

Правовые последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки

Домбаев С.С.,
Дальневосточный федеральный университет,
МГУ им. М.В. Ломоносова,
690091, Россия, г. Владивосток,
ул. Суханова, д. 8,
119991, Россия, г. Москва,
Ленинские горы, д. 1

Аннотация

В статье рассмотрены юридические последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки, осуществляемой в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223–ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223)¹. Ставятся под сомнение попытки обосновать наличие установленной законом обязанности заказчика заключить договор с победителем конкурентной закупки, обеспеченной возможностью судебного принуждения. В отсутствие такой обязанности заказчика предлагается рассмотреть доступный победителю закупки инструментарий по защите своих интересов. Вместе с тем приводится вывод о недостаточности предлагаемых действующим законом мер защиты интересов победителя закупки, их несоответствие публично-правовому характеру отношений в сфере корпоративных закупок. Предлагается внести изменения в Закон № 223, устраняющие указанные несоответствия.

Ключевые слова: конкурентные закупки, корпоративные закупки, отказ от заключения договора, торги, гражданско-правовой договор, Закон № 223, сфера закупок, положение о закупках.

Для цитирования: Домбаев С.С. Правовые последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 60–68. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-60-68>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

¹ СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571.

Legal Consequences of Refusal of Public Procurement Authority to Conclude the Contract With the Winner of the Competitive Procurement Procedure

Salambek S. Dombaev,

Far Eastern Federal University,
Lomonosov Moscow State
University,
Sukhanova str., 8, Vladivostok,
690091, Russia
Leninskie Gory, 1, Moscow,
119991, Russia,

Abstract

This article proposes to consider the debatable question regarding the legal consequences associated with the refusal of public procurement authority to conclude an agreement with the winner of the competitive procurement procedure conducted in accordance with the Federal Law dated 18.07.2011 No. 223 — FZ “On the procurement of goods, work, services by certain types of legal entities” (hereinafter — “Law No. 223”, the Law on Corporate Procurement). The article doubts the attempts to justify from the current legislation standpoint the existence of the obligation of the public procurement authority to conclude an agreement with the winner of the competitive procurement procedure provided with the possibility of judicial enforcement. In the absence of such an obligation, the author suggests to review the legal measures available to the winner of the competitive procurement procedure in order to protect its interests. At the same time, the article states that such measures are insufficient to the best interests of the winner of the competitive procurement procedure and does not comply with the public nature of relations in the field of corporate procurement. It is proposed to amend the Law on Corporate Procurement to eliminate these inconsistencies.

Keywords: *competitive procedures, corporate procurement, contract, public procurement, refusal to conclude the contract, Federal Law No. 223-FZ, procurement sphere, procurement policy.*

For citation: Dombaev S.S. Legal consequences of refusal of public procurement authority to conclude the contract with the winner of the competitive procurement procedure // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 60–68, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-60-68>

The author declare no conflict of interest.

Реформа законодательства о корпоративных закупках², ознаменовавшаяся принятием Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 505-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³, расширила рамки законодательного регулирования в данной сфере. До тех пор пре-валировал децентрализованный подход, предполагавший практически полную самостоятельность заказчиков в сфере установления правил закупочных процедур. Положения Закона о корпоративных закупках — базового нормативного акта в сфере корпоративных закупок — в прежней редакции содержали нормы-принципы, а непосредственное регулирование закупочных процедур закреплялось в локальных право-

² Под корпоративными закупками автор понимает закупки отдельными видами юридических лиц, общие принципы и правила осуществления которых установлены ФЗ № 223.

³ СЗ РФ. 2018. № 1 (ч. I). Ст. 89.

вых актах заказчиков — положениях о закупках. Нельзя не отметить, что подобный подход, с одной стороны, способствовал широкой дискреции со стороны локального правотворчества, породившей многообразие форм закупочных механизмов, зачастую весьма необычных и заслуживающих внимания, с другой — все более явно контрастировал с императивными методами регулирования в смежной сфере государственного и муниципального заказа⁴.

В результате реформы Закон о корпоративных закупках значительно увеличился в объеме за счет детализации правил регулирования, особенно в части, касающейся стадии осуществления закупок, что способствовало сближению нормативного регулирования корпоративных закупок и законодательства о контрактной системе.

Одной из ключевых новелл новой редакции Закона о корпоративных закупках является разделение **закупок** на конкурентные и неконкурентные (ч. 2 ст. 3 Закона № 223). Семантически схожую, но иным образом сформулированную норму, касающуюся классификации закупок, можно найти и в ФЗ № 44 (далее — Закон № 44), где устанавливается, что заказчик может использовать конкурентные *способы определения поставщика* либо осуществляет закупку у единственного поставщика (ч. 1 ст. 24 Закона № 44).

Конкурентные закупки, по мысли законодателя, являются той сферой, в которой в наибольшей степени выражены основные задачи государственного регулирования корпоративных закупок юридических лиц с государственным участием — процедура выбора на конкурентной и недискриминационной основе исполнителя (поставщика, подрядчика) по конкретной закупке, направленной на удовлетворение потребностей заказчика в поставке товаров, выполнении работ, оказании услуг [1]. Вместе с тем при наличии детального регулирования вопроса определения лица, с которым заказчик планирует заключить договор, законодательство о корпоративных закупках не содержит однозначного регулирования отношений, связанных с порядком заключения договора юридическими лицами с государственным участием.

Для признания закупки конкурентной в соответствии с Законом о корпоративных закупках требуется соблюдение одновременно следующих условий: 1) размещение информации о закупке в Единой информационной системе (далее — ЕИС) или направление такой информации потенциальным участникам закрытой закупки; 2) обеспечение конкуренции между участниками за право заключить договор с заказчиком в процессе осуществления

закупки; 3) описание предмета закупки с соблюдением правил, предусмотренных Законом № 223 (ч. 3 ст. 3).

По общему правилу конкурентные закупки могут осуществляться двумя способами: 1) *в форме торгов* — это различные вариации четырех закупочных процедур: конкурс, аукцион, запрос котировок, запрос предложений; 2) *иными способами*, установленными положением о закупках заказчика, и соответствующими вышеуказанным критериям конкурентной закупки (ч. 3² ст. 3 Закона № 223). Установление иных способов конкурентной закупки находится в сфере абсолютной дискреции заказчика, поэтому перечень таких способов является открытым. В качестве примеров можно назвать процедуры конкурентного отбора, запроса цен, маркетингового исследования, запроса ofert и пр.

В рамках настоящей статьи мы будем исследовать только те конкурентные закупки, в процессе осуществления которых произошел торг (в широком смысле этого слова) между несколькими участниками закупки и был определен победитель. Согласно устоявшейся в практике терминологии такие закупки принято именовать состоявшимися в противовес несостоявшимся закупкам, в которых отсутствовала *реальная* состязательность после этапа допуска участников к торгу (отсутствие допущенных участников, отказ в допуске всем участникам, допуск только одного участника). По нашему мнению, заказчику во всех случаях, когда закупка признана несостоявшейся, должно, как минимум, предоставляться право переобъявления конкурентной закупки на изначальных или скорректированных условиях, поскольку цель конкурентной закупки не достигнута: ввиду отсутствия состязательного элемента — борьбы нескольких участников — заказчику не гарантировано получение лучших условий договора. Как максимум, у него должно также сохраняться *право* заключить договор с единственным допущенным к торгам участником.

Поскольку в законодательстве о корпоративных закупках, в отличие, например, от законодательства о контрактной системе в сфере закупок (ст. 55 Закона № 44 и др.), отсутствуют нормы, закрепляющие обязанность для заказчика заключать договор с единственным участником конкурентной закупки, его право на отказ от заключения договора в такой ситуации не должно ставиться под сомнение. О верности такого суждения косвенно позволяют судить и нормы ГК РФ, касающиеся порядка заключения договоров на торгах. Так, в соответствии со ст. 447 ГК РФ договор заключается с лицом, *выигравшим* торги, а торги, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. Наряду с этим в ст. 448 ГК РФ используется термин «*победитель*» торгов, с которым организатор торгов в ряде случаев обязан заключить договор. Спрашивается, у кого выиграл и кого *победил* в торге единственный заявившийся на них участник? Соревновательный принцип, заложенный

⁴ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства Российской Федерации 2013. № 14. Ст. 1652 [Электронный ресурс]: официальный сайт. Электрон. дан. URL://www.szrf.ru/szrf/index.phtml?md=1 (Дата обращения: 22.06.2020).

в этимологию обоих понятий, собственно, ради которого торг учреждается, не находит своего воплощения в ситуации несостоявшихся торгов. Здесь нельзя не согласиться с О.А. Беляевой, справедливо указывающей, что состязательность является конститутивным признаком любых торгов и конкурентных процедур, а при ее отсутствии последние утрачивают всякий смысл [2].

Актуальность обозначенного вопроса обусловлена отсутствием в специальном законодательстве о корпоративных закупках норм, опосредующих отношения, связанные с порядком заключения договора и основаниями для отказа заказчика от его заключения. Несмотря на указанную выше тенденцию детализации законодательного регулирования корпоративных закупок, вопрос о порядке заключения и исполнения договора остается урегулированным лишь на уровне положения о закупках заказчика (ч. 2 ст. 2 ФЗ № 223), что, очевидно, не способствует единообразной практике применения соответствующих норм права. Такой подход к регулированию таит в себе серьезные риски для потенциальных участников закупок, связанные с неопределенностью нормативных требований в отношении порядка заключения договоров.

В отсутствие специального регулирования на уровне Закона о корпоративных закупках поиск ответа на поставленный вопрос необходимо искать в общих положениях гражданского законодательства.

По общему правилу нельзя принудить лицо к заключению договора — это важнейшее следствие действия принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Отказ от заключения договора является естественным продолжением реализации данного принципа на практике. Однако по мере развития оборота, усложнения структуры общественных отношений принцип свободы договора как безусловная максима в сфере взаимодействия формально равных субъектов теряет свое абсолютное значение.

Закрепленные в нормах договорного права различного рода ограничения указывают на наличие пределов свободы договора, которые, по мнению М.И. Брагинского, преследуют вполне определенные цели. Это, во-первых, защита слабой стороны, которая начинается со стадии заключения договора и завершается его исполнением и ответственностью за нарушение, во-вторых, это защита интересов кредиторов, угроза которым может оказать разрушительное влияние на гражданский оборот, в-третьих, защита интересов государства, в концентрированном виде выражающего интересы общества [3].

В этой связи произвольный отказ одной из сторон от заключения договора может по-разному расцениваться правом порядком, в зависимости от тех последствий, которые несут такие действия для стабильности оборота и публичных интересов: от полной юридической индифферентности до принуждения к заключению договора в судебном порядке.

Безусловно, принуждение к заключению договора в судебном порядке (п. 4 ст. 445 ГК РФ) является мерой чрезвычайной для регулирования гражданско-правовых отношений. Гражданское законодательство указывает лишь на две ситуации, когда такая мера имеет применение: когда обязанность заключения договора прямо установлена *законом* либо вытекает в силу *добровольно принятого обязательства* (ст. 421 ГК РФ). В качестве примера первой можно привести публичный договор (ст. 426 ГК РФ). Пример второй — обязательства сторон, возникающие в результате заключения ими предварительного договора (ст. 429 ГК РФ).

Между двумя крайними мерами правового регулирования отношений (отсутствие всяких юридических последствий и принуждение к заключению договора) находится промежуточный механизм защиты интересов лица, понесшего негативные последствия в результате отказа потенциального контрагента от заключения договора.

Так, например, в ст. 434¹ ГК РФ указывается, что незапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, когда другая сторона переговоров не могла этого ожидать, является тем обстоятельством, которое законодатель связывает с наступлением неблагоприятных последствий для действующей недобросовестно стороны переговоров. В качестве правовых последствий потерпевшей стороне предоставляется право требовать возмещение убытков по правилам деликтной ответственности (ч. 8 ст. 434¹ ГК РФ). Контрастности ситуации придает то обстоятельство, что Закон о корпоративных закупках приводит вполне конкретные правовые последствия для обратного случая — уклонения (отказа) победителя закупки от заключения договора: а) ему не возвращается обеспечение заявки на участие в конкурентной закупке (ч. 26 ст. 32 Закона № 223); б) сведения о нем направляются в ФАС России для включения в реестр недобросовестных поставщиков (ч. 2 ст. 5 ФЗ № 223). Причем по умолчанию закона такие последствия для уклонившегося победителя закупки наступают вне зависимости от того, в какой форме осуществлялась конкурентная закупка (торги или иной способ).

С учетом сказанного необходимо установить, по какой из указанных моделей регулирования предлагает действовать законодатель в случае отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки. Иными словами, существует ли установленная в соответствии со ст. 421 ГК РФ обязанность для заказчика заключить договор с применением последствий, указанных в ст. 445 ГК РФ (принуждение к заключению договора в судебном порядке), в случае отказа, либо закон связывает с последним наступление иных последствий для заказчика?

Для ответа на поставленный выше вопрос вернемся к предлагаемой Законом о корпоративных закупках классификации конкурентных закупок: торги и иные

способы, отвечающие критериям конкурентной закупки. Практический смысл введения подобной классификации конкурентных закупок, очевидно, кроется в намеренном акценте на *торгах* как процедуре заключения договора, нашедшей отдельное нормативное регулирование в гражданском законодательстве (ст. 447—449 ГК РФ). Несмотря на то что многие процедурные нормы гражданского кодекса, посвященные торгам, скорректированы Законом о корпоративных закупках⁵, весьма важное практическое значение имеет норма, закрепленная в абз. 3 п. 6 ст. 448 ГК РФ, которая предусматривает, что, если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, при уклонении организатора торгов от подписания протокола победитель торгов вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения.

В соответствии с правилами юридической герменевтики санкция приведенной выше правовой нормы в виде предоставления *победителю* торгов определенного способа защиты своих прав применяется при одновременном соблюдении условий, сформулированных в гипотезе нормы, а именно: а) заключение договора с победителем было возможно *только путем проведения торгов*; б) такая обязанность должна следовать для организатора торгов (заказчика) из прямого предписания нормы *закона*.

Отвечают ли конкурентные закупки, осуществляемые в соответствии с ФЗ № 223 в форме торгов, требованиям п. 6 ст. 448 ГК РФ?

В доктрине и практике имеется несколько взглядов относительно данного вопроса. Так, Ф.А. Тасалов отмечает, что гражданское законодательство содержит однозначный запрет на произвольный отказ заказчика от заключения договора по итогам торгов, предусматривает ответственность за такой произвольный отказ (ст. 447, 448 ГК РФ), хотя нормы Закона № 223-ФЗ и не содержат прямого указания на необходимость заключения заказчиком договора по итогам конкурентной закупки [4]. Схожая позиция формируется антимонопольной и судебной практикой. Например, в одном из судебных дел по оспариванию решений антимонопольных органов суды, соглашаясь с доводами последних, отмечали, что для корпоративного заказчика, исходя из толкования норм 447, 448 ГК РФ, следует обязанность по заключению договора с победителем конкурентной закупки. Причем в данном конкретном случае суды подошли к толкованию норм гражданского законодательства расширительно, указав, что «положения ГК РФ, регулирующие проведение торгов, в полной мере применяются к иным торгово-закупочным процедурам, основанным

на конкурентном отборе контрагента, предложение которого в наибольшей степени удовлетворяет потребностям заказчика»⁶. Несмотря на то что не удалось найти ни одного судебного дела, в котором в качестве предмета иска заявлялись бы требования к заказчику о понуждении к заключению договора с победителем конкурентной закупки, представляется верным, что органы государственной власти, констатируя наличие у заказчика обязанности по заключению договора с победителем закупки, подразумевали именно обязанность, обеспеченную возможностью судебного принуждения (ч. 6 ст. 448 ГК РФ, ч. 4 ст. 445 ГК РФ).

Следует отметить, что такие суждения базируются на ложном предположении, что обязательность заключения договора с победителем, обеспеченная силой судебного принуждения, является конститутивной характеристикой всяких торгов. В такой логике следовало бы признать рудиментарным наличие нормы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, которая указывает как раз на то, что такая обязанность *является скорее исключением, нежели общим правилом*.

Та часть судебного решения, в которой контрольный орган и суд обосновывают обязательность для корпоративного заказчика заключения договора с *единственным участником* конкурентной закупки (неверно называемым *победителем*), не имеет под собой никаких правовых оснований, следующих из буквы закона, и идеологических предпосылок, которые бы вытекали из его духа. Представляется, что государственные органы, разрешая спорную ситуацию, в отсутствие прямой нормы, регулирующей отношения, предприняли попытку пойти путем применения норм ФЗ № 44 по аналогии. Как было показано выше, такой подход не соотносится с constitutive природой торгов и вряд ли может являться эффективным инструментом правового регулирования сферы корпоративных закупок.

Принципиально иного подхода придерживается О.А. Беляева, которая в комментарии к норме ч. 6 ст. 448 ГК РФ отмечает, что «торги в сфере корпоративных закупок проводятся не в силу указания об этом в Законе о закупках, регулирующем осуществление закупок компаниями с государственным участием, а в силу указания на это в *положении о закупке заказчика, т. е. проведение торгов в данном случае основано на локальном правовом акте*. Следовательно, комментируемая норма не распространяет свое действие на договоры, заключаемые в сфере регулирования данного Закона» [5].

Действительно, Закон о корпоративных закупках не устанавливает случаев, когда тот или иной договор дол-

⁵ Например, согласно п. 6 ст. 448 ГК РФ протокол о результатах торгов имеет силу договора.

⁶ См. Решение Московского УФАС России от 24.04.2018 по делу № 1-00-739/77-18, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 05.12.2018 по делу № А40-178332/18-120-2097 (оставлено без изменения Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.04.2019 № 09АП-12753/2019) // [Электронный ресурс]: <https://kad.arbitr.ru/> (Дата обращения: 22.06.2020).

жен быть заключен только посредством торговых процедур. Как отмечалось выше, ФЗ № 223 обязывает заказчика отразить способы закупок, условия их применения, а также порядок заключения и исполнения договора в положении о закупках (ч. 2 ст. 2 Закона № 223).

Даже в тех случаях, когда в качестве формы конкурентной закупки закон предписывает использовать только торги (например, конкурентные закупки, осуществляемые заказчиками у субъектов МСП), представляется невозможным игнорировать то обстоятельство, что обязательность использования торгов для заключения **конкретного** договора вытекает не из нормы закона, а из нормативно-правового акта меньшей юридической силы, что не соответствует гипотезе ч. 6 ст. 448 ГК РФ.

Попытка оставить решение данного вопроса за заказчиком не имеет за собой никаких перспектив. Лишены всякого успеха надежды на то, что заказчик по собственной воле установит в локальном нормативном акте положения, касающиеся его ответственности. В лучшем случае положение о закупках, следуя логике закона, умолчит в вопросе ответственности заказчика за отказ от заключения договора, в худшем — в нем будет прямо предусмотрено, что заказчик никакой ответственности за отказ от заключения договора с победителем не несет.

Ярче всего указанный тезис подтверждает анализ положений о закупках различных заказчиков. Довольно часто они содержат разделы, посвященные процедурам заключения договоров с единственным поставщиком, в которых перечень оснований для использования данной закупочной процедуры настолько широк и неконкретен, что, в принципе, всю закупочную деятельность заказчика можно реализовывать без использования каких-либо конкурентных процедур. Например, в качестве типовых примеров оснований для заключения договора с единственным поставщиком можно встретить случаи, когда приобретаются услуги, связанные с направлением работников заказчика в служебные командировки, или обеспечение потребности связано с визитами делегаций иностранных государств, обеспечением выездных мероприятий руководства⁷ и пр.

То есть речь идет о случаях, когда использованию конкурентных закупочных механизмов объективно ничего не препятствует, однако у заказчика есть возможность выбрать в качестве альтернативы неконкурентный способ осуществления закупки. Утверждение о том, что торги в таком случае являются единственным возможным способом заключения договора, как того требует норма ч. 6 ст. 448 ГК РФ, представляется необоснованным.

В конечном итоге даже если предположить, что разработчики новой редакции Закона о корпоративных закупках подразумевали возможность расширительного толкования нормы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, выражающегося в уравнивании статуса нормы закона и нормы локального нормативно-правового акта (что, безусловно, некорректно), было упущено из вида важное обстоятельство, что при таком подходе на усмотрение заказчика остается установление другого обязательного элемента гипотезы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, а именно — определение случаев, когда торги являются безальтернативным способом заключения договора.

В отношении конкурентных закупок, осуществляемых иными, отличными от торгов способами, аргументация в пользу возможности применения последствий, указанных в ч. 6 ст. 448 ГК РФ, имеет еще меньше шансов на успех, поскольку *de lege lata* Закон о корпоративных закупках прямо противопоставляет два указанных способа. Иные способы закупок, если толковать закон буквально, не являются торгами, а правила о торгах не могут применяться по аналогии к неторговым процедурам. Очевидная попытка вывести так называемые **иные способы конкурентных закупок** из сферы правовой регламентации процедуры торгов выливается на практике в весьма показательную статистику, отмеченную Министерством финансов РФ в своем отчете за 1-е полугодие 2019 г., из которого следует, что посредством **иных способов закупки** заказчиками в отчетном периоде было отыграно порядка 80 тысяч лотов общей стоимостью почти 900 млрд рублей, что составляет около 14% от всего стоимостного объема закупок в сфере корпоративного заказа⁸.

Нормы положений о закупках различных заказчиков подтверждает тезис о том, что заказчики крайне редко стремятся отразить ясные и недвусмысленные критерии выбора того или иного способа конкурентных закупок.

Так, в типовом положении о закупках товаров, работ, услуг, утвержденном Минобрнауки России для нужд подведомственных ему учреждений (далее — Типовое положение Минобрнауки)⁹, среди конкурентных

⁷ См., напр., пп. 17.1.10, 17.1.26 Положения о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Газпром» и Компаний Группы Газпром (далее — «Положение о закупках Газпрома»), Официальный сайт ПАО «Газпром». URL://trans.gazprom.ru/tenders/polozhenie-o-zakupkakh-tovarov/ (Дата обращения: 22.06.2020).

⁸ См. Результаты мониторинга применения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в 1-м полугодии 2019 г. [Электронный ресурс]: официальный сайт Минфина России. URL://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/?id_38=128178-rezultaty_monitoringa_primeneniya_federalnogo_zakona_ot_18_iyulya_2011_g._223-fz_o_zakupkakh_tovarov_rabot_uslug_otdelnymi_vidami_yuridicheskikh lits_ (Дата обращения: 18.06.2020).

⁹ Типовое положение о закупках товаров, работ, услуг для нужд федеральных государственных автономных учреждений, федеральных государственных бюджетных учреждений, федеральных государственных унитарных предприятий, подведомственных Министерству науки и высшего образования РФ. [Электронный ресурс]: официальный сайт Минобрнауки России. URL://www.minobrnauki.gov.ru/ru/documents/card/?id_4=82&cat=ru/documents/prikazy/ (Дата обращения: 22.06.2020).

способов закупки указывается «конкурентный отбор». Пункт 1 раздела 10 Типового положения Минобрнауки прямо указывает, что конкурентный отбор *не является торгами* и проводится исключительно в бумажной форме. Случаи, когда такой способ закупки не может быть использован заказчиком, указаны в п. 2 раздела 10, а именно: а) когда конкурентная закупка проводится исключительно среди субъектов СМП (что очевидно, так как для таких закупок, как было указано выше, возможно использование только торговых процедур); б) когда закупка должна проводиться в электронной форме (что обусловлено исключительно «бумажной» формой самой процедуры конкурентного отбора). Иных ограничений не установлено. На практике это означает, что заказчик во всех случаях проведения *конкурентной закупки не у субъектов СМП* вправе использовать *неторговую процедуру* конкурентного отбора вместо торговых процедур конкурса, аукциона, запроса котировок и запроса предложений. Еще более диссонирующей выглядит норма положения о закупках, которая устанавливает, что к процедуре конкурентного отбора, за исключением ряда положений, подлежат применению правила осуществления закупки в форме открытого конкурса (п. 3 раздела 10 Типового положения Минобрнауки).

В контексте рассматриваемого вопроса требует отдельного рассмотрения норма ч. 15 ст. 32 Закона № 223. Согласно ей договор по результатам конкурентной закупки заключается не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в ЕИС итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки. На первый взгляд, из смысла нормы можно прийти к выводу о наличии обязанности заказчика заключить договор. Однако остается неясным вопрос: что вбирает в себя понятие «результат конкурентной закупки»? В результате конкурентной закупки может быть определен победитель закупки, равно как закупка может быть признана несостоявшейся ввиду допуска только одного участника закупки или отсутствия заявок вовсе. Определение лица, предложившего лучшие условия заключаемого договора, и принятие решения о заключении с ним договора — это, на наш взгляд, два разных юридических состава. И если первый из них находит упоминание в законе (например, в ч. 7 той же ст. 3.2 ФЗ № 223 говорится о возможности *отменить определение поставщика*), то относительно условий принятия *решения о заключении договора* не говорится вовсе.

Заказчик, пользуясь правовой неопределенностью в данном вопросе, не лишает себя возможности восполнить законодательный пробел. Так, в соответствии с Положением о закупках Газпрома процедура конкурентного отбора, являющаяся конкурентным способом закупки, может быть завершена без заключения договора, даже в случае если определен победитель закупки, если заказчик посчитает, что это противоречит принципу эффек-

тивного расходования денежных средств (п. 14.5.3 Положения о закупках Газпрома). Похожие формулировки находят также в Положении о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком», в соответствии с пп. 12 п. 8.2.2 которого в документации о конкурентной закупке могут быть указаны сведения о порядке завершения процедуры конкурентной закупки без заключения договора¹⁰.

Все это свидетельствует о том, что даже если законодатель в ч. 15 ст. 32 Закона № 223 предполагал установить для заказчика обязанности по заключению договора в результате конкурентной закупки, достичь указанного эффекта ему не удалось. Диспозиция указанной нормы, по нашему мнению, описывает процедурные правила заключения договора при условии соблюдения подразумеваемой гипотезы — *заказчиком принято решение о заключении договора по результатам конкурентной закупки*. Такой же позиции, как было показано выше, придерживаются и крупнейшие заказчики в стране.

Таким образом, буквальное толкование норм действующего российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что в случае осуществления конкурентной закупки, *вне зависимости от формы ее осуществления* (торги или иные способы), ГК РФ и Законом о корпоративных закупках не установлена обязанность заказчика по заключению договора с победителем конкурентной закупки. Соответственно, возможность понуждения заказчика к заключению договора в судебном порядке по данному основанию не находит своего подтверждения.

В отсутствие прямого указания закона, как того требует ст. 421 ГК РФ, заслуживает внимания возможность обоснования наличия обязанности заказчика по заключению договора с победителем конкурентной закупки через призму добровольно принятых обязательств, а именно — конструкцию предварительного договора.

Обязательства по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг в рамках осуществления конкурентной закупки в соответствии с Законом о корпоративных закупках возникают из сложного юридического состава. Первая группа юридических фактов лежит в основе отношений, связанных с организацией конкурентной закупки и заключением предварительного договора. Вторая группа фактов опосредует возникновение отношений по заключению основного договора, из которого, собственно, возникают соответствующие имущественные обязательства.

Опубликованные в установленном порядке извещение и документация о закупке являются приглашением делать оферты. Подача допущенными к закупке участниками заявок на участие в закупке в течение установ-

¹⁰ См. Положение о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком» (редакция 18) [Электронный ресурс]: официальный сайт ПАО «Ростелеком». URL: [//zakupki.rostelecom.ru/info_docs/docs/](http://zakupki.rostelecom.ru/info_docs/docs/)

ленного срока обладает всеми чертами оферты, содержащей все существенные условия будущего договора: такая заявка содержит согласие участника с условиями извещения и документации о закупке, а также его предложение относительно цены и прочих условий. Публикация заказчиком протокола о подведении итогов закупки и результатах определения ее победителя фиксирует момент акцепта оферты участника закупки — победителя. С момента публикации указанного протокола предварительный договор между заказчиком и победителем закупки считается заключенным.

Поддержку такого взгляда на юридическую природу возникающих в ходе торгов отношений можно встретить у М.И. Брагинского [3]. Впрочем, в доктрине имеется и противоположная позиция [2].

По нашему мнению, несмотря на всю привлекательность конструкции предварительного договора, заключаемого по итогам конкурентной закупки, в целях обоснования наличия у заказчика обязанности по заключению основного договора следует признать, что такой подход имеет ряд серьезных изъянов, которые нельзя игнорировать.

Во-первых, из заключенного таким путем предварительного договора обязанность по заключению основного договора возникает только у заказчика. Для уклонившегося или отказавшегося от заключения договора победителя закупки закон предусматривает наступление иных последствий, о которых было сказано выше. Несмотря на то что в юридической литературе можно встретить суждения касательно возможности заключения односторонне обязывающих предварительных договоров, буквальное прочтение нормы ст. 429 ГК РФ не позволяет судить об этом однозначно [5].

Во-вторых, необходимо понимать, что стороны закупки в ходе ее осуществления преследуют все-таки цель (*causa*) заключить имущественный договор, а не организационный по своей природе предварительный договор. Для признания данной идеи жизнеспособной необходимо установить, что обе стороны действительно имели в виду заключение предварительного договора на этапе публикации итогового протокола закупки и что такое намерение следовало из их волеизъявления. Установление столь сложных юридических конструкций не ложится в канву законодательного регулирования сферы корпоративного заказа и не отвечает целям такого регулирования.

С учетом всего вышеизложенного следует констатировать, что с точки зрения действующего законодательства интересы победителя конкурентной закупки в ситуации, когда заказчик отказался заключать с ним договор, могут быть защищены с помощью механизмов преддоговорной ответственности (ст. 434¹ ГК РФ). В своем обзоре судебной практики по вопросам применения ФЗ № 223 Верховный Суд РФ подтвердил наличие соглашения о ведении переговоров между заказчиком

и участником конкурентной закупки, а также возможность применения соответствующих мер ответственности, которые доступны обеим сторонам переговоров¹¹. Победителю закупки как лицу, с которым были прекращены переговоры по заключению договора, необходимо понимать, что использование такого способа защиты своих интересов требует обращения в судебные органы (чаще всего по месту нахождения заказчика), а также доказывания факта недобросовестности заказчика и размера понесенных убытков.

На наш взгляд, указанная мера должна рассматриваться лишь в качестве крайнего способа, к которому может прибегнуть победитель закупки при защите своих интересов. Ее явно недостаточно в условиях, когда он практически не участвует в формировании основных условий договора и, по существу, вынужден к ним присоединиться или улучшать в ходе закупки. Такую меру нельзя также признать пропорциональной тому объему ответственности, которую несет сам победитель закупки в зеркальной ситуации — когда уже он признается уклонившимся или отказавшимся от заключения договора с заказчиком.

С точки зрения поддержания баланса интересов сторон закупки и логичным следствием публично-правовой природы корпоративных закупок установление обязанности для заказчика заключения договора с победителем закупки и возможности судебного принуждения к заключению договора является крайне необходимой мерой.

Наиболее логичным *de lege ferenda* выглядит вариант с закреплением в Законе о корпоративных закупках нормы, в соответствии с которой на заказчика возлагается обязанность по заключению договора с победителем торгов. Причем такая обязанность должна трансформироваться в право заказчика в случае, когда закупка была признана несостоявшейся по причине допуска к торгам только одного участника. Заказчику должна предоставляться возможность переобъявления процедуры конкурентной закупки при признании ее несостоявшейся по данному основанию.

Представляется также обоснованным ограничить действие правила об обязательном включении в реестр недобросовестных поставщиков лиц, уклонившихся (отказавшихся) от заключения договора с заказчиком, в случаях, если у заказчика отсутствует обязанность по заключению договора в результате осуществления такой закупки. При этом заказчику в любом случае остаются

¹¹ См.: Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) // [Электронный ресурс]: официальный сайт Верховного суда РФ: <http://www.supcourt.ru/documents/thematics/26757/> (Дата обращения: 22.06.2020).

доступными меры защиты нарушенного интереса, предусмотренные ст. 434.1 ГК РФ (преддоговорная ответственность), включая возможность обращения взыскания на предмет обеспечения. ■

Литература [References]

1. OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru>
2. Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики (монография). М: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ: ИНФРА-М, 2015, доступна в информационно-справочной системе «Гарант». [Belyaeva O.A. Bidding: theoretical framework and practical issues (monography). M: The Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation: INFRA-M, 2015, available in information-reporting system "Garant".]
3. Брагинский М.И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / В.В. Витрянский, М.И. Брагинский. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2011. [Braginskiy M.I. Contract law. Book 1 General provisions / V.V. Vitryanskiy, M.I. Braginskiy. 3d edition, M.: Statut. 2011.]
4. Тасалов Ф.А. Запрос котировок и запрос предложений как формы торгов // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 5 (90). С. 126—135. [Tsalov F.A. Request for Quotation and Request for Proposals as a Bidding Form // Actual Problems of Russian Law. 2018. № 5 (90). P. 126—135 (In Russ.)] DOI: 10.17803/1994-1471.2018.90.5.126-135.
5. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. [Contracts and obligations (general part): article-by-article commentary to articles 307—453 of the Civil code of the Russian Federation / Pub. Editor A.G. Karapetov. M.: M-Logos, 2017.]

Сведения об авторе

Домбаев Саламбек Салаудиевич: соискатель кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Департамента корпоративных закупок Дальневосточного федерального университета
E-mail: dombaev.ss@dvfu.ru