

А. В. Молчанов*

О проблемах и значении правового определения признаков и классификации торгов

Аннотация. На современном этапе значение торгов для системы экономических отношений сложно переоценить. Торги являются наиболее эффективной формой ведения хозяйственной деятельности, а также участия публичных образований в экономических отношениях, обеспечивая равный доступ всех потенциальных участников к объектам публичной собственности и публичным финансам. Вместе с тем для обеспечения надлежащей степени определенности и стабильности отношений, где используются торги, требуется решение основополагающих вопросов, а именно: определение понятия «торги», закрепление их признаков, и унификации подходов к их классификации. На основании проведенного исследования автор приходит к выводу, что надлежащая степень определенности в правоприменении положений российского законодательства о торгах может быть достигнута путем установления легальной дефиниции торгов через совокупность их признаков, к которым следует отнести состоятельность участников торгов, претендующих на заключение договора (приобретение гражданских прав, права на осуществление деятельности в определенной сфере), и обязательность заключения договора с победителем торгов (предоставления гражданских прав, права на осуществление деятельности в определенной сфере победителю торгов).

Ключевые слова: торги, проблемы определения и классификации.

DOI: 10.17803/1994-1471.2018.87.2.048-054

Правовое регулирование торгов имеет долгую историю. На наличие в уже римском праве регулирования торгов указывает ряд исследований. Так, Ю. Барон в работе «Система римского гражданского права» указывает, что существует спорный вопрос, не решенный в источниках, относительно того, когда наступает соглашение сторон при публичном торге (продажа движимостей — аукцион, продажа недвижимостей — субгастация). По господствующему мнению, как указывает Ю. Барон, совершающий публичный торг вы-

зывает присутствующих предложить ему договор; стало быть, если предложение или личность предлагающего ему не понравятся, то он может отказаться от продажи и взять вызов назад; далее, между несколькими предложениями он может выбрать то, которое ему больше нравится¹.

В России основы правового регулирования организации и проведения торгов сформировались еще в дореволюционный период.

Именно в этот период были определены правила регулирования торгов не только с позиций

¹ Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 3. Кн. IV. Обязательственное право. СПб. : Склад издания в книжном магазине Н. К. Мартынова, 1910. С. 21.

гражданского права, но и с позиций антимонопольного регулирования.

По мнению Е. Ю. Гончарова, первые законодательные акты, послужившие прообразом будущих правил публичных торгов, относятся к эпохе петровских реформ².

В 1722 г. издается Регламент о управлении Адмиралтейства и верфи о должностях коллегии адмиралтейской и прочих всех чинов при Адмиралтействе обретающихся³.

Указанный Регламент включал положения, устанавливающие порядок и способ поиска подрядчиков, в также правила взаимоотношений органов управления с подрядчиками в вопросах снабжения Адмиралтейства и верфи.

Процедура поиска подрядчиков включала в себя и регулирование порядка извещения о торгах и требования к срокам такого извещения, и описанию предмета подряда, порядок непосредственного торга, в том числе и завершающего этапа — «до горения свечи», который в последующем получит название — переторжка.

Принципиально важным документом этого периода является утвержденное 17 октября 1830 г. Николаем I Положения об обязательствах, заключаемых с торгов между казною и частными людьми по подрядам, поставкам, по содержанию оброчных статей и продажам казенных движимых имуществ⁴.

Положение содержало уже не только регламентацию процедур торгов, но и положения проконкурентного характера, направленные на исключение соглашений между участниками торгов, что, безусловно, свидетельствует о появлении правового регулирования торгов с позиции их значимости для конкуренции.

Так, параграф 10 Положения предусматривал, что к обязательствам с казною могут быть допускаемы и компании, из нескольких лиц состоящие, но компании эти должны быть составляемы не во время производства торга, а предварительно ему, и в отношении к торгу компания представляет одно лицо.

А параграф 60 Положения содержал следующее правило: всякого рода стачка на торгах строго запрещается.

Последним законодательным актом о торгах дореволюционного периода является Положение о подрядах и поставках, изданное в 1900 г. и включенное в ч. 1 т. 10 Свода законов гражданских Российской империи в качестве приложения⁵. В большей своей части Положение 1900 г. повторяло нормы Положения 1830 г., но вводило более подробную их регламентацию.

Вопросы организации и проведения торгов нашли свое отражение и в работах российских ученых. Так, Д. И. Мейер писал, что нужно обратить внимание на то, что при торгах возможны и нередко бывают случаи, что исполнены все формальности, соблюдены все меры, установленные для охранения казенного интереса, но тем не менее условия договора чрезвычайно невыгодны для казны. Например, между торгующимися легко может произойти стачка, особенно в небольших городах, или в договорах, касающихся таких предметов, по которым мало конкурентов, в одном случае одни отступаются от торга и оставляют его за кем-либо из своей среды, в другом — другие, так что цена договора остается весьма высокой⁶.

Г. Ф. Шершеневич, говоря об аукционе как особом способе заключения договора

² Становление рыночной системы государственных закупок в России / Смирнов В. И., Нестерович Н. В., Гончаров Е. Ю. [и др.] ; под ред. В. И. Смирнова, Н. В. Нестеровича, И. М. Ахметзянова. Казань : БизнесИнфо-Сервис, 2000. С. 5.

³ Регламентъ о управлении адміралтеіства и верфи и о должностяхъ коллегии адміралтеіской и протчіхъ всехъ чіновъ при адміралтеістве обретающіхся. Напечатанъ повеленіемъ Благочестівейшаго Государя Петра Великаго Императора и Самодержца Всероссійскаго. Въ Санктпѣтербургской Типографіи, апреля въ 5 день. 1722 году. СПб., 1722. С. 5.

⁴ Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2. СПб., 1831. Т. 5. Отд. 2. С. 149.

⁵ Свод законов Российской империи. СПб., 1990. Т. 10. Ч. 1.

⁶ Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. 3-е изд., испр. [по испр. и доп. к 8-му изд., 1902]. М. : Статут, 2003. С. 665.

купли-продажи, указывает, что та атмосфера разжигания страстей, какая создается при продаже купцами товаров на торгах, та быстрота сделок, которая не дает возможности осмотреть внимательно приобретаемые вещи, побуждают законодателей относиться отрицательно к свободному устройству аукционных распродаж. При этом он отмечает, что, несмотря на отсутствие в правовых нормах прямого запрета такого способа продажи и санкций за его осуществление, по общему духу законодательства продажа с аукциона не может считаться дозволенной (за исключением тех случаев биржевой продажи, которые специально предусмотрены)⁷.

Таким образом, торги как способ обращения объектов гражданских прав (товаров) имеют весьма давнюю историю регулирования в России, которая насчитывает уже почти 300 лет.

На современном этапе значение торгов для системы экономических отношений сложно переоценить. Торги стали стандартной формой участия государства и муниципальных образований в экономических отношениях, обеспечивая равный доступ всех потенциальных участников к объектам публичной собственности и публичным финансам. Но и в тех сферах, где сторонами сделок выступают исключительно частные субъекты, торги также занимают все большее место, являясь инструментом повышения эффективности ведения хозяйственной деятельности.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский так характеризуют торги: «Торги представляют собой один из способов заключения договоров, который тесно связан с основными законами

свободного рынка, и выражают их наиболее последовательно»⁸.

Причисляя конкурсные способы заключения договоров (прежде всего посредством заключения договора на торгах) к мерам, стимулирующим становление, развитие и поддержку конкуренции⁹, А. Н. Варламова также указывает, что помимо норм, направленных на увеличение числа конкурентоспособных субъектов на рынке, немаловажное значение для развития конкурентных отношений имеют и нормы, регламентирующие специальные способы заключения договоров. Речь идет о возможности для различных субъектов на конкурентной основе предложить свои товары и услуги¹⁰.

В. В. Балакин отмечает, что значение торгов определяется той ролью, которая отводится гражданско-правовому договору в современный период. Торги выступают связующим звеном между потребителями товаров, работ и услуг и субъектами, их предоставляющими¹¹.

Эффективное взаимодействие участников рынка, покупателей и продавцов, направленное на поиск контрагентов и надлежащее оформление таких отношений, составляет суть функционирования рынка. При этом с учетом товарно-денежных отношений торгового оборота вопрос определения цены является ключевым условием обращения товаров на таком рынке.

При организации и проведения торгов на рынке определенного товара условия, и в первую очередь условия о цене, непосредственно оказывают влияние на цены последующих сделок, поскольку становятся известными остальным участникам ввиду открытости процедуры торгов.

⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. М. : Статут, 2003. Т. 2 : Товар. Торговые сделки. С. 157—158.

⁸ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1 : Общие положения. 2-е изд., испр., М. : Статут, 2000. С. 219.

⁹ Варламова А. Н. Правовое содействие развитию конкуренции на товарных рынках : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 10.

¹⁰ Варламова А. Н. Правовое обеспечение развития конкуренции : учеб. пособие. М. : Статут, 2010.

¹¹ Балакин В. В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики России : дис. ... канд. юрид. наук, М., 2004. С. 11.

¹² Жилинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) : учебник для вузов. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 402.

В этой связи С. Э. Жилинский отмечает, что именно торги служат установлению действительных цен на товары¹².

С учетом большого значения торгов для функционирования современной экономики, роли и значения торгов для эффективности товарно-денежного оборота в условиях рынка, признаваемых во многих исследованиях, отсутствие до настоящего времени легального определения торгов, законодательного закрепления их признаков вызывает серьезную озабоченность.

Так, К. Н. Алешин отмечает, что ни один федеральный закон не говорит о том, что такое торги (и, соответственно, что торгами считать нельзя), где торги «начинаются», что к ним относится и в какой момент они «заканчиваются». Такая неопределенность влечет риски ошибочной квалификации каких-либо действий как совершенных на торгах либо, наоборот, необоснованное освобождение от ответственности виновных в нарушении антимонопольных требований к торгам на том основании, что данные действия формально к торгам не относятся¹³.

Действительно, отсутствие легального определения приводит к затруднениям практического применения положений законодательства, а также к различным злоупотреблениям, которые могут выражаться в использовании разных названий тех или иных процедур (способов заключения договоров) в целях ухода от требований законодательства о торгах.

Так, в Докладе о состоянии конкуренции в 2016 г. ФАС России отмечает, что количество «иных способов» закупок, проводимых заказчиками, увеличилось в 2016 г. на 983 способа (например, «закупка на основе долгосрочных договоров», «без проведения торгов», «чрезвычайные закупки», «безальтернативный выбор», «без рассмотрения конкурирующих предложений», «без проведения торгов: выбор предложений из сводного прайс-листа»). Отсутствие в Федеральном законе от 28 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ,

услуг отдельными видами юридических лиц» требований к способам закупок привело к тому, что заказчиками применяется уже более 4 480 способов определения поставщика, которые, в том числе, маскируют закупки у единственного поставщика¹⁴.

На практике и участники рынка, и контролирующие органы, и суды вынуждены обращаться не к правовой дефиниции такого правового явления, как торги, а исследовать вопрос правовой природы и сущности рассматриваемых спорных процедур заключения договоров, что, конечно, не создает устойчивости и должной определенности для участников правоотношений.

Так, в определении Верховного Суда РФ № 305-КГ15-1682 от 12 мая 2015 г. по делу № А40-105887/2013 указано, что суды апелляционной и кассационной инстанций исходили из того, что рассматриваемый в рамках дела способ закупки — запрос предложений — по своей правовой природе отвечает определению «торгов», вне зависимости от того, какое наименование присвоено организатором данной процедуры закупок. Признав проведенную закупку торгами, суды правомерно посчитали, что антимонопольный орган вправе был рассматривать жалобу ООО «Ф» в соответствии с порядком, предусмотренным ст. 18.1 Федерального закона от 26 июля 2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) в редакции, применяемой к спорным отношениям. Довод кассационной жалобы о том, что запрос предложений не является формой торгов, а представляет собой разновидность ofertно-акцептного способа заключения договора, отклонен судом, так как Закон № 223-ФЗ подразумевает заключение договоров только посредством конкурентного отбора контрагентов (ч. 1 ст. 1 Закона № 223-ФЗ) путем оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, применяемых в равной степени ко всем участникам закупки (ч. 6 ст. 3 Закона № 223-ФЗ).

Вместе с тем в другом деле Верховный Суд РФ, анализируя положения документа-

¹³ Алешин К. Н. Мнимая конкуренция на торгах: проблемы квалификации // Российское конкурентное право и экономика. 2017. № 1. С. 47.

¹⁴ URL: <https://fas.gov.ru/about/list-of-reports/report.html?id=1720>.

ции о закупке, приходит к выводу, что в ней содержатся положения о том, что результат рассмотрения предложений не является акцептом, влекущим заключение договора или отклонение предложения участника, а выступает исключительно в качестве приглашения к переговорам, в ходе которых будут выработаны окончательные условия договора между заказчиком и участниками. Исходя из этого суд пришел к выводу, что закупка не противоречит принципам Закона № 223-ФЗ, поскольку рассмотренная процедура не может являться торгами, и положения ст. 447—449 Гражданского кодекса РФ применению к ней не подлежат¹⁵.

Отсутствие единого определения и признаков торгов привело к тому, что отраслевое законодательство, регулирующее различные сферы отношений, где торги имеют важное значение, стало развиваться собственным путем, вводя собственные дефиниции и названия тех или иных способов заключения договоров и приобретения прав, являющихся по своей сути торгами.

Например, ст. 24 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», пришедшего на смену Федеральному закону № 94-ФЗ, перечисляя способы определения поставщиков, вообще не содержит понятия «торги». В данном Законе содержится иное понятие — «конкурентные способы определения поставщиков», к которым отнесены конкурсы и аукционы (формы торгов, явно поименованные в ГК РФ), а также запрос котировок и запрос предложений.

Такое регулирование также не ведет к единообразию.

Не менее важным является оценка положений законодательства об административной и уголовной ответственности, предусматривающего меры ответственности за нарушения на торгах.

Так, например, ч. 2 ст. 14.32 Кодекса РФ об административных правонарушениях предусматривает ответственность за заключение хо-

зяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них.

В свою очередь, ст. 178 Уголовного кодекса РФ предусматривает ответственность, в том числе в виде лишения свободы, за заключение соглашения (картеля), разновидностью которого является картель (соглашение между хозяйствующими субъектами-конкурентами) которое приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, существует ответственность за нарушение правил проведения торгов, правил участия в торгах, но нет четкого и единообразного определения этого правового явления. Такое положение не может обеспечить должную эффективность правового регулирования соответствующих отношений.

Не меньшие сложности вызывает и отсутствие единых подходов к классификации торгов.

Действующая редакция п. 4 ст. 447 ГК РФ предусматривает, что торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом.

Открытый перечень форм торгов, безусловно, отражает потребности современного товарного оборота. Вместе с тем и здесь необходима более четкая степень определенности регулирования. Например, нет никаких оснований полагать, что предусмотренный законодательством о контрактной системе запрос котировок не является по своей природе аукционом, а запрос предложений — разновидностью конкурса. То есть и тот

¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 8 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-12265 по делу № А40-69448/2014.

и другой способ определения поставщика являются торгами. Но если обратиться формально к ст. 17 Закона о защите конкуренции, то можно увидеть, что антимонопольные требования установлены равным образом и к торгам, и к запросам котировок, и к запросам предложений.

Следовательно, унификация подходов к классификации торгов также должна стать основанием для повышения эффективности и определенности этих отношений.

Актуальность рассмотренных проблем и важность их решения нашли свое отражение в поручении Правительства РФ о разработке проекта федерального закона, направленного на унификацию законодательства о торгах во всех сферах. Принципиально за основу принято решение использовать законодательство о контрактной системе, которое объективно среди прочих отраслевых актов, регулирующих торги, является более развитым, совершенным и современным.

Вместе с тем нельзя не отметить, что разработка акта с такой задачей невозможна без решения основополагающих вопросов, а именно без решения вопроса об определении понятия «торги», закрепления их признаков, отличающих их от иных юридических фактов, и унификации подходов к их классификации.

Достаточно богатый исторический опыт регулирования торгов в России (в том числе опыт дореволюционного регулирования), обширная судебная практика и практика антимонопольного контроля должны быть использованы для соответствующих нормативных решений.

Исходя из анализа научных исследований, можно сделать вывод о том, что надлежащая степень определенности в правоприменении положений российского законодательства о торгах может быть достигнута путем установления легальной дефиниции торгов через совокупность их признаков, к которым следует отнести состоятельность участников торгов, претендующих на заключение договора (приобретение гражданских прав, права на осуществление деятельности в определенной сфере), и обязательность заключения договора с победителем торгов (предоставления гражданских прав, права на осуществление деятельности в определенной сфере победителю торгов).

Указанные вопросы могут и должны быть решены на уровне положений Гражданского кодекса РФ, тем самым будет создана прочная база для развития специального законодательства о торгах, в том числе антимонопольного законодательства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алешин К. Н. Мнимая конкуренция на торгах: проблемы квалификации // Российское конкурентное право и экономика. — 2017. — № 1.
2. Варламова А. Н. Правовое обеспечение развития конкуренции : учеб. пособие. — М. : Статут, 2010.
3. Балакин В. В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики России : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004.
4. Барон Ю. Система римского гражданского права. — Вып. 3-й. — Кн. IV. Обязательственное право. — СПб. : Склад издания в книжном магазине Н. К. Мартынова, 1910.
5. Жилинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) : учебник для вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М., 2004.
6. Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. — 3-е изд., испр. [по испр. и доп. 8-му изд. 1902]. — М. : Статут, 2003.
7. Становление рыночной системы государственных закупок в России / Смирнов В. И., Нестерович Н. В., Гончаров Е. Ю. [и др.] ; под ред. В. И. Смирнова, Н. В. Нестеровича, И. М. Ахметзянова. — Казань : БизнесИнфо-Сервис, 2000.
8. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. — М. : Статут, 2003. — Т. 2 : Товар. Торговые сделки.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2017 г.

ON THE PROBLEMS AND SIGNIFICANCE OF LEGAL DETERMINATION OF TENDER CHARACTERISTICS AND CLASSIFICATION

MOLCHANOV Artem Vladimirovich — Head of the Legal Department of the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation
molchanov@fas.gov.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 11

Abstract. *At the present stage, it is difficult to overestimate the importance of tenders for the system of economic relations. The tender forms the most effective form of economic activity for the participation of public entities in economical relations by means of ensuring equal access for all participants to the objects of public property and public finance. At the same time, in order to ensure the proper degree of certainty and stability of relations where the tender is used, fundamental issues need to be resolved, namely: the concept “tender” needs to be defined; its main characteristics should be determined; approaches to its classification should be unified. On the basis of the study carried out by the author, it is concluded that the proper degree of certainty in the enforcement of the provisions of the Russian tender laws can be achieved by providing a legal definition of the tender as a sum of elements that should include an adversarial nature of tender participants intending to make a contract (acquisition of civil rights, the right to carry out activities in a particular field) and an obligation to make a contract with the tender winner (granting of civil rights, granting the right to carry out activities in a certain sphere to the tender winner).*

Keywords: *tender, problems of definition and classification.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aleshin K. N. Mnimaya konkurenciya na torgax: problemy kvalifikacii // Rossijskoe konkurentnoe pravo i e'konomika. — 2017. — № 1.
2. Varlamova A. N. Pravovoe obespechenie razvitiya konkurencii : ucheb. posobie. — M. : Statut, 2010.
3. Balakin V. V. Torgi kak institut grazhdanskogo prava v usloviyax sovremennoj rynochnoj e'konomiki Rossii : dis. ... kand. yurid. nauk. — M, 2004.
4. Baron Yu. Sistema rimskago grazhdanskago prava. — Vyp. 3-j. — Kn. IV. Obyazatel'stvennoe pravo. — SPb. : Sklad izdaniya v knizhnom magazine N. K. Martynova, 1910.
5. Zhilinskij S. E'. Predprinimatel'skoe pravo (pravovaya osnova predprinimatel'skoj deyatel'nosti) : uchebnik dlya vuzov. — 5-e izd., pererab. i dop. — M., 2004.
6. Mejer D. I. Russkoe grazhdanskoe pravo : v 2 ch. — 3-e izd., ispr. [po ispr. i dop. 8-mu izd. 1902]. — M. : Statut, 2003.
7. Stanovlenie rynochnoj sistemy gosudarstvennyx zakupok v Rossii / Smirnov V. I., Nesterovich N. V., Goncharov E. Yu. [i dr.] ; pod red. V. I. Smirnova, N. V. Nesterovicha, I. M. Axmetzyanova. — Kazan' : BiznesInfo-Servis, 2000.
8. Shershenevich G. F. Kurs torgovogo prava. — M. : Statut, 2003. — T. 2 : Tovar. Torgovye sdelki.