

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

(наименование института полностью)

Кафедра «Гражданское право и процесс»

(наименование кафедры)

40.04.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки)

Гражданское право, семейное право, международное частное право

(направленность (профиль))

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

на тему «Торги как способ заключения договора»

Студент

Д.В. Михайлов

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Научный

Р.Ф. Вагапов

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

руководитель

Консультанты

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Руководитель программы

д-р юрид. наук, доцент, В.Г. Медведев

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

(личная подпись)

« _____ » _____ 20 _____ г.

Допустить к защите

Заведующий кафедрой канд. юрид. наук, доцент, А.Н. Федорова

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

(личная подпись)

« _____ » _____ 20 _____ г.

Тольятти, 2019

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
Глава 1. Понятие торгов и их соотношение с преимущественными правами.....	11
1.1. Общее понятие о торгах.....	11
1.2. Преимущественные права и торги.....	25
1.3. Правовая квалификация совместных предложений участников торгов	31
Глава 2. Виды и формы торгов.....	35
2.1. Торги продавца и торги покупателя, отраслевые торги.....	35
2.2. Первичные и повторные торги.....	38
2.3. Открытые (публичные), закрытые торги, многолотовые торги.....	41
2.4. Формы торгов и проблемы их разграничения.....	44
2.5. Юридическая сущность тендера.....	49
Глава 3. Институционально-правовые особенности торгов.....	55
3.1. Организатор торгов.....	55
3.2. Информационное объявление (извещение) о торгах.....	59
3.3. Задаток для участия в торгах.....	65
3.4. Оформление результатов торгов.....	71
Заключение.....	77
Список используемой литературы.....	81

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. В 1992 году в России начался процесс перехода к рыночной экономике и свободному рынку. Этот процесс не мог не затронуть механизмы заключения гражданско-правовых договоров между хозяйствующими субъектами. Именно тогда в России впервые появился новый, ранее неизвестный плановой экономике способ заключения договора - торги. Еще римское право знало институт торгов, а в западных странах торги применяются уже со второй половины XX века, однако в России история и практика проведения торгов насчитывает всего 27 лет.

В настоящее время в России торги являются распространенным (особенно в сфере обеспечения государственных и муниципальных нужд) и эффективным, но в то же время одним из наиболее сложных способов заключения договора. Имеющиеся данные свидетельствуют о ежегодном росте числа проводимых торгов (особенно на электронных площадках) и закупочных процедур, которые осуществляются при помощи торгов.

Торги имеют важное значение для экономики современной России, поскольку они применяются во множестве самых разнообразных сфер общественных отношений, начиная от публичных и заканчивая частными отношениями. Торги применяются при осуществлении государственных и муниципальных закупок, продаже имущества в процессе банкротства, приватизации, исполнительном производстве, предоставлении земельных участков для строительства, распределении квот на добычу водных и биоресурсов, заключении договора подряда, лесопользовании, реализации предмета залога, распространении рекламы, продаже бюро кредитных историй, биржевой торговле и т.д.

В настоящее время практически все без исключения крупные государственные и частные предприятия и компании, а также государственные структуры прибегают к процедуре торгов с целью выбора своих контрагентов. И это отнюдь не случайно, ведь именно торги позволяют существенно уменьшить риски, которые могут возникнуть как при заключении, так и в ходе дальнейшего

исполнения договоров. Заключение договора на торгах относится к конкурсным способам заключения договоров. Такая форма заключения договоров является средством развития торговой деятельности, способствует возникновению конкуренции и стимулирует ее развитие.

Изначально торги были созданы для того, чтобы избежать различного рода коррупционных явлений и откатов при заключении договоров. Однако практика проведения торгов в России свидетельствуют о том, что здесь нередко присутствуют различные коррупционные схемы (особенно в сфере государственных закупок). Поэтому торги являются объектом пристального внимания со стороны Федеральной антимонопольной службы. Антимонопольный орган тщательно следит за тем, чтобы торги проводились без сговоров, кроме того, ведомство широко применяет антимонопольное законодательство в отношении частных компаний, которые проводят торги.

Параллельно с увеличением количества проводимых торгов растет и число споров, связанных с их проведением. Такая ситуация прежде всего обусловлена отсутствием универсальной процедуры проведения торгов, следствием чего является неудовлетворительная практика их проведения, поэтому часто торги могут признаваться несостоявшимися.

Кроме того, ситуация также усугубляется еще и тем, что законодательное регулирование торгов по-прежнему остается разрозненным, так как их регулирование преимущественно осуществляется на подзаконном и отраслевом уровнях. Более того, ни в российском отраслевом законодательстве, ни в Гражданском кодексе РФ даже не содержится легального определения понятия торгов. Это приводит к многочисленным ошибкам правоприменения и злоупотреблениям правом.

Серьезным недостатком действующего гражданского и отраслевого законодательства является отсутствие норм, которые устанавливают принципы и правила проведения торгов. Арбитражная практика последних лет свидетельствует о том, что при рассмотрении споров о признании торгов недействительными, определяющее значение имеет судебское усмотрение,

поскольку нет четких правил и оснований, в соответствии с которыми торги можно было бы признать недействительными. Полагаем, что подобная ситуация является неприемлемой.

Следующая немаловажная проблема заключается в том, что особенности правового регулирования торгов в значительной степени зависят от сферы их использования, поскольку в каждой из сфер общественных отношений действует свое собственное регулирование торгов (как правило, лишь на подзаконном уровне), которое заметно отличается друг от друга (к примеру, особенности проведения приватизационных торгов значительно отличаются от особенностей, связанных с проведением торгов по реализации заложенного имущества и т.п.). При этом к таким торгам как правило не применяются положения, предусмотренные ст. 447, 448 ГК РФ. Полагаем, что эту проблему можно если и не полностью, то по крайней мере во многом решить посредством проведения унификации законодательства о проведении торгов, однако следует признать, что сделать это будет чрезвычайно сложно.

Таким образом, актуальность темы магистерской диссертации предопределяется совокупностью изложенных выше обстоятельств, которые кратко можно выразить следующими положениями. Торги имеют важное значение для развития рыночной экономики современной России, однако законодательное регулирование процедуры торгов осуществляется преимущественно на подзаконном уровне и по-прежнему остается разрозненным и фрагментарным. Растет число споров, связанных с оспариванием результатов торгов, поскольку практика их проведения во многом является неудовлетворительной, не решены различные вопросы, которые связаны с механизмом торгов, не исследован вопрос о том, как институт торгов соотносится с другими институтами гражданского права. Все перечисленные проблемы, а также многие другие, пока еще не имеют четких, ясных и однозначных ответов ни на практике, ни в российском научном сообществе.

Объектом исследования являются торги как одна из форм заключения гражданско-правового договора.

Предметом исследования являются проблемы теории и практики проведения торгов.

Цель работы - провести всесторонний анализ правовых особенностей заключения договора на торгах.

Задачи исследования:

- исследовать сущность торгов, их субъективный состав и функциональные особенности;
- концептуально осмыслить место института торгов в системе способов заключения договоров в современном гражданском праве;
- выявить пробелы правового регулирования отношений, которые связаны с организацией и проведением торгов, провести их обобщение и систематизацию.

Методологическую основу исследования составляют современная доктрина юриспруденции. Также широко применялись различные общенаучные методы познания и специальные методы: сравнительно-правовой, исторический, логический, конкретно-социологический, системно-структурный и т.д.

Нормативно-правовой основой работы является гражданское законодательство (прежде всего, Гражданский кодекс Российской Федерации), отраслевое законодательство, регламентирующее проведение торгов в соответствующих областях (законы о защите конкуренции, организованных торгах и т.д.), материалы судебной практики (постановления Федеральной антимонопольной службы, решения арбитражных судов и т.д.).

Теоретическая основа исследования. В последние годы немало ученых и специалистов занималось исследованием вопросов, связанных с проблемами правового регулирования проведения торгов. Различные аспекты проведения торгов были достаточно подробно исследованы на страницах периодической юридической литературы и в диссертационных исследованиях. Также существует несколько обширных монографий, в которых исследовались сущность, правовое регулирование, особенности и проблемы проведения торгов.

Основным недостатком этих работ является то, что во многих из них проблема торгов затрагивалась лишь частично и только в определенных аспектах.

Кроме того, по-прежнему остаются нерешенными вопросы, которые связаны с механизмом торгов, в юридической литературе был недостаточно исследован вопрос о том, как торги сочетаются с другими институтами гражданского права.

Теоретической основой настоящего исследования являются труды российских ученых по вопросам, касающимся правового регулирования организации и проведения торгов, а именно: Л.М. Алланиной, И.А. Андреевой, Л.В. Андреева, В.В. Балакина, В.С. Белых, О. А. Беляевой, Е.И. Босина, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, Л.Ф. Гатаулиной, С. Горяинова, В.В. Груздева, Г.Н. Давыдовой, М. Ермошкиной, Б. Завидова, В. Разенкова, Г.М. Заяханова, С.А. Зинченко, Н.В. Зубаревой, С.Э. Жилинского, С.М. Илюшников, М.Н. Илюшиной, М.Ю. Чельшева, Р.И. Ситдиковой, П. Ишутина, А.Ю. Кабалкина, В.И. Казанцева, О.П. Калугиной, А.В. Камаевой, О.М. Черновой, М.Ю. Катвицкой, А.А. Кирилловых, К.В. Кичика, П.В. Крашенинникова, М.Е. Куклы, А.В. Латынцева, А.Ю. Лыкова, С.Д. Могилевского, А.Е. Назарова, А. Щербакова, Т.К. Одинцовой, И.С. Петровой, В.Г. Полякевича, В.Н. Протасова, С.В. Савиной, О. Садикова, Д.В. Сафиной, А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого, К.И. Скловского, Д.Я. Соломкина, М.В. Субботина, Г.А. Сухадольского, Е.Я. Токара, Д.О. Тузова, Н.Н. Тупикина, И. Тура, Е. Пристансковой, Ю. С. Турсуновой, А. Чижовой, Л.И. Шевченко, А. Шехтера, С.В. Щербинина.

Научная новизна настоящего исследования определяется поставленными целями и задачами. Кроме того, научная новизна исследования также выражается в изложении позиции автора в части совершенствования гражданского законодательства о проведении торгов.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Установлено, что в настоящее время институт торгов приобрел межотраслевой характер. С разными вариациями и особенностями институт торгов используется не только в гражданском праве, но и далеко за его пределами. Торги представляют собой универсальную модель приобретения различного рода прав, а не ограничиваются лишь приобретением гражданских прав на какие-либо объекты или имущество.

2. Определено, что институт торгов никоим образом не может сочетаться с институтом преимущественных прав, поскольку преимущественное право является определенного рода привилегией, в то время как участники торгов должны находиться в равных и одинаковых соревновательных условиях между собой.

3. В результате анализа действующего гражданского законодательства было установлено, что в настоящее время консорциум и другие аналогичные ему договорные объединения не могут быть участниками торгов. Однако, как было выяснено, сама практика проведения торгов диктует необходимость признания за договорными объединениями права на участие в торгах. Для того, чтобы легализовать эту возможность необходимо внести изменения в норму п. 4 ст. 447 ГК РФ, указав, что победителями торгов могут быть признаны одновременно сразу несколько участников.

4. В течение длительного периода российское законодательство предусматривало лишь две традиционные формы проведения торгов - конкурсы и аукционы. Однако в 2015 году редакция п. 4 ст. 447 ГК РФ подверглась изменениям, следствием которых стало появление промежуточных форм торгов. Отныне торгами также признаются и иные процедуры, в том случае если закон позволяет использовать их в качестве торгов.

Как было установлено в результате анализа, данная законодательная новелла является излишней. Нецелесообразно выделять промежуточные формы торгов. Российский законодатель должен сохранить привычное дихотомическое разделение торгов на традиционные конкурсы и аукционы.

5. В 2015 году российский законодатель путем внесения специального указания в п. 6 ст. 447 ГК РФ, фактически уравнил торги продавца и торги покупателя, указав, что правила, которые установлены статьями 448 и 449 ГК РФ, отныне также должны применяться и к торгам продавца. При этом по непонятной причине законодатель включил в указанную норму расплывчатую формулировку о существовании отношений. Было определено, что несмотря на внесенные изменения, в настоящее время многие положения действующего ГК РФ нельзя применить к

торгам покупателя (например, нормы о задатке). Однако, как было установлено в результате анализа, такие изменения в целом можно только приветствовать.

6. Определено, что на торгах отсутствует задаток в его классическом понимании. Как было установлено, на торгах используется комбинированная форма обеспечения, которая представляет собой несколько иной способ обеспечения обязательств, чье содержание отличается от содержания, присущего традиционному задатку. Комбинированная форма обеспечения структурно состоит из элементов, характерных как для обычного задатка, так и неустойки. При этом ее отличительной особенностью является невозможность отождествления ни с задатком, ни с неустойкой.

7. В результате анализа положений, посвященных оформлению результатов торгов, было установлено, что положения ГК РФ в части, касающейся подписания протокола об итогах торгов являются непоследовательными. Законодателю дана рекомендация исключить из п. 6 ст. 448 ГК РФ положение, обязывающее победителя торгов подписывать протокол об их итогах, а также положение о том, что протокол о результатах торгов обладает силой договора. Вместо исключенных положений, законодателю необходимо предусмотреть общее правило, в соответствии с которым протокол о результатах проведения любых торгов должен удостоверять исключительное право их победителя на заключение договора.

8. В международной практике проведения торгов вместо термина «торги» используется такое понятие как «тендер». При этом данный термин также фигурирует и в российском законодательстве, а в российской практике проведения торгов понятие «тендер» употребляется повсеместно.

В юридической литературе отсутствует единый подход в трактовке понятия «тендер», но несмотря на это, он нередко отождествляется с такими понятиями как «торги» и «конкурс». Некоторые ученые считают, что эти понятия являются синонимами. Подобная трактовка является неприемлемой, поскольку с точки зрения логики, ошибочно употреблять указанные понятия в качестве синонимов.

Большинство исследователей торгов единодушны в том, что в настоящее

время нет никакой необходимости в том, чтобы на законодательном уровне закреплять понятие «тендер». В результате исследования, было установлено, что как минимум преждевременно, а как максимум - вообще нецелесообразно легализовывать понятие «тендер» в российском законодательстве. Кроме того, необходимо исключить и те единичные случаи, когда в отраслевых нормативно-правовых актах все же фигурирует слово «тендер».

Теоретическая и практическая значимость настоящего исследования обусловлена выводами, предложениями и рекомендациями законодателю, которые были сформулированы в магистерской диссертации. Именно они выступают в качестве теоретической основы для проведения последующих исследований в сфере правовой регламентации организации и проведения торгов.

Диссертант на протяжении довольно длительного периода занимался исследованием правовой проблематики торгов. Предполагается, что те результаты, которых удалось достичь в настоящем исследовании могут послужить фундаментом для существенных изменений российского законодательства в сфере торгов.

Структура исследования. Структура и содержание магистерской диссертации определены целью, задачами и методологией исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, разделенных на одиннадцать параграфов, заключения и списка использованной литературы, насчитывающего 107 наименований.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ ТОРГОВ И ИХ СООТНОШЕНИЕ С ПРЕИМУЩЕСТВЕННЫМИ ПРАВАМИ

1.1. Общее понятие о торгах

В общепринятом понимании торгами является заключение сделки с лицом, которое предложило самые выгодные ее условия. Благодаря торгам можно изменять цену предлагаемых товаров, работ или услуг, поскольку при этом задействуется механизм конкуренции между большим количеством претендентов. Именно эта особенность отличает торги от простого торга между единичным покупателем (заказчиком) и продавцом (подрядчиком).

Обратимся к определению торгов, которое содержится в словаре русского языка С.И. Ожегова и Ю. Шведовой. В нем говорится, что торги представляют собой состязательный порядок сдачи подряда тому, кто предложит самые выгодные условия.¹ Следует иметь в виду, что сами торги не тождественны той сделке, которая будет заключена по их итогам.

Одной из отличительных особенностей торгов является то, что они соотносятся как результат (сделка) и как средство для его достижения (торги).² В правовой литературе заключение договора посредством торгов традиционно рассматривается как специальный способ заключения договора.

Как известно, договор может заключаться различными способами. Рассмотрим понятие и особенности способов заключения договора, поскольку это имеет важное значение в контексте рассматриваемого вопроса. В советском гражданском праве под способами заключения договора традиционно понималось совершение определенных действий. Благодаря таким действиям стороны могли достичь взаимосогласованной воли.³ При этом отметим, что выбор конкретного способа заключения договора зависел от определенных обстоятельств и условий.

¹ Ожегов С., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. - М.: Мир и образование. - 2015. - С. 715.

² Постановление ФАС Московского округа от 04.09.2002 г. № КГ-А40/5833-02; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 07.06.2011 г. по делу № А32-54616/2009.

³ Грибанов В.П., Корнеев С.М. Советское гражданское право. Т. 1. - М.: Юридическая литература, 1981. - С. 470.

Переходим к рассмотрению особенностей стадии преддоговорных отношений применительно к процедуре торгов. Данная стадия начинается с извещения о предстоящих торгах, которое направляется неограниченному кругу потенциальных участников торгов. После того как определится победитель торгов, а также будет составлен и подписан итоговый протокол торгов, то преддоговорные отношения завершаются. Кроме того, если не удастся выявить победителя и торги будут признаны несостоявшимися, то в таком случае преддоговорные отношения также завершаются.

На основании изложенного, мы можем сделать следующий важный вывод. Торги - это процедура заключения договора, что же касается способа, то он представляет собой ничто иное, как процедурный аспект заключения договора. Следовательно, можно говорить о том, что торги являются юридической процедурой, при помощи которой можно заключить договор.

Проанализировав положения, которые содержатся в п. 1 ст. 447 ГК РФ, мы приходим к пониманию того, в каких случаях торги можно использовать в качестве способа заключения договора. Если какой-либо договор направлен на продажу либо приобретение прав (например, права аренды) либо имущества (например, активов предприятий, ценных, бумаг, недвижимости и т.д.), то его можно заключить при помощи торгов. При этом существуют и такие типы договоров, которые противоречат самой сущности торгов. Очевидно, что такие договора нельзя заключать при помощи торгов.

К примеру, О. Садиков⁴ и А.Ю. Кабалкин⁵ считают, что при помощи торгов нельзя заключить договор мены, издательский договор, договор дарения, договор о совместной деятельности. По их мнению, торги не соответствуют ни самой сущности, ни особенностям договоров данного типа.

Мы же считаем, что при помощи торгов можно заключить договор практически любого типа, в том числе и договоры, которые указанные выше авторы считают неподходящими для них. Попробуем аргументировать свою

⁴ Садиков О. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Инфра-М, 2018. - С. 991.

⁵ Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовые договоры в России. - М.: Юрайт. - 2014. - С. 70.

точку зрения, для этого мы попытаемся понять, может ли быть заключен на торгах издательский договор.

Предположим, что заказчик планирует издать свои материалы или документы. Очевидно, что ему будет интересно рассмотреть не одно единственное, а сразу несколько предложений об условиях их издания. Действующее гражданское законодательство разрешает использовать любые процедуры при заключении договора на оказание издательских услуг. Это означает, что раз закон не предусматривает никаких ограничений на этот счет, то издательский договор можно заключить и при помощи торгов.

Необходимо отметить, что в юридической литературе и на практике издательский договор как правило отождествляется с договором авторского заказа. По всей видимости, данное обстоятельство и является причиной того, что многие ученые считают, что издательский договор не может заключаться на торгах. В то же время эти договоры имеют совершенно разные договорные конструкции и заметно отличаются друг от друга. При заключении авторского договора первостепенное значение имеет личность самого автора, в то время как при заключении издательского договора она не имеет абсолютно никакого значения.

Точно такие же специфические особенности существуют и при заключении договора на оказание преподавательских либо экспертных услуг, поскольку здесь также, при выборе как правило, имеет определяющее значение личность конкретного ученого, преподавателя либо эксперта. Таким образом очевидно, что не имеет никакого практического смысла заключать при помощи торгов авторский договор либо договор на оказание преподавательских или экспертных услуг.

В юридической литературе является общепринятой точка зрения о том, что при помощи торгов нельзя заключить договор, который имеет фидуциарный (доверительный характер).⁶ В таком договоре основным критерием оценки является доверие заказчика к участнику. Принято считать, что такое качество как

⁶ Крашенинников П.В. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Статут, 2018. - С. 461.

доверие нельзя применить по отношению к договору, который заключается на торгах, поскольку доверие нельзя сформулировать в качестве условия договора. Полагаем, что подобная позиция является несостоятельной и попробуем аргументировать свою точку зрения на примере договора простого товарищества, который как известно обладает фидуциарным характером. Предположим, что заказчик хочет провести торги на право заключения такого договора. Определяющее значение здесь будут иметь различные обстоятельства, а вовсе не доверие. Заказчик будет иметь возможность оценить всю совокупность таких обстоятельств и в результате у него сформируется доверие (либо наоборот, - недоверие) к победителю торгов. Таким образом, несмотря на фидуциарный характер данного договора, доверие не будет являться здесь основным критерием оценки будущего контрагента.

Поясним сказанное на следующем примере. Допустим, что перед заказчиком стоит задача найти и выбрать надежного делового партнера. Первостепенное значение при этом будет иметь совокупность следующих факторов, которыми должен обладать контрагент. Прежде всего, важна хорошая деловая репутация, контрагент должен обладать достаточным опытом работы на соответствующем рынке, в компании не должно быть текучки кадров, поэтому состав трудового коллектива должен быть стабильным. Важное значение также имеют показатели прибыли и кроме того, компания не должна являться участником судебных процессов ни в прошлом ни в настоящем. Наконец, помимо перечисленных факторов, немаловажное значение имеет отсутствие фактов отзыва лицензий и допусков. Некоторые заказчики также изучают политику, которая компания проводит в сфере социальной корпоративной ответственности.

Следует отметить, что одно лишь наличие перечисленных выше факторов уже само по себе может являться достаточным условием для допуска к участию в торгах. Либо перечисленные факторы могут послужить в качестве критериев, которые позволяют выбрать победителя торгов.

Таким образом, само по себе доверие не является основным критерием для выбора будущего контрагента и уж тем более не является обязательным условием

для проведения торгов. Доверие формируется в результате комплексной оценки большого количества различных аспектов деятельности участников торгов. Оценив эти аспекты, заказчик может уверенно определиться с выбором того или иного контрагента, которому как он считает можно доверять. После проведения торгов, подведения их итогов и подписания протокола он сможет заключить договор с таким контрагентом.

В этой связи заслуживает поддержки точка зрения С.М. Илюшников, который считает, что именно на преддоговорной стадии между будущими контрагентами формируются доверительные взаимоотношения.⁷

Иногда заказчик может захотеть заключить при помощи торгов договор о совместной деятельности. При этом законодатель устанавливает различного рода ограничения на заключение таких договоров при помощи торгов, фактически же такой договор вообще невозможно заключить при их помощи. Мы считаем, что такая позиция является неоправданной. Предположим, что заказчик планирует реализовать в каком-либо регионе свой бизнес-проект. Почему же тогда он не может прибегнуть к процедуре торгов, чтобы с их помощью получить отличную возможность для поиска и выбора своих будущих партнеров.

Идем далее. По мнению М.Н. Илюшиной, при помощи торгов нельзя заключить договор дарения, поскольку это противоречит самой правовой природе договора дарения.⁸ Мы же считаем, что договор дарения, также, как и договор мены можно заключать посредством торгов и никаких противоречий здесь не наблюдается. Все дело в том, что в конечном счете все зависит не от вида договора, а от тех целей, которые заказчик торгов ставит перед собой. Предположим, что одним из основных условий дарения вещи является ее дальнейшее использование. Это может произойти, например, тогда, когда даритель ставит условие, соблюдение которого является обязательным при принятии дара. К примеру, даритель хочет, чтобы одаряемый использовал дар по какому-то определенному назначению. Оговоримся, что ст. 578 ГК РФ разрешает

⁷ Илюшников С.М. Простое товарищество в российском гражданском праве // Журнал российского права. - 2015. - № 8. - С. 38.

⁸ Илюшина М.Н., Чельшев М.Ю., Ситдикова Р.И. Теория и практика коммерческих сделок. М.: РПА МЮ РФ, 2016. - С. 89.

ставить такое условие. И как можно увидеть, здесь на первый план выдвигается вовсе не вид договора. Приоритетным здесь является субъективный юридически значимый интерес дарителя.

С.В. Савина настаивает на том, что договор будет невозможно заключить при помощи торгов в том случае если в нем нет элемента состязательности. Свой тезис она аргументирует на примере анализа особенностей публичных договоров, а также таких видов договоров как договор присоединения и договор о приобретении товаров (работ или услуг), которые оказывают либо производят субъекты естественных монополий. В результате она приходит к выводу о том, что в таких договорах элемент состязательности как таковой отсутствует и поэтому они не могут быть заключены на торгах. Также она выделяет два обстоятельства, которые, по ее мнению, препятствуют заключению договора на торгах. Речь идет о преимущественном праве на заключение договора (которое будет подробно рассматриваться в следующем параграфе исследования) и наличии исключительных права на результаты интеллектуальной деятельности.⁹

Полагаем, что, с такой оценкой в целом можно согласиться, но лишь с определенными оговорками и далее мы аргументируем почему.

В последние годы некоторые ученые и специалисты высказывались за то, что перечень договоров, которые заключаются на торгах следует расширить. К примеру, по мнению С.Д. Могилевского, посредством проведения закрытого аукциона можно удачно реализовать преимущественное право приобретения акций в закрытом акционерном обществе. Участниками такого аукциона будут являться только акционеры данного закрытого акционерного общества. Как считает С.Д. Могилевский, в указанном механизме именно аукцион позволяет выявить такую цену реализации своих акций, которая будет наиболее предпочтительной для их продавца.¹⁰ Мы же находим предложение С.Д. Могилевского нецелесообразным. Кроме того, сомнительность его предложения подтверждает и судебная практика, которая свидетельствует о том, что суды

⁹ Савина С.В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. - 2018. - № 10. - С. 21.

¹⁰ Могилевский С.Д. Правовые основы деятельности акционерных обществ. - М.: Дело, 2015. - С. 73.

обычно оставляют без удовлетворения те немногочисленные иски, которые были поданы в связи с необходимостью проведения торгов по определению покупателей долей либо акций.¹¹

Итак, резюмируя изложенное, мы приходим к следующему выводу. С одной стороны, торги вполне пригодны для заключения многих видов договоров, которые как считается, для них не подходят, например, торги можно проводить для договора дарения, договора мены и издательского договора. Некоторые специалисты отрицают такую возможность, но как было выяснено, их доводы неубедительны. Однако здесь есть и другая сторона. Она заключается в том, что значение торгов все же не стоит слишком переоценивать. Конечно, использовать торги в качестве способа заключения договора выгодно и полезно, ведь очевидно, что при определенном уровне конкуренции заказчику это выгодно. В противном случае торги просто превращаются мало того, что в формализованную, так еще и в неудобную процедуру.

Переходим к рассмотрению следующего вопроса. Как известно, заложенное имущество, на которое было обращено взыскание, может быть продано (реализовано) с торгов. Данное положение закреплено в ст. 350-350.2 ГК РФ. Вполне логично, что в подобных ситуациях такие торги интересны прежде всего участникам залоговых правоотношений. Однако здесь есть один нюанс. Он состоит в том, что предмет залога должен быть ликвидным и пользоваться спросом, только в этом случае на торгах за него можно будет выручить приемлемую денежную сумму.

Таким образом, на основании изложенного, мы приходим к выводу о том, что существуют три составляющие, которые могут служить предпосылками для использования именно механизма торгов. Во-первых, между потенциальными контрагентами заказчика торгов должен быть достаточный уровень конкуренции. Во-вторых, сумма договора, который будет разыгрываться на торгах, должна быть не мелкой, а относительно крупной. И наконец, в-третьих, для того, чтобы успешно провести процедуру торгов должен иметься достаточный срок.

¹¹ Постановление ФАС Московского округа от 27.08.2007 г. № КГ-А40/8376-07.

Следует иметь ввиду, что в том случае если сумма договора мелкая, то тогда проводить торги нецелесообразно. Кроме того, если требуется заключить договор срочно либо если конкуренция находится на низком уровне или же вовсе отсутствует как таковая, то во всех этих случаях проводить торги также не имеет никакого смысла.

Когда не существует фиксированных цен, то торги являются неизбежным следствием рыночных отношений. В этой связи С.Э. Жилинский считает, что торги позволяют установить на товары действительные цены.¹² Мы же считаем, что дело обстоит несколько иначе. Торги используются в первую очередь для того, чтобы исключить любое воздействие со стороны как, покупателей, так и продавцов на формирование цены имущества, работ либо услуг. Кроме того, нельзя сбрасывать со счетов и то обстоятельство, что когда имущество реализуется посредством торгов, то налоговые органы не могут пристально контролировать цены на него (апеллируя при этом к ст. 40 Налогового кодекса РФ), точнее вероятность этого сильно уменьшается.

С экономической точки зрения, можно утверждать, что определение цены является экономической функцией торгов. В свою очередь с юридической точки зрения, торги следует рассматривать в качестве одного из способов заключения договора. Торги проводят для того, чтобы получить за имущество, которое выставляется на них, наиболее адекватную цену. Кроме того, благодаря торгам у заказчика расширяются представления о потенциальных контрагентах. Ну и наконец торги позволяют самим уже самим контрагентам значительно минимизировать риски того, что они могут заключить договор с недобросовестным продавцом либо подрядчиком.

В некоторых случаях обязательно проводить торги требует само государство. Как правило, это происходит тогда, когда государство хочет защитить публичные интересы, например, при осуществлении государственных либо муниципальных закупок. В других случаях, требуя обязательного проведения торгов, государство хочет защитить интересы третьих лиц, например,

¹² Жилинский С.Э. Предпринимательское право. - М.: Волтерс Клуверс, 2015. - С. 405.

кредиторов, в чьих интересах с торгов реализуется имущество несостоятельного должника. Следует иметь в виду, что для указанных ситуаций, российское законодательство предусматривает особые процедуры проведения торгов. Отличительной особенностью таких процедур является то, что правила их проведения значительно отличаются от тех правил, которые установлены ГК РФ.

Необходимо отметить, что торги позволяют быстро и эффективно привлечь инвестиции в экономику. Связано это с тем, что достичь наибольшей выгоды позволяют именно конкурентные способы заключения договоров. Сегодня торги часто используются при продаже государственного либо муниципального имущества. Следствием этого является ощутимое пополнение государственного и муниципального бюджета, поскольку в процессе проведения торгов начальная цена реализуемого объекта или договора в зависимости от целей и типа торгов может значительно увеличиться (если проводится аукцион), либо наоборот, уменьшиться (если речь идет скажем, о государственных либо муниципальных закупках).

Практика проведения торгов свидетельствует о том, что в условиях конкуренции между покупателями, финальная цена продажи имущества на аукционе может в несколько раз превысить начальную цену имущества.

Как уже упоминалось выше, в настоящее время при помощи торгов часто осуществляются государственные либо муниципальные закупки. Благодаря торгам бюджетные средства, а также внебюджетные источники финансирования используются более эффективно. Кроме того, торги еще и позволяют значительно сэкономить бюджетные средства, поскольку получаемая экономия оказывается несоизмеримо больше, чем те затраты, которые идут как на проведение торгов, так и на информационное обеспечение осуществления государственных либо муниципальных закупок.

Если смотреть на процедуру проведения торгов с точки зрения антимонопольного законодательства, то можно сделать вывод о том, что торги позволяют установить для хозяйствующих субъектов равные условия деятельности. Если торги (в форме конкурсов либо аукционов) отсутствуют, то во

многих случаях ФАС России расценивает это как создание дискриминационных (или наоборот, льготных) условий деятельности для отдельных хозяйствующих субъектов. В то же время на процедуру торгов можно посмотреть и под другим углом. Речь в данном случае идет о том, что для некоторых хозяйствующих субъектов торги являются дополнительным административным барьером, который мешает им выйти на рынок определенных товаров, работ либо услуг. Разберем этот момент более подробно.

Обозначенная ситуация является типичной для многих споров. Рассмотрим один из них. В различных российских регионах для обслуживания маршрутов пассажирского транспорта, местная администрация широко практикует конкурсный отбор перевозчиков. При этом сами перевозчики зачастую считают, что участие в конкурсной процедуре накладывает на них дополнительные обязанности, вынуждая участвовать в конкурсе. По их мнению, это препятствует свободной конкуренции и ущемляет их экономические интересы.

Тем не менее, судебная практика отличается единообразием по данным спорам. Арбитражные суды в подавляющем большинстве случаев признают законными все акты местных органов власти по данной категории дел. Впрочем, практика знает и редкие исключения. Например, иногда арбитражный суд может признать, что какие-либо условия квалификационного отбора претендентов являются дискриминационными. Например, положения, которые обязывают перевозчиков обязательно участвовать в благотворительной деятельности.¹³

С нашей точки зрения, если говорить в целом, то никакого ограничения конкуренции и дискриминации здесь точно нет. Как известно, конкурсный отбор перевозчиков является открытым, поэтому мы считаем, что он не оказывает ровным счетом никакого влияния на уровень конкуренции между ними. Кроме того, поскольку все без исключения потенциальные перевозчики должны пройти конкурсный отбор, то эта обязанность в равной степени распространяется на каждого из них и все они равны между собой. Каждый потенциальный перевозчик самостоятельно принимает решение о том, будет ли он, или наоборот,

¹³ Одинцова Т.К. Оспаривание торгов на право заключения договора по маршрутным перевозкам // Адвокатская практика. - 2018, № 3. - С. 32.

не будет, участвовать в конкурсном отборе.

Для участников конкурсного отбора могут быть установлены специальные требования, например, для обслуживания маршрута может потребоваться наличие определенных транспортных средств. Подобные требования не носят персонифицированный характер. Их предъявление обусловлено необходимостью оказывать услуги по перевозке гражданам, которые являются потребителями данных услуг.

Из изложенного можно сделать закономерный вывод о том, что ни конкурсная процедура, ни сама возможность проиграть конкурс, ни в коей мере не ограничивают конкуренцию и свободу предпринимательской деятельности.

В этой связи нам представляется справедливым следующее замечание Д.В. Сафиной. По ее мнению, благодаря торгам создаются смешанные модели договорных отношений по признаку волеизъявления. В такой модели первая сторона выступает от имени государства на основании специального задания. Эта сторона может быть либо полностью, либо частично лишена волеизъявления. В свою очередь вторая сторона действует в пределах гражданско-правового договора и полностью свободна в своем волеизъявлении.¹⁴

Примером смешанной модели договорных отношений по признаку волеизъявления может служить сфера осуществления государственных либо муниципальных закупок. Еще одним примером является государственная система лицензирования. Зачастую именно торги выступают ее неотъемлемой частью. Обратимся к ст. 11, 16 Закона о недрах. Согласно общему правилу, право на использование недр для целей геологического изучения, разведки и добычи полезных ископаемых, должно предоставляться исключительно по результатам конкурсов либо аукционов.¹⁵ В основе данного требования лежит принцип состязательности, который необходимо соблюдать при выборе пользователей недр.

Учитывая изложенное, представляется обоснованной точка зрения Л.М.

¹⁴ Сафина Д.В. Торги как механизм согласования различных секторов экономики // Современное право. - 2016. - № 5. - С. 68.

¹⁵ Закон РФ от 21.02.1992 № 2395-1 (ред. от 03.08.2018) «О недрах» // Собрание законодательства РФ. - 06.03.1995. - № 10, ст. 823.

Алланиной, которая считает, что в данном случае определенное правоотношение, которое тесно связано с проведением торгов, в качестве общей предпосылки сопутствует либо предшествует заключению договора.¹⁶

В качестве еще одного примера рассмотрим выдачу лицензий в области связи. В ст. 31 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи»¹⁷ говорится о том, что предметом торгов здесь выступает право на получение лицензии в области связи. Как можно увидеть, в данном случае нет никакого договора, а есть лишь конкурс на право получения лицензии. Таким образом, применительно к рассматриваемой ситуации, нельзя говорить о том, что торги являются способом заключения договора.

Как считает М.И. Брагинский, целью проведения конкурсов по выдаче лицензий является наделение победителя дополнительными правами. По его мнению, такие права входят в состав гражданской правоспособности.¹⁸ Мы считаем, что это утверждение является обоснованным, ведь по сути торги уже давно являются не только лишь одним из способов заключения договора. В настоящее время торги можно рассматривать и как способ приобретения прав, причем правовая природа таких прав зачастую является довольно сложной.

Именно регулируемый нормами гражданского законодательства договор, в конечном итоге и связывает отношения между органом государственной власти с одной стороны, и пользователем водных биологических ресурсов, с другой стороны.¹⁹ В качестве примера также можно взять Закон о кредитных историях, чья ст. 12 регулирует порядок продажи кредитных историй при помощи торгов. Что представляет собой кредитная история? Ведь это не вещь и даже не право. Для того, чтобы понять, что это такое, обратимся к п. 1 ст. 3 Закона о кредитных историях. Из данной нормы следует, что кредитной историей является информация, которая характеризует то, как заемщик исполняет взятые на себя

¹⁶ Алланина Л.М. Гражданско-правовое регулирование отношений недропользования // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2017. - № 8. - С. 25.

¹⁷ Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О связи» // Собрание законодательства РФ, 14.07.2003, № 28, ст. 2895.

¹⁸ Брагинский М.И. Торги и конкурсы // Юрист. - 2016. № 36. - С. 9.

¹⁹ Сиваков Д.О. Особенности договорных отношений в области рыбного хозяйства // Журнал российского права. - 2014. - № 2. - С. 49.

обязательства по договорам кредита или займа.²⁰ Отметим, что кредитная история хранится в бюро кредитных историй.

На основании изложенного, мы приходим к выводу о том, что не только какая-то вещь либо имущественное право могут быть предметом торгов. Предметом торгов также может являться и право на осуществление определенного вида деятельности, причем такое право нельзя сопоставить с денежной оценкой. Примерами таких прав являются: право на оказание услуг связи, право пользования участками недр, право на получение квот на вылов водных биологических ресурсов и т.д. Следующий важный вывод, который можно сделать, заключается в том, что в сферу гражданско-правового регулирования входят абсолютно все без исключения отношения, которые возникают в ходе организации и проведении торгов. При этом не имеет значения ни то, для каких целей организуются и проводятся торги, ни сама сфера экономических отношений, в которых проводятся торги, это может быть сфера связи, сфера добычи полезных ископаемых, продажа кредитных историй и т.д.

Таким образом, можно уверенно утверждать, что институт торгов уже давно приобрел межотраслевой характер. В настоящее время институт торгов с разными вариациями и особенностями используется не только в гражданском праве, но и далеко за его пределами. Следовательно, речь идет о том, что торги не ограничиваются лишь приобретением гражданских прав на какие-либо объекты или имущество, а по сути представляют собой универсальную модель приобретения различного рода прав. Для подтверждения сказанного, в качестве примера можно привести конкурсы на замещение должностей, которые регулируются ст. 18 Трудового кодекса РФ.²¹

Итак, как было выяснено, торги являются межотраслевым явлением. Это означает, что торгам присущи два конститутивных признака, которые характерны для торгов как гражданско-правового института. Первым признаком является равенство участников, а вторым признаком является состязательность участников

²⁰ Федеральный закон от 30.12.2004 № 218-ФЗ (ред. от 03.08.2018) «О кредитных историях» // Собрание законодательства РФ, 03.01.2005, № 1 (часть 1), ст. 44.

²¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 27.12.2018) // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, № 1 (ч. 1), ст. 3.

между собой.²²

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что каждый случай организации торгов (например, конкурса либо аукциона) можно рассматривать как самостоятельную сделку или договор между организатором торгов и их участниками.²³ В свою очередь Н.И. Клейн, считает, что конкурс и аукцион по продаже движимых и недвижимых вещей, а также имущественных прав, является односторонней гражданско-правовой сделкой. В результате такой сделки победитель получает право требовать заключения договора.²⁴ Мы же считаем, что торги обладают сложным юридическим составом. Отличительной особенностью такого состава является то, что он, во-первых, воплощается в целом комплексе односторонних сделок, которые последовательно сменяют друг друга, а во-вторых, воплощается в совокупности правовых последствий, которые возникают после завершения торгов.

Схожей позиции придерживаются В.Е. Мацуков и Т.И. Сачук. По их мнению, торгам присущ сложный юридический состав, а также длящееся юридическое действие. Это действие совершается согласно процедуре, которая установлена как законом, так и иными нормативно-правовыми актами и влечет наступление определенных правовых последствий.²⁵ Следуют отметить, что на страницах юридической литературы многие ученые единодушны в том, что на стадии организации и проведении торгов, гражданско-правовые отношения по своему содержанию являются организационно-правовыми. Причина заключается в специфической направленности торгов, поскольку известно, что на стадии заключения итогового договора необходимо организовать и упорядочить отношения. Указанные правовые связи являются неотъемлемым и важным элементом договорного обязательства, которое конструируется в ходе торгов.²⁶

Довольно интересное определение торгов было предложено В.В.

²² Брагинский М.И. Конкурс // Хозяйство и право. - 2005. - № 5. - С. 11.

²³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 1. М.: Статут, 2006. - С. 230.

²⁴ Садиков О. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Инфра-М, 2018. - С. 463.

²⁵ Сачук Т.И., Мацуков В.Е. Недействительность торгов: отдельные вопросы судебной практики // Экономическое правосудие на Дальнем Востоке России. - 2005. - № 1. - С. 15.

²⁶ Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики // Законодательство и экономика. - 2017. - № 11. - С. 37.

Груздевым. По его мнению, под торгами необходимо понимать механизм возникновения договорного обязательства, который состоит из юридических фактов. Эти факты последовательно взаимодействуют между собой и влекут наступление разнообразных правовых последствий. С точки зрения В.В. Груздева, механизм торгов состоит из четырех элементов: 1) извещения о проведении торгов; 2) заявки на участие в торгах; 3) юридического поступка организатора торгов; 4) договора-сделки.²⁷ Охарактеризуем указанные элементы более подробно. Извещение о проведении торгов представляет собой одностороннюю сделку организатора торгов. В свою очередь заявка на участие в торгах является односторонней сделкой участника торгов. При этом ее отличительной особенностью является то, что она совершается под отлагательным условием. Сами же торги проводятся для того, чтобы, во-первых, выявить победителя, а во-вторых, определить содержание договора, который будет заключен по итогам торгов. Это юридический поступок организатора торгов.

Указанный автор считает, что если по результатам торгов был заключен договор, то он всегда будет являться договором между присутствующими контрагентами. На основании этого, он делает вывод о том, что с практической точки зрения нет никакого смысла в том, чтобы выделять стадии заключения договора, в частности, такие, как оферта и акцепт.²⁸

С нашей точки зрения, предложенное В.В. Груздевым понимание торгов является слишком широким. В узком же понимании торги являются особой процедурой, которая предназначена для выявления победителя с которым можно будет заключить договор или предоставить ему то или иное право.

1.2. Преимущественные права и торги

Иногда субъекты правоотношений могут получать определенные преимущества перед третьими лицами при реализации принадлежащих им

²⁷ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву // Журнал российского права. - 2016, - № 8. - С. 83.

²⁸ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву // Журнал российского права. - 2016, - № 8. - С. 83.

правовых возможностей. Речь идет о преимущественных правах, которые предоставляются российским законодательством. Приведем примеры таких прав. В соответствии со ст. 621 ГК РФ, при заключении договора аренды на новый срок, предыдущий арендатор имеет преимущественное право на его заключение (продлонгацию договора). Или, например, закон предоставляет акционерам закрытого акционерного общества преимущественное право на покупку акций у других акционеров этого общества, в том случае если они захотят продать свои акции. А участник общества с ограниченной ответственностью имеет преимущественное право на приобретение доли ООО у других участников этого общества.

Как известно, свобода договора и равенство субъектов гражданских правоотношений являются одними из фундаментальных принципов гражданского права. Поэтому в подобных случаях российский законодатель со всей очевидностью идет на сознательное ограничение двух указанных принципов.

Рассмотрим сущность преимущественного права. Преимущественное право фактически представляет собой определенную привилегию, которая отклоняется от принципа формального равенства. И здесь сразу же возникает вопрос, а может ли преимущественное право быть применимо по отношению к заключению договора на торгах, которые являются одним из возможных способов заключения договора и предполагают состязательность и равные условия для всех их участников. Предположим, что преимущественное право применимо к торгам и обладатель такого права может заключить договор, который является предметом торгов. Тогда возникает другой вопрос, каким образом обладатель такого права может его реализовать.

Некоторые авторы считают, что преимущественное право абсолютно неприменимо к заключению договора на торгах. К примеру, Н.В. Зубарева полагает, что если речь идет о торгах, то данное право нельзя реализовать даже чисто технически. Впрочем, она оговаривается, что обладатель преимущественного права может воспользоваться им как до, так и после

проведения процедуры торгов.²⁹

К довольно интересному выводу пришел А.А. Кирилловых, который исследовал преимущественное право применительно к заключению договора аренды на торгах. Он считает, что в том случае если арендатор обладает преимущественным правом на пролонгацию договора аренды, то ему не обязательно лично участвовать в торгах на заключение договора аренды. Однако после того, как процедура торгов завершится, то у него появляется право на обращение в суд. В исковом требовании он может потребовать от арендодателя заключить договор аренды именно с ним (поскольку он как предыдущий арендатор обладает преимущественным правом на заключение этого договора), а не с победителем торгов, причем на тех же самых условиях, что были предложены победителем торгов.³⁰

Ю.С. Турсунова придерживается несколько более категоричной позиции, которая базируется на тех разъяснениях, которые в прошлом были изложены ВАС РФ в своем информационном письме³¹. Она считает, что для того, чтобы избежать возникновения спорных ситуаций, арендодателю до начала процедуры проведения торгов целесообразно сначала уведомить остальных участников торгов о том, что у предыдущего арендодателя имеется преимущественное право на заключение договора аренды.³²

Мы считаем, что вопрос о соотношении преимущественного права и торгов является дискуссионным и ниже попытаемся представить и аргументировать свою точку зрения по данному вопросу.

Если говорить в целом, то с нашей точки зрения, преимущественное право препятствует проведению торгов. Это объясняется тем, что сама сущность торгов просто несовместима с возможностью реализации преимущественного права. Необходимо отметить, что в российском законодательстве содержатся отдельные

²⁹ Зубарева Н.В. Преимущественное право покупки // Российская юстиция. - 2016. - № 16. - С. 18.

³⁰ Кирилловых А.А. Преимущественное право аренды при проведении конкурсных торгов // Законодательство и экономика. - 2014. - № 14. - С. 38.

³¹ Информационное письмо ВАС РФ от 28.07.1995 г. № С1-7/ОП-434 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебнo-арбитражной практике» // Вестник ВАС РФ. - 1995. - № 10. - С. 14.

³² Турсунова Ю.С. Исполнение договоров, заключенных по результатам торгов // Хозяйство и право. - 2016. - № 6. - С. 38.

примеры разрешения проблемы сочетания торгов и преимущественных прав. В качестве примера приведем публичные (открытые) торги, на которых реализуются земельные участки сельскохозяйственного назначения. Как известно, субъект РФ либо муниципальное образование могут обладать преимущественным правом покупки таких земель. Тем не менее, при проведении публичных торгов это право не действует.³³

Следует отметить, что в 2009 году ВАС РФ занял довольно неопределенную позицию по вопросу о том, как сочетаются между собой институт заключения договора на торгах и институт преимущественных прав. Так, в одном из своих информационных писем ВАС РФ обратил внимание на следующие обстоятельства. В том случае если в ходе конкурсного производства либо в рамках исполнительного производства предметом торгов являются акции ЗАО, то акционер данного ЗАО может реализовать принадлежащее ему преимущественное право на приобретение этих акций при помощи механизма торгов. Для этого ему необходимо будет сделать заявление о том, что он согласен приобрести акции по той цене, которая сформируется на них в результате торгов.³⁴ Далее разберем, суть этой позиции и что из нее следует.

Допустим, что торги необходимо провести в обязательном порядке. На этот случай есть специальное указание закона, из которого следует, что обладатель преимущественного права может реализовать принадлежащее ему право посредством участия в проводимых торгах. А теперь предположим, что продавец акций решил провести торги по собственной инициативе. Что тогда? А тогда обладатель преимущественного права может и вовсе его не реализовывать. Все дело в том, что в дальнейшем акционер ЗАО может заявить требование о том, что все права и обязанности победителя торгов переходят к нему, поскольку он обладает преимущественным правом на выкуп акций ЗАО. Таким образом, можно без труда увидеть очевидную непоследовательность позиции ВАС.

³³ Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском праве // Хозяйство и право. - 2016. - № 11. - С. 42.

³⁴ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.06.2009 г. № 131 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров о преимущественном праве приобретения акций закрытых акционерных обществ» // Вестник ВАС РФ. - 2009. - № 10. - С. 16.

Необходимо упомянуть пример другого подхода к проблеме соотношения торгов и преимущественных прав, которое знает российское законодательство. В данном случае имеются ввиду нормы, которые наделяют малый и средний бизнес определенными привилегиями, в частности, это нормы о приватизации государственного и муниципального имущества. Последнее может быть на возмездной основе отчуждено в собственность частноправовых субъектов. В качестве таковых могут выступать как физические лица, так и юридические лица.

На основании изложенного, мы приходим к однозначному выводу о том, что институт преимущественных прав никоим образом не может сочетаться с институтом торгов. Все дело в том, что преимущественно право всегда представляет собой определенного рода привилегию. В то же время известно, что участники торгов должны находиться в равных и одинаковых соревновательных условиях между собой. Возникает вопрос, как же тогда быть с обладателем или обладателями преимущественных прав в отношении предмета торгов? Мы считаем, что в данной ситуации организатор торгов должен непосредственно до начала проведения торгов урегулировать все проблемы с обладателями преимущественных прав. Представляется, что это является идеальным вариантом.

Предположим, что преимущественному правообладателю предложили на начальных условиях торгов реализовать принадлежащее ему право, однако он решил отказаться от этого. Следовательно, можно утверждать, что отныне больше ничто не сможет повлиять на чистоту конструкции последующих торгов. И если обладатель преимущественного права каким-либо образом захочет посягнуть на договор, который был заключен по итогам торгов, то все его претензии будут безосновательны. Подчеркнем, что в ст. 255 ГК РФ по сути и был заложен именно такой алгоритм.

Но возможна и другая ситуация. Предположим, что предметом предстоящих торгов является право аренды имущества и у организатора торгов нет никакой информации о том, что есть еще и преимущественный правообладатель, при этом последний может никак не обозначать свой интерес к предмету торгов, а может даже просто и не знать об их проведении. Очевидно,

что в такой ситуации интересы победителя торгов могут пострадать. И для того, чтобы их компенсировать он может предъявить организатору торгов иск. Таким образом, в подобных ситуациях все возможные риски должен принять на себя непосредственно организатор торгов. И это вполне обоснованно, ведь именно он должен тщательно организовывать проведение торгов, проверять и описывать предмет(ы) торгов, а также проверять информацию о том, имеются ли у кого-то преимущественные права в отношении предмета торгов.³⁵

Таким образом, на основании изложенного можно сделать следующий вывод. Условия реализации преимущественного права должны варьироваться. Ключевое значение при этом имеет этап реализации этого права. Допустим, что организатор торгов предложил обладателю преимущественного права реализовать свое право до начала процедуры торгов. В таком случае, условия реализации преимущественного права должны быть тождественны начальным условиям торгов. Разумеется, что речь здесь прежде всего идет о начальной цене предмета торгов.

А теперь представим себе другую ситуацию. Предположим, что обладатель преимущественного права будет вынужден реализовать свое право после того, как торги уже завершились. В этом случае обладатель преимущественного права должен будет согласиться с той ценой, которую предложил победитель торгов.

Как нам кажется, данный подход является наиболее предпочтительным, поскольку он позволит победителю торгов минимизировать вероятность того, что он утратит свое эксклюзивное право (или, если говорить иначе - привилегию) на заключение договора. Причина заключается в том, что в такой ситуации обладатель преимущественного права будет вынужден заплатить за предмет торгов ровно ту цену, которую предложил их победитель. Помимо этого, он еще должен будет располагать необходимыми материальными средствами, для того, чтобы заплатить за предмет торгов. Отметим, что в практике торгов сочетание указанных обстоятельств будет встречаться крайне редко.

³⁵ Чиждова А. Преимущественное право арендатора на заключение договора аренды на новый срок и торги // Хозяйство и право. - 2016. - № 10. - С. 63.

1.3. Правовая квалификация совместных предложений участников торгов

Необходимо отметить, что международная практика разрешает участникам предстоящих торгов заключать между собой юридические соглашения для участия в предстоящих торгах. Такие соглашения могут иметь различные формы. Например, два или более претендента на участие в торгах могут представить заказчику торгов совместное тендерное либо конкурсное предложение. Это, пожалуй, самая распространенная форма таких соглашений. Как правило, это происходит в ситуациях, когда отдельные участники торгов имеют недостаточно материальных и иных ресурсов для того, чтобы иметь возможность исполнить весь заказ, который разыгрывается на торгах. Говоря другими словами, разыгрываемый на торгах заказ является слишком большим для одного участника и в одиночку он просто не в силах будет его исполнить. В подобных ситуациях участники торгов могут оформить сотрудничество между собой, например, в форме соглашения о создании новой компании или консорциума либо доверенности на выполнение субподрядных работ и поставок.³⁶

Во многих зарубежных правовых системах правовая регламентация консорциумов отсутствует. Не является исключением и российское законодательство. На первый взгляд может показаться, что российское законодательство прямо не запрещает принимать участие в торгах несколькими организациями, в том случае если они решили действовать совместно как консорциум.

Следует отметить, что в некоторых нормативно-правовых актах допускается возможность допуска договорных объединений к участию в торгах. Однако по одному из таких дел Арбитражный суд Московского округа вынес постановление о том, что консорциум нельзя рассматривать в качестве юридического лица. При этом, суд также указал, что лидер консорциума может участвовать в аукционе, а если он будет признан победителем, то тогда он вправе заключать договор и несет

³⁶ Ишутин П. Договорные отношения и подрядные торги // Хозяйство и право. - 2015. - № 9. - С. 26.

все обязательства и всю полноту ответственности по заключаемому договору.³⁷

Из изложенного решения следует, что вроде бы не существует ничего, что объективно препятствует допуску консорциумов для участия в торгах. Консорциум может быть допущен к торгам, он может быть признан победителем торгов, в том случае если договор был подписан с лидером этого объединения. В данном случае речь идет о том, что неправосубъектное объединение вступает в гражданские отношения через уполномоченное юридическое лицо. Таким образом, вроде бы все просто и ситуация разрешена, однако в действительности все далеко не так однозначно и ниже мы разберем, почему это так.

Когда участники торгов подают совместное конкурсное предложение, то это означает, что участников торгов как минимум двое, в то время как подданное ими предложение всего одно. Кроме того, не совсем корректно говорить о том, что на торгах побеждает конкретный участник торгов. Одной из особенностей торгов является то, что на них побеждает заявка участника торгов, которой присваивается наименьший порядковый номер. Предположим, что победила заявка, которая была подана консорциумом компаний. Сразу же возникает вопрос о том, сколько победителей должна объявить конкурсная комиссия? В данном случае можно начитать несколько разных вариантов ответа на этот вопрос.

1. Первый вариант. В торгах победил консорциум и победитель только один. Этот вариант невозможен, поскольку он противоречит российскому законодательству. Как уже упоминалось выше, российское гражданское законодательство считает консорциум неправосубъектным объединением. Из этого следует, что консорциум не может являться носителем гражданских прав и обязанностей.

2. Вариант второй. В торгах победил один участник и им является ведущий партнер консорциума. Отметим, что ведущий партнер консорциума - это лидер совместного объединения компаний либо товарищ, которому было поручено ведение общих дел. Итак, этот вариант также неприемлем и соответственно отпадает. Причина заключается в том, что конкурсное предложение подавало

³⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.03.2015 № Ф05-1173/2015 по делу № А40-67913/14 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

совместное объединение компаний, поэтому этот вариант не соответствует содержанию конкурсного предложения.

3. Наконец, третий вариант. В торгах победило несколько участников. Победителем является консорциум в составе всех своих участников. А в протоколе о результатах торгов персонально указаны все компании-участники консорциума, которые являются победителями торгов. В такой ситуации сразу же возникает вопрос: кто должен подписывать договор (контракт) с заказчиком? Здесь возможны два варианта. Первый вариант - договор с заказчиком должен подписать лидер консорциума. При этом он должен действовать на основании доверенностей, которые ему выдали другие участники консорциума. Второй вариант - договор с заказчиком должны подписать непосредственно все участники консорциума, при этом они будут выступать в качестве соисполнителей.

С нашей точки зрения, более предпочтительным является последний вариант. Но опять же, это не отменяет саму суть проблемы. Если договорное объединение компаний, которое было создано по модели простого товарищества либо договора о совместной деятельности (в частности, консорциум, синдикат, пул, трест и т.п.) было допущено к участию в торгах, то арбитражный суд может поставить под сомнение результаты таких торгов, поскольку сложившаяся ситуация все равно будет противоречить п. 4 ст. 447 ГК РФ.

Помимо рассмотренной причины, также существует и еще одна важная причина, из которой следует, что консорциум и другие аналогичные ему договорные объединения не могут быть участниками торгов. Обратимся к п. 1 ст. 2 ГК РФ. Из содержания указанной нормы следует, что только граждане и юридические лица могут быть участниками гражданских правоотношений. А что такое торги? По сути это и есть ничто иное как гражданские правоотношения. Отметим, что некоторые ученые, в частности, К.В. Кичик, считают, что консорциумы и простые товарищества следует наделять правосубъектностью, которая позволит им участвовать в торгах наравне с другими участниками.³⁸ Мы

³⁸ Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования

же считаем, что это предложение не решит проблему.

Как бы то не было, но в любом случае необходимо признать, что сама практика проведения торгов требует, чтобы договорные объединения принимали участие в торгах. С этой целью необходимо на законодательном уровне установить эту возможность для договорных объединений. В этой связи к примеру, М.И. Брагинский указывал, что основная цель конкурса состоит в выявлении его победителя. При этом он допускает, что в торгах не обязательно должен быть лишь один победитель. Как считает М.И. Брагинский, победителями торгов вполне могут быть и несколько участников, но лишь при одном обязательном условии.³⁹ Речь идет о том, что такая возможность обязательно должна быть установлена в условиях конкурса.

Учитывая изложенное, мы видим лишь один выход, который позволяет решить рассматриваемую проблему и легализовать для консорциумов и аналогичных договорных объединений возможность участия в торгах. Речь идет о том, чтобы внести изменения в норму п. 4 ст. 447 ГК РФ. Суть предлагаемых изменений связана с тем, что в указанной норме необходимо установить возможность одновременного определения нескольких победителей торгов. В этом случае можно будет использовать, закрепленную в п. 1 ст. 308 ГК РФ конструкцию множественности лиц. И тогда если несколько участников торгов совместно действуют на стороне одного из участников и в результате побеждают в торгах, то с ними можно будет заключить договор (контракт) по итогам торгов.

ГЛАВА 2. ВИДЫ И ФОРМЫ ТОРГОВ

2.1. Торги продавца и торги покупателя, отраслевые торги

Необходимо отметить, что в течении довольно долгого периода времени ГК РФ регламентировал только лишь один вид торгов. Речь идет о торгах, направленных на продажу имущества, т.е. торгах продавца. У многих специалистов такая позиция российского законодателя вызывала лишь недоумение, ведь в реальной практике очень большое количество торгов проводится не на продажу, а именно на приобретение товаров, работ либо услуг. В качестве примера возьмем торги в сфере государственных (муниципальных) закупок. При проведении этого вида торгов основной целью является заключение государственного (муниципального) контракта. Такие торги есть ничто иное как торги покупателя. Некоторые ученые также называют такие торги торгами «со скидками», аргументируя это тем, что при их проведении максимальная цена предмета торгов фиксируется в объявлении о торгах и в ходе торгов оференты предлагают свои скидки от максимальной цены.⁴⁰

На сегодняшний день торги зачастую необоснованно ассоциируют с закупками. Ошибочность такого подхода является очевидной, поскольку торги представляют собой не единственный, а лишь один из возможных способов закупки. Процедура торгов призвана опосредовать заключение договора или контракта, чье надлежащее исполнение собственно и составляет цель закупки. Таким образом, можно сделать вывод о том, что нет совершенно никаких оснований для того, чтобы отождествлять закупки с торгами.

Торги являются лишь средством, при помощи которого можно выбрать контрагента, с которым затем можно будет заключить договор или контракт на одном из этапов (как правило, на завершающем) закупочного процесса. В юридической литературе среди ученых существуют различные точки зрения относительно торгов продавца, торгов покупателя и их разграничения. К примеру,

⁴⁰ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. - М.: Статут. - 2009. - С. 23.

Г.А. Сухадольский утверждает, что нормы ст. 447-449 ГК РФ также распространяются и на отношения по проведению торгов на закупку товаров, работ или услуг. Он строит свою аргументацию следующим образом. В соответствии с п. 2 ст. 130 ГК РФ деньги являются частным случаем вещей и поэтому, согласно ст. 128 ГК РФ, они относятся к имуществу. В связи с этим Г.А. Сухадольский делает вывод о том, что именно собственник денег является обладателем имущественного права на покупку товаров, работ либо услуг.⁴¹

Известный специалист в области гражданского права М.И. Брагинский под продажей вещи либо имущественного права понимает следующее. Он считает, что таковым является любой договор, который прямо либо косвенно опосредует переход вещей или имущественных прав, равно как и выполнение работ и оказание услуг.⁴²

Сегодня уже довольно сложно понять логику законодателя, который в тот период почему-то решил построить нормы о торгах именно таким образом. То, что законодатель проигнорировал «торги покупателя» можно объяснить технической ошибкой. Также возможно, что это была просто недоработка законодателя. Наконец, не исключается и такой вариант, что в решении законодателя был сокрыт определенный замысел. В этой связи некоторые ученые и в частности, А.Ю. Кабалкин отмечали, что законодатель совершил довольно спорный и неоднозначный шаг, когда решил включить ст. 447-449 ГК РФ в главу 28 о заключении договора. Как считает А.Ю. Кабалкин, указанные статьи применимы исключительно к случаям продажи имущества на торгах в форме конкурса либо аукциона.⁴³ Некоторые ученые считают, что законодателю необходимо было включить в главу 30 ГК РФ новый параграф, и именно туда необходимо было поместить ст. 447-449 ГК РФ. По их мнению, институт торгов является отдельным видом купли-продажи, поэтому он должен регулироваться новым параграфом ГК РФ.⁴⁴

⁴¹ Сухадольский Г.А. Тендеры. - М.: Проспект. - 2016. - С. 27.

⁴² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 2. М.: Статут, 2006. - С. 549.

⁴³ Кабалкин А.Ю. К вопросу о сущности гражданско-правового договора по российскому законодательству // Юридический мир. - 2015. - № 14. - С. 14.

⁴⁴ Назаров А.Е., Щербаков А. Торги: нормы Гражданского кодекса на практике // Право и общество:

Мы можем предположить, что буквальное содержание ст. 447-449 ГК РФ просто не оставило законодателю никакого выбора в толковании, поскольку торги направлены на продажу имущества, которое принадлежит заказчику торгов или же передачу права на его имущество (к примеру, права аренды). В то же время, мы считаем, что законодатель ошибочно поместил данные статьи в главу 30 ГК РФ, поскольку последняя посвящена договору купли-продажи.

В марте 2015 года ФЗ № 62-ФЗ⁴⁵ внес в п. 6 ст. 447 ГК РФ специальное указание и фактически уравнил торги продавца и торги покупателя. Российский законодатель указал, что правила, которые установлены статьями 448 и 449 ГК РФ, отныне также должны применяться и по отношению к торгам, которые проводятся в целях заключения договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг либо приобретение имущественных прав. Данные правила должны применяться в том случае если иное не предусмотрено законом либо не вытекает из существа отношений.

Таким образом, как можно увидеть, российский законодатель уравнил торги продавца и торги покупателя, однако при этом зачем-то включил довольно расплывчатую формулировку о существе отношений. Следует иметь ввиду, что многие положения ГК РФ нельзя применить к «торгам покупателя». Например, к «торгам покупателя» неприменимы нормы об обеспечении (задатке) и не только они.

Необходимо отметить, что в основу классификации торгов можно положить множество самых разнообразных критериев и оснований. Есть такие торги, которые проводятся лишь разово, а есть и такие, которые проводятся на регулярной основе, например, организованные торги на бирже. Также выделяются национальные (внутренние) торги и международные торги (смешанные).

Торги также можно классифицировать в зависимости от сферы общественных отношений, в которых они проводятся. В данном случае речь идет

истоки, современность и перспективы. Новокузнецк, 2007. - С. 114.

⁴⁵ Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 09.03.2015, № 10, ст. 1412.

об отраслевых торгах. Отличительной особенностью таких торгов является то, что в каждой сфере общественных отношений они обладают собственной спецификой. Кроме того, правовое регулирование таких торгов осуществляется специальным отраслевым законодательством и зачастую оно весьма значительно отличается от положений ГК РФ, которые регламентируют порядок проведения торгов.

На сегодняшний день как российское законодательство в целом и подзаконные нормативные акты в частности, предусматривают множество самых разнообразных видов отраслевых торгов.

2.2. Первичные и повторные торги

Первоначальные (т.е. первые) торги, в силу каких-либо причин могут и не состояться. Также не исключается и такая ситуация, когда их результаты не позволяют признать их состоявшимися. Такая ситуация в частности, может возникнуть в том случае, если победитель торгов откажется подписывать протокол об их результатах, либо договор. Если возникла такая ситуация, то организатор может провести повторные торги. Закон предусматривает различные основания для признания торгов несостоявшимися. Интересна практика дореволюционного периода. В правовой литературе того периода отмечалось, что сначала необходимо признать несостоявшимися первые торги и только после этого можно назначать проведение вторых торгов. В противном случае проводить повторные торги просто бессмысленно.⁴⁶

Что же касается современного периода, то в специальных актах российского законодательства по-разному детализируются как основания, по которым первоначальные торги могут быть признаны несостоявшимися, так и правовые последствия, которые возникают вследствие признания торгов несостоявшимися.

В качестве примера разберем первоначальные торги по продаже кредитных историй. Есть только два случая по которым их можно признать

⁴⁶ Горяинов С. О торгах на недвижимые имущества, несостоявшихся за невнесением задаточных денег // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. Апрель. - С. 120

несостоявшимися: 1) если в торгах принимали участие менее двух бюро кредитных историй; 2) если ни один из участников не предложил цену, которая превышает начальную (т.е. не сделал надбавки). Причем, в соответствии с ч. 6, 7 ст. 12 Закона о кредитных историях, повторные торги признаются состоявшимися уже вне зависимости от количества бюро кредитных историй, которые приняли в них участие. Т.е. в них может принимать участие даже одно бюро кредитных историй и торги все равно будут признаны состоявшимися. Очевидно, что положение указанной нормы вступает в прямое противоречие с положениями ГК РФ. И первичные торги и повторные обязательно должны проходить в условиях конкуренции. Разумеется, что конкуренция возможна только при наличии достаточного количества участников. Если повторные торги будут проводиться при наличии всего одного предложения, то заявленная ранее цена так и не будет повышаться, следовательно, просто бесполезно и бессмысленно проводить торги еще раз.

Полагаем, что данную проблему можно урегулировать следующим образом. В том случае если повторные торги будут признаны несостоявшимися, то договор должен быть заключен с их единственным участником. Полагаем, что этот казус необходимо решать именно таким образом. Что же касается самой этой процедуры, считаем, что правильнее называть ее «внеторговым» заключением договора. Это логично, так как в такой ситуации договор не является следствием торгов, ведь сами торги то не состоялись.

Практика последних лет свидетельствует о том, что заказчики нередко стремятся искусственно создавать такие ситуации, когда в торгах принимает участие всего одна заявка. Таких ситуаций очень много, тем более, что есть множество самых разнообразных способов добиться этого. Когда недобросовестные заказчики действуют именно таким образом, то они стремятся избавиться от «нежелательных» претендентов и хотят преднамеренно заключить контракт со «своим» подрядчиком (поставщиком, исполнителем). В результате возникает патовая ситуация, поскольку неясно, что является меньшим злом и что более предпочтительно: а) запретить заключать контракт с единственной заявкой

(но тогда торги будут проводиться бесконечно); б) разрешить «прямые» контракты с единственными заявками (но тогда заказчики будут вступать в сговоры со «своими» хозяйствующими субъектами).

Отметим, что Закон о контрактной системе предвидел возможность совершения недобросовестными участниками торгов различных коррупционных действий и манипуляций на данной стадии закупки. Поэтому, чтобы не допустить заключение контракта в результате признания конкурентной закупки несостоявшейся, в пп. 24, 25 ч. 1 ст. 93 Закон о контрактной системе предусмотрел специальную процедуру согласования заключения контракта с контрольным органом. В то же время следует признать, что данная процедура пока еще далека от своего совершенства, поскольку на практике широко распространены случаи, когда контрольные органы произвольно отказывают в согласовании заключения контракта с единственным участником закупочной процедуры.

В свою очередь те участники закупок, которые оказались единственными, пытаются защитить свои интересы в судебном порядке, причем как правило безуспешно. А безуспешно потому, что даже в случае вынесения положительного судебного решения о признании бездействия контрольного органа незаконным, реальное восстановление нарушенных прав и законных интересов участника закупки все равно не обеспечивается. Впрочем, суды иногда все же указывают на необходимость принятия мер, которые обеспечивают реальное восстановление прав, как участника закупки, так и заказчика.

Отметим, что подчеркнем, что «повторные» торги нельзя проводить многократно.

С нашей точки зрения, наиболее оптимальным вариантом является проведение первых и повторных торгов тогда, когда торги дважды не приводят к желаемому результату. В таких ситуациях у заказчика имеются три варианта действий в зависимости от ситуации: 1) отказаться от самой идеи проведения торгов; 2) заключить договор «напрямую» с желаемым контрагентом; 3) воспользоваться иной «конкурентной процедурой» заключения договора. В

конечном итоге выбор наиболее оптимального варианта по большому счету будет зависеть лишь от требований законодательства в той области, в которой проводились соответствующие торги.

2.3. Открытые (публичные), закрытые торги, многолотовые торги

Российское законодательство различает как открытые, так и закрытые торги. Укажем основания для такой классификации.

По порядку приглашения участников торги дифференцируются на открытые и закрытые. Непосредственно в п. 1 ст. 448 ГК РФ закреплены основания для подобного деления. В открытых торгах может принимать участие любое лицо, а в закрытых торгах участвуют исключительно те лица, которые были специально приглашены для данной цели. Говоря об открытых торгах, в первую очередь уместно рассмотреть сущностное значение понятия «публичные торги», поскольку оно широко употребляется как в законодательстве, так и на практике.

В п. 1 ст. 449.1 ГК РФ раскрывается понятие публичных торгов - торги, которые проводятся в целях исполнения решения суда либо исполнительных документов в порядке исполнительного производства. Подчеркнем, что приведенная дефиниция является дискуссионной.

Так, В.В. Балакин считает, что все без исключения торги являются публичными, даже в том случае если они носят «закрытый» и «негласный» характер. По его мнению, необходимо разграничивать торги и «принудительные публичные торги».⁴⁷ Аналогичной позиции придерживалась О.П. Калугина, которая предложила классифицировать торги на «добровольные» и «принудительные».⁴⁸

Считаем, что правильной является следующая дефиниция торгов, проводимых в добровольном порядке: «торги, которые проводятся на основе

⁴⁷ Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики // Законодательство и экономика. - 2017. - № 11. - С. 38.

⁴⁸ Калугина О.П. Аукционы (сущность, ценообразование и совершенствование функционирования) // Конкурентное право. - 2017. - № 15. - С. 24.

свободного волеизъявления».⁴⁹ Указанная дефиниция была предложена Н.Н. Тупикиным. Представляется, что именно такой подход и является принципиально верным, поскольку он помогает провести водораздел и разграничить торги, которые были инициированы в частном интересе и, соответственно, торги, основанные на публичном интересе.

В то же время мы считаем, что понятие «публичные торги» требует более широкого понимания. Когда мы говорим о публичности применительно к торгам, то необходимо учитывать, что она в равной степени может означать как их открытость для заранее неопределенного круга лиц, так и наличие публичного (т.е. государственного) интереса в их организации и проведении.

В этой связи Л.Ф. Гатаулина совершенно справедливо указывала на то, что «публичные торги» в том узком значении, которое им придается во исполнение судебных решений, - это вид торгов, а понятие «аукцион» - это форма торгов, причем одно понятие не исключает другого.⁵⁰ Мы считаем, что лучше вообще отказаться от использования понятия «публичные торги», так как по сути это ничто иное как это открытые торги, в которых может участвовать неопределенный круг лиц.

Промежуточной формой между открытыми и закрытыми торгами являются торги с избирательным подходом к определению круга их возможных участников, с ограниченным кругом участников. Хотя в таких торгах круг возможных участников не определен, однако он все же ограничен. К примеру, для юридических лиц с участием иностранных инвесторов возможно ограничение допуска к участию в торгах на право пользования недрами (ст. 13.1 Закона о недрах). Подчеркнем, что специфика таких торгов вызывает некоторые трудности в трактовке и квалификации, как в законодательстве, так и в науке.

Необходимо отметить, что закрытые торги (т.е. «торги по приглашению») характерны и для публичной сферы экономических отношений, а не только для частной. В частности, нормы Закона о контрактной системе (параграф 5 гл. 3)

⁴⁹ Тупикин Н.Н. Виды и формы торгов в современном гражданском праве // Современное право. - 2015. № 3 (1). - С. 72.

⁵⁰ Гатаулина Л.Ф. Указ. соч. С. 45.

допускают проведение закрытых конкурсов и аукционов. Проведение закрытых торгов в данной области связано с несколькими причинами: 1) сведения о самом объекте закупки составляют государственную тайну либо подобные сведения содержатся в документации о закупке; 2) требуется закупка услуг по транспортировке и страхованию ценностей Государственного фонда России, коллекций и музейных предметов; 3) закупаются услуги по уборке помещений и услуги водителей для нужд судей и судебных приставов.

В отличие от открытых торгов, любые протоколы, которые были составлены в ходе проведения закрытых торгов, а также вся иная информация не подлежат опубликованию в СМИ и размещению в сети Интернет. Аналогичные правила действуют и в случае проведения закрытых конкурсов на право заключения концессионного соглашения, в том случае если сведения об объекте концессионного соглашения составляют государственную тайну либо данный объект имеет стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства (ч. 2 ст. 21 Закона о концессионных соглашениях).

Ранее мы уже отмечали, что дифференцировать торги на открытые и закрытые можно по самым разным основаниям, где круг участников является лишь одним из таких оснований.

Говорить об открытых либо закрытых торгах также можно и в зависимости от формы подачи предложений о цене. Открытая форма подачи предложений означает, что между участниками торгов будет устное соревнование. Устное соревнование в основном используется в ходе проведения пошаговых аукционов. Закрытая форма подачи предложений («аукцион первой цены») происходит следующим образом. Предложения участников в запечатанных конвертах передаются организатору торгов либо в день подачи предложения, либо позднее, прямо в день проведения конкурса либо аукциона. Отличительной особенностью такой формы подачи предложений является то, что вне зависимости от времени подачи запечатанных предложений их содержание не будет разглашаться вплоть до начала проведения торгов.

Торги одновременно могут быть открытыми по составу участников и в тоже

время закрытыми по форме подачи предложений и наоборот. При этом оговоримся, что российское законодательство не поощряет и не допускает бесконечного разнообразия вариантов сочетаний открытости (закрытости) торгов исходя из состава участников с открытой (закрытой) формой предложений о цене.

2.4. Формы торгов и проблемы их разграничения

В течение довольно длительного периода времени российское законодательство знало только две легальные формы проведения торгов. Первой формой проведения торгов является конкурс, а второй - аукцион. Однако в марте 2015 года в п. 4 ст. 447 ГК РФ были внесены изменения. Помимо уже традиционных конкурсов и аукционов, новая редакция указанной нормы позволяет считать торгами и иные процедуры, в том случае если закон позволяет использовать их в качестве торгов. По всей видимости, российский законодатель под «иной» формой торгов понимает торги, которые направлены на продажу имущества путем публичного предложения. С нашей точки зрения, обозначенная законодательная новелла является излишней. Полагаем, что российскому законодателю следовало бы сохранить привычную дихотомию торгов. Несмотря на то, что у аукционов и конкурсов много общих черт, они все же представляют собой две самостоятельные формы торгов. При этом принцип определения победителя является главным критерием, которое позволяет отличить и отграничить эти формы торгов друг от друга.

Отметим, что в юридической литературе существуют различные позиции относительно целесообразности разделения торгов на конкурсы и аукционы. Например, К.В. Кичик считает, что подобное разделение является некорректным. Свой тезис он аргументирует тем, что конкурсы - это не вид торгов, а по сути, это и есть ничто иное как торги. В свою очередь аукционы он считает видом конкурсов, т.е. торгов.⁵¹

Попробуем разобраться, что же собственно представляет собой аукцион. Слово аукцион происходит от латинского слова *auctio*, что дословно означает

⁵¹ Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики // Современное право. - 2016. - № 4. - С. 77.

приумножение либо прибавление. Традиционно победителем аукциона считается тот, кто предложил наилучшую цену. Однако это слишком широкое понимание победителя торгов. Из ее содержания нормы абз. 2 п. 4 ст. 447 ГК РФ следует, что победителем аукциона признается лицо, которое предложило не лучшую, а наибольшую цену.

Существуют такие виды аукционов как прямой, с восходящей ценой, с активной конкуренцией, английский аукцион. Все перечисленные виды аукционов являются синонимами торгов продавца. Участники такого аукциона соревнуются за предмет торгов (товар или имущество) посредством повышения цены. Кратко охарактеризуем процедуру такого аукциона. Непосредственно перед началом торгов организатор объявляет шаг аукциона, который представляет собой определенный денежный интервал. Цена предмета торгов аукциона может увеличиваться только в соответствии с этим интервалом. Как правило, шаг аукциона принято устанавливать в процентном отношении к стартовой цене. Соответственно, каждая последующая оферта участника должна превышать цену оферты предыдущего участника. Победителем является oferent, который предложил наибольшую цену.

Теперь разберем сущность конкурсных торгов. На таких торгах победителем является не лицо, которое предложило наибольшую цену (как в аукционе), а лицо, которое предложило наиболее лучшие условия для исполнения договора либо использования имущества. В конкурсных торгах также принимает участие конкурсная комиссия, она формируется заранее, в ее обязанности входит установление требуемых критериев для отбора претендентов. Членами конкурсной комиссии как правило, являются лица, которые имеют хорошую профессиональную репутацию, обладают высоким научным авторитетом и являются специалистами в определенной области. Следует иметь ввиду, что во многих случаях, законодательство может детально конкретизировать требования, которые должны предъявляться как к членам конкурсной комиссии, так и к ее общему численному составу. К претендентам на участие в конкурсных торгах предъявляются определенные критерии, которым они должны соответствовать.

Так, компания-претендент должна обладать достаточными финансовыми средствами для того, чтобы иметь возможность исполнить договор; она должна иметь достаточные трудовые ресурсы, а ее персонал должен обладать необходимыми профессиональными навыками. Кроме того, компания как правило должна обладать солидным опытом работы и иметь необходимое оборудование для исполнения договора (например, строительное оборудование, если предметом конкурсных торгов является объект строительства).

Подчеркнем, что конкурсные торги прежде всего удобны самому их инициатору, поскольку благодаря им он имеет возможность выбрать такого контрагента, который будет в наибольшей степени соответствовать всем условиям договора.

Обратимся к судебной-арбитражной практике. В ней говорится о том, что основной целью конкурса является поиск лиц, которые смогут наиболее оптимальным образом решить поставленную задачу. В юридической литературе конкурс считается способом заключения договора на поставку товаров, выполнение работ либо оказание услуг. При этом как отмечается, организатор конкурса должен заранее определить необходимые критерии для его проведения. Во-первых, организатор должен определиться с основными условиями предстоящего конкурса, во-вторых, он должен выработать основные условия договора (контракта), который будет являться предметом конкурсных торгов, наконец в-третьих, организатор должен установить критерии и выбрать процедуры, на основании которых будет осуществляться подача конкурсных предложений и будет выбираться победитель. В ходе конкурсных торгов претенденты подают свои конкурсные предложения, в которых они предлагают свои условия для исполнения договора либо использования имущества, которые являются предметом торгов.

Организатор рассматривает все поданные предложения и затем выбирает победителя. Им будет являться компания, которая предложила самые лучшие технико-коммерческие условия для реализации объекта торгов. Кроме того, для того, чтобы компания была признана победителем, подаваемое ею конкурсное

предложение должно быть оформлено в полном соответствии с предусмотренной организатором торгов процедурой и отвечать всем тем требованиям, которые предъявлялись к конкурсному предложению.⁵²

Важное значение имеет следующее требование. Все те критерии, на основании которых будет осуществляться отбор самой лучшей конкурсной заявки, обязательно должны быть определены заранее. Следовательно, речь идет о том, что все эти критерии должны быть перечислены в извещении о предстоящих торгах, поскольку норма, предусмотренная п. 2 ст. 448 ГК РФ, требует, чтобы в извещении содержались все без исключения сведения о порядке проведения торгов. Таким образом, конкурсная комиссия должна заранее утвердить либо регламент проведения конкурсных торгов, либо те критерии, в соответствии с которыми она и будет оценивать конкурсные предложения. И только после этого она может отправлять участникам извещения о предстоящих торгах.

Рассмотрим некоторые неоднозначные ситуации, которые возникают при проведении торгов в форме конкурсов либо аукционов. Так, получили широкое распространение случаи, когда заказчик торгов предъявляет к победителю смешанные требования, которые содержат критерии, предъявляемые как к участнику конкурса, так и аукциона. Например, организатор требует, чтобы победитель одновременно предложил и лучшие условия для исполнения договора, и лучшую цену. Такая ситуация может наблюдаться при проведении приватизационных конкурсов или при проведении земельных конкурсов, чьим предметом является продажа земельных участков (находящихся в государственной либо муниципальной собственности) для строительства нежилых объектов. Нетрудно заметить, что в рассмотренных примерах и аукцион, и конкурс практически полностью идентичны друг другу. Как считает, С.В. Савина, поскольку законодательное определение конкурса отсутствует, то неизбежным следствием этого является то, что как формы торгов аукцион и

⁵² Босин Е.И. Формирование и развитие системы международных торгов в России // Закон. - 2018. - № 15. - С. 33.

конкурс неизбежно смешиваются между собой.⁵³ В этой связи отметим, что некоторые авторы выделяют еще одну (третью) форму торгов. В частности, так предлагает сделать Ю.С. Турсунова, выделяемую ей форму торгов она называет «субконкурс».⁵⁴

Необходимо отметить, что в последние годы в практике проведения торгов наблюдаются следующие тенденции. Конкурсные торги постепенно отодвинулись на второй план, в настоящее время эту форму торгов используют сравнительно редко. Основной причиной отказа от конкурсных торгов является борьба с коррупцией и откатами, которые в прошлом были довольно широко распространены при проведении этой формы торгов. На передний план выдвинулись аукционные торги, на сегодняшний день именно эта форма торгов применяется почти повсеместно, при этом она значительно оттеснила конкурсные торги. Тем не менее, нельзя уверенно утверждать о том, что такая ситуация наиболее оптимально соответствует потребностям предпринимательской практики. Причина заключается в том, что существующее законодательство по-прежнему нечетко и расплывчато разграничивает основные формы торгов.

Таким образом, проанализировав основные формы торгов мы приходим к выводу о том, что нецелесообразно выделять промежуточные формы торгов. Российскому законодателю необходимо сохранить традиционное дихотомическое разделение торгов на аукционы и конкурсы.

Необходимо также отметить, что интересы и потребности заказчика торгов не всегда могут быть удовлетворены посредством проведения торгов в форме аукциона. Речь в данном случае идет об аукционе «в чистом виде». Как уже упоминалось, в последние годы в связи с борьбой с коррупцией произошел практически повсеместный отказ от конкурсных торгов. Однако неизбежным следствием этого стал ценовой демпинг, а также другие неблагоприятные последствия. С нашей точки зрения, наибольшую перспективу в будущем будут иметь аукционы, к участию в которых будет допущен лишь ограниченный круг

⁵³ Савина С.В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. - 2018. - № 10. - С. 23.

⁵⁴ Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора // Право и экономика. - 2015. - № 9. - С. 7.

участников. При этом к претендентам на участие в аукционах необходимо будет подходить более избирательно.

В этой связи полагаем, что законодателю необходимо ужесточить требования, предъявляемые к претендентам на участие в аукционе. Именно благодаря этой мере во многом удастся гармонизировать практику проведения двух основных форм торгов.

2.5. Юридическая сущность тендера

В международной практике проведения торгов слово «торги» практически не используется. Вместо него как правило употребляется такое понятие как «тендер» (от английского слова «tender»), которое является зарубежным аналогом российского понятия «конкурс» (от латинского слова *consursus* - столкновение, встреча, течение).⁵⁵ В отдельных российских нормативно-правовых актах также эпизодически встречается данная терминология. В частности, в прошлом слово «тендер» нередко встречалось в методических рекомендациях строителей и дорожников, но на сегодняшний день везде используется лишь слово «конкурс». В Гражданском Кодексе Российской Федерации также фигурирует понятие «конкурс», в то время как слово «тендер» отсутствует.

Процедуру тендера придумали американцы после завершения Второй мировой войны. В 1946 г. в соответствии с планом Маршала, США выделили значительные денежные средства на восстановление разрушенных войной промышленности и экономики Европы. При этом немалая часть из выделенной суммы оказалась в карманах американских чиновников, которые брали взятки. Американцы искали способы решения проблемы коррупции в сфере закупок и в конечном итоге им удалось придумать, как сделать процесс выбора поставщика максимально объективным и прозрачным. Были детально расписаны все пошаговые действия процедуры выбора поставщика, в результате чего появилась структура и процедура проведения тендера.

В 1950-х гг. Организация Объединенных наций решила перенять опыт

⁵⁵ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. - М.: Статут. - 2009. - С. 45.

США по проведению тендеров. В результате, Комиссия по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) после нескольких лет работы разработала стандартный закон о закупках товаров (услуг и работ). В данном документе были тщательно и подробно описаны все детали процедуры организации тендеров. Закон носил рекомендательный характер, однако несмотря на это, многие страны реципировали его в первоизданном виде либо с незначительными корректировками.

Анализ юридической литературы показал, что большинство исследователей торгов единодушны в том, что нет никакой необходимости в том, чтобы на законодательном уровне закреплять понятие «тендер».

По мнению Н.А. Курца⁵⁶ и Г.А. Сухадольского⁵⁷, термин «тендер» тождественен таким понятиям как «конкурсные торги» и «подрядные торги». С точки зрения И.И. Недужего, понятия «торги» и «тендер» однозначно являются синонимами. Он полагает, что вся разница между ними состоит в том, что слово «тендер» является иностранного происхождения.⁵⁸ Представляется, что подобная трактовка является неприемлемой, поскольку с точки зрения логики, ошибочно употреблять понятия «тендер», «торги» и «конкурс» в качестве синонимов.

В российской практике проведения торгов понятие «тендер» уже давно употребляется повсеместно, однако несмотря на это, по-прежнему отсутствует единый подход в трактовке данного понятия.

Исследованием проблем терминологии торгов занималась А.В. Ермакова. В результате, она пришла к выводу о том, что отечественному законодательству не знакомо такое понятие как «тендер».⁵⁹ Однако это не совсем так. Российское законодательство знает понятие «тендер», другое дело, что как уже упоминалось, у этого термина отсутствует единая дефиниция.

Попробуем более детально разобраться в этом вопросе. В юридической литературе слово «тендер» зачастую понимается в качестве абсолютного

⁵⁶ Курц Н.А. Заключение договоров о государственных и муниципальных закупках // Хозяйство и право. - 2016. - № 14. - С. 19.

⁵⁷ Сухадольский Г.А. Тендеры. - М.: Проспект. - 2016. - С. 14.;

⁵⁸ Недужий И.И. Международные торги. - М.: Международные отношения. - 1992. - С. 17.

⁵⁹ Ермакова А.В. Торги, тендеры, публичные торги и публичные конкурсы проблемы терминологии // Журнал российского права. - 2010. - № 15. - С. 29.

синонима конкурса или его отдельных разновидностей (например, конкурсной формы проведения подрядных торгов или международного конкурса).

Кроме того, нередко тендер еще и отождествляют с общим понятием торгов. В качестве примера возьмем Федеральный закон от 29.12.2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства».⁶⁰ Обратившись к его п. 9 ч. 4 ст. 17, мы обнаружим, что там говорится о «тендерах на поставки сельскохозяйственной продукции, продовольствия и сырья для государственных нужд». В то же время Федеральный закон о контрактной системе от 05.04.2013 № 44-ФЗ не оперирует таким понятием как «тендер». В ч. 1, 2 ст. 24 упомянутого Закона говорится о том, что не только аукционы и конкурсы могут являться способами определения поставщиков (исполнителей или подрядчиков). Ими также могут являться запрос предложений, запрос котировок, закупка у единственного поставщика (подрядчика или исполнителя). Таким образом, можно сделать вывод о том, что любые санкционированные законодательством способы закупки, можно расценивать как тендеры на поставки товаров для государственных нужд. Впрочем, здесь необходимо сделать уточнение о том, что когда заказчик обращается лишь к одному единственному поставщику, то это противоречит соревновательной природе тендера.

В п. 7 ст. 44 Федерального закона от 26.03.2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»⁶¹, вводится такое понятие как «тендерная продажа». Однако при этом данное понятие почему-то не раскрывается применительно к выводу объектов электроэнергетики из эксплуатации. В этой связи полагаем, что это в равной степени может означать как конкурс, так и аукцион с ограниченным кругом участников или же вообще, продажу на комиссионных началах.

На основании изложенного, можно сделать однозначный вывод о том, что тендер представляет собой соревнование между претендентами за право заключения договора с инициатором тендерного отбора. Следовательно, тендер можно рассматривать в качестве конкурентной формы размещения заказов на

⁶⁰ Федеральный закон от 29.12.2006 № 264-ФЗ (ред. от 25.12.2018) «О развитии сельского хозяйства» // Собрание законодательства РФ. - 01.01.2007, № 1 (1 ч.), ст. 27.

⁶¹ Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «Об электроэнергетике» // Собрание законодательства РФ. - 31.03.2003, № 13, ст. 1177.

выполнение работ (оказание услуг) по заранее объявленным условиям, в оговоренные сроки, на принципах справедливости, состязательности и эффективности.

Теперь рассмотрим трактовку тендера (от латинского *tender, tendo*, - искать, домогаться, стараться)⁶², которая содержится в экономической науке. Здесь под тендером понимаются международные торги, которые имеют конкурсную форму размещения заказов на закупку на мировом рынке оборудования либо привлечения подрядчиков для сооружения комплексных объектов, выполнения других работ в том числе, связанных с оказанием различного рода инжиниринговых услуг, включая технологические, строительные, консультативные, а также иные комплексные услуги.⁶³ По мнению Ю.С. Турсуновой, понятие «тендер» допустимо употреблять в самых разных значениях. Например, она считает, что данное понятие можно употреблять в контексте извещения о предстоящих торгах или как комплект тендерной документации. Кроме того, тендер можно рассматривать и в качестве предложения потенциального подрядчика (поставщика), который принимает участие в торгах и т.д.⁶⁴ Отметим, что невзирая на то, что в юридической литературе преобладает позиция, согласно которой тендеры являются разновидностью конкурсных торгов, в отдельных экономических исследованиях изучается такое явление как тендерные аукционы.⁶⁵

В большинстве российских компаний принято считать, что тендером является запрос коммерческих предложений, т.е. сбор оферт или приглашение делать предложения по заключению договора. По всей видимости, таким образом компании хотят подчеркнуть, что у данной процедуры сбора оферт и выявления наилучшей из них, имеются отличия от механизма организации и проведения торгов. С нашей точки зрения, процедуру запроса предложений (т.е.

⁶² Дыдынский М.Ф. Латинско-русский словарь к источникам римского права (по изданию 1898 года). - М.: Спарк. - 1999. - С. 504.

⁶³ Азрилиян А.Н. Коммерческий словарь. - М.: Фонд «Правовая культура». - 1992. - С. 85.

⁶⁴ Турсунова Ю.С. Юридическая природа конкурса и правовое положение организатора торгов // Право и экономика. - 2009. - № 3. - С. 47.

⁶⁵ Круглова О. Проблемы реализации на торгах имущества должника - сельскохозяйственной организации // Право и экономика. - 2011. - № 3. - С. 44.

(приглашение делать предложения) можно называть тендером. Считается, что заключение договора на торгах именно благодаря наличию элемента состязательности отличается от обычного способа возникновения договорных обязательств посредством акцепта оферты.⁶⁶ Но при этом следует учитывать, что когда объявляется приглашение делать предложения, то инициатор данной процедуры надеется на состязательность своих оферентов. Из этого следует закономерный вывод о том, что состязательность объединяет, а не разделяет торги и запрос предложений.

Живший во II в. н.э. известный римский юрист, начальник школы сабинианцев Луций Яволен Приск в свое время писал об опасности всякой дефиниции в гражданском праве, поскольку существует мало такого, чего нельзя было бы опровергнуть.⁶⁷ В этой связи мы полагаем, что, учитывая уже сформировавшуюся российскую, а также многовековую зарубежную практику, тендером можно считать любые способы заключения договора, в том случае если в их основе лежит состязательность между потенциальными контрагентами, вне зависимости от того применяются ли при этом те или иные формализованные процедуры.

Резюмируя, мы считаем, что нецелесообразно подвергать понятие «тендер» правовому регулированию. Но, поскольку в России слово «тендер» уже давно получило общеупотребительное значение, то все равно не удастся полностью исключить его применение на практике.

Необходимо отметить, что термин «тендер» является весьма многоплановым. Для примера обратимся к свободной энциклопедии «Википедия». В ней под тендером понимаются не только лишь торги в форме конкурса или ценовое предложение участников торгов. К примеру, тендером также называется вагон (в Большой советской энциклопедии - трех-, четырех-, шестиосная повозка) особой конструкции, который прикрепляется к паровозу и предназначается для размещения топлива и воды. Кроме того, тендером также называются: одномачтовое мореходное судно, плоскодонное моторное судно

⁶⁶ Долинская В.В. Общая характеристика торгов и их видов // Юридический мир. - 2009. - № 8. - С. 30.

⁶⁷ Кнабе Г.С. Быт и история в античности. М.: Наука, 1990. - С. 29.

катерного типа, судно, которое находится на борту более крупного судна, предназначенное для высадки на берег и пр.⁶⁸

В Толковом словаре живого великорусского языка В.И. Даля можно найти глагол «тендерить», что буквально означает: «мямлить, мешкать, говорить ни то ни се».⁶⁹ Изложенное является еще одним аргументом в пользу того, что нецелесообразно легализовывать понятие «тендер» в российском законодательстве. Во всяком случае, пока это делать преждевременно. Кроме того, необходимо исключить и те единичные случаи, когда в отраслевых нормативно-правовых актах все же фигурирует слово «тендер».

⁶⁸ Тендер // Материал из Википедии - свободной энциклопедии [Электронный ресурс]. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Тендер>

⁶⁹ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка в четырех томах. Том 3. - М.: Диамант, 1996. - С. 402.

ГЛАВА 3. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ОСОБЕННОСТИ ТОРГОВ

3.1. Организатор торгов

Требования, предъявляемые к организатору торгов, содержатся в п. 2 ст. 447 ГК РФ. В качестве организатора торгов могут выступать различные субъекты. Например, организатором торгов может быть непосредственно сам собственник вещи либо субъект, который обладает другим имущественным правом на нее. В качестве организатора торгов может выступать и иное лицо, в том случае если оно выражает свой интерес в том, чтобы заключить договор с победителем торгов. В том случае если какое-либо лицо выступает на основании договора с вышеуказанными лицами (например, это может быть нотариус либо специализированная организация), действует от их имени, то оно также может быть организатором торгов. Данная ситуация возможна в том случае, если закон не устанавливает иные требования.

С нашей точки зрения, нет никакой необходимости в том, чтобы продолжать сохранять в законодательстве термин «специализированная организация». Причина заключается в том, что на сегодняшний день законодательство не предъявляет никаких специальных требований к правоспособности специализированных организаций.

Не только юридическое лицо (организация) может выступать в качестве организатора торгов. Закон позволяет и физическому лицу выступать в качестве организатора торгов. Как правило, привлечением организатора торгов занимается их заказчик. При этом отношения между заказчиком и организатором торгов регулируются посредством договора о представительстве. Однако могут встречаться и такие ситуации, когда организатор торгов может осуществлять свою деятельность в силу прямого указания закона. В качестве примера можно назвать Росимущество.

Организатор торгов сам не может принимать участие в тех торгах, чьим

непосредственным организатором он является. Он и заказчик торгов заключают между собой договор представительства. Данный договор сочетает в себе элементы возмездного оказания услуг и агентских функций, а также прямого и косвенного представительства.

Прямую ответственность перед участниками торгов несет специализированная организация, а не заказчик торгов. Это означает, что на деле отношения заказчика и организатора торгов нельзя сводить только лишь к агентскому договору. Обычно отношения между заказчиком и организатором торгов строятся по модели косвенного либо прямого представительства. Это означает, что в модели их взаимоотношений присутствуют различные элементы отдельных посреднических договоров.

Для начала попробуем разобраться как строятся отношения при прямом представительстве. В данном случае представитель лишь внешне участвует во взаимоотношениях, однако все последствия таких взаимоотношений прямо касаются представляемого лица. Особенностью прямого представительства является то, что оно также предполагает и действие от имени представляемого лица, а не только действия непосредственного для него самого.

Теперь рассмотрим особенности косвенного представительства. В данном случае представитель действует от своего собственного имени, соответственно здесь правовые последствия уже наступают по-другому, чем при прямом представительстве. Сначала правовые последствия наступают в отношении представителя и только потом в отношении самого представляемого лица. Принято считать, что косвенное представительство реализуется при помощи договора комиссии. Что же касается прямого представительства, то в общепринятом понимании им является поручение.

Разберем особенности правовой конструкции договора поручения (агентского договора). В ней могут сочетаться как элементы косвенного представительства, так и прямого. В конечном итоге все будет зависеть от того, по какой модели будет строиться данный договор.

При этом подчеркнем, что отношения между организатором и заказчиком

торгов нельзя полностью отождествлять с той или иной моделью посреднического договора. При проведении торгов, организатор и заказчик торгов для оформления своих взаимоотношений могут воспользоваться любым из посреднических договоров (например, договором поручения, агентирования или комиссии) или договором возмездного оказания услуг, или же каким-либо из видов смешанных договоров. При этом смешанные договора характеризуются тем, что в них могут содержаться элементы поручения на организацию и проведение торгов.

Если торги проводит специализированная организация, то в своей работе она должна будет руководствоваться договором, заключенным с собственником либо обладателем имущественного права на предмет торгов. При этом, при проведении торгов специализированная организация может выступать как от их имени, так и от себя лично. И здесь возникает вопрос о том, кого можно называть продавцом на торгах? Полагаем, что в качестве такового может выступать и лицо, которое не является правообладателем предмета торгов, однако если оно заключило договор с заказчиком торгов и их организатором, то в таком случае оно способно быть стороной данного процесса и предоставить соответствующие права и обязанности.

Необходимо отметить, что организатор торгов так или иначе состоит в определенных правоотношениях со всеми участниками торгов. Сущность этих правоотношений заключается в проведении соответствующих процедур, которые непосредственно касаются всех участников торгов. Организатор торгов занимается отбором заявок, поданных претендентами, проводит торги в соответствии с заранее установленными правилами, организует подписание необходимых документов и т.д.

Таким образом, мы можем сделать вывод о том, что необходимо проводить разграничение между самими торгами и договором как основанием и следствием торгов. В этой связи прав Е.Я. Токар, который совершенно справедливо отметил, что по сути вся деятельность организатора торгов является чисто

организационно-технической.⁷⁰ Добавим, что с юридической точки зрения можно утверждать о том, что организатор торгов оказывает услуги в интересах заказчика. При этом следует иметь в виду, что в российском законодательстве термин «услуга» имеет довольно размытые границы.

Представляется, что взаимоотношения между организатором торгов и их заказчиком имеют агентский характер. В свою очередь это означает, что их взаимоотношения связаны договором возмездного оказания услуг. Также важно отметить, что организатор торгов должен быть беспристрастным. Это означает, что ни он сам, ни сотрудники специализированной организации, не могут участвовать в организуемых и проводимых ими торгах. Отметим, что данное правило было в общем виде сформулировано в ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции. При этом оно зачастую дублируется либо уточняется в других нормативно-правовых актах.

Допустим, что заказчик торгов либо уполномоченный орган привлек специализированную организацию для того, чтобы она разместила заказ посредством проведения аукциона, либо конкурса. В данном случае привлеченная специализированная организация не имеет права непосредственно участвовать в проведении соответствующей закупки, она может лишь осуществлять функции по размещению заказа на торгах. Данное положение содержится в ч. 5 ст. 40 Закона о контрактной системе.

Как известно, торгам уже изначально должна быть присуща конкуренция. Учитывая данное обстоятельство, необходимо отметить, что условия договора на проведение торгов должны быть прежде всего направлены на то, чтобы обеспечить справедливые и разумные правила добросовестной конкуренции.

Поскольку заказчик торгов является контрагентом организатора торгов, то одной из его обязанностей является оплата вознаграждения организатору торгов. В сумму вознаграждения также входит и компенсация затрат, которые будут понесены организатором торгов при их проведении. Однако в настоящее время при проведении многих торгов используется другое правило. В соответствии с

⁷⁰ Токар Е.Я. Предпринимательство и представительство: тенденции и проблемы правового регулирования. М.: Юрист, 2008. - С. 53.

этим правилом, не на организатора торгов, а на победителя ложится обязанность по компенсации всех понесенных затрат, которые связаны с проведением торгов. В некоторых случаях обязанность по уплате понесенных затрат также ложится и на всех участников торгов.

На сегодняшний день положения о компенсации расходов на организацию и проведение торгов как правило включают в конкурсную либо аукционную документацию. В среднем размер компенсации составляет 2-3%, но в некоторых случаях он может быть и больше. Мы считаем такую практику необоснованной, поскольку она противоречит самой сущности торгов. С организатором торгов вступают в договорные отношения не все участники торгов, соответственно, нет никакой причины, обязывающей их выплачивать организатору торгов компенсацию за понесенные им затраты на их проведение. Кроме того, в законодательстве содержатся нормы, которые предельно четко устанавливают порядок взимания платы за участие в торгах.

3.2. Информационное объявление (извещение) о торгах

Надлежащее извещение о предстоящих торгах имеет важнейшее значение во всем механизме торгов. Именно извещение о торгах представляет собой первое юридически значимое действие в механизме торгов. От него зависит легальность всей дальнейшей процедуры проведения торгов. Наконец, именно от извещения о предстоящих торгах также будет зависеть и ответ на самый главный вопрос, пройдут ли торги успешно, достигнут ли они своей цели, и будут ли удовлетворены интересы их заказчика. Далее мы проанализируем правовые особенности извещения о торгах и рассмотрим конкретные требования, которым должно соответствовать информационное обеспечение торгов.

Необходимо отметить, что в юридической литературе существуют две позиции относительно правовой природы извещения о предстоящих торгах. Некоторые ученые считают, что извещение о торгах является публичной офертой. По их мнению, извещение о торгах обращено к неопределенному кругу лиц,

которым предлагается стать участниками договора. Другие ученые считают, что извещение о торгах является односторонней сделкой организатора торгов. Последствием такой сделки является приглашение участникам предстоящих торгов делать свои оферты.⁷¹

С нашей точки зрения, извещение о торгах представляет собой одностороннюю сделку их организатора. Как уже упоминалось, именно с извещения запускается сам механизм торгов, а последствием извещения является приглашение делать оферты, когда претенденты на участие в торгах должны подавать свои заявки на участие в торгах. Эта позиция разделяется и многими учеными. Например, известный специалист в области гражданского права О.С. Иоффе в свое время писал о том, что правоотношения, которые связаны с конкурсом возникают не в момент его объявления, а в момент представления конкурсных работ.⁷² Полагаем, что это утверждение является справедливым. Говоря об ученых нашего времени, необходимо отметить, что например, Н.Д. Егоров, анализируя юридическую природу торгов, также приходит к выводу о том, что извещение о проведении торгов представляет собой одностороннюю сделку, которая способствует порождению определенных юридических последствий.⁷³ А.Б. Дзегорайтис считает, что участники торгов подают свои приложения не для того, чтобы совершить сделку, а для того, чтобы реализовать те правовые последствия, которые вытекают из нее.⁷⁴

Л.И. Шевченко, анализируя юридическую природу действий государственного заказчика по размещению заказа, делает вывод о том, что такие действия по сути также представляют собой односторонние гражданско-правовые сделки.⁷⁵ Довольно интересный вывод был сделан И.А. Андреевым. Прежде всего данный ученый считает, что обнародование извещения о конкурсе представляет собой одностороннюю сделку. При этом он указывает, что такая сделка не

⁷¹ Кукла М.Е. Заключение договора на торгах // Право и политика. - 2007. - № 3. - С. 146.

⁷² Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. - С. 361.

⁷³ Сергеев А.П., Толстой Ю.К. Гражданское право. - Т. 1. - М.: Проспект, 2017. - С. 512.

⁷⁴ Дзегорайтис А.Б. Понятие конкурса в советском гражданском праве // Правоведение. - 1968. - № 69. - С. 60.

⁷⁵ Шевченко Л.И. Проблемы формирования договорных отношений поставки // Законодательство и экономика. - 2017. - № 12. - С. 17.

нуждается в восприятии. Свои выводы И.А. Андреев аргументирует тем, что извещение о проведении конкурса приводит к возникновению правовых последствий как для самого организатора конкурса, так и для неопределенного круга лиц, которым оно адресовано. Кроме того, И.А. Андреев считает, что направление конкурсной заявки и принятие решения о допуске претендента для участия в конкурсе также являются односторонними сделками, при этом он уточняет, что такие сделки требуют восприятия.⁷⁶

Следовательно, можно сделать вывод о том, что заявка участника конкурса представляет собой самостоятельную одностороннюю сделку. В заявке на участие в конкурсных торгах должны содержаться конкретные сведения об условиях исполнения будущего договора. Что же касается оценки данных сведений, то ее будет проводить конкурсная комиссия. Последняя сопоставляет сведения об условиях исполнения будущего договора, которые содержатся в заявках участников конкурсных торгов с требованиями, изложенными в конкурсной документации.

Таким образом, рассмотренные точки зрения ученых также подтверждают наш вывод о том, что извещение о торгах является односторонней сделкой их организатора. Последствием этой сделки является возникновение обязательства у организатора торгов - он должен организовать и провести торги. Кроме того, заявки тех претендентов, которые в дальнейшем возможно станут участниками торгов, также являются односторонними сделками. Соответственно, такие заявки должны иметь самостоятельное и вполне конкретное содержание.

Учитывая изложенное отметим, что в ст. 437 ГК РФ законодатель отнюдь не случайно провел разграничение между предложением общего характера и офертой, т.е. предложением, которое содержит все существенные условия договора. Предложение общего характера - это вызов на оферту или если говорить другими словами - приглашение делать оферты. Оно означает, что инициатива о вступлении в договорные отношения должна исходить от адресата этого предложения, т.е. противоположной стороны.

⁷⁶ Андреев И.А. Заключение договора оказания финансовых услуг субъекту естественной монополии посредством открытого конкурса в гражданском праве России // Право и экономика. - 2017. - № 4. - С. 20.

Информационное обеспечение торгов оказывает большое влияние на успешность проведения торгов. Если до потенциальных участников торгов не дойдет информация о предстоящих торгах, то последние могут и не состояться, поскольку будут отсутствовать заявки на участие. Или они могут все же состояться, но в них будет участвовать незначительное количество участников. Следствием этого будет являться то, что заказчик торгов не сможет получить желаемую цену за предмет торгов.

Существует общее правило, согласно которому организатор торгов как минимум за 30 дней до проведения торгов должен опубликовать извещение об их проведении. Сделать это его обязывает требование, которое содержится в п. 2 ст. 448 ГК РФ. Подчеркнем, что это правило является диспозитивным. В отраслевом законодательстве как правило, содержатся и иные нормы, которые могут предусматривать другие требования, например, более длительные сроки.

Переходя к рассмотрению содержания извещения о предстоящих торгах необходимо отметить, что в нем обязательно должна быть указана конкретная дата проведения торгов. Сообщения в других формах не допускаются. Например, в извещении о предстоящих торгах не должна содержаться простая фраза о том, что торги пройдут через 30 дней после опубликования настоящего объявления.

Как уже говорилось в предыдущей главе, первоначальные торги могут быть признаны несостоявшимися и тогда будет необходимо провести повторные торги. При этом организатор торгов должен известить потенциальных участников торгов в обоих случаях. Если будут проводиться повторные торги, то организатор должен указать в извещении причину, по которой первые торги были признаны несостоявшимися. Организатор торгов должен стремиться донести эти сведения до как можно более широкого круга лиц. При составлении и опубликовании извещения о проведении повторных торгов действуют те же самые правила, что и при проведении первичных торгов.

Итак, выше мы рассмотрели вопросы, связанные со сроками извещения о проведении торгов. Однако помимо срока извещения о предстоящих торгах также существует и такое понятие как «продолжительность приема заявок для участия в

торгах». На первый взгляд может показаться, что срок извещения о торгах и продолжительность приема заявок на участие в торгах это одинаковые понятия. Однако на самом деле это не так.

Переходим к рассмотрению следующего аспекта информационного обеспечения участия в торгах. Как известно, в последние годы многие частные компании устраивают торги для удовлетворения тех или иных собственных потребностей. При извещении о проведении таких торгов наблюдается следующая тенденция. Компании размещают объявления о предстоящих торгах на своих корпоративных сайтах в сети интернет. При этом иногда возникают такие ситуации, когда организаторы торгов могут подкорректировать условия торгов, о проведении которых они сообщили на своем корпоративном сайте. В результате, измененные условия торгов могут существенно отличаться от первоначальных условий.

При этом сами потенциальные участники торгов зачастую даже не понимают, что на самом деле произошло. Некоторые считают, что организатор произвольно изменил условия торгов, другие объясняют это вмешательством провайдеров сети интернет, наконец находятся и такие, кто думает, что условия изменились в результате атаки хакеров на сайт организатора торгов. Таких ситуация необходимо избегать. Для этого необходимо фиксировать содержание электронных извещений о торгах. Заверить содержание электронных извещений могут третьи лица, как правило, подобными услугами занимаются нотариусы.

Таким образом, мы приходим к выводу о том, что в условиях повсеместного распространения сети интернет, появилась потребность в модернизации норм, которые определяют форму извещения о предстоящих торгах. Полагаем, что здесь будет полезен тот опыт, который уже давно и успешно используется при проведении публичных закупок. Применительно к информационному обеспечению торгов необходимо оптимизировать регулирование отношений, которые связаны с сетью интернет. Кроме того, следует также определить четкие правила пользования соответствующими сайтами. Полагаем, что уже в ближайшем будущем печатные объявления о торгах станут лишь придатком

прошлого, поэтому необходимо привести законодательство в соответствии с текущими реалиями, когда стремительно развиваются электронные технологии распространения информации.

Переходим к рассмотрению следующего вопроса. В п. 2 ст. 448 ГК РФ содержатся требования, предъявляемые к извещению о предстоящих торгах. Извещение должно содержать точные сведения о времени, месте и форме торгов. Обязательным является указание предмета торгов. Кроме того, в извещении должно быть указано, существуют ли у продаваемого имущества какие-либо обременения, должен быть четко определен порядок проведения торгов, указаны критерии, в соответствии с которыми будет определяться победитель торгов. Наконец в извещении должны содержаться сведения о начальной цене предмета торгов. Из содержания п. 3 ст. 448 ГК РФ следует, что в извещении о проведении торгов должны быть указаны условия договора, который будет заключен по результатам торгов.

Мы полагаем, что в приведенных выше нормах представлен лишь минимальный объем сведений. Эти общие сведения обязательно сообщаются в объявлении о проведении любых торгов и здесь не имеет значения ни их вид, ни их форма, ни их предмет либо специфика. При этом следует иметь ввиду, что детализация сведений, которые необходимо включать в объявление о проведении торгов, напрямую зависит от специфики конкретных торгов.

Проанализировав норму п. 2 ст. 448 ГК РФ, мы можем сделать вывод о том, что предмет договора, который будет заключаться по результатам торгов, не должен определяться согласно предмету конкретного лота, по которому было выиграно право на заключение договора. Считаем, что законодателю необходимо уточнить этот момент. Он позволит победителю торгов избежать ситуаций, когда заказчик торгов сознательно навязывает ему дополнительные обязанности, которые не были предварительно указаны в документации о предстоящих торгах.

В извещении о торгах обязательно должны содержаться все необходимые сведения о предстоящих торгах. Это особенно важно для потенциальных участников торгов, поскольку именно на основании этих сведений они будут

принимать решение о целесообразности собственного участия либо неучастия в торгах. Таким образом, мы приходим к выводу о том, что если в извещении отсутствует полная информация о предмете торгов, то многие потенциальные претенденты могут не проявить интереса к таким торгам, соответственно это неизбежно скажется на их результатах - заказчик торгов не получит желаемую цену за предмет торгов, либо торги вообще будут признаны несостоявшимися. Более того, если в извещении о проведении торгов был ненадлежащим образом определен предмет торгов, то это уже само по себе является достаточно веским основанием для того, чтобы кто-то из участников торгов или даже их победитель, обратился в суд с требованием о признании проведенных торгов недействительными.

3.3. Задаток для участия в торгах

Действующее гражданское законодательство (в п. 5 ст. 448 ГК РФ) предусматривает обязательный порядок внесения задатка участниками торгов. Размер задатка, а также порядок и сроки его внесения указываются в извещении о проведении торгов.

Известный советский и российский правовед М.И. Брагинский критиковал это решение законодателя, считая, что вносить задаток необходимо только в том случае, если об этом прямо говорится в извещении о предстоящих торгах.⁷⁷

В последние годы многие специалисты гражданского права высказывают мнение о том, что задаток призван подтвердить серьезность намерений участников торгов. Полагаем, что эта точка зрения является вполне обоснованной. Чтобы претендент на участие в торгах мог превратиться в полноценного участника торгов ему необходимо предварительно внести задаток и только тогда его допустят к конкурсному либо аукционному соревнованию. К примеру, И.С. Петров полагает, что функциональное предназначение задатка заключается в том, чтобы являться доказательством готовности претендента к участию в торгах и

⁷⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 1. М.: Статут, 2007. - С. 571.

намерения заключить договор по их итогам.⁷⁸

Л.Ф. Гатаулина настаивала на необходимости разграничения предназначения денег, которые оплачиваются участниками торгов и денежных сумм, которые вносят потенциальные участники торгов. Денежные суммы, которые вносят потенциальные участники торгов Л.Ф. Гатаулина называет «денежным взносом» или «обеспечительной суммой» т.е. фактически это и есть задаток. По ее мнению, их должны выплачивать только лица, которые были признаны участниками торгов. Если рассматривать сами торги как договор между организатором торгов и участниками, то данное суждение является справедливым и обоснованным.⁷⁹

Отметим, что мы не разделяем точку зрения о существовании договорных отношений в процессе проведения торгов. Но несмотря на это, сама постановка Л.Ф. Гатаулиной вопроса о том, кем вносится задаток заслуживает всяческой поддержки.

Непосредственные участники торгов задатков как раз и не вносят, их платят именно претенденты на участие в торгах, т.е. лица, которые изъявили намерение стать участниками торгов. Если претендент не внесет задаток, то он не сможет приобрести статус участника торгов. Из этого следует, что до момента допуска к торгам ровно одна и та же денежная сумма является обеспечительным взносом, а после этого момента становится уже задатком. Полагаем, что такая трактовка является неприемлемой. Считаем, что следовало бы внести изменения в норму п. 5 ст. 448 ГК РФ, путем внесения указания на то, что задаток вносят претенденты на участие в торгах, а не участники торгов.

Итак, ошибочно считать, что задаток вносится за участие в торгах. Задаток вносится для участия в торгах, т.е. для того, чтобы претендент на участие в торгах смог получить правовой статус. Организатор торгов указывает счет для перечисления задатка, куда потенциальный участник торгов должен перечислить всю сумму задатка полностью. Если претендент этого не сделает, то тогда он не

⁷⁸ Петров И.С. Правовые аспекты организации и проведения приватизационных торгов // Законодательство и экономика. - 2017. - № 9. - С. 45.

⁷⁹ Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. - М.: Статут. - 2009. - С. 126.

сможет принять участие в торгах. Более того, если в дальнейшем он обратится в суд с целью оспаривания результатов торгов, то суд просто не признает его заинтересованным лицом.

П. 2 ст. 380 ГК РФ предусматривает письменную форму для соглашения о задатке. При этом закон не определяет конкретную форму этого соглашения. В.И. Казанцев считает, что соглашение о задатке может быть заключено посредством различных способов. Например, включено в основной договор, или же составлено в виде отдельного документа, либо оформлено в результате обмена документами при помощи различных видов связи и т.д.⁸⁰

В ГК РФ письменная форма соглашения о задатке применительно к торгам также никак не конкретизирована. Полагаем, что здесь вообще неправильно говорить о каком-то соглашении, поскольку претендент на участие в торгах должен выполнить обязательные условия о внесении задатка, которые указаны в извещении о предстоящих торгах.

Соглашение о внесении задатка носит реальный характер. Оно вступает в силу начиная с того момента, когда одна сторона передаст другой стороне задаток заранее оговоренного размера.

Внесенный задаток возвращается всем участникам, которые не выиграли торги. Кроме того, в том случае если торги так и не состоялись, то задаток также подлежит возвращению. Примечательно, что в законе не делается никаких различий между «потерпевшей» стороной и стороной, которая несет ответственность за неисполнение договора. Что касается победителя торгов, то та сумма, которую он внес в качестве задатка, будет засчитана в счет исполнения обязательств по заключенному договору. Допустим, что лицо уклонилось от подписания протокола торгов. В этом случае оно будет должно возместить все причиненные вследствие такого решения убытки, в той их части, которая превышает размер предоставленного обеспечения. Таким образом, с некоторой долей условности можно говорить о том, что задаток «заставляет» организатора торгов и их победителя оформить результаты состоявшихся торгов надлежащим

⁸⁰ Казанцев В.И. Гражданско-правовые способы обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2013. - № 14. - С. 29.

образом.

Победитель торгов должен в установленный законом срок подписать протокол об их итогах. Если он этого не сделает, то результаты торгов будут автоматически отменены (аннулированы). Важно отметить, что согласно ст. 416 ГК РФ отмену результатов торгов нельзя расценивать как прекращение обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо по причине невозможности его исполнения, когда задаток подлежит возвращению (п. 1 ст. 381 ГК РФ). Кроме того, задаток не предназначен обеспечивать обязательства по договору, который является предметом торгов. Из этого следует, что если такой договор отсутствует, то у организатора торгов не возникает обязанность вернуть полученный задаток.

Необходимо отметить, что «аннулирование результатов торгов» является расхожим термином. Он означает, что результаты торгов отменяются в том случае если победитель торгов уклоняется либо, отказывается заключать договор в предусмотренный законом срок.

Теперь несколько слов следует сказать о размере задатка, который необходим для участия в торгах. Размер задатка определяет непосредственно организатор торгов и сообщает об этом в извещении о проведении торгов. Обычно законодательство конкретизирует это правило, устанавливая минимальную и максимальную величину задатка. К примеру, при проведении приватизационных торгов размер задатка прямо указан в законе и составляет 10% от начальной цены продажи. При проведении торгов на право заключения государственных (муниципальных) контрактов законом установлено минимальное (от 0,5%) и максимальное (до 5%) значение величины обеспечения заявки на торгах от начальной цены государственного (муниципального) контракта.

Современная практика знает примеры оспаривания задатка, мотивированные его необоснованно завышенным размером. Однако если отсутствуют какие-либо формальные нарушения при определении величины задатка для участия в торгах, то суды обычно отказывают в удовлетворении иска.

И это неудивительно, так как очень сложно доказать наличие причинно-следственной связи между размером задатка и участием (победой) на торгах.

В нормативно-правовых актах доказательства внесения задатка определяются по-разному. В некоторых случаях задаток признается оплаченным тогда, когда соответствующая денежная сумма поступила на счет, который был указан организатором в извещении о проведении торгов. В других случаях, для того чтобы подтвердить внесение задатка будет достаточно просто предоставить документ либо копии документа, которые подтверждают внесение денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в торгах.

С нашей точки зрения, безусловным доказательством внесения задатка может являться только поступление денежных средств, которые были оплачены в качестве обеспечения заявки, на счет, который был указан организатором торгов. Встречаются ситуации, когда в торгах принимают участие «подставные» лица, у которых нет никакой заинтересованности в реальном заключении договора. Они присутствуют на торгах только формально и лишь с одной целью - искусственно занижить, либо наоборот, завысить цену. Таких лиц не пугает угроза утраты задаточных денег, поскольку обычно они этих денег вообще не вносят, представляя организатору торгов подложное платежное поручение.

Данная проблема была наиболее адекватно урегулирована в сфере государственных и муниципальных закупок. Предположим, что участник закупки в составе заявки предоставил документы, которые подтверждают внесение им денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в определении поставщика (исполнителя, подрядчика), однако до даты рассмотрения и оценки заявок денежные средства так и не поступили на счет, который заказчик указал в документации о закупке. В таком случае будет признано, что данный участник не предоставил обеспечение заявки. Нам кажется, что такой подход заслуживает имплементации в правила проведения любых торгов в независимости от сферы их применения.

Из анализа положений п. 5 ст. 448 ГК РФ следует, что задаток защищает интересы организатора торгов и победителя торгов только в одном случае. Речь

идет о ситуации, когда кто-то из них уклоняется от подписания протокола о результатах торгов. Разумеется, что целью проведения торгов является заключение и надлежащее исполнение определенного договора, а вовсе не подписание протокола об их результатах, а цель конкурса не может заключаться только в том, чтобы определить, кто лучше всего смог разрешить поставленную задачу. Итоговая цель конкурса определяется необходимостью применить полученный результат на практике.

Допустим, что был подписан протокол об итогах торгов, но при этом не был заключен договор, для целей заключения которого собственно и проводились торги. Причины здесь могут быть самыми разными, начиная от уклонения от заключения договора и заканчивая спором между сторонами относительно отдельных условий договора. В момент оформления протокола о результатах торгов, обеспечительная функция задатка прекращает действовать. В том случае если организатор торгов и их победитель подписали протокол о результатах торгов, то это означает, что впоследствии будет невозможно рассматривать те или иные требования, которые связаны с возвратом задатка.

Е.Л. Невзгодина считает, что задаток призван продемонстрировать серьезность намерений участников торгов. Кроме того, задаток также стимулирует победителя торгов заключить договор, поскольку в противном случае над ним повиснет угроза потери внесенного задатка. Но, если был подписан протокол торгов, а договор так и не был заключен, то штрафной механизм задатка не работает.⁸¹

Таким образом можно сделать вывод о том, что задаток является комбинированной формой обеспечения обязательства. При этом задаток сочетает в себе элементы обычного задатка и неустойки. В данном случае своеобразная неустойка применяется если участник конкурса либо аукциона не исполняет свои обязательства, которые связаны с участием в торгах. Разумеется, что нельзя полностью отождествлять задаток и неустойку, так как неустойка не вносится заранее, а уплачивается только после того как было нарушено обеспеченное ею

⁸¹ Тузов Д.О. Вещные права (система, содержание, приобретение). - М.: Норма. - 2015. - С. 168.

обязательство.

Если говорить другими словами, то в ст. 448 ГК РФ речь идет об альтернативной форме задатка, к которой нецелесообразно применять общие правила ст. 380 ГК РФ. Классический (традиционный) задаток и задаток, предназначенный для участия в торгах - это совершенно разные понятия, которые не являются тождественными.

Примечательно, что в нормативно-правовых актах последних лет (например, в Законе о контрактной системе) понятие «задаток» практически перестало использоваться применительно к процедуре проведения торгов. Вместо термина «задаток» появилось такое понятие как «обеспечение заявки», предоставляемое в форме денежных средств либо банковской гарантии.

Благодаря денежному обеспечению конкурсной (аукционной) заявки, государственный (муниципальный) заказчик получает дополнительные гарантии победителя торгов по заключению контракта. Фактически обеспечение заявки является альтернативой задатку для участия в торгах, однако здесь наблюдается более удачная терминология, поскольку в Законе о контрактной системе термин «задаток» вообще не упоминается, что позволяет избежать противоречий применительно к предназначению обеспечения заявки.

3.4. Оформление результатов торгов

В том случае если закон не устанавливает иное правило, то в соответствии с п. 5 ст. 448 ГК РФ результаты торгов должны быть оформлены при помощи протокола о результатах торгов, который имеет силу договора. Он подписывается в тот же день, как только завершатся торги. При этом форма торгов значения не имеет, это может быть, как конкурс, так и аукцион. Протокол подписывают победитель торгов и организатор торгов. Протокол о результатах торгов является главным документом, предназначенным фиксировать итоги состоявшихся торгов.⁸²

⁸² Беляева О.А. Оформление результатов торгов // Хозяйство и право. - 2016. - № 17. - С. 32.

Необходимо отметить, что в специальном отраслевом законодательстве протокол может называться по-другому. Например, в соответствии с п. 11 ст. 18 и п. 10 ст. 20 Закона о приватизации, итоги приватизационных торгов оформляются посредством уведомления о признании победителем участника конкурса либо аукциона. В соответствии с ч. 4 ст. 53 и ч. 18 ст. 68 Закона о контрактной системе, результаты конкурсов и аукционов на право заключения государственного (муниципального) контракта должны быть отражены в протоколе рассмотрения и оценки конкурсных заявок либо в протоколе проведения аукциона. В соответствии с п. 15 ст. 110 Закона о банкротстве, оформление торгов по продаже имущества должника в ходе внешнего управления и конкурсного производства происходит при помощи протокола о результатах проведения торгов. Итак, как можно увидеть, все перечисленные документы призваны закреплять результаты торгов, при этом все они имеют разные названия. На первый взгляд может показаться, что все эти документы равносильны протоколу о результатах торгов, о котором говорится в п. 5 ст. 448 ГК РФ. Однако в действительности это не так.

Все дело в том, что порядок оформления перечисленных документов значительно отличается от того порядка, который установлен в ГК РФ. При этом самое главное отличие заключается в том, что во всех приведенных случаях победитель торгов не должен подписывать итоговый протокол о торгах.

Таким образом, мы считаем, что положения законодательства, которые обязывают победителя торгов подписывать итоговый протокол являются излишними.

Применительно к изложенному, представим следующую ситуацию. Участник конкурсных торгов находится не в месте проведения торгов, а живет в другом городе. По почте он направил организатору торгов свою заявку на участие в конкурсе. Как ему поступить в дальнейшем? Может быть ему необходимо командировать своего уполномоченного представителя в место проведения торгов для того, чтобы в день подведения итогов торгов он имел возможность лично подписать протокол об их результатах?

Как уже упоминалось, правила конкурсной процедуры предусматривают

вскрытие конвертов с конкурсными предложениями участников торгов. При этом победитель конкурсных торгов не будет назван в день вскрытия конвертов, это произойдет намного позже, как правило, лишь спустя 10-30 дней после завершения конкурса.

Организатор торгов должен заранее определить в течение какого срока конкурсная комиссия будет сначала рассматривать, а затем оценивать все конкурсные заявки, которые поступили от претендентов для того, чтобы выбрать из них лучшее предложение. Поскольку итоги конкурсных торгов не могут быть известны заранее, то можно с большой долей уверенности утверждать о том, что такая командировка будет бесполезна. Кроме того, мы считаем, что в данном случае уполномоченному представителю участника торгов вообще не нужно присутствовать на таких торгах, поскольку это как минимум нецелесообразно, а как максимум - вообще неуместно.

Применительно к рассматриваемой ситуации, более оптимальным будет следующий вариант. Допустим, что один из участников победил в торгах. Организатор торгов должен направить победителю торгов персональное уведомление, в котором ему будет сообщено о том, что он является победителем торгов. В указанном уведомлении также необходимо указать точное место, где будет происходить оформление протокола об итогах торгов, а также время проведения этой процедуры. Затем происходит следующее. В назначенное время к организатору торгов должен прибыть уполномоченный представитель победителя торгов для того, чтобы подписать протокол об итогах торгов. Как можно увидеть, в данном случае победитель торгов также должен подписать протокол о результатах торгов, однако главное здесь не это, а то, что дата проведения оформления протокола о результатах торгов назначается не непосредственно на день подведения итогов торгов, а на более позднюю дату.

Теперь обратимся к п. 6 ст. 448 ГК РФ. Из содержания этой нормы следует, что законодатель отождествляет протокол о результатах торгов с договором. Также в данной норме говорится о том, что в том случае если лицо уклоняется от подписания протокола (по всей видимости, законодатель таким лицом считает

победителя торгов), то оно обязано возместить все убытки, которые были причинены данным действием в той их части, которая превышает размер предоставленного обеспечения (задатка). Из изложенного можно сделать вывод о том, что в таком случае у организатора торгов остается вся сумма обеспечения (задатка). Что же должно произойти дальше? ГК ничего не говорит об этом.

Можно предположить, что в данном случае все зависит от того, как решит заказчик торгов. Возможно он захочет провести повторные (вторичные) торги либо провести торги на тех же самых условиях, либо на измененных условиях. Ключевым здесь является следующее обстоятельство. Как уже говорилось выше, протокол об итогах торгов тождественен договору и раз нет протокола, то нет и самого договора, а это означает то, что торги не достигли поставленной цели.

Если закон требует, чтобы договор был заключен исключительно посредством проведения торгов, а от подписания итогового протокола уклоняется не победитель торгов, а их организатор, то в таком случае победитель торгов имеет право обратиться в суд и потребовать принудить организатора заключить договор, а также возместить все убытки, которые были понесены в результате его уклонения от заключения договора.

Из этого следует вывод о том, что организатор торгов не во всех случаях обязан заключать договор по итогам торгов. Если закон не требует, чтобы реализация имущества обязательно осуществлялась при помощи торгов, то в таком случае организатор торгов может и не подписывать протокол об их итогах. При этом никаких неблагоприятных последствий для него не наступит.

Мы уже говорили о том, что при проведении практически всех торгов используется принципиально иной алгоритм заключения договора. Это означает, что проект будущего договора является неотъемлемой частью документации о торгах. Протокол о результатах торгов не тождественен договору, собственно он и не должен быть ему тождественен. В некоторых случаях автором протокола об итогах торгов является организатор торгов, однако, как правило, составлением протокола об итогах торгов занимается конкурсная либо аукционная комиссия. Следовательно, мы еще раз приходим к выводу о том, что победитель торгов не

должен подписывать протокол об их итогах, это по меньшей мере неуместно.

С нашей точки зрения, протокол о результатах торгов должен лишь предшествовать заключению договора. При этом еще раз подчеркнем, что протокол об итогах торгов не может быть идентичен договору. Протокол об итогах торгов предназначается для того, чтобы зафиксировать, что процедура выбора предпочтительного контрагента завершена.

Как уже упоминалось, положения ГК РФ предписывают, чтобы победитель торгов подписал протокол об их результатах. Необходимо отметить, что эти требования применимы лишь к проведению устных аукционов. При использовании этой формы торгов победитель определяется посредством пошагового повышения или понижения цены. При проведении устных аукционов обязательно должны лично присутствовать уполномоченные представители участников торгов. Во всех остальных случаях в этом нет никакой необходимости.

Для того, чтобы надлежащим образом оформить протокол, все участники торгов в день подведения итогов торгов должны направить к организатору торгов своих уполномоченных представителей. Уполномоченный представитель, который представляет интересы победителя торгов, должен подписать итоговый протокол торгов, а остальные участники возвращаются ни с чем.

Очевидно, что на практике данная норма вызывает множество неудобств. Поэтому, в отличие от ГК РФ, положениями специального отраслевого законодательства предусматривается, что организатор торгов должен в одностороннем порядке оформить протокол об итогах торгов.

В заключении необходимо сказать несколько слов и о сущностном назначении протокола об итогах торгов. В протоколе об итогах торгов должны быть отражены все те действия, которые совершили организатор торгов и их участники. Полагаем, что когда победитель подписывает протокол об итогах торгов, то это не должно повлечь никаких правовых последствий для него. Кроме того, остается невыясненным следующий вопрос. Протокол является письменным документом, который должен отражать прошедшую процедуру торгов. Возникает

вопрос: почему протокол должны подписать не все участники прошедших торгов, а только два (организатор и победитель).

Таким образом мы приходим к выводу о том, что положения ГК РФ в данной части являются непоследовательными. Мы считаем, что российскому законодателю следует исключить из п. 6 ст. 448 ГК РФ два положения. Во-первых, необходимо исключить положение о том, что победитель торгов должен подписывать протокол о результатах торгов, а во-вторых, следует исключить положение о том, что протокол о результатах торгов обладает силой договора. Вместо исключенных положений необходимо ввести общее правило, в соответствии с которым протокол о результатах проведения любого вида торгов должен удостоверить исключительное право победителя на заключение соответствующего договора и является основанием для его заключения.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящем исследовании была предпринята попытка всесторонне исследовать гражданско-правовую проблематику торгов. По результатам исследования мы можем подвести итоги, сделать выводы и сформулировать основные теоретические постулаты. Именно эти постулаты должны служить в качестве основных ориентиров как для совершенствования действующего законодательства в сфере торгов, так и для правоприменительной практики.

Торги являются одним из традиционных институтов гражданского права, который был известен еще римскому праву. Институт торгов призван отражать специальный процедурный аспект заключения договора на торгах. В настоящее время институт торгов применяется не только в гражданском праве, но и далеко за его пределами, что позволяет сделать вывод о том, что он уже давно стал межотраслевым явлением, а не ограничивается сферой гражданско-правового регулирования.

Торги как межотраслевое явление и гражданско-правовой институт обладают двумя важными конститутивными признаками - равенством участников торгов и их состязательностью друг с другом. При этом, абсолютно все отношения, которые появляются в ходе организации и проведения торгов подпадают в сферу гражданско-правового регулирования. Для торгов не имеет значения тот факт, в какой сфере общественных отношений они проводятся. Цели организации и проведения торгов также не имеют никакого значения.

Торги представляют собой особую юридическую процедуру, благодаря которой происходит опосредованное предоставление какого-либо права. Разумеется, что торги в первую очередь предназначены для заключения договора при их помощи.

Торги являются одним из возможных способов заключения договора. Саму сущность торгов (равно как и любого другого способа заключения договора) предопределяет признак состязательности, который является важным и неотъемлемым признаком любых торгов. Если нет состязательности между участниками торгов, то в таком случае просто бессмысленно их проводить,

поскольку тогда они просто не достигнут поставленной цели.

При проведении торгов у их участников и организатора отсутствуют какие-либо взаимные права и обязанности по отношению друг к другу. Организатор торгов обладает определенным набором прав и полномочий при их проведении. Он может изменить их условия либо же вовсе их отменить. Разумеется, что подобные действия повлекут за собой наступление определенных последствий, но как бы то не было, участники торгов никак не могут этому противостоять. Впрочем, это отнюдь не означает, что у самих участников торгов нет никаких прав и возможностей. Они обладают весьма широкой свободой действий. Участник торгов имеет право в любой момент изменить или отозвать свои заявки на участие в торгах. Также он имеет полное право воздержаться от заявления своих ценовых предложений в пошаговом аукционе, тем самым принимая в торгах лишь формальное и пассивное участие.

В настоящем исследовании были подробно проанализированы существующие классификации и виды торгов.

Было выяснено, что течении довольно долгого периода времени ГК РФ регламентировал только торги продавца. Такая позиция вызывала у многих ученых недоумение, поскольку в реальной практике очень много торгов проводится не на продажу товаров, а именно на приобретение товаров. В связи с этим, некоторые ученые констатировали, что «торги покупателя» окончательно вышли за пределы регулирования гражданского законодательства. Но в 2015 году российский законодатель неожиданно для многих специалистов, принял решение уравнивать торги на покупку и торги на продажу. Тем не менее, это не решило некоторые проблемы, и одна из них связана с тем, что далеко не все положения ГК РФ могут быть применимы к торгам покупателя.

Существует множество различных критериев, в соответствии с которыми можно классифицировать торги и выделить их виды. Так, выделяются отраслевые, первичные, вторичные (повторные), публичные (открытые), закрытые, многолотовые и т.д. торги. Все они обладают своими специфическими особенностями.

Основными формами проведения торгов являются конкурсы и аукционы. В течении довольно длительного периода российское законодательство знало только эти две легальные формы торгов. Однако в 2015 году п. 4 ст. 447 ГК РФ были внесены изменения, в соответствии с которыми торгами отныне также можно считать и иные процедуры (помимо традиционных конкурсов и аукционов), в том случае если закон не запрещает использовать их в качестве торгов. С нашей точки зрения, внося эти изменения, законодатель под «иными» процедурами понимал торги, которые направлены на продажу имущества путем публичного предложения. Мы считаем, что эти изменения были излишними и законодателю не следовало выделять некие промежуточные формы торгов. Полагаем, что было необходимо сохранить привычную дихотомию торгов.

При проведении торгов у их организатора и участников не возникают никакие взаимные отношения и обязанности по отношению друг к другу.

Для успешного проведения торгов важное значение имеет информационная составляющая торгов, а именно надлежащее извещение об их проведении. В юридической литературе принято считать, что заявка на участие в торгах является акцептом, а извещение о предстоящих торгах соответственно публичной офертой. Если принять во внимание точку зрения о том, что заявка на участие в торгах является акцептом, то тогда ее необходимо лишить того самостоятельного юридического содержания, которое ей придается в настоящее время и сосредоточить его в извещении о проведении торгов. В ходе исследования было выяснено, что сам механизм торгов функционирует следующим образом. Претенденты на участие в торгах подают свои заявки организатору торгов. Подаваемые ими заявки должны иметь самостоятельное и конкретное содержание. То есть речь идет о том, что подаваемые участниками торгов заявки должны выступать в качестве оферты по отношению к договору, который разыгрывается на торгах.

На торгах используются способ обеспечения, который по своему содержанию существенно отличается от задатка в его традиционном понимании. Речь идет о комбинированной форме обеспечения, которой присущи как

элементы традиционного задатка, так и элементы, которые характерны для неустойки.

Таким образом можно сделать вывод о том, что торги являются ничем иным, как универсальной моделью приобретения различного рода прав, для которой характерен сложный юридический состав. Содержание такого состава составляет многообразие различных односторонних сделок, которые совершаются строго в определенной последовательности.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативные правовые акты

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 29.07.2018) // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, № 5, ст. 410.

3. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3434.

4. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства РФ, 08.04.2013, № 14, ст. 1652.

5. Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «Об организованных торгах» // Собрание законодательства РФ, 28.11.2011, № 48, ст. 6726.

Специальная литература

6. Азрилиян А.Н. Коммерческий словарь. - М.: Фонд «Правовая культура». - 1992. - 695 с.

7. Алланина Л.М. Гражданско-правовое регулирование отношений недропользования // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2017. - № 8. - С. 25-29.

8. Андреев И.А. Заключение договора оказания финансовых услуг субъекту естественной монополии посредством открытого конкурса в гражданском праве России // Право и экономика. - 2017. - № 4. - С. 18-22.

9. Андреева Л.В. Совершенствование законодательства о конкурсном заключении государственных контрактов // Хозяйство и право. - 2018. - № 8. - С. 44-47.
10. Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики // Законодательство и экономика. - 2017. - № 11. - С. 35-41.
11. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. - М.: Проспект. - 2018. - 762 с.
12. Беляева О. А. Неконкурентные торги // Право и экономика. - 2017. - № 10. - С. 12-15.
13. Беляева О.А. Оформление результатов торгов // Хозяйство и право. - 2016. - № 17. - С. 32-36.
14. Босин Е.И. Формирование и развитие системы международных торгов в России // Закон. - 2018. - № 15. - С. 31-36.
15. Брагинский М.И. Торги и конкурсы // Юрист. - 2016. № 36. - С. 8-13.
16. Брагинский М.И. Конкурс. - М.: Статут, 2005. - 81 с.
17. Брагинский М.И. Конкурс // Хозяйство и право. - 2005. - № 5. - С. 11-12.
18. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 1. М.: Статут, 2006. - 870 с.
19. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 2. М.: Статут, 2006. - 890 с.
20. Гатаулина Л.Ф. Правовое регулирование организации и проведения торгов. - М.: Статут. - 2009. - 402 с.
21. Горяинов С. О торгах на недвижимые имущества, несостоявшихся за невнесением задаточных денег // Журнал гражданского и уголовного права. - 1889. Апрель. - С. 118-123.
22. Грибанов В.П., Корнеев С.М. Советское гражданское право. - Т. 1. - М.: Юридическая литература, 1981. - 552 с.
23. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву // Журнал российского права. - 2016, - № 8. - С. 81-87.

24. Груздев В. Торги (понятие, правовая природа, признание недействительными) // Право и экономика. - 2016. - № 6. - С. 9-16.
25. Давыдова Г.Н. Общая характеристика юридических процедур в гражданском праве // Хозяйство и право. - 2017, № 12. - С. 23-28.
26. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка в четырех томах. Том 1. - М.: Диамант, 1996. - 710 с.
27. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка в четырех томах. Том 3. - М.: Диамант, 1996. - 812 с.
28. Дзегорайтис А.Б. Понятие конкурса в советском гражданском праве // Правоведение. - 1968. - № 69. - С. 58-61.
29. Долинская В.В. Общая характеристика торгов и их видов // Юридический мир. - 2009. - № 8. - С. 27-33.
30. Дыдынский М.Ф. Латинско-русский словарь к источникам римского права (по изданию 1898 года). - М.: Спарк. - 1999. - 814 с.
31. Ермакова А.В. Торги, тендеры, публичные торги и публичные конкурсы проблемы терминологии // Журнал российского права. - 2010. - № 15. - С. 26-34.
32. Ермошкина М. Понятие и функции задатка в современной доктрине и правоприменительной практике // Хозяйство и право. - 2017. - № 15. - С. 65-71.
33. Завидов Б., Разенков В. Организация и порядок проведения торгов // Российская юстиция. - 2018. - № 11. - С. 17-23.
34. Заяханов Г.М. Договор строительного подряда в российском гражданском праве // Закон. - 2015. - № 7. - С. 63-67.
35. Зинченко С.А. Понятие и классификация способов обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2007. - № 9. - С. 17-23.
36. Зубарева Н.В. Преимущественное право покупки // Российская юстиция. - 2016. - № 16. - С. 17-20.
37. Жилинский С.Э. Предпринимательское право. - М.: Волтер Клуверс, 2015. - 986 с.
38. Илюшников С.М. Простое товарищество в российском гражданском

праве // Журнал российского права. - 2015. - № 8. - С. 36-42.

39. Илюшина М.Н., Челышев М.Ю., Ситдикова Р.И. Теория и практика коммерческих сделок. М.: РПА МЮ РФ, 2016. - 226 с.

40. Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. - 451 с.

41. Иоффе О.С. Избранные труды. Том III. - М.: Юридический Центр, 2005. - 657 с.

42. Ишутин П. Договорные отношения и подрядные торги // Хозяйство и право. - 2015. - № 9. - С. 25-29.

43. Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовые договоры в России. - М.: Юрайт. - 2014. - 238 с.

44. Кабалкин А.Ю. К вопросу о сущности гражданско-правового договора по российскому законодательству // Юридический мир. - 2015. - № 14. - С. 12-16.

45. Казанцев В.И. Гражданско-правовые способы обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2013. - № 14. - С. 26-32.

46. Калугина О.П. Аукционы (сущность, ценообразование и совершенствование функционирования) // Конкурентное право. - 2017. - № 15. - С. 22-26.

47. Камаева А.В., Чернова О.М. Как признать недействительными результаты торгов // Арбитражная практика. - 2017. - № 5. - С. 19-23.

48. Катвицкая М.Ю. Банковские заемные средства. - М.: Грифон. - 2015. - 205 с.

49. Кирилловых А.А. Преимущественное право аренды при проведении конкурсных торгов // Законодательство и экономика. - 2014. - № 14. - С. 37-40.

50. Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики // Современное право. - 2016. - № 4. - С. 74-49.

51. Кнабе Г.С. Быт и история в античности. М.: Наука, 1990. - 283 с.

52. Крашенинников П.В. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Статут, 2018. - 1020 с.
53. Круглова О. Проблемы реализации на торгах имущества должника - сельскохозяйственной организации // Право и экономика. - 2011. - № 3. - С. 43-47.
54. Кукла М.Е. Заключение договора на торгах // Право и политика. - 2007. - № 3. - С. 144-147.
55. Курц Н.А. Заключение договоров о государственных и муниципальных закупках // Хозяйство и право. - 2016. - № 14. - С. 18-21.
56. Латынцев А.В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств // Журнал российского права. - 2015. - № 2. - С. 29-34.
57. Лыков А.Ю. Проблемы проведения торгов на заключение договоров ОСАГО // Юрист. - 2017. - № 12. - С. 23-25.
58. Могилевский С.Д. Правовые основы деятельности акционерных обществ. - М.: Дело, 2015. - 327 с.
59. Назаров А.Е., Щербаков А. Торги: нормы Гражданского кодекса на практике // Право и общество: истоки, современность и перспективы. Новокузнецк, 2007. - С. 112-116.
60. Недужий И.И. Международные торги. - М.: Международные отношения. - 1992. - 152 с.
61. Одинцова Т.К. Оспаривание торгов на право заключения договора по маршрутным перевозкам // Адвокатская практика. - 2018, № 3. - С. 31-35.
62. Ожегов С., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. - М.: Мир и образование. - 2015. - 1060 с.
63. Петров И.С. Правовые аспекты организации и проведения приватизационных торгов // Законодательство и экономика. - 2017. - № 9. - С. 43-47.
64. Полякевич В.Г. Ответственность за преддоговорные нарушения // Законодательство и экономика. - 2016. - № 3. - С. 34-37.
65. Протасов В.Н. Юридическая процедура. - М.: Юридическая литература,

1991. - 80 с.

66. Савина С.В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. - 2018. - № 10. - С. 19-26.

67. Садиков О. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Инфра-М, 2018. - 1038 с.

68. Сафина Д.В. Торги как механизм согласования различных секторов экономики // Современное право. - 2016. - № 5. - С. 65-70.

69. Сергеев А.П., Толстой Ю.К. Гражданское право. - Т. 1. - М.: Проспект, 2017. - 864 с.

70. Скловский К.И. Исполнительное производство // Арбитражная практика. - 2018. - № 3. - С. 52-60.

71. Соломкина Д.Я. Задаток по российскому гражданскому праву // Журнал российского права. - 2016. - № 6. - С. 15-19.

72. Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском праве // Хозяйство и право. - 2016. - № 11. - С. 41-44.

73. Суходольский Г.А. Тендеры. - М.: Проспект. - 2016. - 342 с.

74. Тендер // Материал из Википедии - свободной энциклопедии [Электронный ресурс]. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Тендер>

75. Токар Е.Я. Предпринимательство и представительство: тенденции и проблемы правового регулирования. - М.: Юрайт. - 2016. - 184 с.

76. Тузов Д.О. Вещные права (система, содержание, приобретение). - М.: Норма. - 2015. - 582 с.

77. Тупикин Н.Н. Виды и формы торгов в современном гражданском праве // Современное право. - 2015. № 3 (1). - С. 71-74.

78. Тур И., Пристанкова Е. Признание торгов недействительными при ненадлежащей форме извещения о торгах // Закон. - 2015. - № 9. - С. 52-56.

79. Турсунова Ю.С. Исполнение договоров, заключенных по результатам торгов // Хозяйство и право. - 2016. - № 6. - С. 36-41.

80. Турсунова Ю.С. Юридическая природа конкурса и правовое положение

организатора торгов // Право и экономика. - 2009. - № 3. - С. 45-50.

81. Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора // Право и экономика. - 2015. - № 9. - С. 5-10.

82. Чижова А. Преимущественное право арендатора на заключение договора аренды на новый срок и торги // Хозяйство и право. - 2016. - № 10. - С. 61-64.

83. Шевченко Л.И. Проблемы формирования договорных отношений поставки // Законодательство и экономика. - 2017. - № 12. - С. 15-21.

84. Шехтер А. Подрядные торги // Корпоративный юрист. - 2015. - № 8. - С. 22-27.

85. Щербинин С.В. Задаток при заключении договора на торгах // Юрист. - 2018. - № 6. - С. 24-29.

Источники на иностранном языке

86. Adoranti F. The Managers Guide to Understanding Tenders. - Global Professional Publishing. - 2014. - 144 p.

87. Coallier J. Procedures for Competitive Bidding. - Springer. - 2015. - 215 p.

88. Krishna V. Auction Theory. 2nd Edition. Academic Press. - 2015. - 340 p.

89. Ming K. Lim Bidding: Types, Strategies and the Impact of Irrationality. - Nova Science Pub Inc. - 2014. - 310 p.

90. Harvey B., Meisel F. Auctions Law and Practice. - 3d edition. - Oxford University Press. - 2014. - 512 p.

91. Sproston R. Buying and Selling Property at Auction. - Straightforward Guides. - 2016. - 271 p.

92. Sanmay D., Ostrovsky M. Auctions, Market Mechanisms and Their Applications. - Springer. - 2012. - 252 p.

93. Thompson S. Mergers, Acquisitions and Tender Offers. - Practising Law Institute. - Print Length. - 359 p.

94. Trauner T. J. Bidding & managing government construction. - R.S. Means Co.

- 2011. - 207 p.

95. Peterson L. Legal Tender: Enduring Wealth Management for Busy Legal Professionals. - Routledge. - 2015. -194 p.

Материалы судебной практики

96. Постановление ФАС Московского округа от 05.16.2003 г. № ВР-Б39/4229-03 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

97. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 12.08.2014 по делу № Д28-43573/2014 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

98. Постановление ФАС Уральского округа от 17.02.2008 № М08-3651/08-ГК // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

99. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.08.2006 г. № А45-14301/06 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

100. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19.05.2009. г. по делу № А28-1946/2009-16 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

101. Постановление ФАС Московского округа от 30.11.2010 г. № БС-В39/7985-10 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

102. Постановление ФАС Московского округа от 22.09.2011 г. № АВ-А32/5672-11 по делу № А36-Т3-16293/11 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

103. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.08.2014 № А14-3281/2014 по делу № Г31-43509/14 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

104. Решение Арбитражного суда Воронежской области от 28.10.2013 г. по делу № В15-24253-2013/384/13 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

105. Решение Арбитражного суда Кировской области от 16.01.2015 по делу № Б17-3654/2015-125/15 // Справочная информационная система «Консультант Плюс».

106. Информационное письмо ВАС РФ от 30.08.1996 № Л2-8/АН-531 «Об

отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике» // Вестник ВАС РФ. - 1996. - № 9. - С. 12-15.

107. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18.07.2011 г. № 126 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров о преимущественном праве приобретения акций закрытых акционерных обществ» // Вестник ВАС РФ. - 2011. - № 11. - С. 9-12.