

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»
ИНСТИТУТ ПРАВА
КАФЕДРА «ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
И ТРУДОВОЕ ПРАВО»

УТВЕРЖДАЮ

Зав. кафедрой «Гражданское право;
гражданский процесс и трудовое право»

_____ О.Е. Репетева

(подпись)

« ____ » _____ 2015г.

ЗАДАНИЕ
на выполнение бакалаврской работы

Студент Гейко Дарья Вячеславовна

1. Тема «Аукцион как способ заключения договора»

2. Срок сдачи студентом законченной бакалаврской работы:

3. Исходные данные к бакалаврской работе: Гражданский кодекс РФ; Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд"; Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"; Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц"; Информационные письма ВАС РФ; Решения и определения Федеральных арбитражных судов РФ.

4. Содержание бакалаврской работы (перечень подлежащих разработке вопросов, разделов) 1. Основы правового регулирования аукциона 2. Аукцион как юридическая категория 3. Порядок проведения аукциона

5. Дата выдачи задания « ____ » _____ 2015 г.

Руководитель
бакалаврской работы

(подпись)

Е.В. Чуклова

(И.О. Фамилия)

Задание принял к исполнению

(подпись)

Д.В. Гейко

(И.О. Фамилия)

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»
ИНСТИТУТ ПРАВА
КАФЕДРА «ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
И ТРУДОВОЕ ПРАВО»

УТВЕРЖДАЮ
Зав. кафедрой «Гражданское право;
гражданский процесс и трудовое право»
_____ О.Е. Репетева

(подпись)

« ____ » _____ 2015г.

КАЛЕНДАРНЫЙ ПЛАН
выполнения бакалаврской работы

Студента Гейко Дарьи Вячеславовны
по теме «Аукцион как способ заключения договора»

Наименование раздела работы	Плановый срок выполнения раздела	Фактический срок выполнения раздела	Отметка о выполнении	Подпись руководителя
Составление плана работ и библиографии.	Ноябрь 2015	Ноябрь 2015	выполнено	
Обсуждение I главы работы	Январь 2016	Январь 2016	выполнено	
Обсуждение II главы работы	Февраль 2016	Февраль 2016	выполнено	
Обсуждение III главы работы	Март 2016	Март 2016	выполнено	
Предоставлен черновой вариант работы	Май 2016	Май 2016	выполнено	
Представление работы для проверки в системе «Антиплагиат»			выполнено	
Предзащита	07.06.2016	07.06.2016	выполнено	
Корректировка работы	10.06.2016	10.06.2016	выполнено	
Защита работы перед государственной аттестационной комиссией	27.06.2016	27.06.2016		

Руководитель
бакалаврской работы

Е.В. Чуклова

(И.О. Фамилия)

Задание принял к исполнению

Д.В. Гейко

(И.О. Фамилия)

Аннотация

Актуальность темы исследования заключается в том, что в настоящее время в правовой науке представление о торгах и, в частности, об аукционе нельзя назвать до конца сформированным в виду того, что данное явление некоторыми исследователями понимается как способ заключения договора и способ определения поставщика. Другими же наоборот, аукцион воспринимается исключительно как способ заключения договора, способствует данной полемике отсутствие конкретизации в отношении аукциона на законодательном уровне.

Цель исследования состоит в комплексном общетеоретическом анализе сущности аукциона, как способа заключения договора и механизмов правового регулирования проведения аукциона.

Задачами работы бакалавра служат: во-первых, изучение истории становления аукционного законодательства; проведение анализа современного законодательства, регламентирующего проведение аукциона; во-вторых, определение понятия «аукцион» и выявление его отличительных черт, определение смежных правовых категорий, в-третьих, рассмотрение порядка организации и проведения аукциона.

Работа написана на основе обширного круга **источников**, включающего нормативно-правовые акты, специальную литературу и материалы судебной практики. Количество источников: 52.

Объем работы: 56 страниц.

Оглавление

Введение.....	6
Глава 1 Основы правового регулирования аукциона	10
1.1. История развития аукционного законодательства.....	10
1.2 Аукционное законодательство на современном этапе.....	18
Глава 2 Аукцион как юридическая категория	27
2.1. Понятие аукциона. Проблемы правового регулирования.....	27
2.2. Отличие аукциона от смежных правовых категорий.....	36
Глава 3 Порядок проведения аукциона	43
3.1 Аукцион как способ определения поставщика	43
3.2. Аукцион как способ заключения договора.....	46
Заключение.....	49
Список используемых источников.....	51

Введение

Договор можно назвать одной из самых старейших правовых конструкций, более ранним основанием обязательственных отношений является лишь деликт. Настоящий Гражданский кодекс Российской Федерации (далее ГК РФ) в отличие от предшествующих гражданских кодексов советского периода (1922 г. и 1964 г.) и Основ гражданского законодательства 1991 г. более детально регламентирует хозяйственные отношения. В частности этому свидетельствует разработанность норм посвященных заключению договора. В ГК РФ отношения, возникающие на основании заключения договора, регулируется главой 28, одним из способов заключения договора, предусмотренных в данной главе, является заключение договора на торгах.

Заключение договора на торгах, в том числе посредством проведения аукциона является довольно распространенным способом заключения договора в различных хозяйственных сферах.

Аукцион может проводиться при продаже имущества, приватизации государственного/муниципального имущества, при размещении заказов для государственных/муниципальных нужд, для выбора арендатора, подрядчика, инвестора, при продаже арестованного имущества (в исполнительном производстве), продаже имущества должника в ходе процедуры банкротства и обращения взыскания на предмет залога.

Аукцион приобретает всё большую популярность. Согласно официальной статистике, в 2014 г. при проведении закупок для государственных нужд на долю электронного аукциона пришлось 35,2 % от общей стоимости заключенных контрактов, в 2015 г. уже 53,8%. Такая тенденция в сфере размещения публичных заказов связана с антикоррупционными задачами. Также многие коммерческие организации проводят аукцион с целью наиболее объективного выбора будущего контрагента.

Актуальность темы исследования заключается в том, что в настоящее время в правовой науке представление о торгах и, в частности, об аукционе нельзя назвать до конца сформированным в виду того, что данное явление некоторыми исследователями понимается как способ заключения договора и способ определения поставщика. Другими же наоборот, аукцион воспринимается исключительно как способ заключения договора, способствует данной полемике отсутствие конкретизации в отношении аукциона на законодательном уровне. В гражданском обороте увеличивается число договоров, заключенных посредством проведения электронного аукциона на специализированных электронных площадках, с одной стороны, упрощающих процедуру проведения аукциона, с другой, добавляющих дополнительные проблемы по соблюдению процедуры аукциона. Значимость аукциона для развития как государственного, так и частного сектора экономики, наличие неудовлетворительной практики по исполнению договоров заключенных на аукционе, а также наличие большого числа вопросов касающихся процедуры проведения аукциона, и их взаимосвязь с иными институтами гражданского права пока не имеющих однозначных ответов предопределили выбор темы бакалаврской работы.

Цель исследования состоит в комплексном общетеоретическом анализе сущности аукциона, как способа заключения договора и механизмов правового регулирования проведения аукциона.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие **задачи:**

- изучить историю становления аукционного законодательства;
- провести анализ современного законодательства, регламентирующего проведение аукциона;
- дать определение понятия «аукцион»;
- определить отличительные черты аукциона, отличающие его от смежных правовых категорий;
- рассмотреть порядок организации и проведения аукциона.

Объектом данного исследования выступают правоотношения, складывающиеся в связи с заключением договора на аукционе, субъекты данных правоотношений их права и обязанности.

Предмет исследования составляют правовые нормы, регламентирующие процедуру заключения договора на аукционе, а также правоприменительная практика и изыскания гражданско-правовой науки по вопросу заключения договора на аукционе.

Степень научной разработанности проблемы. Институт гражданско-правового договора исследован цивилистической наукой в полной мере. Наибольший вклад в развитие и становление договорного права внесли труды следующих российских правоведов XIX века: И.Б. Новицкого, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, В.Н. Смирнова, Л.С. Таля, Г.Ф. Шершеневича; XX века советского периода: М.М. Агаркова, К.М. Варщавский, Ф.И. Гавзе, О.С. Иоффе, Е.А. Флейшеца, Р.О. Халфиной, Б.Б. Черепихина; постсоветского периода конца XX начала XXI века: С.С. Алексеева, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, В.П. Грибанова, Н.Д. Егорова, А.Ю. Кабалкина, О.А. Красавчикова, В.В. Меркулова, Ю.К. Толстого.

Исследователи XIX века - Д.И. Мейер, КЛ. Победоносцев и Г.Ф. Шершеневич в своих работах рассматривали положения, касающиеся проведения торгов при поставках и казенных подрядах.

Затем по объективным историческим причинам торги и в частности аукцион, как субинститут договорного права, являющийся одним из оснований заключения многих видов гражданско-правовых договоров, с точки зрения цивилистической науки, долгое время не исследовался.

В советский период в связи с особенностями экономики командно-планового типа, начиная с 1930 г. применялись публичные торги, в том числе в форме аукционов при исполнительном производстве и во внешней торговле с другими государствами. Это способствовало снижению интереса среди цивилистов к такой юридической категории как аукцион. Среди ученых

экономистов, изучавших торги, в этот период можно выделить А.А. Змеева, С.А. Дунаева, А.С. Маклакова.

В современный период исследованием вопросов, связанных с заключением договора на торгах, в том числе на аукционе занимались Л.В. Андреева, В.В. Балкин, В.В. Безбах, О.А. Беляева, С.Э. Жилинский, В.В. Залесский, А.Б. Золотарева, К.И. Кремер, Н.И. Клейн, Н.А. Курц, Е.А. Крашенинников, К.Б. Маркелов, Е.А. Малыгина, М.Ю. Медведев, В.П. Мозолин, А.М. Насонов, Б. И. Пугинский, Ю.С. Харитонова, Д.А. Чицова и И.С. Шиткина.

Методологическая основа исследования. Для решения поставленных задач в данной работе были использованы общенаучные и специально-юридические методы исследования, среди которых диалектический метод, историко-правовой, логический, сравнительно-правовой, системный, формально-юридический и другие.

Теоретическую основу исследования составили научные труды отечественных ученых в области теории и практики правового регулирования торгов, контрактной системы и в частности аукциона в механизме гражданско-правового регулирования договорных связей.

Практическая значимость исследования. Практическая значимость исследования определяется тем, что сформулированные в работе теоретические и практические выводы, предложения и рекомендации могут быть использованы в практической деятельности, связанной с организацией и проведением аукциона, а также для дальнейшей разработки теоретических проблем аукционного законодательства.

Структура бакалаврской работы обусловлена поставленной целью и включает в себя введение, три главы, заключение, список используемых источников.

Глава 1 Основы правового регулирования аукциона

1.1. История развития аукционного законодательства

Институт торгов существует с древнейших времен и раньше, как и сейчас он применялся в различных сферах хозяйствования. Торги являются институтом гражданского права, который отражает процедурную сторону заключения договора. Между тем в наши дни, данный институт приобрел межотраслевой характер и применяется не только в гражданском праве. Можно констатировать тот факт, что торги превратились в некоторую универсальную модель по приобретению различных прав, между тем, отношения связанные с организацией и проведением торгов, вне зависимости от того в какой сфере отношений и с какой целью они организуются, остаются в сфере гражданскоправового регулирования. Основное отличительное свойство торгов, которое сохраняется с течением времени - организация состязательности равных (в правовом смысле) участников друг с другом, с целью заключения для организатора торгов договора на наиболее выгодных условиях.

Исследователи происхождения торгов связывают с появлением товарного и денежного обращения, и как следствие торгового и ростовщического капитала в рабовладельческом обществе¹, а также появлением частной собственности, которая стала продаваться на торгах.²

В римском праве можно выделить два вида торгов: проводимые в принудительном порядке и в добровольном, аукционы могли проводиться и государством, и частным лицом. Например, на торгах частными лицами у государства приобретались в собственность земельные участки.

Обращение взыскания на имущество, по мнению одних исследователей, появляется в IV в. до н. э.³, по мнению других, в I в. до н. э.⁴.

¹ Недужий И. И. Международные торги. М., 1991. С. 9.

² См.: Энгельс Ф. Историческая публицистика: о военном искусстве. О теории насилия. М., 2003. С. 507 - 694.

³ Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права (воспроизводится по 5-му изд. СПб., 1916 г.). М., 2003. С. 294.

В случае, когда ответчик не исполнял приговор, производилась реализация с публичных торгов предмета залога.

В Европе средних веков торги были способом реализации предмета реального кредита в форме залога (ипотеки) и в иных вариациях⁵. Непосредственно аукционы получили распространение более трехсот лет назад. В XVII веке они стали популярны в Голландии, потом в Англии, Франции и других европейских странах. Основной целью аукционов была быстрая реализация имущества умершего человека с целью удовлетворения требований кредиторов.

В этот период появились два основных типа аукционов, отличающиеся по способу установления цены:

1) Аукцион с понижением цены, редукцион, он же «обратный аукцион» или «голландский аукцион», где победителем становится тот участник, который первым предложит уплатить предложенную максимально предельную на аукционе цену. В том случае если никто не акцептует предложение, то организатор понижает цену. Именно с таких аукционов и началась история аукционов. В настоящее же время, данная форма получила распространение не при продаже, а при приобретении товаров, работ или услуг, а именно при размещении государственных и муниципальных заказов, на которых цена должна быть обязательно снижена. Здесь участники самостоятельно пошагово понижают цену.

2) Аукцион с повышением цены или «английский аукцион», где победителем признается лицо, которое предложит наивысшую цену. Этот тип аукционов стал наиболее распространенным при продаже имущества.

Ряд исследователей, несмотря на то, что при данном виде аукциона цена повышается, всё же относят закупки для государственных нужд, именно к английскому типу аукционов, так как здесь участники могут самостоятельно влиять на цену, опуская её, и тем самым предлагая

⁴ Покровский И. А. История римского права. М., 2004. С. 194 - 195.

⁵ См.: Базанов И. А. Происхождение современной ипотеки. М., 1900. С. 19 - 24.

наилучшие условия.

Относительно нашего государства начало применения торгов некоторые исследователи, например О.А. Беляева, связывают с упоминанием в «Русской правде», первом юридическом сборнике, термина «на торгу». При этом слово «торг», упоминаемое в этом и иных памятниках древнерусского права и этимологически является предшественником понятия «торг» закрепленного в современном российском праве, появившегося вообще в отечественном праве в его современном понимании лишь с принятием Соборного уложения 1649 г. царя Алексея Михайловича.

«Торжище», «торговище» являлись в более ранних правовых актах обозначением места торговли – рынком в современном понимании.

Таким образом, можно согласиться с мнением исследователя А.Д. Чижовой⁶, что начало применения института торгов в России связано с Соборным уложением 1649 г.

Даже в Соборном уложении ещё нет самого термина *торг*, в главе X говорилось о продаже "сторонним людям" имущества должника, которое не было принято кредитором в качестве уплаты долга.⁷ Сам процесс *торга* и порядок обнародования информации о проведении не регламентировались.

Аналог современного аукциона как способа заключения договора на поставку товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд появился в указе царя Алексея Михайловича о подрядной цене на доставку продуктов в Смоленск⁸.

Ряд правил по проведению публичных торгов был установлен в правовых актах времен правления Петра I. В этот период было создано специальное учреждение, которое занималось вопросами поставок для государственных нужд и продажи государственного имущества – Канцелярия подрядных дел. Аналогичные функции были и у военных ведомств. Можно сказать, что с этого времени почти всё законодательство в

⁶ Чижова А. Д. Эволюция института торгов // История государства и права, 2012, № 13

⁷ Отечественное законодательство XI - XX веков: Пособие для семинаров... С. 184.

⁸ Веденеев Г., Кобзев Г., Гончаров Е. Откуда есть пошли торги // Московские торги. 2000. № 12. С. 26, 27.

области торгов разрабатывалось военными ведомствами.

Так, основным документом регламентирующим торги того времени стал Регламент об управлении Адмиралтейства и Верфи и о должностях Коллегии Адмиралтейской и прочих всех чинов при Адмиралтействе обретающихся.⁹ Эффективность сводилась к «нижайшей цене», при этом практически не было равноправия сторон, экономической составляющей не предавалось значимого веса, открытость самих торгов обеспечивалась барабанным боем, однако появились первые намеки на будущие конкурсные процедуры: печатали билеты с условиями конкурса, подрядчиков обязательно проверяли, для заключения договора устанавливался срок в три недели. Ответственным за проведения торгов было Адмиралтейство.

Одним из нововведений того периода стало введение такой должности как гофмаклер – маклер, уполномоченный на совершение сделок для нужд государства и наблюдающий за действиями биржевых маклеров, с этого момента проведение конкурса без их участия было невозможным. Зачастую на эту должность утверждали грамотных купцов. Можно отметить, что гофмаклер, по сути, современный организатор торгов.

Предложения, поступившие от участников конкурса, подлежали фиксации - письменно регистрировались, после проведения конкурса его результаты публично оглашались.

В этот же период вводиться процедура переторжки (вторичных торгов), когда торги заканчивались обязательным собранием претендентов, где на протяжении 24 часов цена окончательно уторговывалась. Эта процедура сохранилась и в современном российском законодательстве в виде уторговывание цен заявок на участие в запросе предложений в Законе о закупках отдельными видами юридических лиц № 223-ФЗ (далее Закон № 223-ФЗ)¹⁰.

⁹ Цит. По О.А, Беляева правовые проблемы аукционов и конкурсов Регламент о управлении Адмиралтейства и Верфи... СПб.: Тип. Морского шляхетного кадетского Корпуса, 1764.

¹⁰ Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ (ред. От 13.07.2015) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц"

Во времена правления царицы Елизаветы Петровны был принят в 1758 г. "Регул провиантского правления", более детально регламентирующий порядок извещения о проводимых торгах. Всем участникам торга сообщалось о его условиях в печатном виде, в этот период усиливается проверка надежности участников торгов. Появляется понятие предпочтений, тогда отдавалось предпочтение в заключении договора с непосредственным производителем, а не с посредником-купцом. Предпочтения имеются и в ныне существующем законодательстве¹¹.

При правлении Екатерины II в "Учреждении о губерниях" 1776 г., устанавливался ещё более четкий порядок информирования о торгах, обеспечивалось равенство участников посредством отдельного выслушивания предложений каждого, усилились меры ответственности, под выгодностью, как и в наше время, понималась минимальная цена предлагаемая подрядчиками. Таким образом, можно говорить о большей распространенности аукционной формы проведения торгов. Органом, занимавшимся проведением торгов, была Казенная палата, торги на которых должны были заключаться контракты на сумму более 10000 рублей и на срок более четырех лет проходили при участии императрицы. По не исполнявшимся договорам ответственность возлагалась, в том числе, и на членов Казенной палаты.

В этот период времени, как и в Европе, усиливается контрольно-административная функция торгов.¹² Из французского законодательства в российское перешло требование о вынесении «расценочной записки» (предшественница современной сметы) обосновывающей все затраты. Предложения участников стали предоставляться в запечатанных конвертах с целью исключения прочтения предложения конкурентами и уменьшения собственной цены, данный механизм впервые применялся в российском законодательстве. Было введено правило о внесении денежного залога,

¹¹ Приказ Министерства экономического развития РФ от 25 марта 2014 г. № 155 «Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»

¹² Приводится по: О.А. Беляева. Правовые проблемы аукционов и конкурсов М: Юриспруденция 2011. С. 14

который в случае победы не возвращался и гарантировал надлежащее исполнение обязательств по заключенному на торгах договору. При дальнейшем развитии законодательства и кредитно-денежных отношений на смену залогам пришли банковские гарантии. Но с этого момента применение залогов стало отличительной чертой договоров заключенных на торгах.

Во времена правления Александра I был издан «Устав о провианте для продовольствия войск», который впервые вводил применение «справочных цен» при проведении торгов для заключения госзаказов. Под справочными ценами понимается сбор информации о максимальной, минимальной и средней цене на данный вид товара, работы. Стартовать на торгах было необходимо с минимальной цены, а покупка по максимальной запрещалась.

Николаем I в 1830 г. было подписано «Положение об обязательствах, заключаемых казною и частными людьми по подрядам и поставкам». Данный акт упразднил существующее до этого разрозненное и устаревшее законодательство и стал единым документом регламентирующий проведение всех видов торгов для любых государственных или частных целей. Так впервые стали регламентироваться торги в негосударственном секторе экономики. Данное положение отличалось продуманностью, и с некоторыми изменениями действовало вплоть до 1900 г.

Сводом законов Российской империи 1832 г. закреплялось применение торгов в различных сферах: продажа товаров в таможнях; продажа заложенных банкам земель; заключение контрактов на казенное строительство, продажа арестованного имущества, приобретение товаров и работ для государственных нужд.

В 1900 г. было принято «Положение о порядках и поставках», которое вводило новые формы торгов: через запечатанные объявления; изустные (современный аукцион); смешанные.

При первом типе торгов казенное учреждение заранее публиковало информацию, но при этом само предложений о цене не делало, принятые в конвертах предложения вскрывались одновременно, договор заключался с

теми, кто предлагал наиболее выгодные условия. Второй тип торгов, изустный, предполагал предложение цен участниками торгов в режиме реального времени, каждая объявляемая цена записывалась, изустный торг продолжался до тех пор, пока никто не мог предложить цену ниже. Смешанный способ соединял в себе первые два и был наиболее оптимальной формой. В первую очередь, потому что в них могли принимать участие те, у кого не было возможности присутствовать лично, во вторую – устная форма соревнования способствовала менее расчетливому поведению участников и большему снижению цены¹³. Данная форма сохранилась вплоть до 1927 г. и использовалась Советской властью.

Положение 1900 г. вводило дополнительные нормы по обеспечению здоровой конкуренции. Так к исполнению договора заключенного на торгах допускались товарищества образованные до или после проведения торга. Образование товариществ непосредственно на торгах из числа его участников было запрещено¹⁴.

Что касается публичных торгов среди исключительно частных лиц, то в дореволюционный период они не были распространенным явлением и нельзя сказать, чтобы они подлежали особой регламентации.

Субъекты гражданского оборота реализовывали имущество либо на бирже, либо устраивали торги с участием должностных лиц, в данном случае необходимо было уплатить сбор с аукционной продажи.

Не смотря на смену государственной идеологии и экономической формации после 1917 г., торги сохранились и при советской власти, особенно распространились в период НЭПа. Однако преемственность между дореволюционным и советским законодательством в отношении регулирования торгов была лишь частичной.

На начальном этапе сразу после революции продукция распределялась централизованно. Развитие товарно-денежных отношений начавшееся в 1921

¹³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М.: Спарк, 1995. С. 373, 374

¹⁴ Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга пятая. М.: Статут, 2004.

г. способствовало возврату института торгов. 7 августа 1923 г. СНК СССР утвердило Инструкцию о порядке публичных торгов на государственные подряды и поставки. Данная инструкция воспроизводила дореволюционные процедуры торгов трёх форм: изустную форму, в запечатанных конвертах и смешанную (телеграфную). Торги проводились специальной комиссией не менее чем из трёх человек. В случае если результаты торгов признавались комиссией невыгодными, то через три дня проводилась «переторжка» с первоначальными и новыми участниками.

После перехода на плановую систему хозяйствования в 1930 г. публичные торги практически прекратились, они использовались лишь судебными исполнителями при продаже имущества должника, при этом в соответствии со ст. 300 ГК РСФСР 1923 г. данное имущество могло реализовываться и на товарной бирже через биржевого маклера. Таким образом, биржевые торги существовали как альтернатива публичным. Затем применение публичных торгов в исполнительном производстве свелось к использованию их для продажи жилых строений (ст. ст. 399 - 405 ГК РСФСР 1964 г.)

В советский период торги (в форме аукционов) также использовались при заключении международных торговых договоров, например, начиная с 1931 г. проводились аукционы по продаже пушнины. В 1965 г. состоялся аукцион по продаже скаковых лошадей. Начиная с 1989 г. Внешэкономбанк стал организовывать в СССР валютные аукционы.

К последнему десятилетию XX века аукционные продажи стали проводить коммерческие центры Госснаба СССР. На аукционе (на повышение цены) можно было приобрести редкие товары без ограничения в количестве¹⁵.

Плановая система с централизованным распределением продукции была отменена Постановлением Совмина РСФСР от 23 октября 1991 г. №

¹⁵ Постановление Совмина СССР от 27 января 1990 г. № 88 "Об организации аукционной продажи населению продукции производственно-технического назначения" // СП СССР. 1990.

558 "Об организации материально-технического обеспечения народного хозяйства РСФСР в 1992 году". Дальнейшее развитие торги как способ размещения получили после принятия Закона РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 "О поставках продукции и товаров для государственных нужд".

Именно в 1990-е гг. получило широкое распространение заключение договора на аукционе, в том числе благодаря «биржевому буму» (количество товарных бирж в России того времени превышало число всех мировых бирж вместе взятых¹⁶). Так начался современный этап становления аукционного законодательства.

Итак, исторически сложилось несколько тенденций развития законодательства о торгах и в частности об аукционах. Так торги использовались: для принудительной реализации имущества (публичные торги), для поставки товаров, выполнения работ и оказания услуг для государственных нужд, для продажи товаров частными лицами.

В итоге аукцион первоначально появился как форма поиска контрагента с наиболее привлекательным предложением, затем же аукцион приобрел ещё и контрольно-административную, регулирующую функции.

1.2 Аукционное законодательство на современном этапе

Впервые общие правила о заключении договора в результате проведения торгов получили свое закрепление в ныне действующем ГК РФ. Такого способа заключения договора в гражданских кодексах советского периода (1922 г. и 1964 г.) не существовало, то есть с введением первой части ГК РФ, впервые в российском законодательстве регулирование торгов было произведено на уровне общих систематизированных норм, закрепленных в ст. 447-449.1 главы 28 ГК РФ. Организацию торгов (в том числе аукционов) для государственных и муниципальных закупок, а также закупок

¹⁶ Калугина О.П. Аукционы, их сущность, ценообразование и совершенствование функционирования: Дис. ... канд. экон. наук. Воронеж, 2000. С. 11, 12.

организациями, где доля участия государства выше 50%, помимо ГК РФ регулируют специальные законы.

В 2015 г. глава 28 ГК РФ подверглась изменению, Закон № 42-ФЗ¹⁷ внес существенные поправки в нормы регулирующие торги:

1) помимо конкурса и аукциона кодекс теперь упоминает об иных формах торгов предусмотренных законодательством (п.4 ст. 477 ГК РФ);

2) важным нововведением стала отсылка к специальным законам регулиующим «торги покупателя» (п. 6 ст. 447);

3) публичным торгам посвящена отдельная статья (ст. 449.1. ГК РФ), теперь на общем уровне данные отношения являются более регламентированными (цель и значимость данных изменений рассмотрена в параграфе 2.1 данной работы).

До момента пока в ГК РФ не было четко определено, что правила предусмотренные статьями 448 и 449 помимо «торгов на продажу» применяются к «торгам покупателя» («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» п. 6 ст. 447) существовало две точки зрения относительно того, в какой степени указанные выше нормы ГК РФ регулировали торги, указанные в специальном законодательстве.

В соответствии с первой точкой зрения, поддерживаемой Г.А. Суходольским¹⁸, П.В. Крашенинниковым¹⁹, ГК РФ является основным нормативно-правовым актом, регулирующим проведение публичных аукционов и конкурсов в отношении государственных и муниципальных организаций. Здесь под публичностью понимается направленность на удовлетворение общественных интересов, а не торги, используемые в исполнительном производстве ст. 449.1 ГК РФ или публичный конкурс в

¹⁷ Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»

¹⁸ Суходольский Г.А. Тендеры. Вопросы и ответы. М.: Вершина, 2004. С. 36.

¹⁹ Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. П.В. Крашенинникова – М.: Статут, 2011. – 1326 с. С. 782

понимании гл. 57 ГК РФ.

Нормы статей 447-449 ГК РФ (нумерация статей до изменений в 2015 г.) закрепляли наиболее общие и важные параметры торгов, в том числе право на заключение договора на торгах, саму конструкцию торгов, формы и порядок проведения, субъектный состав, последствия нарушения правил их проведения.

Во второй, специальной части ГК РФ предусмотрена специальная глава 57 регулирующая публичный конкурс, однако правила данной главы применяются постольку, поскольку иное не предусмотрено общими статьями главы 28 ГК РФ. При этом в 57 главе ГК РФ нет отсылок к иным источникам регулирующим проведение публичного конкурса. Это означает, что любой публичный конкурс, проводимый в разных сферах хозяйствования на основе иных нормативно-правовых актов, в-первую очередь, должен проводиться в соответствии с указанной главой ГК РФ.

Согласно второй точке зрения, разделяемой Л.В. Андреевой²⁰ и Л.Ф. Гатаулиной²¹, А.Ю. Кабалкиным²² нормы ГК РФ регламентировали лишь такой вид торгов как торги на продажу. Торги на приобретение товаров (работ или услуг) или как их ещё называют на «торги покупателя», данный вид торгов является более распространенным, но при этом регулировался, по мнению исследователей, лишь специальными законами.

Л.Ф. Гатаулина считает, что такое допущение произошло в силу социально-экономических и исторических причин. «Торги покупателя» первоначально не попали в сферу регулирования общей части ГК РФ потому, что во время разработки первой части ГК РФ (принята 30.11.1994 г.) в хозяйственной сфере они практически не применялись.

Специальные нормы главы 57 ГК РФ регулируют лишь проведение конкурса, специальных норм регулирующих проведение торгов в форме

²⁰ Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2009.

²¹ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. Учебное пособие. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2008. С. 22, 23.

²² Кабалкин А.Ю. К вопросу о сущности гражданско-правового договора по российскому законодательству // Юридический мир. 2001. № 10. С. 8.

аукциона ГК РФ также не содержит. Подобное упущение, по нашему мнению, также связано с тем, что на момент подготовки и принятия (26.01.1996 г.) второй части ГК РФ аукционы не имели достаточного распространения, а потому данный пробел можно считать скорее недоработкой законодателя, нежели умыслом. Сейчас повсеместное применение аукциона в электронной форме, в первую очередь, связано с обеспечением гласности для поддержания конкуренции и противодействия коррупции, что соответствует тенденциям настоящего времени.

Ряд исследователей²³ считали необходимым включить новый параграф в главу 30 ГК РФ, который бы регламентировал институт торгов как вид купли-продажи, что разрешило бы проблему регламентации «торгов покупателя» на общем уровне.

Однако соглашаемся с мнением О.А. Беляевой, которая считает перенос норм в главу 30 ГК неоправданным и избыточным способом устранения неопределенности в законодательстве. По мнению О.А. Беляевой, необходимо было изменить нормы главы 28 ГК РФ таким образом, чтобы они однозначно (в общем смысле) регулировали как «торги продавца», так и «торги покупателя»²⁴, что и было сделано законодателем в 2015 г., однако осталось некоторая терминологическая неопределенность относительно государственных и муниципальных закупок, понятий «иные формы торгов» и «публичные торги».

Как было сказано в предыдущем параграфе, в 1991 г. централизованная система планирования была ликвидирована Постановлением Совмина РСФСР № 558. В дальнейшем торги как инструмент размещения государственного заказа устанавливался на законодательном уровне. Сначала в Законе РФ от 28.05.1992 г. № 2859-1 "О поставках продукции и товаров для государственных нужд", который носил рамочный характер, поэтому целях

²³ Назаров А.Е., Щербаков А. Торги: нормы Гражданского кодекса на практике // Право и общество: истоки, современность и перспективы. Сборник трудов Всероссийской научно-практической конференции с международным участием, ноябрь 2006 г. Новокузнецк: НФИ КемГУ, 2007. С. 106.

²⁴ Беляева О.А. "Совершенствование" законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. 2009. № 11. С. 18.

его реализации было принято постановление Правительства РФ от 27.08.1992 № 638 "Об организации работ по реализации Закона Российской Федерации "О поставках продукции и товаров для государственных нужд".

В данном акте предусматривалось размещение заказов для государственных нужд на конкурсной основе. Не смотря на законодательно установленную возможность конкурсного размещения заказов, конкурсы проводились довольно редко, ввиду недостаточной регламентации процедуры проведения конкурса, такая форма торгов как аукцион в данных нормативно-правовых актах отсутствовала

Через непродолжительный срок был принят Федеральный закон от 13.12.1994 г. № 60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд", который вовсе не упомянул о закупках в форме торгов, данный закон действует и сейчас (далее - Закон № 60-ФЗ). Этот закон уточнялся Указом Президента РФ № 305,²⁵ принятом в 1997 г., им было принято положение, предусматривающее обязательное конкурсное размещение заказов и регламентирующее сами конкурсные процедуры.

В последующем был принят Федеральный закон от 06.05.1999 № 97-ФЗ "О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд" (далее - Закон № 97-ФЗ), регулирующий поставку только на государственном уровне, данный закон предусматривал принятие подзаконных актов на региональном и муниципальном уровне для обеспечения муниципальных нужд. Опять же данный закон не предусматривал применение такой формы торгов как аукцион.

Только с принятием в 2005 г. Закона о размещении заказа № 94-ФЗ (далее – Закон № 94-ФЗ)²⁶ о размещении заказов аукционы вновь стали использоваться для государственных закупок. Данный закон предусматривал

²⁵ Указ Президента Российской Федерации от 08.04.1997 № 305 "О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд"

²⁶ Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ (ред. от 02.07.2013) "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд"

размещение заказов посредством конкурса, аукциона и запроса котировок цен, а также размещения заказа у единственного поставщика. Проведение аукциона было предусмотрено в двух формах – закрытый аукцион и электронный аукцион.

Одним из главных достижений данного закона является обеспечение конкуренции и создание антикоррупционных механизмов, в том числе посредством проведения электронного аукциона, однако сама процедура электронного аукциона не была достаточно урегулированной, отчего цели преследуемые введением закона не достигались (подробнее в параграфе 3.1.).

В связи назревшей необходимостью совершенствования законодательства в области закупок для государственных нужд, был принят Закон о контрактной системе № 44-ФЗ (далее – Закон № 44-ФЗ)²⁷, вступивший в силу с 01.01.2014 г. процедура электронного аукциона была заимствована из закона № 94-ФЗ, с учетом требований к повышению прозрачности порядка проведения аукциона, совершенствования технических аспектов его проведения, устранения возможностей для сговора и демпинга.

Данный закон делит способы определения поставщика на конкурентные и неконкурентные (закупка у единственного поставщика, подрядчика, исполнителя).

К первым относятся: конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме, закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений.

Можно заметить, что указанный закон ввел новые формы проведения конкурса, ранее не закрепленные в законодательстве и не применяемые в российской практике, аукционы же закреплены в той же форме, что и в

²⁷ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 05.04.2016) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"

Законе № 94-ФЗ.

Закон № 233-ФЗ, в отличие от Закона № 44-ФЗ, направлен на обеспечение товарами, работами и услугами отдельных видов юридических лиц, а именно: государственных корпораций; естественных монополий; коммерческих организаций с долей государственного участия более 50%; бюджетных учреждений, проводящих закупки за счет собственных вложений, средств субподряда, грантов; организаций, осуществляющих регулируемые виды деятельности (электроснабжение, газоснабжение и т.п.),

Законодательно закреплено всего два способа проведения закупок по данному закону: открытый конкурс и открытый аукцион, но в то же самое время заказчик наделен правом выбирать иные формы самостоятельно (данные формы должны быть закреплены в положении о закупке – локальном нормативном акте).

Однако указанный закон предписывает проводить обязательную закупку товаров в форме электронного аукциона, перечень которых установлен Распоряжением Правительства РФ от 21.03.2016 № 471-р «О перечне товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион)».

Помимо общего нормативно-правового акта - ГК РФ и специальных нормативных актов, определяющих порядок проведения аукциона при государственных закупках, нормы, предусматривающие процедуру проведения аукциона, кроме Гражданского кодекса РФ, содержатся в:

- 1) Законе об исполнительном производстве²⁸.
- 2) Законе о приватизации государственного и муниципального имущества.²⁹ Ст. 13 данного закона устанавливает аукцион, как один из способов приватизации имущества.

²⁸ Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. от 01.05.2016) "Об исполнительном производстве"

²⁹ Федеральный закон от 21.12.2001 № 178-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О приватизации государственного и муниципального имущества"

3) Лесном кодексе РФ³⁰, в главе 8 закреплены общие положения, порядок и организация проведения аукционов по продаже права на заключение договора аренды лесного участка, который находится в государственной или муниципальной собственности, а также права на заключение договора купли-продажи лесных насаждений.

4) Градостроительном кодексе РФ³¹. Ст. 46.3 данного кодекса определяет порядок организации и проведения аукциона на право заключить договор о развитии застроенной территории.

5) Водном кодексе РФ³². Заключение договора водопользования в части использования акватории водного объекта, в том числе для рекреационных целей, в случаях, установленных Правительством РФ, а также когда имеется несколько претендентов на заключение такого договора, устанавливает п.2 ст.16 Водного кодекса РФ.

б) Жилищном кодексе РФ³³. В случае ни приведения в прежнее состояние жилого помещения, которое было самовольно перепланировано, суд принимает решение о продаже жилого помещения с публичных торгов (п. 1 п.5 ст. 29 ЖК РФ).

Стоит отметить, что современным российским законодательством предусмотрена ещё одна разновидность торгов – это организованные торги. В ГК РФ прямо указывается, что общие нормы, предусмотренные в главе 28 ГК РФ не регулируют торги, проводимые на товарном и (или) финансовом рынках. Данный вид торгов регулируется специальным Законом об организованных торгах,³⁴ который также прямо, как и ГК РФ, определяет сферу своего распространения, в которую конкурс и аукцион не подпадают. Согласно п. 7 п. 1 ст. 2 указанного закона, к данному виду торгов относятся «торги, проводимые на регулярной основе по установленным правилам,

³⁰ "Лесной кодекс Российской Федерации" от 04.12.2006 № 200-ФЗ (ред. от 01.05.2016)

³¹ "Градостроительный кодекс Российской Федерации" от 29.12.2004 № 190-ФЗ (ред. от 30.12.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 10.01.2016)

³² "Водный кодекс Российской Федерации" от 03.06.2006 № 74-ФЗ (ред. от 28.11.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016)

³³ "Жилищный кодекс Российской Федерации" от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 31.01.2016)

³⁴ Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (ред. от 30.12.2015) "Об организованных торгах" (с изм. и доп., вступ. в силу с 09.02.2016)

предусматривающим порядок допуска лиц к участию в торгах для заключения ими договоров купли-продажи товаров, ценных бумаг, иностранной валюты, договоров репо и договоров, являющихся производными финансовыми инструментами».

Глава 2 Аукцион как юридическая категория

2.1. Понятие аукциона. Проблемы правового регулирования

Непосредственно понятие аукциона в современном российском законодательстве как таковое содержится лишь в Законе о контрактной системе № 44-ФЗ, так в соответствии с п. 4 ст. 24 данного закона «под аукционом понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта».

В ГК РФ и Законе о закупках отдельными видами юридических лиц № 223-ФЗ существенные признаки аукциона отражены в понятии «лицо выигравшее торги на аукционе»:

1) в ГК РФ: «выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену» (п. 4. Ст. 447);

2) в Законе 223-ФЗ «выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора или, если при проведении аукциона цена договора снижена до нуля и аукцион проводится на право заключить договор, наиболее высокую цену договора» (п. 2 с. 3).

Первое и главное отличие, данных понятий это отсутствие указания в Законе № 44-ФЗ на то, что аукцион является формой торгов. В данном законе аукцион относится к конкурентной форме определения поставщика, слово торги вообще отсутствует в нём, хотя в предшествующем ему Законе № 94-ФЗ аукцион являлся формой торгов: «под аукционом на право заключить контракт понимаются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену контракта».

Само же понятие торги в принципе отсутствует в российском законодательстве и разработано лишь в теории гражданского права.

В самом общем значении под торгами понимается заключение сделки с любым лицом, которое предложит наиболее выгодные условия. Таким образом, основной признак торгов – возможность регулирования цены посредством конкуренции между претендентами на заключение сделки.

В российском современном законодательстве понятия торги и сделка заключенная по итогам торгов не отождествляются и соотносятся как цель, результат - сделка и средство достижения цели – торги. И в теории, и на законодательном уровне заключение договора на торгах считается специальным способом заключения договора.

В параграфе 1.2 данной работы было рассмотрено соотношение общих и специальных норм о торгах и в частности аукционе, так было определено, что среди российских цивилистов до недавнего времени существовало два мнения относительно того являются ли нормы ГК РФ общими по отношению к специальным нормам упоминающим о торгах в различных нормативно-правовых актах. Одни определяли нормы ГК РФ общими для всех видов торгов и аукционов, другие исследователи считали, что они регулируют только «торги на продажу», в то время как «торги на покупку» или «торги покупателя» регулируется исключительно специальным законодательством.

Подобная полемика возникла из-за того, что в ГК изначально были однозначно определены лишь две формы торгов: аукцион и конкурс. Указание в ГК РФ на такой признак аукциона как «наиболее высокая цена», позволяло делать вывод о том, что кодексом регулируются только торги на продажу.

С марта 2015 г. в ГК РФ помимо привычных форм торгов (конкурса и аукциона) упоминается об иных формах, которые могут быть предусмотрены законом (п. 4 ст. 477 ГК РФ). Также п. 6 ст. 447 однозначно определено, что нормы ГК РФ регулируют «торги покупателя».

Видимо основной целью законодателя было устранение неоднозначности относительно торгов на закупку, так как относительно них существуют специальные законы. Однако далее в тексте главы 28 ГК РФ встречаются универсальные нормы, относящиеся только к конкурсу и аукциону, которые по своим существенным признакам являются торгами на продажу.

Внесение одной лишь новой формы ГК РФ без конкретизации общих

существенных признаков «иных форм торгов» и ссылка на то, что статьи 447 и 449 теперь регулируют и «торги покупателя» является небесспорным способом устранения имеющегося ранее в законодательстве пробела. Подтверждением тому служит разъяснение Минэкономразвития России, которое в своем письме от 11.09.2015 № Д28и-2687 дало разъяснение относительно «иных форм торгов». Департамент развития контрактной системы Минэкономразвития России определил «Законом № 223-ФЗ не предусмотрено иных форм проведения торгов. Таким образом, по мнению Департамента, проведение запроса предложений и запроса котировок не является проведением торгов в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации».

На основании логического вывода от частного к общему становится понятным, что Минэкономразвития не относит к «иным формам торгов» не только проведение запроса предложений и запроса котировок, но и «торги покупателя», закрепленные в данном законе в форме конкурса и аукциона. Однако ГК РФ теперь однозначно регулирует и «торги покупателя», но если Закон 223-ФЗ не содержит иные формы торгов, то остается непонятным, что имел в виду под этим законодатель. При этом судебная практика ещё до нововведения пошла по пути применения общих норм ГК РФ, регулирующих заключение договора на торгах, к отношениям, возникающим при закупках отдельными видами юридических лиц по Закону № 223-ФЗ.

Ясность в данный вопрос вносит анализ норм Закона № 44-ФЗ. Как уже говорилось выше, в Законе № 44-ФЗ, аукцион является способом определения поставщика (подрядчика, исполнителя), а также данный закон не содержит понятие торги.

В п. 2 ст. 3 данного закона раскрывается понятие «определение поставщика» - это «совокупность действий, которые осуществляются заказчиками в порядке, установленном законом (44-ФЗ), начиная с размещения извещения об осуществлении закупки... и завершаются заключением контракта».

В этой же статье в п. 8: «государственный контракт, муниципальный контракт - договор, заключенный от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации (государственный контракт), муниципального образования (муниципальный контракт) государственным или муниципальным заказчиком для обеспечения соответственно государственных нужд, муниципальных нужд».

Таким образом, заключение договора (в форме контракта) является частью процедуры определения поставщика и целью данных отношений, а аукцион – способом, инструментом достижения цели. Значит по своей сущности и в теоретическом смысле, понятие аукцион, как способ определения поставщика, тождественно понятию аукцион как способ заключения договора.

Не смотря на то, что в самом законе нет понятия торги, с учетом указанного выше анализа Закона 44-ФЗ и изменений ГК РФ, можно сказать, что аукцион и конкурс как способы определения поставщика, являются формой торгов, которая в самом общем виде регулируется статьями 448 и 449 ГК РФ.

Ещё одним доводом в пользу того, что нормы ст. 447-449.1 ГК РФ могут и должны использоваться при регулировании «торгов покупателя», является возможность трансформации этого вида торгов в «торги на продажу». Если при проведении аукциона начальная цена контракта была понижена на 50%, то далее аукцион идёт на «право заключения контракта» и при каждом последующем шаге участников цена будет повышаться (п. 11 ст. 69, п. 23 ст. 28 Закона № 44-ФЗ). Подобный механизм существовал и в Законе № 94-ФЗ, однако там цена могла опуститься до нуля и только потом начать подниматься (п. 6.1. ст. 37). Такое ограничение цены связано желанием заказчика заключить контракт не только по низкой цене, но и в итоге получить его качественное исполнение.

В судебной практике ещё до нововведений относительно применения норм указанной главы к «торгам покупателя» отношениям, связанным с

заключением контракта для государственных или муниципальных нужд, также постоянно применялись общие нормы ГК РФ о торгах.

Из выше сказанного, можно сделать вывод, что на данный момент, несмотря на упоминание в ГК РФ об иных формах торгов нет однозначности в понимании того, что имел в виду под этим законодатель. Однако пока нет разъяснения в отношении Закона № 44-ФЗ, подобного разъяснению Минэкономразвития, остается непонятным относится к нему понятие «иные формы торгов» или нет.

Данная проблема носит не только теоретический характер, в правоприменительной практике существует необходимость подобного урегулирования ввиду конкуренции норм ГК РФ и специального Закона № 44-ФЗ, данная проблема также существовала и при действии Закона № 94-ФЗ. Не смотря на то, что в настоящий момент сложилась однозначная судебная практика, в которой к «торгам покупателя» (торгам на закупку) применяются общие положения главы 28 ГК РФ, а также, не смотря на устранение пробела относительно регулирования «торгов покупателя» на законодательном уровне, в самом ГК РФ остался перевес в пользу регулирования «торгов на продажу» и сохранилась терминологическая неопределённость в кодексе и в Законе о контрактной системе.

Возможным способом решения данной проблемы может стать:

- 1) однозначная отсылка ГК РФ к Закону № 44-ФЗ, регламентирующим «торги на закупку»;
- 2) либо изменение термина «иные формы торгов» на термин «торги на закупку»;
- 3) либо введение в Закон № 44-ФЗ понятия «иные формы торгов» а также общего понятие аукциона, которое бы подходило как для «торгов на продажу» так и для «торгов покупателя».

Ещё одним терминологическим упущением законодателя является введение в кодекс понятие «публичные торги» (ст. 449.1 ГК РФ), до 2015 г. в п. 6 ст. 447 ГК РФ существовала отсылка «к публичным торгам, проводимым

в порядке исполнения решения суда». Такая терминология давала возможность понимать под публичными торгами как вообще все торги, которые могут проводиться, в том числе, и в порядке исполнения решения суда, так и исключительно торги, используемые в исполнительном производстве.

При этом, сейчас в ст. 449.1 ГК РФ указано «под публичными торгами понимаются торги, проводимые в целях исполнения решения суда или исполнительных документов в порядке исполнительного производства». То есть фактически на законодательном уровне была закреплена вторая трактовка.

На наш взгляд, нельзя не согласиться с мнением ряда исследователей, которые наделяют признаком публичности все торги. Так в отношении конкурса М.И. Брагинский выделял два основных его признака: состязательность и публичность.³⁵ Конечно же, данные признаки в полной мере относятся и к другой форме торгов - аукциону, а значит и к торгам вообще, а также ряду иных способов заключения договора (запрос котировок, запрос предложений).

Д. Балакин закупки, проводимые в соответствии с Законами № 44-ФЗ и 223-ФЗ называет общим термином «публичные закупки»³⁶.

По мнению О.А. Беляевой существует необходимость отказаться от использования на законодательном уровне термина «публичные торги» в его узком смысле. Публичность торгов, считает исследователь, может означать как возможность участия в торгах заранее не определенного круга лиц, так и наличие публичного (государственного или муниципального) интереса в проведении и организации торгов.

Подтверждением публичного характера торгов является наличие в специальной части ГК РФ главы 57, посвященной публичному конкурсу. Во

³⁵ Брагинский М.И. Конкурс // Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая: В 2 т. М.: Статут, 2006. Т. 2: Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. С. 512 - 566.

³⁶ Балакин Д. Торги в законодательстве о публичных закупках и в ГК РФ// Конкуренция и право. – 2013. - №4. - С. 17-20.

второй, специальной части ГК РФ предусмотрена специальная глава 57, которая по своей сути регулирует все конкурсы на продажу.

На наш взгляд публичность действительно является признаком любых торгов, в связи с этим введение в ГК РФ ст. 449.1, в которой для определения понятия торгов проводимых в порядке исполнительного производства, то есть для торгов одной сферы отношений, применяется терминология, являющаяся общей для всех торгов. Помимо непосредственно определения ГК РФ в ст. 449.1 закрепляется порядок проведения публичных торгов. Однако данная регламентация, во-первых, не носит детального характера и отсылает к статьям 448 и 449 ГК РФ, во-вторых, согласно концепции общей части ГК РФ в ней должны содержаться лишь общие положения. Положения о проведении публичных торгов является уже частным случаем. Считаем, что положения о публичных торгах, в смысле торгов проводимых в порядке исполнительного производства, необходимо закрепить в специальном акте.

Ещё одна понятийная неопределенность связана с наличием в ГК РФ лишь главы посвященной публичному конкурсу (гл. 57 ГК РФ) и отсутствие главы регламентирующей публичный аукцион.

При этом, в ст. 449.1 ГК РФ не указывается, в какой форме могут проводиться публичные торги.

Согласно п. 3 ст. 87 Закона об исполнительном производстве реализация имущества должника осуществляется путем проведения открытых торгов в форме аукциона, конкурсная форма была предусмотрена действующим до 2008 г. Порядком³⁷ организации и проведения торгов по продаже арестованного и изъятого имущества.

Из-за использования термина «публичный конкурс» в главе 57 ГК РФ, нельзя аукцион как форму «публичных торгов» назвать публичным аукционом.

³⁷ Распоряжение РФФИ от 29.11.2001 № 418 "Об утверждении Порядка организации и проведения торгов по продаже арестованного и изъятого имущества, а также конфискованного, бесхозяйного и иного имущества».

ГК РФ не регулирует организованные торги. В.Е. Белов³⁸ указывает на несовершенство данного термина, по его мнению, признак организованности присущ всем торгам, так как все акты регулирующие торги содержат термин «организатор торгов» и организационные процедуры. С одной стороны, можно понять законодателя, которому было необходимо отделить один вид торгов от других. С другой стороны, можно было использовать термин «регулярные торги», так как при определении организованных торгов регулярность указывается как их существенный признак (организованные торги - торги, проводимые на регулярной основе по установленным правилам, предусматривающим порядок допуска лиц к участию в торгах для заключения ими договоров купли-продажи товаров, ценных бумаг, иностранной валюты, договоров репо и договоров, являющихся производными финансовыми инструментами). Подобный термин, на наш взгляд, в большей степени отражает сущность торгов регулируемых Законом № 325-ФЗ.

Одним из несомненных плюсов внесенных Законом № 42-ФЗ, стало закрепление в новой редакции ст. 449 ГК РФ не только последствий признания торгов недействительными, но и оснований для признания их таковыми.

Ранее в ст. 449 указывалось, что недействительными могут быть признаны торги, проведенные с нарушением правил, установленных специальными законами.

Конкретизация оснований недействительности связана с тем, что на практике возникало множество вопросов, касающихся оснований недействительности торгов. Например, О.А. Беляева указывает, что отсутствие правовой регламентации на уровне общих норм привело к увеличению числа дел, в которых спор разрешался на основании судебного усмотрения. Отметим, что специальные законы также содержат основания

³⁸ Белов В.Е. Новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении договора на торгах // Законы России: опыт, анализ, практика 2016 № 1. С. 20.

для признания торгов недействительными, но до недавнего времени не было ясности в применении норм ГК РФ к «торгам покупателя», а для «торгов на продажу» иные нормативно-правовые акты не содержали перечня условий недействительности торгов.

Теперь согласно п. 1 ст. 449 ГК РФ торги могут быть признаны недействительными в случае если:

- 1) кто-либо необоснованно был отстранен от участия в торгах;
- 2) на торгах неосновательно была не принята высшая предложенная цена;
- 3) продажа была произведена ранее указанного в извещении срока;
- 4) были допущены иные существенные нарушения порядка проведения торгов, повлекшие неправильное определение цены продажи;
- 5) были допущены иные нарушения правил, установленных законом.

Перечень оснований является открытым, можно предположить, что следующим шагом на пути совершенствования норм ст. 449 ГК РФ станет включение в данный перечень наиболее общих оснований недействительности торгов на закупку. Пока же, суды³⁹ с целью защиты прав и законных интересов участников закупок, при оспаривании любых процедур регламентирующих закупки в рамках Закона № 223-ФЗ и Закона № 44-ФЗ (причем как являющихся, так и не являющихся торгами) при отправлении правосудия выносят решения в соответствии с положениями п. 1 ст. 6 ГК РФ по правилам, предусмотренным статьёй 449 ГК РФ для оспаривания «торгов на продажу», данный подход применяется уже ни один год.

³⁹ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 31.07.2012 г. по делу № А60-19569/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.06.2013 г. 15АП-8477/2013 по делу № А53-14944/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие; Постановление арбитражного суда Северо-западного округа от 22.11.2013 г. № Ф07-5775/2013 по делу № А56-31256/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>; Постановление арбитражного суда Волго-Вятского округа от 09.06.2015 № Ф01-1904/2015 по делу № А82-8757/2014 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие; Постановление арбитражного суда Поволжского округа от 09.07.2015 г. № Ф06-24808/2015 по делу № А65-25934/2014 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие; Постановление арбитражного суда Поволжского округа 15.07.2014 г. № Ф06-12376/2013 по делу № А65 26824/2013 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru/>

С учетом устоявшейся судебной практики, основанной на п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101, указывающего на то, что «при рассмотрении иска о признании публичных торгов недействительными суд должен оценить, являются ли нарушения, на которые ссылается истец, существенными и повлияли ли они на результат торгов», - считаем необходимым внести изменения в абзац 1 п. 1 ст. 449.

Данный абзац, может быть изложен в следующей редакции: Торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, в случае их существенного влияния на результат торгов могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица в течение одного года со дня проведения торгов.

Ещё одно существенное нововведение ст. 449 ГК РФ – специальный срок исковой давности, который составляет один год в отношении исков о признании недействительными торгов, проведенных с нарушением правил, установленных законом.

Анализ изменений ст. 448 ГК РФ, определяющей правила организации и проведения торгов, показывает, что изменения внесены с учетом положений специального законодательства и практического опыта использования электронных технологий при проведении торгов. При этом изменения носят скорее технический характер. В целом подобное уточнение сказывается положительно на развитии законодательства регулирующего торги и в частности аукцион.

2.2. Отличие аукциона от смежных правовых категорий

Итак, в параграфе 2.1 было определено, что в соответствии с ГК РФ аукцион, как и конкурс, является формой торгов и способом достижения цели – заключения договора. В основе конкурса и аукциона лежит состязательность и публичность, даже в том случае, когда они проводятся в закрытой форме. Между собой эти два способа отличаются критериями определения победителя и как следствие процедурой проведения.

Согласно 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» (п. 4. Ст. 447).

В Законах № 223-ФЗ и № 44-ФЗ, наоборот, выигравшим аукцион признается лицо, предложившее наименьшую цену, что касается конкурса то также лицо, предложившее лучшие условия.

Таким образом, в аукционе критерием определения победителя является цена, и только цена, что исключает субъективизм и сговор при принятии решения.

В настоящее время широкое распространение среди способов определения поставщика по Закону № 44-ФЗ и проведения закупок по Закону № 223-ФЗ («торгов покупателя») получил электронный аукцион, который от обычного аукциона отличается способом организации, при этом сущность остается той же. (С 2015 г. и в ГК РФ упоминается электронная форма торгов (п. 1 ст. 447)).

Среди теоретиков и практиков относительно широкого применения электронного аукциона на «торгах покупателя» сложилось две точки зрения:

Первая – положительная, оправдывающая повсеместное применение электронного аукциона, её представители помимо прозрачности, повышения конкуренции, антикоррупционного характера, доступности участия и быстроты проведения указывают на возможность закупки по стоимости ниже рыночной.

Вторая - отрицательная, её представители критикуют электронный аукцион за сложность и трудоемкость проверки квалификации поставщика, сложность составления технического задания и закупку по стоимости ниже рыночной.

Парадокс заключается в том, что в возможности закупки по стоимости ниже рыночной, первые видят способ экономии денежных средств в краткосрочной перспективе, а вторые - обратную сторону медали, так как

поставщик «в погоне за контрактом» может снизить цену до уровня, когда исполнение для него станет если не убыточным, то не слишком прибыльным. Поэтому первоначально добросовестный поставщик даже с учетом выполнения технического задания будет искать способы экономии, в ущерб интересам заказчика. Тогда в долгосрочной перспективе будет иметь место не экономия бюджетных средств, а убыточность от заключения контракта таким способом.

Поэтому представители второй точки зрения отдают предпочтение не аукциону, а конкурсу, где помимо критерия цены заказчик может выдвинуть иные критерии.

Однако, на наш взгляд, решением проблемы демпинга цен при проведении электронного аукциона, может стать совмещение электронного аукциона и конкурса. На первом этапе, который будет проводиться в форме аукциона, можно установить предельную нижнюю цену, которая заранее не будет известна участникам электронного аукциона.

Участники будут продолжать снижать цену до того уровня пока никто не предложит цену меньше. Однако затем кандидатам предложившим цену равную и ниже предельной будет необходимо обосновать возможность исполнения обязательств в соответствии с техническим заданием. На этом, втором, этапе будут применяться правила конкурса.

Хотя при реализации такого способа проведения торгов существует возможность субъективной оценки или сговора участников с заказчиком.

Если с аукционом в его простой форме всё понятно - критерием отбора является только цена, то такой способ определения поставщика как закрытый аукцион вызывает вопросы.

Согласно абз. 2 п. 1 ст. 448 ГК РФ «В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели». Критерии и требования, по которым лицо, принявшее решение о проведении торгов, будет выбирать будущих участников аукциона, определяются им зачастую самостоятельно (здесь имеются в виду иные, дополнительные по

отношению к общим, требования, например, установленным в ст. 31 Закона № 44-ФЗ).

В соответствии с п. 1 ст. 84 Закона о контрактной системе «под закрытым аукционом понимается закрытый способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем такого аукциона признается участник закрытого аукциона, предложивший наиболее низкую цену контракта».

Некоторые специальные законы также содержат критерий отбора будущих участников закрытого аукциона. В частности, абзац 2 п. 4 ст. 110 Закона о банкротстве определяет, что в случае вхождения в состав предприятия должника ограниченно оборото способного имущества, участниками торгов по продаже предприятия должника могут быть только лица, которые в соответствии законом могут иметь на праве собственности или на ином вещном праве такое имущество.

Подобные признаки, в соответствии с которыми участник должен соответствовать каким либо критериям или выполнять ряд тех или иных условий сближает закрытый аукцион с конкурсом.

По мнению Н.М. Коршунова, «Закрытый аукцион несет противоречие в своем определении. Публичная продажа не может быть закрытой, иначе она теряет свойство публичности. Поэтому, строго говоря, «закрытый аукцион» не есть аукцион в полном смысле этого слова, а разновидность конкурса».⁴⁰

Не смотря на то, что данные формы не относятся к торгам, смежными правовыми категориями по отношению к аукциону также являются запрос котировок и запрос предложений. Данные способы определения поставщика не подпадают под действия статей 447-449.1 ГК РФ.

О том, что такая форма закупки как запрос котировок не являются формами торгов, четко разъяснял Закон № 94-ФЗ в подп. 2 п. 1 ст. 10: «Размещение заказа может осуществляться: без проведения торгов (запрос

⁴⁰ Коршунов, Н.М. Конвергенция частного и публичного права : проблемы теории и практики/ Н.М. Коршунов. - М.: Норма, 2011. –С. 15.

котировок, у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на биржах».

Запрос предложений впервые был введен Законом о контрактной системе как способ определения поставщика, однако на практике использовался ранее при закупках по Закону 223-ФЗ. Как уже говорилось, в Законе № 44-ФЗ совсем не упоминается слово торги, однако запрос котировок и запрос предложений относятся данным законом вместе с различными видами аукционов и конкурсов к конкурентным способам определения поставщика, так что по своей сути являются способом заключения договора.

Как отмечалось в параграфе 2.1 данной работы Минэкономразвития России, пояснил что ни запрос предложений, ни запрос котировок не являются торгами в их обычном смысле и также не относятся к иным формам торгов.

Согласно п. 1. ст. 83 Закона № 44-ФЗ «Под запросом предложений понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором информация о закупаемых для обеспечения государственных или муниципальных нужд в товаре, работе или услуге сообщается неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении запроса предложений, документации о проведении запроса предложений и победителем запроса предложений признается участник закупки, направивший окончательное предложение, которое наилучшим образом соответствует установленным заказчиком требованиям к товару, работе или услуге».

Исходя из определения видно, что запрос предложений в большей степени похож на конкурс, хотя не является торгами. Одним из существенных отличий запроса предложений от всех иных конкурентных способов определения поставщика по Закону № 44-ФЗ является отсутствие возможности вносить изменения в документацию и извещение о проведении запроса предложений. В законе о размещении заказов такие ограничения как

«неотменяемость» и «неизменяемость» были характерны для запроса котировок.

Запрос предложений удобно использовать тогда, когда существует необходимость за короткое время приобрести товары, работы, услуги со сложными характеристиками, но при этом отсутствует время для организации и проведения конкурса. Победителем в запросе предложений становится тот участник, который предложит лучшие условия исполнения контракта.

В соответствии с п. 1 ст. 72 Закона № 44-ФЗ: «под запросом котировок понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором информация о закупаемых для обеспечения государственных или муниципальных нужд товарах, работах или услугах сообщается неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении запроса котировок и победителем запроса котировок признается участник закупки, предложивший наиболее низкую цену контракта».

Запрос котировок является наиболее простым и быстрым способом закупки, поэтому законом установлен лимит начальной цены контракта – не более 500 тыс. руб., а в процентах цена контракта должна составлять – не более 10% от годового объема средств, предусмотренных для закупок, а в абсолютном выражении - не более 100 млн. руб. от годового объема.

Отчасти этот способ похож на аукцион тем, что выигравшим признается лицо, предложившее самую низкую цену. Однако в отличие от аукциона, здесь нет процедуры прямой конкурентной борьбы, когда все участники могут снижать цену исходя из знания о том насколько снизили цену конкуренты, заявки с предложенной ценой подаются в конвертах. Таким образом, запрос котировок является своеобразным «срезом» состояния цен. В целях предотвращения коррупции, как и в иных способах, при закупке происходит публичное вскрытие конвертов с ценами участников. Ранее в Законе № 94-ФЗ были предусмотрены закрытый и открытый способ запроса

котировок, в действующем Законе о контрактной системе сохранилась только открытая форма.

Таким образом, отличие аукциона (закрытого и электронного), всех видов конкурса, запроса котировок и запроса предложений друг от друга состоит в том, как определяется победитель и в основаниях их проведения.

Глава 3 Порядок проведения аукциона

3.1 Аукцион как способ определения поставщика

В параграфе 2.1. нами были рассмотрены различия закрепленных в законодательстве понятий аукциона. Общим признаком для форм торгов, в том числе и аукционов, содержащихся в ГК РФ, Законах № 233-ФЗ, 44-ФЗ и предшествующем ему 94-ФЗ, является процессуальная направленность. Современное российское законодательство не приравнивает торги и заключенную по их итогам сделку, торги – это всегда процедура, способ заключения договора, контракта.

В Законе № 44-ФЗ аукцион закреплен как способ определения поставщика, в ГК РФ аукцион – это способ заключения договора. Ряд исследователей помимо признаваемых всеми процедурных различий, к существенному отличию относят порядок ценообразования при проведении данных аукционов. Однако, как говорилось выше, Законом № 44-ФЗ предусмотрена трансформация обычного электронного аукциона, где цена идёт на понижение, в электронный аукцион «на продажу», когда цена начинает наоборот повышаться (п. 11 ст. 69).

На наш взгляд, это подтверждает, что по своей сути аукцион и в том, и другом случае имеет своей целью совершение сделки: заключение договора или заключение контракта. В обоих случаях заключению предшествует определенная процедура, считать усложненность процедуры аукциона как способа определения поставщика, за существенный критерий отличия считаем нецелесообразным. Усложненная процедура в данном случае связана с тем, что одна из сторон данных отношений является публичным образованием, и действует исходя из публичных интересов.

Таким образом, считаем, что терминологическое отличие аукциона как способа определения поставщика и аукциона как способа заключения договора было задумано законодателем с целью разграничения понятий для практической деятельности и указания на публичный характер первого.

Для подтверждения данной позиции необходимо детальнее рассмотреть порядок организации и проведения аукциона как способа определения поставщика и аукциона как способа заключения договора.

В п. 2 ст. 3 Закона 44-ФЗ раскрывается понятие «определение поставщика» - это «совокупность действий, которые осуществляются заказчиками в порядке, установленном законом, начиная с размещения извещения об осуществлении закупки... и завершаются заключением контракта».

Последовательность проведения электронного аукциона по Закону 44-ФЗ (аукциона как способа определения поставщика»):

Сначала, заказчик определяет, включен ли товар, услуга или работа, которые должны быть приобретены, в перечень, определяющий определение поставщика исключительно этим способом. Если товар, услуга или работа в такой перечень входит, то проведение электронного аукциона обязательно, если нет – может применяться заказчиком по собственному желанию, однако в связи со сложностью процедуры это случается редко.

1) Подготовительный этап. На этапе подготовки к проведению электронного аукциона заказчик занимается организацией и планированием закупки, сначала создает аукционную комиссию (определяет состав, утверждает положение об аукционной комиссии, разрабатывает порядок её функционирования либо в случае необходимости привлекает специализированную организацию, которая будет действовать вместо аукционной комиссии).

2) Этап подготовки документов для проведения электронного аукциона. На данном этапе заказчиком разрабатывается и утверждается извещение о проведении электронного аукциона, а также разрабатываются общие положения, форма заявки, инструкция по заполнению заявки, обоснование начальной (максимальной) цены контракта, проект контракта, техническое задание и т.д.

3) Этап размещения информации. Сначала, происходит регистрация заказчика в единой информационной системе ЕИС (на официальном сайте) и оформляется электронная подпись (то же самое должен сделать и участник электронного аукциона). Информация об электронном аукционе заказчик подготавливает и размещает в ЕИС (www.zakupki.gov.ru), извещение о проведении электронного аукциона, контракт и иную документацию.

4) Промежуточный этап - до окончания срока подачи заявок. На данном этапе заказчик может отменить аукцион и продлить срок подачи заявок. Внести изменения в извещение и документацию. А вот изменить объект закупки и увеличить размер обеспечения заявок заказчик уже не может. Потенциальные участники аукциона могут направлять заказчику запросы о даче разъяснений относительно будущего контракта, заказчик должен размещать такие разъяснения в ЕИС. На этом этапе также происходит получение и регистрация заявок оператором электронной площадки - ЭТП, участник не может отозвать заявку.

5) Этап определения участников электронного аукциона. Этот этап предполагает рассмотрение первой части заявок на участие в электронном аукционе, по итогам рассмотрения заявок заказчик готовит протокол и направляет его оператору ЭТП для размещения в ЕИС (на практике размещение происходит непосредственно на ЭТП, а площадка направляет протокол в ЕИС).

6) Этап проведения аукциона в электронной форме. Оператор ЭТП определяет время проведения аукциона в электронной форме и проводит электронный аукцион, оператор размещается протокол проведения аукциона в электронной форме на сайте ЭТП и направляется заказчику (эти действия являются обязанностью оператора).

7) Этап заключения контракта с победителем. Заказчик дополняет проект контракта условиями исполнения, которые были предложены победителем электронного аукциона, направляет последнему контракт в

измененной форме, проверяет наличие обеспечения исполнения контракта, подписывает контракт.

3.2. Аукцион как способ заключения договора

Прежде чем будет заключен договор, от стороны инициатора должна поступить оферта, будет ли происходить акцептование в форме торгов предусмотренных ГК РФ или путем определения поставщика или в иных формах зависит от того является ли одна из сторон публичным образованием, преследуется ли ей публичный интерес. Важна именно совокупность этих признаков, ведь, например, при реализации имущества должника в исполнительном производстве существует интерес должника и кредитора, хотя Служба судебных приставов, бесспорно, является публичным органом.

Инициатор выдвижения предложения (оферты) в том числе, указывает каким способом должно произойти акцептование. Если существует срочная необходимость в заключении договора, то оферент вправе ограничиться обращением к одному любому участнику хозяйственной деятельности, либо провести конкурентные переговоры с потенциальными контрагентами, как одновременно так и параллельно. Так В.В. Романова относит конкурентные переговоры к особой форме торгов⁴¹.

Причем если существует срочная потребность в приобретении товаров, работ или услуг, заказчик может ограничиться проведением конкурентных переговоров с потенциальными контрагентами, на основании которых и заключает договор. Переговоры могут быть одновременными (параллельно со всеми потенциальными контрагентами) и последовательными. Конкурентные переговоры обычно используются для заключения договора возмездного оказания услуг, но чаще всего они являются составным

⁴¹ Романова В.В. Правовые вопросы, возникающие при заключении договоров на торгах, проводимых предприятиями энергетического комплекса с использованием электронных торговых площадок // Третейский суд. 2009. № 3 (63). С. 164

элементом процедуры запроса предложений. Г.А. Сухадольский⁴² идет дальше, и любой состязательный способ заключения договора относит к торгам. О.А. Беляева не соглашается с данными мнениями и указывает на тот факт, что способы заключения договора весьма разнообразны и не всегда по своей сущности являются торгами. Нельзя не согласиться с мнением последнего автора, ведь такая даже теоретическая унификация не позволила бы отграничивать одни юридические категории от других и вносила бы путаницу в практические отношения.

Что касается порядка и организации проведения аукциона только на основании норм ГК РФ, то здесь не существует такого количества законодательно установленных требований, процедура носит упрощенный характер и закреплена в одной единственной статье – ст. 448 ГК РФ

Так в соответствии с Кодексом аукционы могут быть открытыми и закрытыми. В открытом аукционе может участвовать любое лицо, а в закрытом - специально приглашенные для этой цели лица.

Также процедуру проведения можно разбить на несколько этапов.

1) Подготовительный этап. Организатор торгов должен опубликовать извещение не позднее, чем за 30 дней до их проведения, в извещении необходимо указать: «сведения о времени, месте и форме торгов, об их предмете, о существующих обременениях продаваемого имущества и о порядке проведения торгов, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене» (п.2 ст. 448 ГК РФ). Также в извещении указываются условия договора, заключаемого по результатам торгов.

2) Промежуточный этап. Организатор вправе отказаться от проведения открытого аукциона в любое время, но не позднее чем за три дня до наступления даты его проведения, если организатор отказывается от

⁴² Сухадольский Г.А. Спорные вопросы правового регулирования торгов // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 5. С. 158.

закрытого аукциона, то он обязан возместить реальный ущерб участникам. Участники вносят задаток.

3) Этап проведения аукциона. Проведение непосредственно самого аукциона. Организатор возвращает задаток проигравшим участникам. Лицо выигравшее аукцион и организатор подписывают протокол, который имеет силу договора. Условия заключенного договора могут изменяться лишь в том случае сторонами, когда это изменение не влияет на условия договора, имевшие существенное значение для определения цены и в иных случаях установленных законодательством.

Анализ порядка организации и проведения аукциона как способа определения поставщик и способа заключения договора подтвердил выдвинутый нами тезис о схожести двух этих форм по существенным этапам и признакам. Так как аукцион как способ заключения договора является более универсальным по способу проведения, регулированию общими нормами ГК РФ и по своей сущности, то, на наш взгляд, можно говорить о поглощении понятием «аукцион как способ заключения договора» понятия «аукцион как способ определения поставщика»

Заключение

В данной исследовательской работе посредством всестороннего анализа понятия «аукцион как способ заключения договора», была достигнута заявленная цель, а именно была изучена сущность аукциона и были определены признаки, характеризующие его как способ заключения договора.

Указанная цель была достигнута путем решения поставленных задач:

При изучении истории становления аукционного законодательства были выявлены основные прототипы современных видов аукционов, закрепленных в российском законодательстве. Можно сказать, что на законодательном уровне произошла преемственность дореволюционного законодательства о торгах. Преемственность произошла и во взглядах на торги в научном обществе, современные российские исследователи восприняли идеи цивилистов XIX и XX вв. Современное российское законодательство об аукционах, пока находится в стадии становления, так как ещё пару лет назад подвергалось реформированию.

Анализ законодательства позволил выявить отсутствие в нормативно-правовых актах общего понятия аукцион. Среди теоретиков также нет единого мнения относительно общего понятия и существенных признаков аукциона.

Для разрешения данной проблемы предлагается ввести в ГК РФ понятие аукциона, которое бы однозначно относилось как к аукциону на повышение цены – «аукциону на продажу», так и к аукциону на понижение цены – «аукциону покупателя», а также определить в самом общем смысле, что подразумевается под определением «иные формы торгов» введенным в ГК РФ в 2015 г.

Аукцион является формой торгов, которые в свою очередь признаются состязательным, конкурентным способом заключения договора, поэтому имелась необходимость отграничить понятие аукцион от иных смежных с

ним правовых категорий. К таковым в первую очередь относится конкурс, который также признается формой торгов, основным отличием этих двух форм является использование в первом случае цены как единственного критерия отбора победителя, конкурс же всегда использует несколько критериев, в том числе и цену. Такая форма как закрытый аукцион, по нашему мнению, содержит в себе признаки конкурса, в виду того что производится первоначальный отбор потенциальных участников закрытого аукциона.

Также в работе были рассмотрены запрос котировок и запрос предложений, относимые Законом о контрактной системе № 44-ФЗ совместно с электронным аукционом, закрытым аукционом и всеми видами конкурса к конкурентным способам определения поставщика. Так запрос котировок отчасти похож на аукцион тем, что выигравшим признается лицо, предложившее самую низкую цену. Однако в отличии от аукциона, здесь нет процедуры прямой конкурентной борьбы и состязательности. Отсутствие данных признаков и у запроса предложений позволяет четко разграничивать данные способы определения поставщика друг от друга, а также отделить их от торгов вообще, и аукциона в частности.

Ряд исследователей разделяют понятия «аукцион как способ заключения договора» и «аукцион как способ определения поставщика», однако в данной работе было последовательно, с опорой на современное законодательство и сложившуюся судебную практику, отражено мнение о том, что первое понятие является общим, имеет универсальный характер, а потому поглощает второе понятие.

В настоящее время благодаря использованию аукциона в контрактной системе его применение постоянно расширяется, в Законе № 44-ФЗ, аукцион определен как способ определения поставщика, в свою очередь, он (способ определения поставщика) является процедурой завершающейся заключением контракта (договора).

Список используемых источников**Нормативные правовые акты:**

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) (ред. 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ. - 1994. - № 32. - ст. 3301.
2. Лесной кодекс Российской Федерации" от 04.12.2006 № 200-ФЗ (ред. от 01.05.2016) // Собрание законодательства РФ. - 2006. - № 50. - ст. 5278.
3. Градостроительный кодекс Российской Федерации" от 29.12.2004 № 190-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собрание законодательства РФ. - 2005. - № 1. - ст. 16.
4. Водный кодекс Российской Федерации" от 03.06.2006 № 74-ФЗ (ред. от 28.11.2015) // Собрание законодательства РФ. - 2006. - № 23. - ст. 238.
5. Жилищный кодекс Российской Федерации" от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ. 2005. - № 1. - ст. 14.
6. Закон РФ от 28.05.1992 г. № 2859-1 "О поставках продукции и товаров для государственных нужд" // Российская газета, № 148.
7. Федеральный закон от 13.12.1994 г. № 60-ФЗ (ред. от 13.07.2015) "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" // Собрание законодательства РФ. 1994. - № 13. - ст. 1880.
8. Федеральный закон от 21.12.2001 № 178-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О приватизации государственного и муниципального имущества" // Собрание законодательства РФ. 2002. - № 4. - ст. 25.
9. Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ (ред. от 02.07.2013) "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" Собрание законодательства РФ. 2005. - № 30 (ч.1). - ст. 3105.
10. Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. от 01.05.2016) "Об исполнительном производстве" Собрание законодательства РФ. 2007. - № 41. - ст. 4849.

11. Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ (ред. От 13.07.2015) "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" Собрание законодательства РФ. 2011. - № 30. - ст. 4571.
12. Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (ред. от 30.12.2015) "Об организованных торгах" (с изм. и доп., вступ. в силу с 09.02.2016) Собрание законодательства РФ. 2011. - № 48. - ст. 6726.
13. Федеральный закон от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» Собрание законодательства РФ. 2015. - № 10. - ст. 1412.
14. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 05.04.2016) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" Собрание законодательства РФ. 2013. - № 14. - ст. 1652.
15. Указ Президента Российской Федерации от 08.04.1997 № 305 "О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд" // Собрание законодательства РФ. 1997. - № 15. - ст. 1756.
16. Постановление Совмина СССР от 27.01.1990 г. № 88 "Об организации аукционной продажи населению продукции производственно-технического назначения" // СП СССР. 1990. - № 5. – ст. 29.
17. Постановление Совмина РСФСР от 03.12.1990 № 558 (ред. от 01.12.1994) "Об использовании иностранными фирмами денежных средств в советских рублях на территории РСФСР" // СП РСФСР. 1991. - № 5. - ст. 66.
18. Постановление Правительства РФ от 27.08.1992 № 638 (с изм. от 18.06.1993) "Об организации работ по реализации Закона Российской Федерации "О поставках продукции и товаров для государственных нужд" // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. - № 9. - ст. 613.
19. Распоряжением Правительства РФ от 21.03.2016 № 471-р (ред. от 13.05.2016) «О перечне товаров, работ, услуг, в случае осуществления

закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион)» // Собрание законодательства РФ. 2016. - № 13. - ст. 1880.

20. Приказ Минэкономразвития России от 25.03.2014 № 155 (ред. от 13.11.2015) "Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (Зарегистрировано в Минюсте России 06.05.2014 № 32183) // Российская газета, 2014. -№ 112.

21. Распоряжение РФФИ от 29.11.2001 № 418 "Об утверждении Порядка организации и проведения торгов по продаже арестованного и изъятого имущества, а также конфискованного, бесхозного и иного имущества, обращен // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации URL: <http://docs.cntd.ru/documeNst/901810784>.

Специальная литература:

22. Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 296 с.

23. Происхождение современной ипотеки. Новейшие течения в вотчинном праве в связи с современным строем народного хозяйства. М., 1900; Известия Императорского Томского университета. Кн. XVII. Томск, 1900. 452 с.; М.: Статут, 2004.

24. Балакин Д . Торги в законодательстве о публичных закупках и в ГК РФ// Конкуренция и право. – 2013. - №4. - С. 17-20.

25. Белов В.Е. Новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении договора на торгах // Законы России: опыт, анализ, практика – 2016.- № 1. - С. 20-24.

26. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая. В двух томах. Том 2: Договоры о банковском

вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. 2-е изд., стер. – М.: Статут, 2011. – 623 с.

27. Веденеев Г., Кобзев Г., Гончаров Е. Откуда есть пошли торги // Московские торги. - 2000. - № 12. - С. 26-30.

28. Беляева О.А. "Совершенствование" законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. 2009. - № 11. - С. 18.

29. Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов М: Юриспруденция. 2011. – с. 296

30. Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2012.

31. Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. Учебное пособие.– Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. – 140 с.

32. Grimm Д. Д. Лекции по догме римского права (воспроизводится по 5-му изд. СПб., 1916 г.). Под ред., с предисл.: Томсинов В.А. - М.: Зерцало, 2003. - 496 с.

33. Кабалкин А.Ю. К вопросу о сущности гражданско-правового договора по российскому законодательству // Юридический мир. - 2001. - № 10. - С. 5-10

34. Калугина О.П. Аукционы, их сущность, ценообразование и совершенствование функционирования: Дис. ... канд. экон. наук. Воронеж, 2000. – 24 с.

35. Коршунов, Н.М. Конвергенция частного и публичного права : проблемы теории и практики/ Н.М. Коршунов. - М.: Норма, 2011. – 240 с.

36. Назаров А.Е., Щербаков А. Торги: нормы Гражданского кодекса на практике // Право и общество: истоки, современность и перспективы. Сборник трудов Всероссийской научно-практической конференции с международным участием, ноябрь 2006 г. Новокузнецк: НФИ КемГУ, 2007. - 206 с.

37. Недужий И. И. Международные торги. М., 1991. – 144 с.
38. Покровский И. А. История римского права. М., 2004. С. 194 - 195.
39. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой/ под ред. П.В. Крашенинникова – М.: Статут, 2011. – 1326 с.
40. Романова В.В. Правовые вопросы, возникающие при заключении договоров на торгах, проводимых предприятиями энергетического комплекса с использованием электронных торговых площадок // Третейский суд. 2009. № 3 (63). с. 159 - 168.
41. Сухадольский Г.А. Тендеры. Вопросы и ответы. М.: Вершина, 2004. – 320 с.
42. Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга пятая. М.: Статут, 2004. - 348 с.
43. Чижова А. Д Эволюция института торгов // История государства и права, 2012, № 13.
44. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М.: Спарк, 1995. – 556 с.
45. Энгельс Ф. Историческая публицистика: о военном искусстве. О теории насилия. М. : Эксмо ; СПб. : Terra Fantastica, 2003. - 731 с.

Материалы юридической практики:

46. Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система КонсультантПлюс. URL: <http://www.consultant.ru>
47. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 31.07.2012 г. по делу № А60-19569/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>

48. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.06.2013 г. 15АП-8477/2013 по делу № А53-14944/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>

49. Постановление арбитражного суда Северо-западного округа от 22.11.2013 г. № Ф07-5775/2013 по делу № А56-31256/2012 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>

50. Постановление арбитражного суда Волго-Вятского округа от 09.06.2015 № Ф01-1904/2015 по делу № А82-8757/2014 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>

51. Постановление арбитражного суда Поволжского округа от 09.07.2015 г. № Ф06-24808/2015 по делу № А65-25934/2014 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>

52. Постановление арбитражного суда Поволжского округа 15.07.2014 г. № Ф06-12376/2013 по делу № А65 26824/2013 [Электронный ресурс] // Электронное правосудие URL: <http://kad.arbitr.ru>