данной нормы, то она подверглась существенным изменениям относительно определения объекта приватизации. Так до 2011 года путем конкурса продавались предприятия как имущественный комплекс или акции созданного при приватизации открытого акционерного общества, которые составляют более чем 50 процентов уставного капитала указанного общества, если в отношении указанного имущества его покупателю необходимо выполнить определенные условия. После 2011 года предприятие как имущественный комплекс было исключено из объектов, которые могут быть проданы путем проведения конкурса. Впоследствии Федеральным законом от 22.10.2014 № 315-ФЗ к имуществу, продаваемому путем конкурса, добавились объекты культурного наследия, включенные в единый реестр объектов культурного наследия. Таким образом, сфера применения конкурса при приватизации достаточно ограничена.

Продажа более чем 50 процентов акции и долей в уставном капитале, что является «контрольным пакетом», явление встречающееся не так часто. В то же время, исходя из прогнозного плана приватизации на 2014-2016 годы, планируется прекращение участия Российской Федерации в уставном

капитале таких открытых акционерных обществ как «Росспиртпром», «Объединенная зерновая компания», «Ростелеком», также планируется сокращение доли Российской Федерации в других компаниях³⁷⁸. Думается, что использование в качестве способа приватизации продажи с условиями, направлено на то, что бы гарантировать дальнейшее использование предприятия по профилю, сохранение рабочих мест.

Объектом приватизации путем конкурса являются акции и доли, объект гражданских прав, который имеет свою специфику. Согласно ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»³⁷⁹ акция - эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть имущества, остающегося после его ликвидации. Акции относятся к таким объектам гражданских прав как бездокументарные ценные бумаги. Основные сложности возникают с определением правовой природы акций и долей в уставном капитале хозяйственных обществ. По словам С.А. Зинченко такие трудности обусловлены «главным образом тем, что в гражданско-правовой доктрине нет четкого понимания того, как квалифицировать отношения, которые складываются по поводу этих объектов»³⁸⁰. А.В. Габов в свою очередь пишет, что «в современной правовой доктрине ценных бумаг, пожалуй, нет более спорного вопроса, чем вопрос о правовом режиме бездокументарных ценных бумаг»³⁸¹. В доктрине предлагались различные определения ценных бумаг и соответственно подходы к пониманию их существа. Основная дискуссия развилась между сторонниками распространения на бездокументарные ценные бумаги вещно-правового

³⁷⁸ Распоряжение Правительства РФ от 01.07.2013 № 1111-р «Об утверждении прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества и основных направлений приватизации федерального имущества на 2014 - 2016 годы» // СЗ РФ. 2013. № 28. ст. 3842.

³⁷⁹ Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. ст. 1918.

³⁸⁰ Зинченко С.А. Акции (доли) хозяйственных обществ и корпоративный договор: правовая природа, взаимодействие // Гражданское право. 2015. № 1. С. 23 - 26.

³⁸¹ Габов А.В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут, 2011. // СПС «КонсультантПлюс».

режима³⁸² и сторонниками, рассматривающими бездокументарные ценные бумаги как определенные имущественные права³⁸³. Стоит отметить, что в законе нашла отражение позиция исследователей, рассматривающих бездокументарные ценные бумаги как имущественные права. В ст. 142 ГК РФ бездокументарные ценные бумаги определены как обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпустившего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, осуществление и передача которых возможны только с соблюдением правил учета этих прав. В то же время в действующем законодательстве можно встретить такие формулировки как «право собственности на акции», например в ст. 19 Закона о приватизации. С.А. Зинченко на этот счет отмечает, что «видимо, какие-то положения о вещных правах могут быть субсидиарно использованы применительно как к документарным, так и бездокументарным ценным бумагам, что вытекает из анализа норм ст. 149.4, 147.1, 149.3, 227 и 228 ГК РФ. Но это не препятствует общему выводу о том, что защита права на ценные бумаги должна осуществляться самостоятельным, вытекающим из их существа, способом»³⁸⁴. Таким образом, акции более правильно рассматривать как совокупность обязательственных и корпоративных прав, которыми обладает владелец акции, при этом уникальность акции в том, что она удостоверяет как обязательственные, так и корпоративные права участия в управлении акционерным обществом.

Доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью по своему правовому режиму во многом схожа с акциями, но имеет некоторые особенности. И.С. Шиткина пишет, что «доля участия - имущественное право участника общества с ограниченной ответственностью,

³⁸² Там же.; Добровольский В. О практической ценности дискуссии по вопросу о виндикации акций // Акционерный вестник. 2007. N 8 (46). С. 31.

³⁸³ Решетина Е.Н. Понятие ценной бумаги в Российской Федерации и понятие корпоративной эмиссионной ценной бумаги // Юрист. 2013. № 18. С. 39 - 46.; Егорова М.А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах. М.: Дело РАНХиГС, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸⁴ Зинченко С.А. Корпоративные отношения в реформируемом гражданском законодательстве России // Гражданское право. 2014. № 4. С. 8 - 12.

наделяющее его владельца комплексом прав имущественного и неимущественного характера в отношении общества»³⁸⁵. Приведенное определение имеет некоторые противоречия, так изначально доля определяется как имущественное право, а в последствие указано, что доля наделяет лицо также неимущественными правами. В то же время справедливо утверждение, что доля в уставном капитале это совокупность обязательственных и корпоративных прав лица. В отличие от акции оборот долей в уставном капитале ограничен. Согласно ст. 21 Закона об обществах с ограниченной ответственностью «участники общества пользуются преимущественным правом покупки доли или части доли участника общества по цене предложения третьему лицу или по отличной от цены предложения третьему лицу и заранее определенной уставом общества цене». При этом преимущественное право действует и при приватизации, что прямо следует из ст. 43 Закона о приватизации. Таким образом, приватизация доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью возможна только в случае отказа другими участниками (участником) от реализации преимущественного права покупки данной доли³⁸⁶.

Еще одним объектом, который может быть приватизирован путем проведения конкурса, являются объекты культурного наследия. К таким объектам, согласно ст. 3 Федеральный закон от 25.06.2002 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»³⁸⁷ относятся объекты недвижимого имущества (включая объекты археологического наследия) и иные объекты с исторически связанными с ними территориями, произведениями живописи, скульптуры, декоративно-прикладного искусства, объектами науки и техники и иными предметами материальной культуры, возникшие в результате исторических событий, представляющие собой ценность с точки зрения

³⁸⁵ Корпоративное право: учебник отв. ред. И.С. Шиткина. М: КНОРУС, 2015. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸⁶ Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 07.09.2007 № 04АП-366/2007(2) по делу № А10-5071/06 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸⁷ Федеральный закон от 25.06.2002 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 26. ст. 2519.

истории, археологии, архитектуры, градостроительства, искусства, науки и техники, эстетики, этнологии или антропологии, социальной культуры и являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, подлинными источниками информации о зарождении и развитии культуры. Как видим, закон приводит достаточно обширное определение, которое не добавляет ясности в понимание того, что следует относить к объектам культурного наследия. В то же время для целей приватизации могут быть использованы только объекты культурного наследия, внесенные в единый государственный реестр.

Одной из существенных проблем, на которую обращала внимание Л.В. Федорова является то, что «полный перечень объектов культурного наследия федерального значения не составлен. Работа по составлению Полного свода памятников, начатая в 1970 г., до настоящего времени не завершена. Пообъектный состав каждого памятника не определен. Последняя паспортизация памятников была осуществлена лишь в 1969 г»³⁸⁸. Соответственно, на многие объекты культурного наследия находящиеся в государственной и муниципальной собственности вообще не распространяется режим конкурса при приватизации.

Также возникает вопрос о целесообразности приватизации объектов культурного наследия. Такие объекты, как отмечено в определении из закона, представляют особую культурную ценность и значимость для государства и общества. Следовательно, приватизацию таких объектов следует проводить только в случае, если частный собственник будет эффективнее и это позволит сохранить объект культурного наследия, привлечь дополнительное внимание к нему. Вместе с тем частный собственник, приобретая объект культурного наследия, имеет свои коммерческие интересы, в том числе получение прибыли. Таким образом, приватизация объектов культурного наследия в целом оправдана, при условии обеспечения их сохранности, восстановления и привлечения внимания.

³⁸⁸ Федорова Л.В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

В ст. 44 Конституции РФ установлено, что каждый имеет право на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям. Кроме того, Постановлением Правительства РФ от 16.12.2002 № 894 «О порядке подготовки и выполнения охранных обязательств при приватизации объектов культурного наследия»³⁸⁹ закреплена необходимость установления охранного обязательства в отношении каждого приватизируемого объекта культурного наследия. Охранное обязательство должно включать описание предмета охраны, условия, касающиеся сохранения, содержания и использования объекта культурного наследия, а также порядок выполнения и подтверждения выполнения собственником охранного обязательства. По сути, охранное обязательство представляет собой возложение обязанностей на приобретателя, направленных на сохранение и обеспечение доступа к объектам культурного наследия. Такие обязательства должны обязательно включаться в договор купли-продажи.

В то же время выделена также группа условий, которые согласно ст. 20 Закона о приватизации являются условиями, которые должен выполнить победитель конкурса, в частности проведение работ по сохранению объекта культурного наследия, включенного в реестр объектов культурного наследия. Данное положение показывает серьезное упущение закона о приватизации, проявляющееся в том, что конкурс в смысле ст. 20 Закона о приватизации как таковым конкурсом не является, так как победитель определяется по одному критерию – цене. Например, Л.В. Федорова пишет, что «следует остановиться на проблеме «размывания» законодателем форм торгов и фактической подмене конкурса аукционом с условиями»³⁹⁰. В одном из определений Верховный Суд РФ отметил, что если торги не содержат иных критериев оценки, кроме цены, то такие торги не могут быть признаны

³⁸⁹ СЗ РФ. 2002. № 51. ст. 5086.

³⁹⁰ Федорова Л.В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: монография. М.: Юстицинформ, 2012. // СПС «КонсультантПлюс».

конкурсом³⁹¹. Аналогичная ситуация наблюдается с конкурсом при приватизации, так как определение победителя осуществляется на основании единственного критерия, что говорит о том, что данная процедура является не конкурсом, а скорее аукционом с условиями. Исходя из общих положений ст. 447 ГК РФ победителем конкурса признается лицо, предложившее лучшие условия. Соответственно, конкурс, предусмотренный ст. 20 Закона о приватизации не является конкурсом и не содержит признаков, присущих конкурсу.

Определение приватизации, закреплено в ст. 1 Закона о приватизации, согласно которой под приватизацией понимается возмездное отчуждение имущества. Но цели приватизации заключаются, прежде всего, в повышении экономической и социальной эффективности использования государственного имущества, что было отмечено в настоящем параграфе. Соответственно, возникает вопрос о возможности достижения экономической и социальной эффективности использования имущества путем исключительно возмездного отчуждения. Представляется, что возмездное отчуждение таких целей достичь не позволит. Следовательно, определять приватизацию необходимо иначе, включая в содержание понятия не только отчуждение государственного имущества, но и управление им. Управление в специальной литературе определяется как «целеполагающее, организующее и регулирующее воздействие людей на собственную, общественную, коллективную и групповую жизнедеятельность, осуществляемое как непосредственно (в формах самоуправления), так и через специально созданные структуры»³⁹². Государственное управление трактуется как «практическое, организующее и регулирующее воздействие государства на общественную и частную жизнедеятельность людей в целях ее упорядочения, сохранения или преобразования, опирающиеся на его

³⁹¹ Определение Верховного Суда РФ от 14.09.2015 № 309-ЭС15-11323 по делу № А47-6467/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁹² Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. Учебник. М.: Омега-Л, 2010. С. 28.

властную силу»³⁹³. Таким образом, для достижения целей приватизации необходимо воздействие государства на отношения по владению, пользованию и распоряжению государственным имуществом, а также на общественные отношения, связанные с использованием приватизированного имущества.

Как уже было отмечено, осуществление государственного управления приватизированным имуществом осуществляется путем возложения на покупателя определенных обязанностей. Однако такой подход не является гибким, поскольку при продаже государственного имущества путем конкурса, где единственным критерием определения победителя является цена, не учитываются иные факторы, влияющие на достижения социально-экономических функций такого управления. Г.В. Атаманчук отмечает, что «искусство управления заключается в том, чтобы посредством многообразных форм, методов, процедур, технологий и т.д. умело добиваться эффективного функционирования управляемых объектов»³⁹⁴. Следовательно, управление имуществом при приватизации не должно сводиться к получению максимальной выгоды от продажи имущества, а должно обеспечить более эффективное использование этого имущества для общества и государства.

Достижение вышеперечисленных целей будет возможно только в случае, если имущество будет отчуждено субъекту, гарантирующему использование указанного имущества в соответствии с целями приватизации. Определение такого лица исключительно на основании критерия цены не представляется возможным, в связи с этим видится необходимым использовать при приватизации конкурс с несколькими критериями оценки, где цена не будет играть определяющую роль.

В качестве дополнительных критериев можно рассматривать условия, закрепленные в ст. 20 Закона о приватизации. Так, перечень условий,

³⁹³ Там же. С. 40.

³⁹⁴ Атаманчук Г.В. Указ. соч. С. 120.

представленных в ст. 20 Закона носит исчерпывающий характер и включает помимо проведения работ по сохранению объекта культурного наследия также условия по сохранению определенного числа рабочих мест; переподготовке и (или) повышению квалификации работников; ограничению изменения назначения отдельных объектов, используемых для осуществления научной и (или) научно-технической деятельности, социально-культурного, коммунально-бытового или транспортного обслуживания населения, и (или) прекращение использования указанных объектов; проведению ремонтных и иных работ в отношении объектов социально-культурного и коммунально-бытового назначения.

Некоторыми учеными отмечается необходимость расширения списка условий, предусмотренных ст. 20 Закона о приватизации и включить туда такие условия как:

1) Ограничение изменения профиля деятельности общественно значимых предприятий.

2) Реализация мероприятий по охране окружающей среды.³⁹⁵

Данная точка зрения представляется верной, как отметил С.В. Степашин «правильный выбор в деле нормативного закрепления и регламентации условий конкурса способен оказать решающее воздействие на результаты приватизации, как отдельных предприятий, так и на состояние соответствующей отрасли хозяйства в целом». Исходя из указанных позиций, следует, что необходимо расширить перечень возможных условий конкурса.

Таким образом, перечень дополнительных критериев при проведении конкурса при приватизации нельзя делать исчерпывающим, в качестве примерного перечня возможно сохранение тех условий, которые нашли отражение в ст. 20 Закона о приватизации.

Ключевым моментом в обеспечении действенной приватизации является контроль за исполнением условий и последствия для покупателя в

³⁹⁵ Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики России: дис ... канд. юрид. наук. М., 2004 С. 135.

случае их несоблюдения. Как указано в п. 23 ст. 20 Закона о приватизации в случае неисполнения победителем конкурса условий, а также ненадлежащего их исполнения, в том числе нарушения промежуточных или окончательных сроков исполнения таких условий и объема их исполнения, договор купли-продажи государственного или муниципального имущества расторгается по соглашению сторон или в судебном порядке с одновременным взысканием с покупателя неустойки. Указанное имущество остается соответственно в государственной или муниципальной собственности, а полномочия покупателя в отношении указанного имущества прекращаются. Помимо неустойки с покупателя также могут быть взысканы убытки, причиненные неисполнением договора купли-продажи, в размере, не покрытом неустойкой. Эта формулировка имеет ряд неясностей, которые на практике порождают некоторые проблемы. Так, в законе установлено, что договор расторгается по соглашению сторон или в судебном порядке, но не предусмотрена процедура, в соответствии с которой достигается соглашение, необходимо ли досудебное урегулирование спора. Так Постановлением третьего арбитражного суда от 25.03.2009 по делу № А33-13451/2008, суд отменил решение суда первой инстанции по иску администрации города о признании договора купли-продажи муниципального имущества по конкурсу, в связи с несоблюдением истцом досудебного порядка урегулирования спора со ссылкой на п.2 ст. 452 ГК РФ. Суд в связи с отсутствием точной формулировки в специальном законе применил общие положения Гражданского кодекса, с учетом положений ст. 217 ГК РФ, которой предусмотрено что положения ГК РФ применяются к отношениям в процессе приватизации, если законом о приватизации не предусмотрено иное³⁹⁶.

Также касательно условий конкурса в судебной практике встречается проблема применения положений ст. 451 ГК РФ к отношениям,

³⁹⁶ Постановление третьего арбитражного суда от 25.03.2009 по делу № А33-13451/2008 // СПС «КонсультантПлюс».

складывающимся в процессе приватизации. Напомним, ст. 451 ГК РФ предусматривает изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. А из формулировки ст. 20 Закона о приватизации следует, что при нарушении условий конкурса договор расторгается. Отсюда возникает вопрос, если после заключения договора обстоятельства изменили и покупатель не имеет возможности выполнить условия конкурса, возможно ли в таком случае изменение договора. Так, исходя из Постановления Федерального суда Северо-Кавказского округа от 17 июля 2007 года по делу № Ф08-4255/2007 истец, орган государственной власти предъявил иск с требованием о расторжении договора купли-продажи государственного имущества по конкурсу, в свою очередь ответчик заявил встречный иск об изменении условий договора в связи с существенным изменением обстоятельств, суд удовлетворил встречный иск, в связи с тем, что по условиям договора на покупателе лежала обязанность капитального ремонта здания. Однако в связи с тем, что предполагаемая стоимость ремонта возросла в связи с обветшанием здания, суд посчитал данное явление существенным изменением обстоятельств в соответствии со ст. 451 ГК РФ³⁹⁷. Таким образом, если покупатель докажет, что изменение обстоятельств было существенным, то он имеет право на изменение договора. Хотя в данном примере, важную роль играет усмотрение суда, так как в законодательстве используется оценочное понятие. В связи с тем, что в ст. 451 ГК РФ предусмотрено изменение или расторжение договора, суду необходимо учитывать публичные интересы при вынесении решения, так как изменение договора может повлечь негативные последствия.

Таким образом, приватизация государственного и муниципального имущества представляет собой, прежде всего, не столько способ отчуждения государственного имущества, сколько способ управления им, дальнейшая судьба имущества имеет принципиальное значение для публично-правового

³⁹⁷ Постановления Федерального суда Северо-Кавказского округа от 17 июля 2007 года по делу № Ф08-4255/2007 // СПС «КонсультантПлюс».

образования. Конкурс, который используется при приватизации государственного и муниципального имущества, в соответствии со ст. 20 Закона о приватизации не соответствует признакам конкурса, так как победитель определяется на основании единственного критерия. В связи с тем, что приватизация является способом управления государственным имуществом, то при отчуждении того имущества следует использовать конкурс, при котором победитель будет определяться на основании нескольких критериев. В качестве дополнительных критериев определения победителя конкурса возможно использовать критерии, установленные в ст. 20 Закона о приватизации, при этом перечень таких критериев не должен носить исчерпывающего характера.

3.3. Конкурс при заключении соглашений о государственно-частном партнерстве.

Принятие Федерального закона от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» по праву можно назвать новым этапом в развитии сотрудничества государства (муниципальных образований) и предпринимателей. Как отмечает А. Родин, данный закон «призван создать на федеральном уровне правовые условия для реализации в сотрудничестве с государством инфраструктурных проектов, основанных на частной собственности инвестора на объект»³⁹⁸.

Стоит отметить, что схожие законы были приняты и в странах ЕврАзЭС, в частности в Республике Беларусь и Казахстане. Например, в

³⁹⁸ Родин А. Новая среда для ГЧП // ЭЖ-Юрист. 2015. № 44. С. 9.

Законе Республики Беларусь от 30 декабря 2015 года №345-З «О государственно-частном партнерстве» (далее – Закон о ГЧП РБ) государственно-частное партнерство определяется как юридически оформленное на определенный срок взаимовыгодное сотрудничество государственного и частного партнеров в целях объединения ресурсов и распределения рисков, отвечающее целям, задачам и принципам, определенным настоящим Законом, осуществляемое в форме соглашения о государственно-частном партнерстве³⁹⁹.

Стоит подчеркнуть, что в науке сложилось два подхода к пониманию государственно-частного партнерства: узкий и широкий. Так, узкому подходу соответствует понятие государственно-частного партнерства (далее – ГЧП), закрепленное в Законе о ГЧП, согласно которому сущность государственно-частного партнерства заключается в сотрудничестве органов государственной власти, органов местного самоуправления (публичных партнеров) и хозяйствующих субъектов (частных партнеров), направленное на создание или реконструкцию сложных инфраструктурных объектов, путем распределения финансовой нагрузки и рисков между партнерами с целью привлечения инвестиций в экономику Российской Федерации и повышения качества товаров, работ, услуг, организация обеспечения которыми потребителей относится к вопросам ведения органов государственной власти, органов местного самоуправления⁴⁰⁰. Широкий подход рассматривает ГЧП как любое сотрудничество государственных (местных) органов власти и предпринимателей, основанное на различных договорных моделях, включая и соглашение о ГЧП⁴⁰¹.

Необходимо отметить, что и до принятия Закона о ГЧП в России взаимодействие публичных образований с предпринимателями в целях создания и реконструкции инфраструктурных объектов имело место быть и

³⁹⁹ http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=81788 (дата обращения 10.09.2016).

⁴⁰⁰ Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство как вид инвестиционной деятельности: правовые аспекты // Предпринимательское право. 2011. № 1. С. 25 - 29.

⁴⁰¹ Мочальников В.Н. Повышение стратегического потенциала экономики России на основе активизации системы государственно-частного партнерства: автореф. дис. ... докт. экон. наук. М., 2010. С. 27.

осуществлялось путем заключения концессионных соглашений, соглашений о разделе продукции и контрактов на поставку товаров, выполнение работ, оказания услуг для государственных и муниципальных нужд.

В целях избегания терминологической путаницы термин «ГЧП» целесообразно рассматривать в узком смысле, а именно как сотрудничество публичного и частного партнера, основанное на положениях Закона о ГЧП. Такой вывод обусловлен уникальной моделью взаимодействия органов публичной власти и предпринимателей, закрепленной в Законе о ГЧП, а также ее существенными отличиями от иных форм взаимодействия государства и бизнеса.

Для обозначения взаимодействия органов власти и предпринимателей на основании иных договорных форм (широкий подход) можно применять термин публично-частное партнерство (далее – ПЧП), который выступает общим понятием для всех форм взаимодействия органов государственной власти и предпринимателей, в том числе и ГЧП.

Модель государственно-частного партнерства имеет несколько сравнительных преимуществ над иными способами ПЧП. Как пишет А.В. Белицкая, «характерной особенностью ГЧП является именно модель партнерства, которая характеризуется распределением рисков между сторонами, более тесным сотрудничеством, отходом от излишнего формализма»⁴⁰². Действительно, Закон о ГЧП, во-первых, предусматривает возможность распределения рисков между частным и публичным партнером, во-вторых, создает возможность для приобретения права собственности частным-партнером на объект соглашения. Таким образом, модель государственно-частного партнерства видится более привлекательной для инвесторов и в то же время создает возможности для удовлетворения публичных интересов.

⁴⁰²См.: Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство как альтернатива контрактной системе // Юрист. 2014. № 5. С. 33 - 37.

Как уже было отмечено, реализация проекта ГЧП осуществляется на основании заключенного соглашения о ГЧП. Соглашение о ГЧП имеет существенные особенности. Первой особенностью следует назвать субъектный состав, сторонами соглашения о ГЧП являются публичный партнер и частный партнер. В качестве публичного партнера может выступать Российская Федерация в лице Правительства РФ, Субъект РФ в лице высшего исполнительного органа субъекта РФ, либо муниципальное образование в лице главы муниципального образования (п. 4 ст.3 Закона о ГЧП). На стороне частного партнера может выступать только российское юридическое лицо (п. 5 ст. 3 Закона о ГЧП), при этом частным партнером не может быть индивидуальный предприниматель или гражданин. В то же время согласно ст. 1 Закона РБ о ГЧП частным партнером может быть как иностранная организация, так и индивидуальный предприниматель.

Второй особенностью соглашения о ГЧП является его предмет. Так, согласно ст. 12 Закона о ГЧП по соглашению частный партнер обязуется создать полностью или частично за счет собственных либо привлеченных средств являющиеся объектом соглашения, технологически связанные между собой недвижимое имущество и (или) недвижимое имущество и движимое имущество, осуществлять эксплуатацию и (или) техническое обслуживание такого имущества, а публичный партнер обязуется предоставить частному партнеру права владения и пользования им для осуществления указанной в соглашении деятельности и обеспечить возникновение права собственности частного партнера на объект соглашения при условии соблюдения требований, установленных законом. В связи с этим возникает вопрос о существе соглашения о ГЧП. В ст. 3 Закона о ГЧП определено, что такое соглашение является гражданско-правовым договором. Спорным является место соглашения о ГЧП в системе договоров.

То обстоятельство, что по соглашению о ГЧП осуществляется создание объекта недвижимости, создает некоторые предпосылки для рассмотрения его в качестве договора подряда. Однако по договору подряда одна сторона

(подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его (ст. 702 ГК РФ). Однако в соглашении о ГЧП создание объекта недвижимости частный партнер осуществляет за счет собственных средств, однако договор подряда предусматривает строительство за счет средств заказчика. Данный договор имеет черты договора о совместной деятельности. Так, согласно ст. 1041 ГК РФ по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели. Ю.В. Романец называет такой договор общецелевым⁴⁰³. Действительно, и частный и публичный партнер соединяют свои вклады, например, публичный партнер предоставляет земельный участок, недвижимое имущество (п. 4 ч. 2 ст. 12 Закона о ГЧП). В свою очередь частный партнер в качестве вклада в совместную деятельность использует работы по созданию определенных объектов.

В связи с этим весьма важное значение приобретают вопросы заключения такого соглашения. Привлекательность данного соглашения для частного партнера заключается в том, что одним из обязательных элементов соглашения является возникновение у частного партнера права собственности на объект соглашения, при условии обременения объекта соглашения в соответствии с Законом о ГЧП (пп. 4 п. 2 ст. 6 Закона о ГЧП). Соответственно, происходит переход публичной собственности в частную, кроме того, финансирование проектов за счет средств соответствующих бюджетов бюджетной системы обуславливает необходимость обеспечения конкуренции при выборе частного партнера для наиболее эффективной реализации проекта ГЧП. В связи с этим в п. 2 ст. 4 Закона о ГЧП в качестве одного из принципов ГЧП закреплена конкуренция.

⁴⁰³ Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Норма, Инфра-М, 2013.

Указанный принцип основывается на положениях ст. 8 и ст. 34 Конституции РФ, устанавливающих, что в Российской Федерации гарантируются поддержка конкуренции.

Соглашение о ГЧП заключается путем проведения торгов в форме конкурса, по результатам которого выявляется лицо, способное наилучшим образом обеспечить реализацию проекта ГЧП. Только в исключительных случаях, закрепленных в п. 2 ст. 19 Закона о ГЧП, заключение соглашения о ГЧП возможно без проведения конкурса. Соответственно, проведение конкурса позволяет обеспечить конкуренцию при заключении соглашения о ГЧП.

Стоит отметить, что при заключении соглашения о ГЧП не используется аукцион или иные конкурентные процедуры, помимо конкурса. Представляется, что такой подход обусловлен целями государственно-частного партнерства, которые отражены в ст. 1 Закона о ГЧП. Такими целями являются создание правовых условий для привлечения инвестиций в экономику Российской Федерации и повышение качества товаров, работ, услуг, организация обеспечения которыми потребителей относится к вопросам ведения органов государственной власти, органов местного самоуправления. Соответственно, только путем проведения конкурса можно достигнуть указанных целей. Конкурс в данном случае обеспечивает сочетание состязательности и качества, что невозможно достичь при проведении аукциона.

Особенностью проведения конкурса на заключение соглашения о ГЧП, то что опубликованию извещения предшествует решение о реализации проекта ГЧП. Такое решение принимается Правительством РФ, если публичным партнером является Российская Федерация, либо высший исполнительный орган субъекта РФ, если публичным партнером является субъект РФ (ст. 10 Закона о ГЧП). При этом в решении определяется вид конкурса, критерии конкурса, сроки проведения конкурса и т.д. Таким образом, заключение соглашения о ГЧП осуществляется на основании

фактического состава, включающего решение соответствующего органа власти и проведения конкурса.

Проведение конкурса при заключении соглашения о ГЧП включает в себя 8 этапов, в качестве особенности данного конкурса можно назвать то, что заявка подается без конкурсного предложения, которое рассматривается на предварительном отборе. Содержание данного этапа включает совокупность действий конкурсной комиссии по выявлению соответствия заявки на участие в конкурсе требованиям, 1) содержащимся в конкурсной документации; 2) соответствие заявителя требованиям к участникам конкурса. Конкурсная комиссия вправе потребовать от заявителя разъяснения положений представленных им и подтверждающих соответствие заявителя указанным требованиям документов и материалов; 3) соответствие заявителя требованиям, предъявляемым к частному партнеру в соответствии с Законом о ГЧП.

После проведения предварительного отбора, результатом которого является принятие решения о допуске или не допуске претендента к дальнейшему участию в конкурсе. Кроме того, в качестве особенности данного этапа является возможность проведения переговоров между публичным партнером и участником конкурса, в частности, в ст. 25 Закона о ГЧП закреплено, что конкурсная комиссия вправе потребовать от заявителя разъяснения положений представленной им заявки на участие в конкурсе. Данное положение подчеркивает партнерский характер отношений организатора и участника, в Законе о контрактной системе комиссия таким правом не наделена.

Наличие предварительного этапа делает данный конкурс схожим с конкурсом с ограниченным участием, используемым при заключении государственных контрактов. Лица, прошедшие предварительный отбор предоставляют конкурсное предложение по критериям конкурса.

Еще одной особенностью порядка проведения конкурса на право заключения соглашения о ГЧП является то, что используется термин

«задаток» для обозначения обеспечения заявки. При этом в законе отсутствует положение о необходимости возврата задатка победителю в случае заключения с ним соглашения.

Использование более сложного порядка проведения конкурса при заключении соглашения о ГЧП, по-видимому, обусловлено важностью и высокой стоимостью инфраструктурных проектов, что требует более серьезного контроля со стороны публичного партнера.

Иной подход используется в Законе о ГЧП к возможности изменения условий проведения конкурса. В соответствии с ч. 6 ст. 21 Закона о ГЧП допускается изменение любых условий проведения конкурса при условии обязательного продления срока представления заявок на участие в конкурсе или конкурсных предложений не менее чем на тридцать дней со дня внесения таких изменений. В.Ф. Попондопуло подмечает, что «при подготовке конкурсных предложений участникам конкурса следует помнить о ставшем традиционным праве публичного субъекта вносить изменения и (или) дополнения в конкурсную документацию с соблюдением условий о надлежащем уведомлении участников конкурса о внесенных коррективах при условии предоставления времени на внесение изменений и дополнений в конкурсные предложения»⁴⁰⁴.

Как и в иных видах конкурса, при проведении конкурса на право заключения соглашения о ГЧП проведение предварительного отбора, рассмотрения заявок и вскрытие конвертов осуществляется конкурсной комиссией. В ст. 22 Закона о ГЧП закреплено правило, что конкурсная комиссия вправе привлекать к своей работе независимых экспертов. По сравнению с Законом о контрактной системе, в данной норме делается акцент на том, что эксперт должен быть независимым. В то же время не определена роль экспертного заключения при оценке заявок, носит ли оно обязательный или рекомендательный характер.

⁴⁰⁴ Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / С.А. Белов, Е.В. Гриценко, Д.А. Жмулина и др.; под ред. В.Ф. Попондопуло, Н.А. Шевелевой. М.: Инфотропик Медиа, 2015. // СПС «КонсультантПлюс».

Особенности при проведении конкурса на право заключения соглашения о ГЧП проявляются и в порядке заключения соглашения о ГЧП. В соответствии с ч. 3 ст. 32 Закона о ГЧП «после дня подписания членами конкурсной комиссии протокола о результатах проведения конкурса, публичный партнер на основании решения о реализации проекта проводит переговоры в форме совместных совещаний с победителем конкурса или с иным лицом, в отношении которого принято решение о заключении соглашения в соответствии с настоящим Федеральным законом, в целях обсуждения условий соглашения и их возможного изменения по результатам переговоров». Таким образом, при заключении соглашения о ГЧП возникает еще один этап, предусматривающий переговоры по заключению соглашения о ГЧП. При этом той же статьей установлено правило о недопустимости изменения существенных условий соглашения о ГЧП. Данное правило делает процедуру заключения соглашения более гибкой и позволяет сторонам согласовать необходимые условия.

Таким образом, государственно-частное партнерство представляет собой сотрудничество публичного партнера в лице РФ, субъекта РФ или муниципального образования и частного партнера в лице российского юридического лица на основании соглашения о ГЧП. Соглашение о ГЧП имеет особенности, проявляющиеся в особом субъектном составе и предмете соглашения. По своему существу такое соглашение является гражданско-правовым договором и представляет собой договор о совместной деятельности. При проведении конкурса на заключение соглашения о ГЧП предусмотрено наличие предварительного отбора, на котором определяется соответствие участников установленным требованиям. По результатам предварительного отбора конкурсная комиссия принимает решение о допуске или не допуске лица к дальнейшему участию в конкурсе. По окончании предварительного этапа участниками подается конкурсное предложение. Особенностью заключения соглашения по результатам

конкурса является возможность проведения переговоров об изменении условий соглашения, за исключением существенных условий.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящей работе были рассмотрены наиболее актуальные проблемы, связанные с проведением торгов в форме конкурса, которые являются дискуссионными в науке, а также вопросы, которые остались без внимания в доктрине.

Рассмотрение проблематики конкурса в настоящем диссертационном исследовании проводилось с учетом общих положений о договоре и заключении договора.

Договор представляет собой сложное явление, которое является не только основанием возникновения гражданских прав и обязанностей, но и актом индивидуального регулирования общественных отношений. Соответственно, при заключении договора стороны как принимают на себя права и обязанности, закрепленные в нормах позитивного права, так и сами определяют правила поведения в рамках договорного обязательства. Заключение договора может осуществляться различными способами, с учетом того, что способ заключения договора - это совокупность последовательно совершаемых действий, необходимых для заключения договора. В самом общем виде можно выделить три способа заключения договора: добровольный порядок, путем направления оферты и ее акцепта; судебный порядок, в случае, если лицо, на котором лежит обязанность заключить договор, уклоняется от заключения договора. При заключении договора возникают преддоговорные отношения, которые носят организационный характер и направлены на заключение договора и проведение экономических операций. Такие отношения не следует выделять в самостоятельную группу в предмете регулирования гражданского права, по своему существу их следует относить к имущественным отношениям.

Таким образом, торги являются эффективным средством, позволяющим сторонам заключить договор на оптимальных для них условиях. Торги представляют собой способ определения контрагента и

некоторых условий будущего договора. Заключаемый по результатам торгов договор и сами торги не тождественны друг другу, но являются системой, при этом торги можно назвать видом преддоговорных отношений. Торги являются фактическим составом, состоящим из ряда последовательно совершаемых юридических действий, объединенных единой целью – заключить договор. С использованием торгов может быть заключен любой договор, за исключением тех, условия которых определяются нормами права, либо потребительских договоров. Отношения, возникающие при проведении торгов, регулируются принципом свободы договора, при этом свобода договора не является презумпцией. Организатором торгов может выступать любое лицо, имеющие интерес в заключение договора, также в качестве организатора торгов может выступать специализированная организация, которая действует на основании агентского договора с организатором торгов.

Конкурс является уникальным правовым институтом, который необходимо системно исследовать с точки зрения различных научных дисциплин, прежде всего философии, социологии, экономики. Конкурсы имеют широкую сферу применения, их регулирование не исчерпывается только нормами гражданского права, использование конкурсов нашло широкое применение в трудовом, предпринимательском, административном праве. Ключевым признаком всех конкурсов является состязательность, которая предопределяет и другие признаки, в частности, наличие более двух участников. Также конкурс является видом фактических составов, так как включает в себя совокупность последовательно совершаемых действий, объединенных единой целью. Одним из проявлений конкурса является то, что он выступает формой торгов. При определении особенностей конкурса как формы торгов необходимо сопоставить конкурс с аукционом как ближайшем видовым понятием. Основным отличительным признаком конкурса является способ определения победителя, так как при определении победителя конкурса используется не менее двух критериев. Кроме того, особенностью конкурса является определение победителя конкурсной

комиссией, которая выступает коллективным, временным органом юридического лица или публично-правового образования. Еще одним существенным признаком конкурса является отсутствие торга между участниками, так как предложение подается однократно, и предложения иных участников не должны быть известны другим участникам.

Конкурсы могут быть различных видов, в науке принято выделять закрытый и открытый конкурс, двухэтапный и одноэтапный, конкурс с ограниченным участием и т.д.

Проведение конкурса включает несколько стадий, в самом общем виде следует выделять такие стадии как публикация извещения, подача заявок, рассмотрение заявок и выявление победителя. При проведении конкурса правовое значение могут иметь действия и обстоятельства, предшествующие публикации извещения, в частности решения органов власти или общего собрания. Извещение определяет правила и условия участия в конкурсе и порядок определения его победителя. Извещение по своему существу является офертой заключить соглашение об участие в конкурсе, в свою очередь акцептом выступает подача заявки на участие в конкурсе. Установление в извещении в качестве критерия определения победителя, наличия опыта у участника видится нецелесообразным, так как у юридического лица и индивидуального предпринимателя опыта как такового быть не может, он присущ только человеку, соответственно, в качестве критерия наличия опыта допустимо устанавливать в отношении работников организации или ИП. Использование термина «задаток», для определения платежа, вносимого участником конкурса при подаче заявки, является не совсем правильным, такой платеж является залогом денежных средств.

Рассмотрение и оценка заявок возможны только после вскрытия конвертов с заявками, при этом вскрытие конвертов является первым опубликованием заявок и входящих в них конкурсных предложений, соответственно на этой стадии необходимо обеспечивать прозрачность. Рассмотрение заявок и их оценку следует различать, так как при

рассмотрении устанавливается соответствие заявки требованиям конкурсной документации. Соглашение о проведении конкурса следует считать заключенным с момента получения организатором заявки участника, а в случае признания ее не соответствующей, с таким участником соглашение расторгается, ввиду неисполнения им обязательств из соглашения о проведении конкурса.

Осуществление оценки заявок при проведении конкурса представляет собой совершение определенных юридических и фактических действий. Использование при определении победителя конкурса нескольких критериев делает конкурс гораздо более эффективной и гибкой формой торгов, так как допускается возможность использования субъективной оценки заявок.

Таким образом, при определении победителя конкурса и заключение с ним договора, преддоговорные отношения в форме торгов трансформируются в договорное обязательственное правоотношение между победителем и организатором. Деление конкурсов по предмету на те, которые проводятся на заключение договора и на право заключения договора весьма условно и не несет теоретической ценности. Кроме того, победитель конкурса на право заключения договора не только вправе требовать его заключения, но также обязан его заключить под угрозой потери обеспечения и возмещения убытков при их наличии. В качестве общего правила при проведении конкурса необходимо установить, что протокол об оценке заявок не является договором и его подписание не требуется со стороны победителя, при этом договор должен быть заключен по истечении не менее 10 дней с момента определения победителя. В случае уклонения победителя от заключения договора, организатор имеет право заключить договор с участником, заявка которого заняла второе место в случае согласия последнего. Изменение договора, заключенного при проведении конкурса по соглашению сторон возможно с ограничениями. Так, изменение условий, которые были определены путем проведения конкурса, могут быть изменены в исключительных случаях, когда без такого изменения становится

невозможным исполнением договора, иные условия могут изменяться без ограничений. Организатор несет ответственность перед участниками в форме возмещения убытков не только за отмену проведения конкурса, но и за иные действия, которые повлекли возникновение убытков в виде реального ущерба или упущенной выгоды.

Включение в реестр недобросовестных поставщиков, можно назвать одним из немногочисленных проявлений реализации теории корпоративной вуали в отечественном законодательстве. Применение данного положения видится прогрессивным шагом, позволяющим не допустить участия в определении поставщиков недобросовестных лиц.

Закупки для государственных нужд осуществляются на основании контрактов, особенностью которых является наличие цели в виде удовлетворения государственных нужд и особый субъектный состав. Государственные нужды следует определять как потребности государства в товарах (работах, услугах), используемых для выполнения полномочий органами государственной власти и финансируемые за счет средств бюджета. В качестве организатора такого конкурса на заключение государственного контракта могут выступать государство в лице государственных органов и юридические лица, перечень которых установлен законом.

В Законе о контрактной системе случаи использования конкурса не сформулированы, по общему правилу конкурс используется во всех случаях, если иное не предусмотрено законом. Однако использования конкурса не столь широко, так как на заказчике лежит обязанность заключать договор путем проведения электронного аукциона, в связи с этим необходимо прямо установить в законе случаи осуществления закупки путем проведения конкурса.

Закон о контрактной системе, по сравнению с ранее действующим Законом о размещении заказов, закрепил два вида конкурса: конкурс с ограниченным участием и двухэтапный конкурс. По существу данные виды представляют собой осложнение открытого конкурса дополнительными

действиями. Конкурс с ограниченным участием имеет предквалификационный этап, на котором осуществляется выявление участников дополнительными требованиями, данный этап по своей природе является исполнением со стороны организатора соглашения о проведении конкурса и направлен на выявление соответствия участников требованиям конкурсной документации. Двухэтапный конкурс предполагает наличие двух этапов: на первом этапе осуществляется уточнение объекта закупки и условий проведения конкурса, на втором - проводится конкурс. По своему существу первый этап является соглашением, которое носит вспомогательный, организационный характер по отношению к соглашению о проведении конкурса.

Законом о контрактной системе установлена специфическая мера ответственности в виде включения участника в реестр недобросовестных поставщиков, при этом включению подлежит не только сам субъект, но и его учредители и руководители, что можно назвать проявлением реализации «теории снятия корпоративной вуали» в России.

Приватизация государственного и муниципального имущества представляет собой не столько способ отчуждения государственного имущества, сколько способ управления им. Конкурс, который использует при приватизации государственного и муниципального имущества, в соответствии со ст. 20 Закона о приватизации не соответствует признакам конкурса, так как победитель определяется на основании единственного критерия. В связи с тем, что приватизация является способом управления государственным имуществом, то при отчуждении того имущества следует использовать конкурс, при котором победитель будет определяться на основании нескольких критериев. В качестве дополнительных критериев определения победителя конкурса возможно использовать критерии, установленные в ст. 20 Закона о приватизации, при этом перечень таких критериев не должен носить исчерпывающего характера.

Таким образом, государственно-частное партнерство представляет собой сотрудничество публичного партнера в лице РФ, субъекта РФ или муниципального образования и частного партнера в лице российского юридического лица на основании соглашения о ГЧП. Соглашение о ГЧП имеет особенности, проявляющиеся в особом субъектном составе и предмете соглашения. По своему существу такое соглашение является гражданско-правовым договором и представляет собой договор о совместной деятельности. При проведении конкурса на заключение соглашения о ГЧП предусмотрено наличие предварительного отбора, на котором определяется соответствие участников установленным требованиям. По результатам предварительного отбора конкурсная комиссия принимает решение о допуске или не допуске лица к дальнейшему участию в конкурсе. По окончании предварительного этапа участниками подается конкурсное предложение. Особенностью заключения соглашения по результатам конкурса является возможность проведения переговоров об изменении условий соглашения, за исключением существенных условий.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Закон и иные нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации РФ (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29.05.2014) // СПС «КонсультантПлюс».
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. ст. 3301.
4. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. ст. 3823.
5. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1), ст. 3.
6. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть 1), ст. 14.
7. Закон РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах» // СЗ РФ. 1995. № 10, ст. 823.
8. Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. ст. 1918.
9. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. ст. 785.
10. Федеральный закон от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 4, ст. 251.
11. Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 26. ст. 2519.
12. Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» // СЗ РФ. 2003. № 28, ст. 2895.

13. Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. № 31, ст. 3215.
14. Федеральный закон от 20.08.2004 № 117-ФЗ «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих» // СЗ РФ. 2004. № 34. ст. 3532.
15. Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II), ст. 3126.
16. Федеральный закон от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). ст. 6239.
17. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. ст. 1652.
18. Федеральный закон от 13.07.2015 № 220-ФЗ «Об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I), ст. 4346
19. Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» //СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I), ст. 4350.
20. Постановление Правительства РФ от 16.12.2002 № 894 «О порядке подготовки и выполнения охранных обязательств при приватизации объектов культурного наследия» // СЗ РФ. 2002. № 51. ст. 5086.
21. Постановление Правительства РФ от 06.02.2006 № 75 «О порядке проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом» // Российская газета. 2006. № 37.
22. Постановление Правительства РФ от 21.04.2010 № 269 «О проведении конкурсов инвестиционных проектов по формированию перспективного

технологического резерва мощностей по производству электрической энергии и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. №18. Ст. 2239.

23. Постановление Правительства РФ от 14.06.2013 № 504 «О взимании платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешенную максимальную массу свыше 12 тонн» // СЗ РФ. 2013. № 25. ст. 3165.

24. Постановление Правительства РФ от 04.12.2015 № 1322 «Об утверждении Правил проведения предварительного отбора участников конкурса на право заключения соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве» // СЗ РФ. 2015. № 50, ст. 7172.

25. Распоряжение Правительства РФ от 01.07.2013 № 1111-р «Об утверждении прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества и основных направлений приватизации федерального имущества на 2014 - 2016 годы» // СЗ РФ. 2013. № 28. ст. 3842.

26. Распоряжение Правительства РФ от 31.10.2013 № 2019-р «О перечне товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион)» // СЗ РФ. 2013. № 45. ст. 5861.

27. Письмо Минэкономразвития РФ от 10.10.2007 № 15455-ап/д04 «О мерах по предупреждению неблагоприятных последствий от действий недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) по государственным и муниципальным контрактам» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

28. Прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на 2016 год и на плановый период 2017 и 2018 годов (разработан Минэкономразвития России) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»

29. Закон г. Москвы от 17.12.2008 № 66 «О приватизации государственного имущества города Москвы» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2008. № 71.

Нормативные правовые акты, утратившие силу

30. Федеральный закон от 06.05.1999 № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» // СЗ РФ. 1999. № 19. ст. 2302.

31. Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). ст. 3105.

Материалы судебной практики

32. Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

33. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации». [Электронный ресурс] // Вестник ВАС РФ. 2014. № 2.

34. Постановления Пленума Верховного Суда от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

35. Определение Верховного Суда РФ от 07.04.2015 № 117-КГ15-4 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

36. Определение Верховного Суда РФ от 07.05.2015 по делу N 308-ЭС14-8590, А32-40606/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
37. Определение Верховного Суда РФ от 14.09.2015 № 309-ЭС15-11323 по делу № А47-6467/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
38. Определение Верховного Суда РФ от 09.11.2015 № 478-ПЭК15 по делу № А55-19946/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
39. Определение Верховного суда РФ от 07.10.2015 № 85-АПГ15-7 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
40. Определение Верховного Суда РФ от 07.12.2015 № 308-ЭС15-16314 по делу № А53-25329/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
41. Определение Верховного Суда РФ от 28.01.2016 по делу №301-ЭС-12618, А29-506/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
42. Постановление ФАС Московского округа от 15.12.1999. № КГ-А40/4076-99 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
43. Постановления Федерального суда Северо-Кавказского округа от 17.07.2007 года по делу № Ф08-4255/2007 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
44. Постановление ФАС Московского округа от 24.07.2009 № КА-А40/6901-09 по делу № А40-69605/08-152-497 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
45. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 31.05.2010 по делу № А13-12375/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
46. Постановление ФАС Уральского округа от 07.09.2010 по делу № А47-11832/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»
47. Постановление ФАС Уральского округа от 15.09.2010 № Ф09-7229/10-С1 по делу № А47-11944/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
48. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.11.2010 по делу № А56-63103/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

49. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20.12.2010 по делу № А33-17264/2009 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»
50. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.02.2011 по делу № А69-900/2010 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
51. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.08.2011 по делу № А13-12057/2010 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
52. Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 30.01.2012 по делу № А51-12662/2010 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
53. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.02.2012 по делу № А21-1491/2011 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
54. Постановление ФАС Поволжского округа от 09.02.2012 по делу № А55-7701/2011 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
55. Постановление ФАС Уральского округа от 10.09.2012 № Ф09-7272/12 по делу № А60-648/12 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
56. Постановление ФАС Поволжского округа от 11.12.2012 по делу № А12-17295/2011 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
57. Постановление ФАС Уральского округа от 18.07.2013 № Ф09-6268/13 по делу № А71-11660/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
58. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 19.12.2013 по делу № А32-43816/2011 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
59. Постановление ФАС Московского округа от 27.01.2014 № Ф05-16820/2013 по делу № А41-8891/13 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
60. Постановление ФАС Московского округа от 28.01.2014 № Ф05-17558/2013 по делу № А40-158176/12-84-1631 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
61. Постановление ФАС Московского округа от 18.02.2014 № Ф05-334/2014 по делу № А40-42367/13-57-414 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

62. Постановление ФАС Центрального округа от 16.05.2014 по делу № А35-3506/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
63. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.05.2014 по делу № А33-14502/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
64. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.09.2014 по делу № А40-146106/13 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
65. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.10.2014 по делу № А56-57340/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
66. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16.10.2014 по делу № А55-965/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
67. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 17.06.2015 № Ф09-3991/15 по делу № А07-13116/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
68. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.07.2015 № Ф03-3009/2015 по делу № А59-5926/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
69. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.10.2015 № Ф05-12128/2015 по делу № А40-197219/14 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
70. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.10.2015 № Ф04-24003/2015 по делу № А70-12511/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
71. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-8592/2015 по делу № А63-1116/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
72. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.02.2016 № Ф04-112/2016 по делу № А75-3427/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

73. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 07.09.2007 № 04АП-366/2007(2) по делу № А10-5071/06 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
74. Постановление третьего арбитражного суда от 25.03.2009 по делу № А33-13451/2008 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
75. 01.09.2010 № 15АП-7679/2010 по делу № А32-7863/2010 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
76. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.11.2012 № 18АП-10142/2012 по делу № А76-3388/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
77. «Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.02.2013 по делу № А56-40336/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
78. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 24.05.2013 по делу № А60-389/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
79. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28.08.2014 по делу № А31-11239/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
80. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2015 № 18АП-954/2015 по делу № А47-1335/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
81. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 24.03.2015 № 02АП-1222/2015 по делу № А31-9007/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
82. Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.04.2015 № 16АП-700/2015 по делу № А63-8107/2014 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
83. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 13.05.2015 № 02АП-2835/2015 по делу № А82-15816/2014 [Электронный ресурс] // СПС «Консультант плюс».

84. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2010 № 15АП-7679/2010 по делу № А32-7863/2010 [Электронный ресурс] // «СПС КонсультантПлюс»
85. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2015 № 08АП-5207/2015 по делу № А81-516/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
86. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 31.08.2015 по делу № А74-974/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
87. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2015 по делу № А07-12265/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»
88. Обзор судебной практики в сфере закупок по 223-ФЗ (март 2015 года) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
89. Решение ФАС России от 10.10.2014 по делу № К-1470/14 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
90. Решение Челябинского УФАС России от 03.09.2015 по делу № 559-ж/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»

Монографии, учебники, комментарии

91. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. Учебник. М.: Омега-Л, 2010. 525 с.
92. Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. 271 с.
93. Андреев В.К. Предпринимательское законодательство России: Научные очерки. М.: Статут, 2008. 368 с.
94. Андреев В.К. Предпринимательское законодательство России: Научные очерки. М.: Статут, РАП, 2008. 368 с.
95. Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М., Волтерс Клувер, 2009. 191 с.

96. Антюшин С.С. Основы философии: Учебное пособие. М.: РИОР: Инфра-М: РАП, 2010. 411 с.
97. Барыкин С.Е., Константинов И.И. Системное моделирование подрядных торгов (конкурсов) в строительстве. СПб.: Политехника-сервис, 2013. 119 с.
98. Белов В.А. Гражданское право. Т. II. Общая часть. Лица, блага, факты : учебник для бакалавров. М.: Юрайт, 2013. 1093 с.
99. Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М.: Статут, 2006. 203 с.
100. Беляева О.А. Аукционы и конкурсы: комментарий судебно-арбитражной практики. М.: ВолтерсКлувер, 2010. 304 с.
101. Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М.: Юриспруденция, 2011. 296 с.
102. Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики. М.: ИНФРА-М, 2016. 250 с.
103. Беляева О.А. О пределах применения антимонопольного законодательства в гражданских правоотношениях // Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / под ред. В.Ф. Яковлева. М.: КОНТРАКТ, 2015. Вып. 21. 248 с.
104. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 2001. 848 с.
105. Брагинский М.И. Конкурс. М.: Статут, 2005. 77 с.
106. Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому Гражданскому кодексу РФ). М., 1995. 127 с.
107. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. 196 с.
108. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). М.: Юрид. изд-во Минюста СССР, 1947. 363 с.

109. Васильев В.И. Муниципальное право России: учебник. М., Юстицинформ, 2012. 680 с.
110. Власенко Н.А. Теория государства и права. М.: ИД «Юриспруденция», 2009. 424 с.
111. Габов А.В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут, 2011. 1104 с.
112. Габов А.В. Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования. М.: Статут, 2005. 412 с.
113. Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М.: Статут, 2014. 880 с.
114. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1: Общая часть. 793 с.
115. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. 222 с.
116. Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. 223 с.
117. Гражданский кодекс Российской Федерации: Залог. Перемена лиц в обязательстве. Постатейный комментарий к § 3 главы 23 и главе 24 / Е.В. Вершинина, А.А. Вишневский, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. 269 с.
118. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М.: Инфотропик Медиа, 2012. 592 с.
119. Гражданское право: учебник. Т. 1 / под ред. Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2013. 784 с.
120. Гражданское и торговое право зарубежных государств / под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2008. 560 с.
121. Гришаев С.П. Эволюция законодательства об объектах гражданских прав [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». 2015.

122. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. М., ВолтерКлувер, 2010. 272 с.
123. Егорова М.А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах. М.: Дело РАНХиГС, 2012. 240 с.
124. Зинченко С.А. Юридические факты в механизме правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007. 152 с.
125. Иванов Е.А. Логика: учебник для студентов юридических вузов и факультетов. М., Волтерс Клувер, 2007. 418 с.
126. Иеринг Р. Интерес в праве. Ярославль, 1880. 188 с.
127. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. М.: Статут, 2000. 781 с.
128. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. 880 с.
129. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов. 1980. 128 с.
130. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2012. 452 с.
131. Кирпичев А.Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов. М.: РАП, 2012. 277 с.
132. Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: монография. М.: Юстицинформ, 2012. 260 с.
133. Козлова Е.Б. Система договоров, направленных на создание объектов недвижимости. М.: КОНТРАКТ, 2013. 368 с.
134. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садилов. М.: Юринформцентр, 1995. 448 с.
135. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2015. 656 с.

136. Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования: монография / А.Н. Беседин, Е.Н. Ефименко, Е.А. Козина и др.; под ред. Е.Д. Тягай. М.: Норма, Инфра-М, 2014. 144 с.
137. Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Т. 1. М., Статут, 2005. 492 с.
138. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. 256 с.
139. Куликов Е.С. Соглашение о задатке в гражданском праве России: монография. М.: Волтерс Клувер, 2011. 133 с.
140. Луман Н. Общество как социальная система. М.: Логос, 2004. 232 с.
141. Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003. 831 с.
142. Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. М.: Норма, 2011. 352 с.
143. Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2009. 112 с.
144. Настольная книга руководителя организации: правовые основы / отв. Ред. И.С. Шиткина. М., Юстицинформ, 2015. 506 с.
145. Общая теория государства и права. В 3-х томах. Отв. ред. Н.М. Марченко. Т.2. М., ИКД-Зерцало-М, 2002. 528 с.
146. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: Советская энциклопедия. 1973. 846 с.
147. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983. 250 с.
148. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. 234 с.
149. Предпринимательское право / отв. Ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова: учебник для бакалавров. М., Проспект, 2014. 624 с.
150. Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. 528 с.

151. Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / С.А. Белов, Е.В. Гриценко, Д.А. Жмулина и др.; под ред. В.Ф. Попондопуло, Н.А. Шевелевой. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 528 с.
152. Пугинский Б.И. Коммерческое право России: Учебник. М.: ИКД «Зерцало-М», 2013. 376 с.
153. Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ИКД Зерцало-М, 2008. 222 с.
154. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Норма, Инфра-М, 2013. 496 с.
155. Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Статут, 2011. 958 с.
156. Савиньи Ф.К.Ф. Обязательственное право. СПб.: Юрид. центр. Пресс, 2004. 576 с.
157. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. 636 с.
158. Скловский К.И. Сделка и ее действие. М.: Статут, 2012. 78 с.
159. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М.: Эксмо, 2007. 956 с.
160. Советское гражданское право. Учебник в 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. Т.1. М., 1985. 527 с.
161. Социологический словарь / отв. Ред. Г.В. Осипов, Л.Н. Москвичев. М. Норма, 2010. 608 с.
162. Тасалов Ф.А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование. М., Проспект, 2016. 240 с.
163. Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: монография. Томск: Томский государственный университет систем управления и радиоэлектроники, 2012. 264 с.
164. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.Н. Корнева. М.: РАП, 2013. 559 с.

165. Тимошенко В.А., Смушкин А.Б. Комментарий к Закону РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации (постатейный)» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». 2015.
166. Ушаков Д.Н. Толковый словарь русского языка. М.: Аделант, 2013. 1216 с.
167. Федорова Л.В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: монография. М.: Юстицинформ, 2012. 184 с.
168. Философская энциклопедия: В 5 т. / Гл. ред. Ф.В. Константинов. М., 1970. Т. 5. 740 с.
169. Толковый словарь Русского языка: в 4 т. Т. 1 / Под ред. Д. Ушакова. М.: ТЕРРА, 1996. 824 с.
170. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1954. 239 с.
171. Чеговадзе Л.А., Демин А.А. Договор и договорное регулирование. Нижний новгород, НОЦ «ЦЕЗИУС», 2014. 206 с.
172. Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. 476 с.
173. Чичерин Б.Н. Философия права. СПб, Наука, 1998. 654 с.
174. Шевченко Е.Е. Заключение гражданско-правовых договоров. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 312 с.
175. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.2. М., бр. Башмаковы, 1914-1915 гг. 483 с.

Литература на иностранных языках

176. Beatson J. Anson's Law of Contract. 28th ed. Oxford University Press. 2002. P.2
177. Gierke O. von. Deutsches Privatrecht. Erster Band. Leipzig, Verlag von Duncker & Humbolt. 1895.
178. Köbler, Gerhard, Deutsches Etymologisches Wörterbuch, 1995.

179. McKendrick E. Contract Law: Text, Causes and Materials. 2nd ed. Oxford University Press. 2005.
180. Samuel Paterson «The evolution of causa in the contractual obligations of the civil law», Bulletin of the University of Texas № 46, 1905.
181. Treitel G.H. The Law of Contract. 11th edn. Sweet&Maxwell

Научные статьи

182. Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Теоретические проблемы гражданского права. Свердловск, 1970. С. 46-63.
183. Андреев В.К. О характере корпоративного договора // Юрист. 2015. № 3. С. 4 - 10.
184. Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1. С. 8 -12.
185. Андреева Л.В. Закон о науке как нормативно-правовая основа инновационной деятельности // Сборник научно-практических статей II Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом». М., Юстицинформ. 2015. С. 60-63.
186. Андреева Л.В. Понятие контрактной системы и основные правила ее функционирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11. С. 3-16.
187. Андреева Л.В. Реформа государственных и муниципальных закупок: основные нововведения // Право и экономика. 2013. № 8. С. 4-10.
188. Андрианов Н.А. Правовая природа сдачи результата работ по договору строительного подряда. Продолжение дискуссии // Право и экономика. 2013. № 7. С. 33-36.
189. Балакин Д. Торги в законодательстве о публичных закупках и в ГК РФ // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 17-20.

190. Батыршина К.А. Применение доктрины «снятия корпоративной вуали» в условиях российского права // Юрист. 2015. № 24. С. 41-45.
191. Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство как вид инвестиционной деятельности: правовые аспекты // Предпринимательское право. 2011. № 1. С. 25-29.
192. Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство как альтернатива контрактной системе // Юрист. 2014. № 5. С. 33-37.
193. Беляева О.А. Какими быть торгам в «новом» Гражданском кодексе РФ? // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 110-116.
194. Беляева О.А. Предназначение торгов // Журнал российского права. 2013. №10. С. 22-28.
195. Белов В.Е. Об изменениях гражданского законодательства в условиях формирования контрактной системы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 10. С. 2265-2271.
196. Беляева О.А. Правовая природа задатка, вносимого за участие в торгах» // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 12.
197. Бирюкова О.В., Данильцев А.В. Регулирование государственных закупок в международной торговле услугами // Российский внешнеэкономический вестник. 2015. № 7. С. 31-42.
198. Бокарева Л.Г. Современные проблемы приватизации федерального имущества // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2013. № 1. С. 24 - 41; № 2. С. 7-28.
199. Братусь С.Н. Имущественные и организационные отношения и их правовое регулирование в СССР. // Вопросы общей теории советского права. М.: Госюриздат, 1960. С. 67-120.
200. Витрянский В.В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 3-12.
201. Воронина Е.И. Оборотоспособность обязательственных прав // Право и экономика. 2013. № 8. С. 76-79.

202. Гатаулина Л.Ф. Торги как способ заключения государственного и муниципального контракта // Конкурентное право. 2014. № 2. С. 40-43.
203. Гутников О.В. Юридическая ответственность в корпоративных отношениях // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 51-117.
204. Демкина А.В. О преддоговорной ответственности в гражданском праве // Гражданское право. 2016. №1. С. 31-34.
205. Душкина М.Н. Некоторые проблемы гражданско-правового регулирования поставки лекарственных средств // Гражданское право. 2012. № 5. С. 43-45.
206. Добровольский В. О практической ценности дискуссии по вопросу о виндикации акций // Акционерный вестник. 2007. № 8 (46). С. 31.
207. Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31-73.
208. Егоров Н.Д. Понятие гражданского права // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 42-65.
209. Егорова М.А. Интервью с заведующим кафедрой гражданского права Российской академии правосудия, заслуженным деятелем науки Российской Федерации, доктором юридических наук, профессором Владимиром Константиновичем Андреевым // Юрист. 2014. № 3. С. 4-8.
210. Егорова М.А. Критерии систематизации организационных отношений в современном гражданском обороте // Гражданское право. 2013. № 3. С. 6-9.
211. Егорова М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст. 434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015. № 12. С. 20-28.
212. Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российский судья. 2013. № 2. С. 8-17.
213. Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4-23.

214. Зинченко С.А. Акции (доли) хозяйственных обществ и корпоративный договор: правовая природа, взаимодействие // Гражданское право. 2015. № 1. С. 23-26.
215. Зинченко С.А. Корпоративные отношения в реформируемом гражданском законодательстве России // Гражданское право. 2014. № 4. С. 8-12.
216. Илюшина М.Н., Анисимова М.С. Юридически значимые сообщения: гражданско-правовая и гражданско-процессуальная квалификация // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 6. С. 3-9.
217. Илюшина М.Н. Предварительный договор в новеллах ГК РФ: новое содержание и новые регулятивные возможности для договоров купли-продажи жилых помещений // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 36-40.
218. Каган Е., Суходольский Г. Правовая природа конкурса // Хозяйство и право. 2001. № 2. С. 49-52.
219. Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 8. С. 6-106.
220. Карашев К.В. Открытие аккредитива: вопросы правоприменительной практики // Международные банковские операции. 2013. № 3. С. 72-81.
221. Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журнал российского права. 2001. № 4. С. 93-104.
222. Кирпичев А.Е. Безвозмездность договора в гражданском праве // Российское правосудие. 2015. № 10. С. 22-29.
223. Кирпичев А.Е. Неклассические теории договора (договор-обещание, дискретные, реляционные и сетевые договоры) в контексте новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 41-48.
224. Кирпичев А.Е. Применение конструкции управленческо-предпринимательских обязательств в современном правовом регулировании

предпринимательской деятельности // Современное право. 2014. №1. С. 58-62.

225. Кирпичев А.Е. Понятие предпринимательского договора и предпринимательского обязательства // Модернизация гражданско-правового регулирования договорных отношений: Сборник научных статей / Отв. Ред. Л.А. Аксенчук. М.: РАП, 2014. С. 67-77.

226. Кирпичев А.Е. Развитие правового регулирования муниципальных контрактов в Законе о контрактной системе // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11. С. 22-26.

227. Кирпичев А.Е. Понятие хозяйственной компетенции субъектов предпринимательского права // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2013. № 3. С. 12-15.

228. Козлова Н.В. Правовая природа учредительных документов юридического лица // Хозяйство и право. 2004. № 1. С. 55-74.

229. Козлова Е.Б. Государственная регистрация и нотариальное удостоверение сделок: соотношение правовых интересов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 6. С. 22-29.

230. Козлова Е.Б. Договор присоединения: новое в законодательстве и сохранившиеся проблемы доктрины и правоприменения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 36-44.

231. Козлова Е.Б. Организационные договоры: понятие и классификация // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 5. С. 3-9.

232. Козлова Е.Б. Проблемы недействительности договора о развитии застроенной территории (в свете изменений гражданского законодательства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 5. С. 27-31.

233. Козырин А.Н. Приватизация в России: правовое измерение // Реформы и право. 2012. № 2. С. 3-14.

234. Комарицкий В.С. Реализация принципа свободы договора в регулировании преддоговорной ответственности // Юрист. 2015. № 5. С. 18-22.

235. Копылов О.Б. Залог денежных средств как способ обеспечения исполнения обязательств по договору // Законодательство и экономика. 2014. № 5.
236. Корягина А.В. История развития понятия доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 17-22.
237. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: постановка проблемы // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 1. С. 190-206.
238. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Заключение договора // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 60-104.
239. Кузьмин В. В ФАС рассказали о совершенствующих госзакупки законах // Российская газета. 18.03.2016. С. 2.
240. Кукла М.Е. Заключение договора на торгах // Право и политика. 2007. № 3. С. 139-148.
241. Кулаков В.В. Имущественные права и ценные бумаги как объекты обязательства: проблемы применения юридической фикции // Законодательство. 2009. № 9. С. 9-16.
242. Курбатов А.Я. Юридически значимые сообщения в банковских отношениях // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 6. С. 36-41.
243. Курц Н.А. Антидемпинговые меры как способ повышения конкуренции и правовой защиты контрактной системы // Вестник арбитражной практики. 2015. № 1. С. 5-12.
244. Мазур О.В., Сергеев А.П., Терещенко А.Т. Ответственность за недобросовестные переговоры как ограничение свободы договора (на примере положений ст. 434.1 ГК РФ) // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2016. С. 383-396.
245. Нестерова Е.В. Проблемы нормативного закрепления ничтожных и оспоримых сделок в законодательстве республики Казахстан // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права:

Сборник статей / Н.Г. Вилков, И.П. Грешников, К.В. Грешников и др.; сост. И отв. ред. И.П. Грешников. М.: Статут, 2015. С. 170-180.

246. Никитин В.В. Существенные условия и незаключенность договоров: Россия и мир // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 5. С. 799-809.

247. Новая концепция государственных закупок. Актуальные правовые вопросы (интервью с О.В. Анчишкиной, директором департамента развития Федеральной контрактной системы Министерства экономического развития РФ) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». 2011.

248. Охтырская М.В. Система информационного обеспечения в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 7. С. 28-31.

249. Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 52-81.

250. Пащенко А.В. Цели правового регулирования приватизации // Реформы и право. 2012. № 2. С. 15-21.

251. Пономарева О.В. Государственные закупки как инструмент торговой политики в развивающихся странах // Российский внешнеэкономический вестник. 2014. № 9. С. 101-119.

252. Попондопуло В.Ф. Публично-частное партнерство: понятие и правовые формы // Арбитражные споры. 2014. №2. С. 81-100.

253. Потрашков С. Особенности государственных и муниципальных контрактов: споры // Административное право. 2015. № 4. С. 21-25.

254. Решетина Е.Н. Понятие ценной бумаги в Российской Федерации и понятие корпоративной эмиссионной ценной бумаги // Юрист. 2013. № 18. С. 39-46.

255. Родин А. Новая среда для ГЧП // ЭЖ-Юрист. 2015. № 44. С. 9.

256. Родионова О.М. К вопросу о гражданско-правовой природе юридически значимых сообщений // Юрист. 2015. № 14. С. 4-8.
257. Свиных Е.А. Проблемы правового регулирования ценообразования в сфере государственного оборонного заказа // Право в Вооруженных силах. 2013. № 8. С. 105-113.
258. Свиных Е.А. Сравнительно-правовой анализ способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) при осуществлении закупок товаров, работ, услуг для обеспечения обороны страны и безопасности государства // Право в Вооруженных Силах. 2015. № 3. С. 73-87.
259. Слепенкова О.А. Свобода договора: законодательство и позиция судов // Российская юстиция. 2015. № 10. С. 54-56.
260. Соломина Н.Г. Пределы надлежащего исполнения обязательства // Право и экономика. 2013. № 11. С. 38-43.
261. Стригунова Д.П. Критерии отнесения гражданско-правового договора к коммерческой сделке // Современное право. 2015. № 5. С. 54-58.
262. Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 5-26.
263. Телюкина М.В. Понятие сделки: теоретический и практический аспекты // Адвокат. 2002. № 8. 21-35.
264. Трофимов С.В. Правовой режим имущества в налоговом законодательстве РФ // Финансовое право. 2015. № 2. С. 19-21.

Диссертации и авторефераты диссертаций

265. Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2004. 213 с.
266. Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011. 423 с.

267. Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011. 155 с.
268. Бритвина Т.П. Управление открытыми конкурсными торгами продовольствием для обеспечения социальной сферы: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.05. Вологда, 2002. 204 с.
269. Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар. 2007. 207 с.
270. Давыдова Г.Н. Юридическая процедура в гражданском праве: Общая характеристика: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2004. 143 с.
271. Данилов Р.С. Состязательность как форма социального бытия человека: дис. ... канд. фил. наук: 09.00.11. Саратов. 2007. 131 с.
272. Емельянец С.Л. Конкурсы достижений как средство самореализации старшеклассников: дис. ... канд. педагог. наук: 13.00.01. СПб. 1999. 172 с.
273. Ершов В.В. Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03. М., 2009. 229 с.
274. Калугина О.П. Аукционы, их сущность, ценообразование и совершенствование функционирования: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.01 Воронеж, 2000. 121 с.
275. Кармизов А.Е. Институционализация отношений субъектов конкурсных торгов как фактор развития конкуренции в российской экономике: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.01. Ростов-на-Дону, 2009. 203 с.
276. Кирпичев А.Е. Муниципальный контракт в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011. 240 с.
277. Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011. 382 с.
278. Михайлов С.В. Категория интереса в гражданском (частном праве): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2000. 255 с.
279. Мочальников В.Н. Повышение стратегического потенциала экономики России на основе активизации системы государственно-частного партнерства: автореф. дис. ... докт. экон. наук: 08.00.05. М., 2010. С. 27. 59 с.

280. Соломкина Д.Я. Задаток по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Самара, 2007. 194 с.
281. Фоминых О.М. Признание недействительными торгов и заключенных на них договоров: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2014. 227 с.
282. Халеппо И.М. Оферта в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2013. 209 с.
283. Яковлева О.В. Правовая процедура: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов. 1999. 219 с.

Интернет ресурсы

284. Информация с сайта <http://www.sberbank.ru/commo№/img/uploaded/files/pdf/co№curs/poz2348.pdf> (дата обращения 30.04.2016).
285. Информация с сайта <http://www.gazprom.ru/f/posts/21/053269/2014-06-27-polozhe№ie-o-zakupkah.pdf>.
286. Информация с сайта <http://zakupki.gov.ru/223/purchase/public/purchase/info/commoninfo.html?noticeId=4111169&epz=true&style44=false>.
287. Информация с сайта <http://www.zakupki.gov.ru>.
288. Информация с сайта http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=81788.