



КАФЕДРА
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО
ПРАВА юридического факультета МГУ

КИЧИК К. В.

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ (МУНИЦИПАЛЬНЫЙ) ЗАКАЗ РОССИИ

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ФОРМИРОВАНИЯ, РАЗМЕЩЕНИЯ
И ИСПОЛНЕНИЯ**

ЮСТИЦ  **ИНФОРМ**

Кузьма Валерьевич Кичик
Государственный (муниципальный)
заказ России: правовые проблемы
формирования, размещения и исполнения

Текст предоставлен правообладателем
http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=3297915

*Государственный (муниципальный) заказ России: правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: Юстицинформ; М.: 2012
ISBN 978-5-7205-1141-8*

Аннотация

В книге предпринята попытка комплексного исследования проблем правового регулирования отношений по формированию, размещению и исполнению государственных (муниципальных) заказов в России.

В работе раскрывается сущность государственного (муниципального) заказа, дано определение этому институту, обозначены различия между понятиями «государственный заказ», «государственные нужды», «прокьюремент», «закупка». Определено место государственного (муниципального) заказа в системе средств государственного регулирования экономики. Изучена правовая природа института размещения государственных (муниципальных) заказов. Определена специфика правового статуса государственных (муниципальных) заказчиков и участников размещения заказов (поставщиков), установлена компетенция контролирующих органов в сфере размещения государственных и муниципальных заказов. Исследован порядок формирования, размещения и исполнения государственных и муниципальных заказов в России. Изучены основные способы размещения публичных заказов, применяемых в России и за рубежом. Проанализированы «пороговые значения» («ценовые пороги») в закупочных системах стран мира. Установлены причины развития так называемого конкурсного рейдерства.

Автором определены наиболее серьезные правовые проблемы в сфере формирования, размещения и исполнения государственных (муниципальных) заказов, а также даются рекомендации по совершенствованию российского законодательства в связи с построением федеральной контрактной системы.

Книга предназначена для специалистов в сфере публичных закупок. Будет полезна для студентов, аспирантов и преподавателей юридических и экономических вузов и факультетов.

Содержание

Введение	4
Глава I	7
§1.1. Понятие государственного (муниципального) заказа в российском законодательстве и научной литературе	7
Государственный (муниципальный) заказ – экономический институт	7
Понятие государственного (муниципального) заказа в российском законодательстве	9
Понятие государственного (муниципального) заказа в научной литературе	12
Универсальное определение государственного (муниципального) заказа	17
К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупка»	20
§1.2. Государственные (муниципальные) нужды как сущностный признак государственного (муниципального) заказа по российскому законодательству	27
Государственные (муниципальные) нужды	34
§1.3. Законодательство, опосредующее отношения по формированию и реализации государственного (муниципального) заказа	37
Глава II	50
§2.1. Правовой статус государственного (муниципального) заказчика	50
«Заказчик» – экономическая и юридическая категория	50
Круг субъектов, выступающих государственными (муниципальными) заказчиками по законодательству России и зарубежных стран	52
Особенности правового статуса государственного (муниципального) заказчика	59
§2.2. Правовой статус участника размещения заказа (поставщика)	66
Круг субъектов, выступающих участниками размещения заказа (поставщиками)	66
Конец ознакомительного фрагмента.	67

К. В. Кичик

Государственный (муниципальный) заказ России: правовые проблемы формирования, размещения и исполнения

Введение

На протяжении многих лет в России ежегодно увеличиваются расходы федерального бюджета: в 2007 г. они составили 6,5 трлн руб.¹, 2008 г. – 7 трлн руб.², 2009 г. – 9,8 трлн руб.³, 2010 г. – 10,2 трлн руб.⁴, в 2011 г. – более 11 трлн руб..⁵

Наряду с увеличением указанных расходов в России наблюдается тенденция к увеличению средств, осваиваемых путем проведения государственных и муниципальных закупок: в 2007 г. – более 2 трлн руб.⁶, в 2008 г. – более 4 трлн руб.⁷, в 2009 г. – более 4,5 трлн руб.⁸, в 2010 г. – примерно 5 трлн руб.⁹, в 2011 г. – около 5,3 трлн руб..¹⁰

Официальная экономия средств бюджета от применения закупочных процедур (разница между начальной ценой и ценой контракта) за первые пять лет применения Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»¹¹ (далее – Закон № 94-ФЗ, Закон о размещении заказов), т. е. с 2006 г. по 2010 г., составила 1 трлн 136 млрд руб.¹², что сопоставимо с размерами расходов годового федерального бюджета России десятилетней давности (в 2001 г. – 1 трлн 193 млрд руб.¹³).

¹ См. ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 19 декабря 2006 г. № 238-ФЗ «О федеральном бюджете на 2007 год» // СЗ РФ. – 2006. – № 52 (ч. 2). – Ст. 5504.

² См. п. 2 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 198-ФЗ «О федеральном бюджете на 2008 год и плановый период 2009 и 2010 годов» // СЗ РФ. – 2007. – № 31 (прил. 1, 2). – Ст. 3995.

³ См. п. 2 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 24 ноября 2008 г. № 204-ФЗ «О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов» // СЗ РФ. – 2008. – № 48 (прил. ч. 1—3). – Ст. 5499.

⁴ См. п. 2 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 2009 г. № 308-ФЗ «О федеральном бюджете на 2010 год и плановый период 2011 и 2012 годов» // СЗ РФ. – 2009. – № 49 (ч. 1, 2). – Ст. 5869.

⁵ См. п. 2 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 13 декабря 2010 г. № 357-ФЗ «О федеральном бюджете на 2011 год и на плановый период 2012 и 2013 годов» // СЗ РФ. – 2010. – № 51 (ч. 1—3). – Ст. 6809.

⁶ См.: Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Закупки для государственных нужд: особенности законодательства и контроль за его соблюдением (на примере Санкт-Петербурга). – СПб., 2008. – С. 4.

⁷ См.: Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2009. – С. III.

⁸ Азбука госзаказа: Интервью М. Евраева «Российской газете» // http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_28720.html

⁹ Газета «Коммерсант». – 2011. – 9 марта. – № 39/С (4580) // <http://www.kommersant.ru/doc/1597346/print>

¹⁰ См.: Интервью с заместителем главы Минэкономразвития России Алексеем Лихачевым о реформе системы госзакупок // РБК-daily. – 2011. – 14 июля. – № 123 (1167). – С. 3.

¹¹ СЗ РФ. – 2005. – № 30 (ч. 1). – Ст. 3105.

¹² Указанная информация со ссылкой на данные Росстата приводится в презентации концепции проекта изменений в Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», размещенной на сайте Федеральной антимонопольной службы (см.: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30445.html).

¹³ См. ст. 1 Федерального закона от 27 декабря 2000 г. № 150-ФЗ «О федеральном бюджете на 2001 год» // СЗ РФ. –

Указанные статистические данные свидетельствуют об огромной роли государственного (муниципального) заказа и надлежащего правового регулирования закупочного процесса для экономики нашей страны. Встречающиеся ошибки в применении законодательства о формировании, размещении и исполнении заказов привлекают особое внимание к государственным (муниципальным) закупкам не только правоохранительных органов и средств массовой информации, но и общественности в целом.

На проблемы правового регулирования отношений в сфере государственных и муниципальных закупок указал Президент Российской Федерации, который предложил начать «работу над новой редакцией закона о госзакупках», поскольку «ситуация действительно уже вышла за грань разумного».¹⁴

Результатом указанной работы стали два основных документа: концепция проекта федерального закона «О федеральной контрактной системе», представленная Министерством экономического развития Российской Федерации (Минэкономразвития России)¹⁵, и концепция проекта федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием системы государственного и муниципального заказа», представленная Федеральной антимонопольной службой (ФАС России).¹⁶

Минэкономразвития России и ФАС России в целом сошлись во мнении о необходимости построения единой федеральной контрактной системы (ФКС), которая предполагает надлежащее нормативное обеспечение не только процесса размещения государственных и муниципальных заказов (чему в настоящее время посвящен Закон № 94-ФЗ), но также и этапов их формирования (планирования) и исполнения (включая контроль за исполнением заказов).

Одним из ключевых вопросов, по которому указанные органы пока не пришли к единому мнению, остается вопрос о судьбе Закона № 94-ФЗ. Согласно концепции, представленной Минэкономразвития России, Закон № 94-ФЗ следует признать утратившим силу (а значит и поставить под угрозу упразднения строившуюся годами систему размещения заказов). ФАС России, напротив, считает необходимым доработку текста Закона № 94-ФЗ и включение этого закона в нормативную базу ФКС.

Каждая из указанных точек зрения имеет сторонников и противников. Аргументы сторон, а также множество вопросов, связанных как с существующей системой формирования и реализации публичных заказов, так и с построением ФКС, требуют детального анализа с точки зрения права.

Законодательство о публичных закупках постоянно развивается, о чем свидетельствуют многочисленные изменения, вносимые в Закон № 94-ФЗ и иные нормативные акты, а также принятие новых законов в указанной сфере (например, Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»¹⁷). Намеченное совершенствование правового регулирования отношений в сфере государственных и муниципальных закупок столь же существенно, сколько и в целом планируемое реформирование гражданского законодательства Российской Федерации.¹⁸

2001. – № 1 (ч. 1). – Ст. 2.

¹⁴ См.: Послание Президента Российской Федерации Медведева Дмитрия Анатольевича Федеральному Собранию Российской Федерации от 30 ноября 2010 г. // Парламентская газета. – 2010. – № 63.

¹⁵ См.: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/strategicplanning/system/doc20110303_010

¹⁶ См.: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30445.html

¹⁷ Российская газета. – 2011. – 22 июля. – № 159.

¹⁸ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11.

Государство всегда было и остается в настоящее время активным участником хозяйственных отношений. Более того, государство (публично-правовые образования) в развитых правовых системах, да и в отечественном дореволюционном праве всегда относилось и должно относиться к числу наиболее надежных партнеров в имущественных отношениях¹⁹. В период мирового финансово-экономического кризиса роль государства в экономике будет только возрастать, а значит, актуальность надлежащего нормативного обеспечения публичных закупок будет только повышаться.

Каким путем будет развиваться законодательство России в сфере формирования и реализации государственных и муниципальных заказов, станет известно в конце 2011 г. – начале 2012 г. Очевидно, что Россия стоит на пороге очередной реформы системы публичных закупок. И от качества этой реформы во многом зависит реализация намеченного пути модернизации экономики нашей страны.

В настоящей работе не ставится задача исследования всех правовых вопросов, связанных с формированием и реализацией публичных заказов. Это невозможно априори в связи с большим объемом нормативно-правовой базы, обеспечивающей регулирование рассматриваемых отношений. Вместе с этим представляется необходимым рассмотреть наиболее важные и актуальные вопросы, отраженные в плане исследования, для выработки приемлемых решений в процессе построения федеральной контрактной системы России.

¹⁹ Суханов Е.А. Государство и гражданский оборот // Гражданское право России – частное право / отв. ред. В.С. Ем. – М., 2008. – С. 488.

Глава I

Понятие и сущность государственного (муниципального) заказа. Законодательство, опосредующее отношения по формированию и реализации государственного (муниципального) заказа

§1.1. Понятие государственного (муниципального) заказа в российском законодательстве и научной литературе

Государственный (муниципальный) заказ – экономический институт

Общая тенденция «экономизации» российского права, о которой писал А.Г. Быков, предполагает «включение экономических категорий и понятий в содержание правовых норм и оперирование ими».²⁰

Не стала исключением и экономическая категория «государственный (муниципальный) заказ», которая была включена в российское законодательство и получила, наряду с имеющимся экономическим, также и юридическое значение.

Как отмечает Л.М. Давлетшина, данная категория в различных странах именуется по-разному – государственный заказ, государственный рынок, контрактная система во Франции или Федеральная контрактная система (ФКС) в США. Применительно к российским условиям наиболее широко распространен термин «государственный заказ».²¹

Государственный заказ, как указывает А.П. Алехин, применяется не только в регулировании экономики, но и в других сферах: в области науки, образования и т. д.²² Так, например, под государственным заказом на профессиональную переподготовку и повышение квалификации госслужащих совсем недавно понималось соответствующее *задание*²³, установленное Правительством РФ федеральным органам исполнительной власти в пределах средств, предусмотренных в федеральном бюджете на эти цели.²⁴

²⁰ Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Предпринимательское право в рыночной экономике. – М., 2004. – С. 83.

²¹ Давлетшина Л.М. Государственный заказ как инструмент проведения промышленной политики: на примере Республики Татарстан: дис. ... канд. экон. наук. – Казань, 2007. – С. 46.

²² Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: учебник. – М., 2001. – С. 385.

²³ Здесь и далее по тексту всей работы выделение курсивом автора. – К.К.

²⁴ См. п. 2 Положения о государственном заказе на профессиональную переподготовку и повышение квалификации государственных служащих, утв. постановлением Правительства РФ от 14 декабря 2001 г. № 109 (утратило силу) // СЗ РФ. – 2001. – № 8. – Ст. 758.

Категория государственный заказ применяется также в сфере культуры и СМИ как инструмент идеологического воспитания граждан.²⁵

Однако применение государственного (муниципального) заказа «не при регулировании экономики» не означает утрату этим институтом своей экономической природы. Другими словами, государственный (муниципальный) заказ на переподготовку специалистов – это тоже экономический инструмент, используемый, правда, не в экономике (в узком смысле слова), а в другой сфере – образовании. В связи с этим обозначение государственного заказа в качестве *правового* института²⁶, по нашему мнению, является ошибочным.

В широком смысле слова в понятие государственного заказа следует также включать муниципальный заказ²⁷. Подобный подход обусловлен тем, что муниципальные закупки «со смысловой точки зрения это то же самое, что закупки государственные: и те, и другие осуществляются за счет общественных средств; и те, и другие направлены на удовлетворение общественных потребностей»²⁸. В то же время мы понимаем, что в полном смысле слова «муниципальные заказы не являются государственными, поскольку муниципальные образования представляют собой форму местного самоуправления, а не государственную власть».²⁹

Основанием разграничения государственного и муниципального заказа выступают одноименные формы собственности (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ).

В литературе в связи с этим появилось понятие публичной собственности, являющееся общим для государственной и муниципальной собственности³⁰. В то же время, как отмечает Е.А. Суханов, положение муниципальных образований, не являющихся государственными образованиями, как собственников, «строится по модели государственной собственности»³¹. Заметим, что аналогично выделению понятия «публичная собственность» в литературе и зарубежном законодательстве используются термины «публичные закупки» (public procurement, public purchasing)³² и «публичные нужды».³³

²⁵ Демин А.А. Государственный заказ как фактор развития государственного сектора трансформационной экономики: теоретико-экономические аспекты: дис. ... канд. экон. наук. – Челябинск, 2007. – С. 64.

²⁶ См., например: Горбунова Л.В. Поставка продовольствия для государственных нужд по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2003. – С. 9.

²⁷ Заметим, однако, что некоторые ученые-юристы посвящают муниципальному заказу целые диссертации и предлагают принять федеральный закон «Об основах муниципального заказа» (см.: Соломонов Е.В. Право муниципального заказа: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2005. – С. 7, 8 и др.).

²⁸ Цикорев Н.Н., Колосов А.И. Государственные закупки: практика организации и нормативное обеспечение. – Орел, 2004. – С. 17. Этой же точки зрения придерживается Я.Б. Гребенщикова: «Общие цели (обеспечение нужд административных органов и населения в определенном рода товарах, работах, услугах), задачи (рациональное использование бюджетных средств) и способ размещения посредством преимущественно открытых торгов делают закупки для муниципальных нужд разновидностью государственных закупок...» (Гребенщикова Я.Б. Развитие нормативно-правовой базы проведения закупок продукции для муниципальных нужд в России // Конституционное и муниципальное право. – 2002. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 36).

²⁹ Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Закупки для государственных нужд: особенности законодательства и контроль за его соблюдением (на примере Санкт-Петербурга). – СПб., 2008. – С. 101.

³⁰ См., например: Пятков Д.В. Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в гражданских правоотношениях: на примере разграничения публичной собственности. – СПб., 2003. – С. 67.

³¹ Гражданское право: учебник: в 2 т. – Т. I / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – М., 2000. – С. 558.

³² См.: Гладков В.С. Государственный заказ в сфере государственного управления экономикой: дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д, 2008. – С. 11; Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Указ. соч. – С. 212; Эффективное управление корпоративными закупками. Опыт РАО «ЕЭС России» / под общ. ред. Г.А. Сухадольского. – М., 2007. – С. 49; Становление рыночной системы государственных закупок в России / В.И. Смирнов, Н.В. Нестерович, Е.Ю. Гончаров и др. – Казань, 2000. – С. 21; и др.

³³ См.: Абдулвагапова Р.Р. Правовое положение публично-правовых образований в гражданско-правовых обязательствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2008. – С. 7; Сахабудинова Д.Н. Торги как субинститут договорного права и юридическая процедура: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – С. 94; Сокол П.В. Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Законодательство и экономика. – 2006. – № 5; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 28; и др. Вместе с этим, по мнению Я.Б. Гребенщikovой, «использование единого термина «публичные нужды» не обоснованно, поскольку финансирование рас-

Понятие государственного (муниципального) заказа в российском законодательстве

Важную роль норм-дефиниций подчеркивал М.И. Байтин: «Их отсутствие в системе права лишило бы законодательство ясности, а процесс его применения сделало бы невозможным либо крайне затруднительным. Отсутствие определений ряда понятий в современном ... законодательстве снижает эффективность юридических норм, вызывает отдельные коллизии в правоприменительной практике, находится в противоречии с требованием единства ... законности»³⁴. В то же время представляется опасной практика нормативного закрепления определений в тех случаях, когда этого явно не требуется.³⁵

Без норм-дефиниций сложно представить себе регулирование многих отношений, в связи с чем представляется спорной точка зрения А.А. Ушакова, полагавшего, что определения, даваемые терминам в самом законе и тем более посредством нормативного толкования, только усложняют и загромождают законодательство.³⁶

В настоящее время отсутствует законодательное определение государственного (муниципального) заказа, что квалифицируется некоторыми специалистами в качестве недостатка действующего законодательства.³⁷

Несмотря на это, термин «государственный заказ» достаточно часто встречается как в нормативных актах советского периода³⁸, так и в документах, принятых совсем недавно.³⁹

В Законе РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд»⁴⁰ (утратил силу) – первом законе РФ о государственных закупках – отсутствовало определение государственного (муниципального) заказа.

Не было также (и нет по настоящее время) определения государственного (муниципального) заказа в законах о закупках, принятых несколько позже: Федеральном законе от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд»⁴¹, Федеральном законе от 13 декабря 1994 г.

ходных обязательств федерального бюджета, бюджета субъектов РФ и бюджета муниципальных образований, в том числе и по оплате государственных и муниципальных контрактов, осуществляется за счет разных бюджетных источников. Следовательно, правовая категория «публичные нужды» в настоящее время противоречит существующему бюджетному законодательству» (см.: Гребенщикова Я.Б. Правовой механизм закупки товаров, работ, услуг для муниципальных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 15).

³⁴ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. М.И. Байтина и В.К. Бабаева. – Саратов, 1987. – С. 163.

³⁵ Так, не требуется, например, установление определения общеупотребляемому понятию «курение табака» (см. заключение Правового управления Аппарата ГД на проект федерального закона «Об ограничении курения табака» от 25 апреля 2000 г. № 2.2-15/197 // СПС «КонсультантПлюс»). Существуют и другие примеры.

³⁶ Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. – Пермь, 1967. – С. 172 (цит. по: Москаленко И.В. Юридическая природа и соотношение гражданско-правовых дефиниций и норм // Современное право. – 2005. – № 5; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 41).

³⁷ См.: Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2009. – С. 70; Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. – М., 2005. – С. 204; Кикавец В.В. Закон против государственного заказчика? // Современное право. – 2009. – № 1; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 65; и др.

³⁸ См. п. 4 ст. 18 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде, утв. ВС СССР 23 ноября 1989 г. № 801 (документ утратил силу) // Ведомости СНД и ВС СССР. – 1989. – № 25. – Ст. 481; п. 12 постановления Совета Министров РСФСР от 14 октября 1987 г. № 401 «О мерах по коренному улучшению воспитания, обучения и материального обеспечения детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» (документ утратил силу) // Свод законов РСФСР. – Т. 3. – С. 326—1; и др.

³⁹ См.: Бюджетное послание Президента РФ Федеральному Собранию от 29 июня 2011 г. «О бюджетной политике в 2012—2014 годах» // Парламентская газета. – 2011. – № 32; и др.

⁴⁰ Российская газета. – 1992. – 30 июня. – № 148.

⁴¹ СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3303.

№ 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»⁴², Федеральном законе от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве».⁴³

В Федеральном законе от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе»⁴⁴ приводится определение государственного оборонного заказа. В соответствии со ст. 1 указанного Закона под государственным оборонным заказом понимается *«правовой акт, предусматривающий поставки продукции для федеральных государственных нужд в целях поддержания необходимого уровня обороноспособности и безопасности Российской Федерации: боевого оружия, боеприпасов, военной техники, другого военного имущества... комплектующих изделий и материалов, выполнение работ и предоставление услуг... а также экспортно-импортные поставки в области военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами в соответствии с международными договорами Российской Федерации»*.

Государственный оборонный заказ – это лишь вид государственного заказа, имеющий глубокую специфику, связанную с областью его применения. В связи с этим использование понятия государственного оборонного заказа в качестве универсального для любых видов государственного (муниципального) заказа не представляется возможным.

Законодательное определение государственного (муниципального) заказа содержалось в первоначальной редакции Бюджетного кодекса РФ⁴⁵ (далее – БК РФ), вступившей в силу 1 января 2000 г. Согласно п. 4 ст. 72 БК РФ (пункт утратил силу) под государственным или муниципальным заказом понималась *«совокупность заключенных государственных или муниципальных контрактов на поставку товаров, производство работ, оказание услуг за счет средств соответствующего бюджета»*.⁴⁶

Совокупность заключаемых договоров не может рассматриваться в качестве государственного (муниципального) заказа. Е.П. Губин, в частности, отмечает: «Необходимо... учитывать, что совокупность заключенных государственных контрактов на поставку товаров, производство работ, оказание услуг представляет собой, с одной стороны, правовую форму опосредования отношений, вытекающих из государственного заказа, а с другой – частноправовое средство, используемое государством при регулировании рыночной экономики»⁴⁷. По мнению Т.В. Файберг, определение заказа как совокупности контрактов сужает круг бюджетных отношений, включаемых в понятие «заказ».⁴⁸

Стоит заметить, что понимание государственного заказа как государственного контракта или совокупности контрактов встречается в зарубежном законодательстве. Так, например, согласно ст. 5 Федерального закона Швейцарии о государственных закупках от 16 декабря 1994 г. (по состоянию на 12 декабря 2000 г.) под «заказом на поставку товаров», «заказом на предоставление услуг», «заказом на строительные работы» понимается соответствующий *«контракт между заказчиком и участником тендера»*⁴⁹. В соответствии с абз. 1 §99 Закона Германии против ограничения конкуренции от 26 августа 1998 г. государствен-

⁴² Там же. – № 34. – Ст. 3540.

⁴³ СЗ РФ. – 1995. – № 1. – Ст. 3.

⁴⁴ Там же. – 1996. – № 1. – Ст. 6.

⁴⁵ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3823.

⁴⁶ Исходя из указанного определения государственного (муниципального) заказа, представляется спорной точка зрения Л.В. Андреевой, по мнению которой «Бюджетный кодекс РФ в первоначальной редакции рассматривал государственный заказ в качестве *обобщенной потребности государства в соответствующих товарах, работах, услугах*, финансируемых за счет бюджетных средств» (Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 71).

⁴⁷ Губин Е.П. Указ. соч. – С. 204–205.

⁴⁸ Файберг Т.В. Государственный (муниципальный) заказ как форма организации бюджетного финансирования: дис. ... канд. экон. наук. – Иркутск, 2006. – С. 40.

⁴⁹ Международный прокьюремент / В. Малочко, Т. Уилсон и др. – М., 2003. – С. 193.

ные заказы определяются как «*платные договоры* между государственными заказчиками и предприятиями, предметом которых являются поставки, строительные работы или услуги, а также процедура тендера, в результате которой должны быть заключены договоры на предоставление услуг».⁵⁰

В связи с принятием Федерального закона от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ⁵¹ статья 72 БК РФ была изложена в новой редакции, которая уже не содержала определения государственного (муниципального) заказа.

Вопросам государственного (муниципального) заказа до недавнего времени были посвящены многие законодательные акты субъектов РФ.

До вступления в силу Закона № 94-ФЗ размещение региональных и муниципальных заказов осуществлялось в соответствии с законами субъектов Российской Федерации, большинство из которых не только содержали в себе отличные друг от друга механизмы размещения государственных (муниципальных) заказов, но также оперировали разными категориями, терминами.

Государственный (муниципальный) заказ на местном уровне понимался по-разному. Как отмечает В.Е. Белов, зачастую принимаемые правовые акты полностью копировали уже существующие, при этом появлялись новые термины и определения, что не только не добавляло ясности в процесс правового регулирования, а, наоборот, еще больше усложняло его.⁵²

Так, под государственным заказом на региональном уровне понимались «государственный контракт на поставку продукции»⁵³, «совокупность заключенных государственных контрактов»⁵⁴, «потребность в конкретных видах продукции»⁵⁵, «поставка продукции»⁵⁶, «форма удовлетворения нужд»⁵⁷, «государственные нужды»⁵⁸ и проч.

Обращает на себя внимание особое правовое регулирование в субъектах Российской Федерации (до принятия Федерального закона № 94-ФЗ) отдельных видов государственного (муниципального) заказа, прежде всего социального заказа. Как и в случае в целом с государственным (муниципальным) заказом, нормативное регулирование социального заказа в субъектах Российской Федерации не отличалось единообразием, в том числе в терминологии

⁵⁰ Международный прокьюремент / В. Малочко, Т. Уилсон и др. – М., 2003. – С. 282, 295.

⁵¹ Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. – 2006. – № 6. – Ст. 636.

⁵² Белов В.Е. Правовое регулирование размещения государственных заказов // Право и экономика. – 2005. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 34.

⁵³ Статья 1 Закона г. Москвы от 15 мая 2002 г. № 26 «О городском государственном заказе» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁴ Статья 1 Закона Республики Хакасия от 25 ноября 2002 г. № 63 «О государственном заказе Республики Хакасия» (утратил силу) // СПС «Консультант-Плюс». При этом в той же статье Закона, наряду с определением «государственного заказа Республики Хакасия», давалось отдельное определение «заказа на закупку продукции для республиканских государственных нужд», под которым понимался «*совокупный объем продукции, определяемый государственным заказчиком в соответствии с требованиями настоящего Закона*».

⁵⁵ Статья 1 Закона Воронежской области от 5 января 1996 г. № 40-З «Об областном (региональном) государственном заказе (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс». В этом Законе также давалось определение «государственного заказа на областные нужды» и «областного госзаказа». Под последним при этом понималось «*задание администрации Воронежской области государственным заказчикам и исполнителям, предприятиям и организациям независимо от форм собственности на поставку продукции, выполнение работ и услуг, на условиях конкурсов и договоров (контрактов)*».

⁵⁶ Статья 1 Закона Кемеровской области от 21 мая 1998 г. № 14-ОЗ «Об областном государственном заказе Кемеровской области» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁷ Статья 2 Закона Нижегородской области от 29 июля 2004 г. № 89-З «О формировании и исполнении государственного заказа Нижегородской области» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁸ Статья 2 Закона Ярославской области от 30 сентября 1996 г. № 14-З «О государственном заказе Ярославской области» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

гии. Так, под государственным социальным заказом в разных субъектах Российской Федерации понимались «способ удовлетворения социальных нужд... путем заключения государственных контрактов»⁵⁹, «задание на производство определенных видов продукции... с целью гарантированного удовлетворения первоочередных потребностей населения»⁶⁰, «совокупность заключенных государственных контрактов» на поставку продукции, связанной с реализацией социальной политики⁶¹, «поручение администрации области на выполнение мероприятий государственной социальной программы или отдельных социально значимых мероприятий»⁶² и проч.

Спустя некоторое время после принятия Закона о размещении заказов утратили силу местные законы, регулирующие отношения в этой сфере. Единым стало понимание государственного (муниципального) заказа как «совокупности заключенных муниципальных и государственных контрактов», закрепленное в ст. 72 БК РФ. Однако, как мы уже отметили, с изменением редакции указанной статьи пропало и определение государственного заказа. В связи с этим представляется как минимум спорной точка зрения А.А. Демина, согласно которой категория «государственный заказ» в современной российской практике чаще используется как юридический термин.⁶³

Заметим, что в российском законодательстве нет определения и муниципального заказа. В то же время, по мнению ФАС Центрального округа, «понятие муниципального заказа дано ст. 33 ФЗ от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ»⁶⁴, где оно определено как *выполнение работ* по благоустройству территории муниципального образования, коммунальному обслуживанию населения, строительству и ремонту объектов социальной инфраструктуры, производству продукции, оказанию услуг, необходимых для удовлетворения бытовых и социально-культурных потребностей населения соответствующей территории, на выполнение других работ с использованием предусмотренных для этого собственных материальных и финансовых средств».⁶⁵

Эти выводы суда представляются спорными, поскольку ст. 33 указанного Закона, по нашему мнению, давала не определение муниципального заказа, а указывала на возможность органов местного самоуправления выступать в качестве заказчиков при заключении соответствующих контрактов.

Понятие государственного (муниципального) заказа в научной литературе

Среди ученых не наблюдается единства во взглядах относительно понимания государственного (муниципального) заказа. Как отмечает Л.В. Андреева, в экономической и юридической литературе термин «заказ, государственный заказ» употребляется в различ-

⁵⁹ Статья 2 Закона Республики Карелия от 24 декабря 2001 г. № 558-ЗРК «О государственных социальных заказах в Республике Карелия» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁰ Статья 1 Закона Чувашской ССР от 28 июня 1991 г. «О республиканском социальном заказе» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶¹ Статья 2 Закона Пермской области от 6 октября 2000 г. № 1141-166 «О государственном социальном заказе в Пермской области» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶² Статья 2 Закона Иркутской области от 11 июня 1999 г. № 33-ОЗ «О государственном социальном заказе Иркутской области» (утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶³ Демин А.А. Указ. дис. – С. 70.

⁶⁴ Закон утратил силу с 1 января 2009 г. в соответствии с Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2003. – № 40. – Ст. 3822.

⁶⁵ Постановление ФАС Центрального округа от 15 июня 2005 г. № А14-14307-2004/435/18 // СПС «КонсультантПлюс».

ных значениях – и как государственный контракт, и как поставка товаров, и как совокупная потребность государства в товарах, работах, услугах.⁶⁶

П.С. Тарабаев полагает, что «федеральным государственным заказом является *управленческий акт* федерального органа исполнительной власти, адресованный государственным заказчиком, предусматривающий необходимость заключения определенных государственных контрактов и иных гражданско-правовых договоров для обеспечения нужд Российской Федерации в товарах, работах, услугах, с учетом выделенных на эти цели средств федерального бюджета». При этом автор предлагает различать понятия «государственный заказ» и «размещенный государственный заказ». «Второе понятие можно определить как *совокупность государственных контрактов и... иных гражданско-правовых договоров*».⁶⁷

В.А. Щербаков понимает под государственным и муниципальным заказом «распорядительный акт государственного или муниципального органа, устанавливающий объемы выделенных государственных или муниципальных средств, виды и количество товаров, работ и/или услуг, а также сроки и другие условия, связанные с удовлетворением соответствующих государственных или муниципальных нужд».⁶⁸

О государственном заказе как об «*организационном акте*» пишет Л.В. Горбунова: «Государственный заказ на поставку продовольствия более правильно рассматривать не в качестве оферты, а как исходящее от государства *поручение* обеспечить поставку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия в интересах соответствующего публично-правового образования на условиях и в порядке, установленных таким заказом и действующим законодательством».⁶⁹

Представляется, что государственный (муниципальный) заказ не стоит отождествлять с управленческим (распорядительным, организационным) актом, «поручением». Как указывает Е.П. Губин, государственный заказ не является административно-плановым актом, обязательным к исполнению участниками рынка, в связи с чем его следует рассматривать как инструмент государственного регулирования, составной элемент процесса рыночного планирования⁷⁰. Государственный заказ советского периода можно было рассматривать в качестве управленческого акта, имеющего обязательную силу не только для государственного заказчика (соответствующего органа управления), но и для поставщика (предприятия). Госзаказ был ограничен субъектами-исполнителями и размещался в соответствии с утвержденными планами. Сторонам нечего было согласовывать, а свою волю заключить между собой договор они могли выражать путем обоюдного молчания. Уклонение адресатов от заключения договора считалось административным правонарушением, влекущим уплату штрафа в доход государства⁷¹. При этом, как отмечалось в литературе того периода, лишь «в идеале» государственные заказы могли размещаться на конкурсной основе.⁷²

⁶⁶ Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 71.

⁶⁷ См.: Тарабаев П.С. Гражданско-правовое регулирование поставки товаров для федеральных государственных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – С. 12.

⁶⁸ Щербаков В.А. Гражданско-правовое регулирование размещения государственных и муниципальных заказов в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – С. 8.

⁶⁹ Горбунова Л.В. Указ. дис. – С. 9.

⁷⁰ Губин Е.П. Указ. соч. – С. 207.

⁷¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Кн. 1. – М., 2001. – С. 154.

⁷² Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Идея и реальность госзаказа // Политическое образование. – 1989. – № 7. – С. 52; Медведев Д.А. Проблемы реализации гражданской правосубъектности государственного предприятия: дис. ... канд. юрид. наук. – Ленинград, 1990. – С. 134.

В настоящее время поставщик должен «принять»⁷³ заказ, для того чтобы быть связанным соответствующими обязательствами. По общему правилу, поставщик по своей воле может не вступить в гражданско-правовые отношения с государственным (муниципальным) заказчиком (не участвовать в торгах, не заключать контракт и т. д., п. 2 ст. 1 Гражданского кодекса РФ⁷⁴), что соответствует рыночным отношениям, но противоречит принципам плановой экономики советского периода.

Исходя из этого, можно констатировать своего рода «преобразование» государственного (муниципального) заказа как прямого (административного) средства в косвенное (экономическое) средство государственного регулирования⁷⁵. Как отмечает А.П. Алехин, государственный заказ в современных условиях – это гибкий и своеобразный инструмент государственного регулирования, не противоречащий рыночным отношениям.⁷⁶

Таким образом, государственный (муниципальный) заказ в рыночных условиях хозяйствования является косвенным (экономическим) средством государственного регулирования экономики.

Вместе с этим есть определенная логика в понимании государственного заказа как *задания* для государственного заказчика⁷⁷. Л.И. Шевченко, в частности, отмечает, что государственный заказ может быть «заданием», но только по отношению к государственному предприятию, функционирующему на публично-правовой основе⁷⁸. В этом случае, отмечает автор, «правительство должно четко определить состав государственных органов – заказчиков, обязанных обеспечить квалифицированное руководство такими предприятиями с возможной перспективой субсидиарной ответственности за последствия принимаемых ими решений»⁷⁹. На обязательность государственного заказа для одних субъектов (государствен-

⁷³ «Государственный контракт заключается на основании *принятого* исполнителем заказа на поставку товаров для государственных нужд (государственного заказа)» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Кн. 2. – М., 2002. – С. 117).

⁷⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

⁷⁵ См.: Шевченко Л.И., Гредин Г.Н. Госзаказ в системе государственного регулирования экономики. – Кемерово, 1999. – С. 45.

⁷⁶ Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Указ. учеб. – М., 2001. – С. 383.

⁷⁷ В Толковом словаре русского языка «заказ» рассматривается в качестве «поручения кому-нибудь изготовить, сделать что-нибудь» (см.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – С. 206). Ученые-экономисты определяют госзаказ как «*поручение* государства различным организациям на производство товаров или услуг, необходимых для осуществления государственных функций и исполнения международных обязательств» (Давлетшина Л.М. Указ. дис. – С. 48), как «*задание* органов государственной (муниципальной) власти и управления на закупку товаров, работ и услуг для удовлетворения государственных (муниципальных) нужд на контрактной основе с поставщиками и подрядчиками» (Файберг Т.В. Указ. дис. – С. 43) и т. п.

⁷⁸ Согласно п. 2 ст. 527 ГК РФ заключение государственного или муниципального контракта является обязательным для поставщика (исполнителя) лишь в случаях, установленных законом, и при условии, что государственным или муниципальным заказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены поставщику (исполнителю) в связи с выполнением государственного или муниципального контракта (Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14 – ФЗ // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.). Условие о возмещении убытков не применяется к казенным предприятиям (п. 3 ст. 527 ГК РФ). Действующим законодательством предусмотрены случаи выдачи «обязательных» государственных заказов, от принятия которых поставщики не вправе отказаться. Такими поставщиками, в частности, могут быть казенные предприятия, поставщики, занимающие доминирующее положение на рынке, и др. Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 20 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» собственник имущества казенного предприятия вправе доводить до казенного предприятия обязательные для исполнения заказы на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд (СЗ РФ. – 2002. – № 48. – Ст. 4746). Согласно п. 4 ст. 9 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. «О государственном материальном резерве» поставщики, занимающие доминирующее положение на товарном рынке, а также предприятия, в объеме производства которых государственный оборонный заказ превышает 70%, не вправе отказаться от заключения государственных контрактов (договоров) на поставку материальных ценностей в государственный резерв.

⁷⁹ Шевченко Л.И. Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики: дис. ... докт. юрид. наук. – Кемерово, 2001. – С. 56, 57.

ных заказчиков) и его необязательность для других (поставщиков и покупателей) указывает также Е.П. Губин⁸⁰, И.В. Дойников⁸¹ и др.

Н.Н. Цикорев и А.И. Колосов рассматривают государственный (муниципальный) заказ в широком и узком смыслах. «В широком смысле... это *обобщенная потребность* органов государственной власти (местного самоуправления) в товарах, работах, услугах. В узком смысле, применительно к государственным закупкам, это *документ*, входящий в состав конкурсной документации, в котором определены наименования закупаемых товаров, работ, услуг; требования к этим товарам, работам, услугам; объемы, сроки и условия поставки (выполнения)».⁸²

Таким образом, указанные авторы под государственным (муниципальным) заказом в широком смысле понимают государственные (муниципальные) нужды, а в узком смысле – извещение о проведении конкурса.⁸³

Можно ли обобщенные потребности (нужды) публично-правовых образований и их органов рассматривать в качестве государственного заказа? Пожалуй, нет.

Государственный (муниципальный) заказ – это инструмент удовлетворения государственных (муниципальных) нужд. Другими словами, заказ по времени своего возникновения следует за нуждами, а не возникает вместе с ними. Лишь некоторые из государственных (муниципальных) нужд «формируются» в установленном порядке в заказ и становятся «обеспечиваемыми» за счет средств соответствующего бюджета или внебюджетных источников финансирования. Таким образом, потребности публично-правового образования, формируемые в установленном порядке, можно рассматривать в качестве государственного (муниципального) заказа.

Понимание заказа как «потребности» встречается и в иных работах.⁸⁴

Полагаем, что извещение о проведении конкурса (аукциона, запроса котировок) также нельзя рассматривать в качестве государственного (муниципального) заказа. Указанный документ оформляет уже сформированный заказ. К тому же отсутствие извещения (например, при размещении заказа у единственного поставщика) не говорит об отсутствии самого заказа. Можно лишь утверждать, что во многих случаях размещение заказа предполагает составление извещения, которое, по общему правилу, конкретизирует (детализирует) предмет государственного (муниципального) заказа.

В узком и широком смысле рассматривают государственный заказ также Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. В узком смысле слова авторы понимают под государственным заказом «*определение* государственным заказчиком конкретного *поставщика* на поставку товара для государственных нужд и подписание с ним контракта». В широком – «*отношения между государственной властью и бизнесом, между всем обществом и государственными органами по поводу обеспечения жизнедеятельности всех ее членов*».⁸⁵

⁸⁰ См.: Губин Е.П. Указ. соч. – С. 204.

⁸¹ См.: Дойников И.В. Государственное предпринимательство: учебник. – М., 2000. – С. 174.

⁸² Цикорев Н.Н., Колосов А.И. Указ. соч. – С. 16.

⁸³ Видимо, в связи с тем, что статья была написана авторами до вступления в силу Закона № 94-ФЗ, речь идет только о «документе, входящем в состав конкурсной документации» («выпали» аукцион и запрос котировок).

⁸⁴ См.: Белов В.Е. Участие Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в отношениях, связанных с государственными заказами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 6; Гребенщикова Я.Б. Указ. автореф. – С. 8; Гуцелюк Е.Ф. Применение лотовой закупки при расходовании бюджетных средств // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. – 2008. – № 11. – С. 76; и др.

⁸⁵ Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Указ. соч. – С. 101.

В данном случае под заказом в узком смысле слова понимается скорее размещение заказа⁸⁶, а не собственно заказ, а широкий смысл государственного заказа вовсе напоминает такую правовую категорию, как источник права (в материальном смысле).⁸⁷

Т.А. Московец считает, что «под государственным заказом следует понимать *механизм, в том числе совокупность нормативных правовых и иных актов*, предусматривающий поставки продукции, выполнение работ и предоставление услуг для решения задач жизнеобеспечения, обороны и безопасности страны, а также для реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация».⁸⁸

Указанное определение (заметим, автор дает определение именно государственному заказу, а не государственному оборонному заказу) представляется спорным. Вряд ли можно считать удачным включение «совокупности нормативных правовых и иных актов» в состав «механизма»⁸⁹, предусматривающего поставки продукции для государственных нужд. Составными частями механизма являются средства и методы (звенья), служащие выполнению определенной задачи. Совокупность же документов сложно назвать методом или средством. Нормативные правовые и «иные» акты могут устанавливать закупочный механизм, но не составлять его содержание.

Встречаются в литературе и иные определения государственного заказа.

Авторы «Современного экономического словаря» понимают под государственным заказом «выдаваемый государственными органами и оплачиваемый из средств государственного бюджета *заказ на изготовление продукции, выпуск товаров, проведение работ*, в которых заинтересовано государство. Такой заказ может выполняться не только государственными, но и другими предприятиями. Заказ обычно выдается на конкурсной основе».⁹⁰

В.С. Гладков пишет о государственном заказе как методе управления. В связи с этим под госзаказом предлагается понимать «*совокупность приемов и способов* субординационного и координационного *воздействия на поведение субъектов экономической деятельности*, реализация которых опосредуется образованным системным взаимодействием институциональных... и функциональных... элементов административно-правового механизма, обеспечивающего формирование и удовлетворение потребностей государства в товарах, работах и услугах путем реализации всей совокупности функций управления».⁹¹

В.В. Кикавец определяет государственный заказ как «реализуемый в целях обеспечения государственных нужд сложный и непрерывный *процесс, состоящий из совокупности*

⁸⁶ Согласно ст. 5 Закона № 94-ФЗ «под размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд заказчиков понимаются осуществляемые в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом, *действия заказчиков, уполномоченных органов по определению поставщиков (исполнителей, подрядчиков)* в целях заключения с ними государственных или муниципальных контрактов...».

⁸⁷ «Источником предпринимательского права в материальном (содержательном) смысле является вся сумма человеческого опыта, накопленного в сфере предпринимательства и отраженного в многочисленных учениях, науках, доктринах» (Предпринимательское право Российской Федерации / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. – М., 2003. – С. 77).

⁸⁸ Московец Т.А. О правовом понятии государственного оборонного заказа // Российский военно-правовой сборник № 9: Военное право в XXI в. – 2007 // СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 27.

⁸⁹ Под *механизмом* следует понимать внутреннее устройство (систему звеньев), последовательность состояний, процессов, определяющих какое-нибудь действие, явление (см.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – С. 354); совокупность средств и методов, связанных алгоритмом решения соответствующей проблемы (задачи) (ст. 3 Модельного закона об инновационно-инвестиционной инфраструктуре, принят в г. Санкт-Петербурге 8 июня 1997 г. постановлением 9—11 на 9-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ // СПС «КонсультантПлюс»). Под *экономическим механизмом* понимается совокупность методов и средств воздействия на экономические процессы (Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. – 2006 // СПС «КонсультантПлюс»).

⁹⁰ Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Указ. электронный словарь.

⁹¹ Гладков В.С. Указ. дис. – С. 8, 9.

этапов: прогнозирования, планирования и формирования, размещения, исполнения и контроля».⁹²

Асаул А.Н., Грахов В.П. и другие авторы государственный заказ рассматривают в том числе как «*перечень товаров, работ и услуг, планируемых к закупке за счет бюджетных средств*».⁹³

Встречаются в научной литературе и весьма оригинальные определения государственного заказа. Так, В.И. Кузнецов понимает под государственным заказом «*публично-правовой институт реализации Конституции, законов и функций Российского государства, в части удовлетворения государственных нужд посредством специального административного режима отношений между государством и субъектами частного права, регулируемого материальными и процессуальными нормами конституционного, административного, бюджетного и гражданского права*»⁹⁴. Как ни странно, приведенное определение воспринимается некоторыми молодыми учеными в качестве «наиболее полного и объемного».⁹⁵

Отдельно от государственного рассматривается в литературе социальный заказ, под которым, в частности, понимают «*систему мероприятий, направленных на реализацию социальных программ федерального, регионального или местного значения и финансируемых за счет средств соответствующего бюджета*».⁹⁶

Пожалуй, стоит признать излишним стремление некоторых юристов установить особое правовое регулирование социального заказа. Вряд ли специфика указанного вида государственного (муниципального) заказа является достаточной для его особого законодательного регулирования и, в том числе, установления отдельного «легального» определения социального заказа⁹⁷. Стоит признать, что многочисленные государственные (муниципальные) задачи, в том числе и в социальной сфере, не просто возможно, но и следует решать в рамках общего механизма размещения государственного (муниципального) заказа.

Универсальное определение государственного (муниципального) заказа

Как мы видим из приведенных выше определений государственного (муниципального) заказа, под ним разные авторы, а также законодатель понимают разные явления: «выполнение работ», «правовой акт», «управленческий акт», «контракт», «совокупность контрактов», «документ», «потребность», «государственные нужды», «форму удовлетворения нужд», «поручение», «здание», «поставку», «определение поставщика», «систему мероприятий», «механизм», «метод управления», «отношения между властью и бизнесом, обществом и

⁹² Кикавец В.В. Государственный заказ или государственные закупки: неопределенность понятий и целей – основная причина правовых коллизий сферы государственного заказа в Российской Федерации // СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 167.

⁹³ См.: Асаул А.Н., Грахов В.П., Кошечев В.А., Чибисов В.Е. Теория и практика организации и проведения подрядных торгов в регионе / под ред. докт. экон. наук, проф. А.Н. Асаула. – СПб., 2005. (цит. по: Файберг Т.В. Указ. дис. – С. 39, 194).

⁹⁴ Кузнецов В.И. Правовое регулирование института государственного заказа: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 16, 17.

⁹⁵ См.: Кикавец В.В. Указ. соч. – Абз. 72.

⁹⁶ Кумаритова А.А. Социальный заказ для государственных и муниципальных нужд как форма взаимодействия государства и неправительственных некоммерческих организаций // Законодательство и экономика. – 2006. – № 8; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 33.

⁹⁷ Как отмечает А.А. Кумаритова, в различных проектах федерального закона о государственном социальном заказе давались его определения как «*механизма реализации задач, направленных на решение социально значимых проблем межгосударственного, федерального, регионального уровня и уровня местного самоуправления, определяемых социальными программами*» или «*поручения государства на выполнение мероприятий и мер, направленных на решение приоритетных социально значимых проблем межгосударственного, федерального и (или) регионального уровней*» (см.: Кумаритова А.А. Указ. соч. – Абз. 41).

государственными органами», «перечень товаров, работ, услуг», «институт реализации Конституции, законов и функций Российского государства» и др.

Полагаем, что в большинстве случаев авторы не раскрывают в полной мере сущности государственного (муниципального) заказа, которую составляют нужды (потребности) публично-правового образования в товарах, работах и услугах.

Как отмечает А.Е. Зуев, сущность государственного заказа отражается в том числе в «формировании и официальном закреплении государственного спроса»⁹⁸. По мнению Л.М. Давлетшиной, «объем государственных потребностей устанавливается в виде государственного заказа».⁹⁹

Закон о размещении заказов склоняет к пониманию государственного (муниципального) заказа как финансовых средств, выделенных государственному (муниципальному) заказчику на удовлетворение соответствующих государственных (муниципальных) нужд. Ведь на вопрос о том, что именно размещается при «размещении заказа», напрашивается ответ – «финансовые средства». Однако такое понимание государственного (муниципального) заказа противоречит его сущности.

К тому же стоит заметить, что обязанности государственного (муниципального) заказчика по размещению заказа¹⁰⁰ возникают не с момента поступления заказчику этих средств, а с момента утверждения соответствующих лимитов бюджетных обязательств¹⁰¹ (п. 2 ст. 72 БК РФ), т. е. раньше перечисления средств. В связи с этим представляется несколько неточным утверждение С.П. Гришаева о том, что государственный заказ размещается лишь тогда, когда на его выполнение выделены в соответствующем бюджете необходимые финансовые ресурсы¹⁰². Как мы уже сказали, государственный (муниципальный) заказчик размещает заказ после доведения до него лимитов бюджетных обязательств, что не исключает возможность размещения заказа до поступления соответствующих средств на счет заказчика.

Не стоит рассматривать государственный (муниципальный) заказ лишь в виде соответствующих средств. В противном случае возникнет неопределенность в том числе с обособлением государственного (муниципального) заказа от бюджетных инвестиций.¹⁰³

Государственный (муниципальный) заказ, конечно, ассоциируется со средствами, выделяемыми из бюджета на удовлетворение государственных (муниципальных) потребностей. Однако лишь выделение средств какому-либо субъекту не может само по себе породить его обязанность по проведению закупочных процедур, заключению контракта, контролю за его исполнением и т. д.

Не стоит под государственным (муниципальным) заказом понимать также и обязательства поставщика перед государственным (муниципальным) заказчиком по договору. А именно такое понимание заказа видится на стадии его исполнения, поскольку, по общему представлению, *поставщик* (а не заказчик) *получает заказ*, в связи с чем у него появляется обязанность его исполнить.

Так что же понимать под государственным (муниципальным) заказом?

⁹⁸ Зуев А.Е. Указ. дис. – С. 16.

⁹⁹ Давлетшина Л.М. Указ. дис. – С. 46.

¹⁰⁰ Об обязанности заказчиков размещать заказы см. подробнее §3.1 настоящей работы.

¹⁰¹ Согласно ст. 6 БК РФ лимит бюджетных обязательств – это объем прав в денежном выражении на принятие казенным учреждением бюджетных обязательств и (или) их исполнение в текущем финансовом году (текущем финансовом году и плановом периоде).

¹⁰² Гришаев С.П. Государство как участник гражданско-правовых отношений // СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 152.

¹⁰³ Под бюджетными инвестициями согласно ст. 6 БК РФ понимаются бюджетные средства, направляемые на создание или увеличение за счет средств бюджета стоимости государственного (муниципального) имущества. Стоит заметить, что некоторые экономисты рассматривают государственный заказ в качестве вида (формы) государственных инвестиций (см.: Зуев А.Е. Государственный заказ как инструмент реализации экономической политики региона: на примере Санкт-Петербурга: дис. ... канд. экон. наук. – СПб., 2005. – С. 23; Файберг Т.В. Указ. дис. – С. 38).

Представляет интерес определение заказа, приведенное Л.В. Андреевой. По ее мнению, «заказ на поставку товаров следует понимать как *документ, содержащий конкретизированную по количеству, качеству, ассортименту, срокам и другим характеристикам и сформированную в установленном порядке потребность государства в товарах, поставки которых осуществляются за счет выделенных бюджетных средств и привлеченных для этих целей внебюджетных источников финансирования, и размещение которого осуществляется в порядке, установленном законодательством о размещении заказов*». ¹⁰⁴

Указанное определение представляется весьма удачным. Однако мы не согласны с тем, что заказ – это документ, содержащий потребности. По нашему мнению, государственный (муниципальный) заказ – это прежде всего сами конкретизированные потребности публично-правового образования, закрепленные в документе. Причем под «документом», по нашему мнению, следует понимать правовой акт: либо нормативный правовой акт (например, федеральную целевую программу), либо акт применения права или, как его еще называют, индивидуальный акт (например, поручение Президента Российской Федерации). ¹⁰⁵

Определение заказа в виде документа представляется слишком абстрактным и может послужить основанием для отождествления государственного (муниципального) заказа, например, с извещением о проведении конкурса или государственным (муниципальным) контрактом.

Извещение о проведении конкурса, аукциона или запроса котировок не является заказом, поскольку в извещении детализируются положения уже сформированного заказа.

Не следует под государственным (муниципальным) заказом понимать также и государственный (муниципальный) контракт или иной договор. Да, в контракте, как и в извещении, отражаются количество, качество, ассортимент и сроки поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг. Контракт заключается в порядке, установленном законодательством, прежде всего Гражданским кодексом РФ и Законом о размещении заказов. Однако государственный (муниципальный) контракт является лишь формой выражения государственного (муниципального) заказа, формой закрепления отношений между заказчиком и поставщиком. Заключение контракта следует не только за стадией формирования заказа, но также знаменует собой окончание стадии его размещения. Другими словами, государственный (муниципальный) заказ появляется «задолго» до государственного (муниципального) контракта, его реализующего. Исходя из изложенного, можно сформулировать следующее универсальное определение государственного (муниципального) заказа.

Государственный (муниципальный) заказ представляет собой конкретизированные потребности публично-правового образования (Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования) в товарах, работах и услугах, закрепленные в правовом акте (нормативном правовом акте или акте применения права), удовлетворяемые посредством размещения заказа в установленном законом порядке (по общему правилу, среди неопределенного круга лиц – потенциальных поставщиков) с заключением государственного (муниципального) контракта, гражданско-правового договора бюджетного учреждения или иного гражданско-правового договора, содержащем необходимые требования к этим товарам, работам и услугам, а также условия продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг с целью удовлетворения государственных (муниципальных) нужд.

В рассматриваемом определении государственного заказа мы не стали указывать такой признак, как финансирование государственных (муниципальных) нужд из бюджета или вне-

¹⁰⁴ Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 73.

¹⁰⁵ О различиях между нормативными правовыми актами и актами применения права см., например: Марченко М.Н. Теория государства и права. – М., 2005. – С. 511.

бюджетных источников (ст. 3 Закона № 94-ФЗ). Поскольку законодатель не уточняет, какие именно внебюджетные средства могут быть источником финансирования государственных (муниципальных) потребностей, в качестве таковых могут выступать любые финансовые средства.¹⁰⁶

Стоит учитывать, что приведенное определение государственного (муниципального) заказа может не подходить к некоторым ситуациям, при которых источником его финансирования выступают внебюджетные средства государственного (муниципального) заказчика. В этих случаях потребности соответствующего публично-правового образования зачастую не сформулированы в соответствующих правовых актах, т. е. актах государственных (муниципальных) органов, имеющих обязательную силу. В связи с этим такой важный признак государственного (муниципального) заказа, как «фиксирование потребностей в правовом акте», может отсутствовать.

Сформулированное выше определение государственного (муниципального) заказа, как нам представляется, должно применяться всеми участниками отношений по формированию и реализации государственного (муниципального) заказа и вполне может быть законодательно закреплено.

Единообразное понимание государственного (муниципального) заказа позволит избежать терминологических «нестыковок» при разработке нового общего закона о публичных закупках. С практической точки зрения законодательное определение заказа позволит более четко очертить круг отношений, регулируемых законодательством о закупках.

К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупка»

Относительно новым экономическим институтом является **прокьюремент**, под которым экономисты понимают прежде всего *«совокупность практических методов и приемов, позволяющих максимально обеспечить интересы заказчика при проведении закупочной кампании посредством конкурсных торгов»*¹⁰⁷. Как отмечает Е.А. Чистякова, «прокьюремент» подразумевает создание прозрачной и справедливой системы закупок материальных ресурсов посредством организации регламентированных процедур, базирующихся на основе конкурсов (торгов, тендеров).¹⁰⁸

В данном случае под заказчиком понимается любой субъект, заинтересованный в проведении закупочных процедур, представляющий либо интересы публично-правового образования, либо свои собственные.

¹⁰⁶ На эту проблему ученые обращали внимание еще до принятия Закона о размещении заказов (см., например: Горбунова Л.В. Государственные нужды: понятие и признаки // Договор в российском гражданском праве: значение, содержание, классификация и толкование. – Самара, 2002. – С. 50; Нестерович Н.В., Смирнов В.И. Конкурсные торги на закупку продукции для государственных нужд / под ред. А.Г. Свиноаренко. – М., 2000. – С. 23). Несмотря на это, как указывает В.А. Вайпан, по мнению ряда специалистов, «учреждение вправе без конкурса заключать гражданско-правовые договоры на любую сумму, если их источником являются внебюджетные средства» (Вайпан В.А. Практика применения законодательства о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд (с учетом Федерального закона от 20 апреля 2007 г. № 53-ФЗ) // Право и экономика. – 2007. – № 5; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 141). Отметим также, что некоторые специалисты все же относят «финансирование из специальных источников» к «одной из особенностей государственных контрактов (договоров) в сфере госзаказов» (см.: Белов В.Е. Поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2011. – С. 212).

¹⁰⁷ Организация и проведение конкурсов на закупку продукции для федеральных государственных нужд: учебно-методическое пособие для государственных служащих / под ред. В.И. Смирнова, Н.В. Нестеровича. – М., 2002. – С. 12. Похожее определение «прокьюремента» приводит экономист В.И. Смирнов, см.: Смирнов В.И. Ошибочные цели – ложный результат эффективности общественных закупок // Государственные и муниципальные закупки-2008: сборник докладов. – М., 2008. – С. 140.

¹⁰⁸ Чистякова Е.А. Государственные закупки в России / под ред. проф. В.Т. Денисова. – Саратов, 2004. – С. 7.

Встречается и более узкое понимание прокьюремента как «*системы организации государственных закупок продукции, работ и услуг, обеспечивающей экономное расходование средств бюджета*». ¹⁰⁹

Специалисты отмечают, что «под прокьюрементом в международной практике принято понимать форму управленческой технологии, совокупность практических методов, приемов, инструментов, используемых в процессе организации *государственных* закупок, распределения *государственных* заказов в процессе проведения конкурсных торгов, предоставления объектов в аренду или концессию в целях рационализации процедур, облегчения их прохождения для участников, соблюдения справедливости, предотвращения коррупции. Прокьюремент также означает деятельность, обеспечивающую поиск компаньонов для будущей сделки, заключение договоров, соглашений. По смыслу термин «прокьюремент» близок к термину «конкурсные торги», но подразумевает наличие организатора-заказчика – *государства* в лице различных правительственных и муниципальных органов». ¹¹⁰

Если понимать под прокьюрементом систему организации именно государственных закупок, представляется спорной точка зрения Н. Афанасьевой, по мнению которой совокупность методов и приемов, составляющих содержание прокьюремента, позволяет «максимально обеспечить интересы покупателя» ¹¹¹. Возможно, автор не учла существующее в законодательстве различие между государственными (муниципальными) заказчиками и покупателями. Указанные субъекты в некоторых случаях совпадают. Однако при сложной структуре договорных связей, предусматривающей заключение в соответствии с государственным (муниципальным) контрактом договоров поставки товаров для государственных и муниципальных нужд (ст. 529 ГК РФ), покупатель выступает в качестве самостоятельного субъекта.

Существует, наконец, еще одно понимание прокьюремента. А.Н. Захаров, в частности, пишет: «Прокьюремент – это западная система организации закупок и размещения заказов. Это слово, пока еще почти не известное в России, может быть переведено как *материально-техническое обеспечение*. В отличие от концепции снабжения, принятой в плановой экономике, прокьюремент исходит из того, что каждый экономический агент, будь то государственная организация или частное предприятие, должен сам обеспечивать *свои потребности*, покупая необходимые товары и услуги на открытом рынке». ¹¹²

Таким образом, автор исходит из понимания прокьюремента как *системы организации закупок для удовлетворения собственных нужд*. Заказчиком в этом понимании прокьюремента вполне может выступать любое юридическое или физическое лицо, реализующее свои имущественные интересы посредством проведения торгов и использования других институтов закупок.

Большинство экономистов выделяют следующие принципы прокьюремента (их также называют принципами закупок): открытость (гласность), равноправие (справедливость), экономичность, эффективность, ответственность ¹¹³. Дополнительно в качестве принципов прокьюремента в литературе выделяют также поддержку отечественной индустрии и заня-

¹⁰⁹ Афанасьев М.В., Афанасьева Н.В., Кныш В.А. Государственные закупки в рыночной экономике. – СПб., 2004. – С. 17; См. также: Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Закупки для государственных нужд: Особенности законодательства и контроль за его соблюдением (на примере Санкт-Петербурга). – СПб., 2008. – С. 226.

¹¹⁰ См.: Ломакина О.Б. Подготовка, контроль и управление исполнением государственного контракта при проведении конкурсных торгов (прокьюремент). – М., 2002. – С. 12, 13 (цит. по: Корепанова-Камская Д.С. Принуждение к совершению сделки или отказу от ее совершения как возможный риск прокьюремента // Законодательство. – 2010. – № 6. – С. 75).

¹¹¹ Афанасьева Н. Прокьюремент в системе государственного регулирования предпринимательства (цит. по: Афанасьев М.В., Афанасьева Н.В., Кныш В.А. Указ. соч. – С. 18).

¹¹² Захаров А.Н. Организация закупок и размещение заказов (прокьюремент). – М., 1996. – С. 5, 6.

¹¹³ См.: Становление рыночной системы государственных закупок в России / В.И. Смирнов, Н.В. Нестерович, Е.Ю. Гончаров и др. – Казань, 2000. – С. 51, 52; Чистякова Е.А. Указ. соч. – С. 7, 8 и др.

тости, социальную справедливость, развитие регионов, национальную безопасность¹¹⁴, конкуренцию, защиту окружающей среды, поддержание устойчивого развития¹¹⁵ и др.

Институт прокьюремента является сугубо экономическим. Несмотря на это, термин «прокьюремент» употребляется в официальных документах, пусть и крайне редко¹¹⁶. Активно использовать столь экзотичный термин в нормативных актах отечественный законодатель в настоящее время не решает.

Весьма близким к термину «прокьюремент» и более знакомым отечественным правоприменителям является термин «закупка» (**«государственная (муниципальная) закупка»**), часто употребляемый в отношениях по размещению государственного заказа.

В литературе отмечается, что в России даже в официальных документах, имея в виду «государственные закупки», часто употребляют термины «торги», «конкурсы», «тендеры», что является отражением пока еще недостаточной «закупочной культуры» и суженного понимания существа процесса.¹¹⁷

За рубежом государственные закупки часто называют «правительственными закупками» («правительственными заказами»). Причем, как указывают специалисты, принятый у нас термин «государственные закупки» в целом соответствует общепринятому в международной практике понятию «правительственные закупки» (government procurement), поскольку оба термина указывают на субъект закупочной деятельности – правительство в широком смысле, включая все государственные и муниципальные органы, – и тем самым определяют процедурные («технологические») и правовые особенности госзакупок.¹¹⁸

Типовой закон ЮНСИТРАЛ¹¹⁹ о закупках товаров (работ) и услуг¹²⁰ под закупками понимает *«приобретение любыми способами товаров (работ) или услуг»* (ст. 2 Закона).

Похожее определение закупок содержится в Законе Украины от 1 июня 2010 г. № 2289-VI «Об осуществлении государственных закупок»¹²¹. В соответствии со ст. 2 указанного Закона под государственными закупками понимается *«приобретение заказчиком товаров, работ и услуг за государственные средства»* в установленном Законом порядке.

¹¹⁴ Сироткина Н.Г. Государственные и муниципальные закупки как часть бюджетного процесса в Российской Федерации. – Н. Новгород, 2006. – С. 5.

¹¹⁵ Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р. Указ. соч. – С. 212.

¹¹⁶ Так, например, в соответствии с п. 1.2.2 Генерального соглашения между Тендерным комитетом г. Москвы и ОАО «Объединенная редакция изданий Мэра и Правительства Москвы» от 3 июня 2004 г. стороны обязуются «осуществлять совместную деятельность в сфере развития системы городского прокьюремента» // СПС «КонсультантПлюс». Можно привести и другие примеры употребления термина «прокьюремент» в официальных документах (см., например, Методические рекомендации по организации мероприятий, направленных на обеспечение сбалансированности местных бюджетов, утв. постановлением Администрации Корякского автономного округа от 3 мая 2007 г. № 258; постановление Администрации города Рязани от 23 мая 2007 г. № 1544 «Об утверждении Программы обучения муниципальных служащих города Рязани на 2007 год» // СПС «КонсультантПлюс»).

¹¹⁷ Становление рыночной системы государственных закупок в России. – С. 22.

¹¹⁸ Там же. – С. 21.

¹¹⁹ Комиссия ООН по праву международной торговли.

¹²⁰ Принят в г. Нью-Йорке 31 мая 1994 г. 17 июня 1994 г. на 27-й сессии ЮНСИТРАЛ // СПС «КонсультантПлюс». Законодательство, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг или в значительной мере опирающееся на него, принято во многих государствах, в том числе в Азербайджане, Албании, Афганистане, Бангладеш, Гайане, Гамбии, Гане, Замбии, Казахстане, Кении, Кыргызстане, на Маврикии, Мадагаскаре, в Малави, Молдове, Монголии, Непале, Нигерии, Объединенной Республике Танзании, Польше, Руанде, Румынии, Словакии, Уганде, Узбекистане, Хорватии и Эстонии (Статус Типовых законов ЮНСИТРАЛ, по состоянию на 14 мая 2009 г. // СПС «КонсультантПлюс»). Стоит отметить, что Закон № 94-ФЗ был разработан также с учетом положений Типового закона ЮНСИТРАЛ. В пояснительной записке к проекту Закона № 94-ФЗ, в частности, было отмечено, что он «основан на изучении отечественного и иностранного законодательства, международно-правовых документов, актов Всемирной торговой организации (ВТО), Всемирного банка и Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)» (Пояснительная записка к проекту федерального закона «О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СПС «КонсультантПлюс»).

¹²¹ Голос Украины. – 2010. – 30 июня. – № 118.

Указанные определения закупок представляются весьма абстрактными в связи с недостаточной определенностью слова «приобретение», под которым некоторые специалисты понимают не только переход права собственности на имущество по гражданско-правовой сделке, но и иные формы «получения» имущества.¹²²

Стоит также заметить, что при регулировании отношений по закупкам и поставкам сельскохозяйственной продукции в Российской Федерации термин «закупка» употребляется в специальном значении. При этом «закупка» противопоставляется «поставке».

Так, согласно ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» (далее также – Закон № 53-ФЗ) под *закупкой* понимается форма организованного приобретения государством сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия у товаропроизводителей (поставщиков) *для последующей переработки или реализации потребителю* (покупателю) на взаимовыгодных договорных условиях. В похожем значении термин «закупка» употребляется в ст. 535 Гражданского кодекса РФ (договор контрактации).

Под *поставкой* же в Законе № 53-ФЗ понимается форма организованных договорных отношений между товаропроизводителем (поставщиком) и потребителем (покупателем) *готовой для использования* сельскохозяйственной продукции и продовольствия.

Похожие определения закупок и поставок содержатся в аналогичных региональных законах.¹²³

Представляется очевидным, что определение государственных закупок, содержащееся в Законе № 53-ФЗ, не может быть использовано в качестве универсального для всех государственных (муниципальных) закупок в связи со спецификой регулируемых указанным Законом отношений.

Встречается в специальном законодательстве и иное соотношение понятий «закупка» и «поставка». Так, например, согласно ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве», *под поставкой* материальных ценностей в государственный резерв понимается «*закупка и (или) отгрузка (доставка) материальных ценностей в организации для хранения*». В то же время, согласно ст. 2 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»¹²⁴, *под оборотом* продукции понимается ее «*закупка (в том числе импорт), поставки (в том числе экспорт), хранение и розничная продажа*».

В специальном (узком) значении термин «закупка» употребляется и в иных законах, не являющихся предметом нашего рассмотрения.¹²⁵

¹²² Так, например, в Межамериканской Конвенции о транспарентности приобретений обычных вооружений указано: «Приобретение» означает получение обычных вооружений посредством купли, аренды, закупки, дарения, ссуды или любым иным способом, будь то из зарубежных источников или за счет отечественного производства. «Приобретение» не включает получение прототипов, опытных изделий и оборудования на стадии исследований, разработки, испытания и оценки в той мере, в какой такие прототипы, изделия или оборудование не включаются в состав вооруженных сил» (Конвенция одобрена в г. Гватемале 7 июня 1999 г. на 29-й сессии Генеральной ассамблеи Организации американских государств // СПС «КонсультантПлюс»).

¹²³ См., например, ст. 1 Закона Республики Башкортостан от 21 декабря 1994 г. № ВС-26/16 «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции и продовольствия для государственных нужд в Республике Башкортостан» // СПС «КонсультантПлюс». Как отмечает З.И. Носова, в литературе были высказаны точки зрения, которые сводятся к двум подходам к вопросу о соотношении договоров закупки и поставки: одни авторы разграничивают договор закупки и договор поставки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд, другие, напротив, рассматривают договор закупки и поставки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд как единый договор (см.: Носова З.И. Договоры о закупках сельскохозяйственной продукции. – М., 2004 // СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 1317 и след.).

¹²⁴ СЗ РФ. – 1995. – № 48. – Ст. 4553.

¹²⁵ Например, согласно ст. 49 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», проверочная *закупка* – это *оперативно-розыскное мероприятие*, при котором с ведома и под контролем органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, допускается приобретение наркотических средств,

Государственным закупкам уделяется большое внимание в экономической литературе.

Так, А.А. Демин пишет о двух значениях термина «государственные закупки». «На практике, – указывает автор, – термин «государственные закупки» используется только в рамках характеристики взаимодействия государственных заказчиков с поставщиками товаров, работ, услуг»¹²⁶. В то же время «в макроэкономической теории содержание термина «государственные закупки» близко к его современному юридическому толкованию и подразумевает под собой *часть произведенных в стране или за рубежом товаров и услуг, закупаемых правительством, государственными органами за счет средств государственного бюджета*».¹²⁷

В конце своих рассуждений А.А. Демин приходит к выводу, что «государственный заказ – есть одна из форм проявления государственных закупок в транзитивной экономике»¹²⁸. Таким образом, категория «государственный заказ» рассматривается автором в качестве более узкой по отношению к категории «государственные закупки», что, по нашему мнению, противоречит содержанию указанных понятий.

Представляется очевидным, что государственные (муниципальные) закупки следует рассматривать исключительно в качестве инструмента реализации государственного (муниципального) заказа. Сформированный заказ можно реализовать лишь посредством закупок. Таким образом, категория «государственный (муниципальный) заказ» не может быть более узкой по отношению к категории «государственные (муниципальные) закупки». Эти понятия некорректно сравнивать между собой. Хотя с некоторой долей условности вполне допустимо включение госзакупок в содержание госзаказа, поскольку существование заказа без закупок теоретически возможно (если заказ сформирован, но не реализован (размещен и исполнен)), а закупок без заказа – исключено.

К.В. Кузнецов отмечает: «Сам термин «государственные закупки» почти в каждой стране интерпретируется по-своему. В большинстве случаев речь идет о закупках за счет государственного бюджета на обеспечение жизнедеятельности и функционирования органов государственной власти. При этом из понятия «закупки для государственных нужд» исключаются закупки товаров (работ, услуг), приобретаемых с целью их дальнейшей перепродажи».¹²⁹

Такое же понимание государственных закупок отражено в п. 8 ст. III Генерального соглашения по тарифам и торговле (заключено 30 октября 1947 г., вступило в силу 1 января 1948 г.), согласно которому государственные закупки осуществляются «для правительственных целей, а не для коммерческой перепродажи или для использования в производстве товаров для целей коммерческой продажи».¹³⁰

Интересной представляется точка зрения А.Е. Зуева, по мнению которого «заказ» – относится к формированию, «закупка» – к размещению, а «поставка» – к исполнению государственного заказа.¹³¹

Пожалуй, можно согласиться с автором в том, что термин «закупка» имеет отношение прежде всего к размещению заказа. Государственный (муниципальный) заказ размещается

психотропных веществ и их прекурсоров, а также инструментов или оборудования // СЗ РФ. – 1998. – № 2. – Ст. 219.

¹²⁶ Демин А.А. Государственный заказ как фактор развития государственного сектора трансформационной экономики: теоретико-экономические аспекты: дис. ... канд. экон. наук. – Челябинск, 2007. – С. 65.

¹²⁷ Там же. Такое же определение госзакупок приводится в «Современном экономическом словаре» (Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь // СПС «КонсультантПлюс»).

¹²⁸ Демин А.А. Указ. дис. – С. 71.

¹²⁹ Кузнецов К.В. Настольная книга поставщика и закупщика: торги, конкурсы, тендеры. – М., 2003. – С. 131.

¹³⁰ Генеральное соглашение по тарифам и торговле ГАТТ. – СПб., 1994 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³¹ Зуев А.Е. Государственный заказ как инструмент реализации экономической политики региона: на примере Санкт-Петербурга: дис. ... канд. экон. наук. – СПб., 2005. – С. 16.

в соответствии с законодательно установленным порядком, который и называют «государственной (муниципальной) закупкой».

Полагаем, что *понятие «государственная (муниципальная) закупка» с юридической точки зрения очень похоже на понятие «размещение государственного (муниципального) заказа»*. Понятие «закупка» часто употребляется в научной и иной литературе при обозначении лишь «размещения заказа» (в том числе в таких словосочетаниях, как «законодательство о закупках», «закупочный механизм», «закупочные процедуры» и проч.). Иногда эти два термина просто совпадают.

Как отмечает В.Е. Белов, «процесс закупок продукции для государственных нужд олицетворяется, прежде всего, с этапом размещения заказов на поставку продукции, поэтому и способы размещения заказов часто называют способами закупок продукции»¹³².

Исходя из этого, представляется обоснованным употребление таких терминов, как «простые закупки»¹³³ (или «закупки малого объема»¹³⁴, «микрозакупки»¹³⁵, т. е. размещение заказа на сумму, не превышающую установленного Центральным банком РФ предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами по одной сделке), «конкурентные закупки на основе переговоров с несколькими поставщиками», «закупки в обычной торговой сети («с полки»)¹³⁶, «лотовые» и «консолидированные закупки»¹³⁷ и проч.

Встречаются, правда, и не совсем удачные, по нашему мнению, термины, как, например, «субъектные закупки», под которыми авторы понимают закупки, осуществляемые для нужд субъектов РФ.¹³⁸

Вывод о схожести категорий «закупка» и «размещение заказа» подтверждается при анализе норм действующих и утративших силу нормативных актов в рассматриваемой сфере. То, что по терминологии прежнего законодательства именовалось «закупкой из единственного источника»¹³⁹, по терминологии Закона № 94-ФЗ называется «размещением заказа у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)» (глава 6 Закона № 94-ФЗ).

Несмотря на приведенные аргументы, мы считаем, что категории «государственная (муниципальная) закупка» и «размещение государственного (муниципального) заказа» не совпадают по содержанию. Первое понятие является более объемным, поскольку включает в себя не только *размещение* заказа, т. е. действия государственных (муниципальных) заказчиков, уполномоченных органов по определению поставщиков, но и элементы *исполнения* заказа (реализации договора (контракта)). Сложно признать закупкой лишь определение

¹³² Белов В.Е. Правовое регулирование размещения государственных заказов // Право и экономика. – 2005. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 15.

¹³³ См.: Доронкин А.С. Изменения в Закон № 94-ФЗ в части способов и процедур размещения заказов // Госзаказ в вопросах и ответах. – 2009. – № 1. – С. 10; Воробьева О.М. Размещение заказа у субъектов малого предпринимательства: существующие проблемы и пути их решения // Государственные и муниципальные закупки-2008: сборник докладов. – М., 2008. – С. 24.

¹³⁴ Кузнецова И.В., Трефилова Т. Н., Еременко Н.В. Размещение заказа в 2006—2008 г.: подводим итоги // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. – 2009. – № 15. – С. 37.

¹³⁵ См.: Бортенева О.А. Способы размещения заказов на поставку товаров (работ, услуг) для государственных нужд в свете нового законодательства // Налоги (газета). – 2006. – № 8; СПС «КонсультантПлюс» – Абз. 26.

¹³⁶ См.: Становление рыночной системы государственных закупок в России. – С. 23.

¹³⁷ См.: Организация и проведение конкурсов на закупку продукции для федеральных государственных нужд. – С. 168—177; Предложения Координационного совета по антикризисным мерам в государственных закупках // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. – 2009. – № 15. – С. 24.

¹³⁸ См.: Тищенко А.Г. О некоторых проблемах размещения государственного оборонного заказа // Право в Вооруженных Силах. – 2006. – № 6; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 9.

¹³⁹ См.: подп. «г» п. 30 Положения об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд (утратило силу), утв. Указом Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 // СЗ РФ. – 1997. – № 15. – Ст. 1756.

поставщика в установленном порядке. Закупка предполагает получение заказчиком исполнения по договору (контракту).

Заметим, что указанное нами понимание термина «закупки» находит подтверждение в международной юридической практике. Так, в подписанном 9 декабря 2010 г. между правительствами Белоруссии, Казахстана и Российской Федерации соглашении «О государственных (муниципальных) закупках» под закупками понимается не только «*приобретение* заказчиками товаров, работ, услуг», но также и «отношения, связанные с *исполнением* договоров (контрактов) о закупках».¹⁴⁰

Представляется спорной точка зрения В.В. Кикавца, признающего тождественно равными понятия «государственный заказ» и «государственные закупки»¹⁴¹. При этом автор понимает под государственным заказом «реализуемый в целях обеспечения государственных нужд сложный и непрерывный процесс, состоящий из совокупности последовательных этапов: прогнозирования, планирования и формирования, размещения, исполнения и контроля».¹⁴²

По нашему мнению, формирование государственного (муниципального) заказа (к которому мы относим также прогнозирование и планирование) и контроль за его надлежащим исполнением не входят в содержание понятия «государственная (муниципальная) закупка». Закупки, как мы уже отмечали, имеют отношение лишь к размещению заказа и его исполнению. Закупки не формируются. Формируется заказ, на основании которого затем осуществляются закупки (определяется поставщик и исполняется контракт). Контроль за закупками осуществляется. Но этот контроль не является сущностным признаком закупок (и государственного (муниципального) заказа тоже), поскольку контроля (внутреннего и (или) внешнего) может и не быть при осуществлении закупок.

Полагаем, что имеющаяся неопределенность в понимании термина «государственная (муниципальная) закупка», подобно категории «государственный (муниципальный) заказ», послужила поводом для отказа российского законодателя от его широкого употребления. В Законе о размещении заказов слово «закупка» не используется. По нашему мнению, такое решение законодателя является обоснованным, поскольку обособление государственных (муниципальных) закупок в самостоятельный экономико-юридический институт может внести путаницу в действующее правовое регулирование отношений по формированию и реализации государственного (муниципального) заказа. В заключение отметим, что в принятом относительно недавно Федеральном законе от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» определение термина «закупка» не содержится.

¹⁴⁰ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴¹ Кикавец В.В. Государственный заказ или государственные закупки: неопределенность понятий и целей – основная причина правовых коллизий сферы государственного заказа в Российской Федерации // СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 133.

¹⁴² Там же. – Абз. 167.

§1.2. Государственные (муниципальные) нужды как сущностный признак государственного (муниципального) заказа по российскому законодательству

Государственные (муниципальные) нужды – одна из наиболее важных характеристик государственного (муниципального) заказа, один из ключевых его признаков. Государственные (муниципальные) нужды составляют сущность государственного (муниципального) заказа. Государственный (муниципальный) заказ – это и есть конкретизированные потребности (нужды) публично-правового образования, сформированные в установленном порядке и зафиксированные в правовом акте.



Рис. 1.

Категория «государственные (муниципальные) нужды» шире категории «государственный (муниципальный) заказ» и, можно сказать, полностью в себя ее включает (рис. 1). Не все государственные (муниципальные) нужды находят свое отражение в государственном (муниципальном) заказе. Более того, даже не все удовлетворяемые нужды фиксируются в государственном (муниципальном) заказе, поскольку наряду с заказом возможны и иные формы удовлетворения государственных (муниципальных) нужд (например, национализация¹⁴³). В то же время государственный (муниципальный) заказ всегда направлен на удовлетворение государственных (муниципальных) нужд.

¹⁴³ В соответствии с п. 2 ст. 1 проекта федерального закона «Об обращении имущества, находящего в собственности граждан и юридических лиц, в собственность Российской Федерации (национализации)», под национализацией имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, понимается принудительное изъятие Российской Феде-

Л.М. Давлетшина отмечает, что понятие «государственные нужды» формально несколько шире, чем понятие «государственный заказ», поскольку и в широком, и в узком смысле этого слова государственный заказ является должным образом обобщенным и оформленным выражением государственных нужд.¹⁴⁴

Заметим, что в литературе получил распространение термин «публичные нужды»¹⁴⁵, охватывающий собой государственные и муниципальные нужды. «По сути дела, – пишет П.В. Сокол, – можно говорить об общем порядке обеспечения публичных нужд, объединяющем правовое регулирование поставок для федеральных нужд, нужд субъектов Федерации и муниципальных нужд. Единый подход выражается и в отсутствии у субъектов Федерации и муниципальных образований права принимать нормативные акты по вопросам закупок».¹⁴⁶

По мнению некоторых специалистов, категория «государственные нужды» является не только экономической, но и юридической, поскольку ее содержание раскрывается в действующем законодательстве. «Государственные нужды, – пишет Л.В. Андреева, – это правовое понятие, имеющее самостоятельное значение»¹⁴⁷. Государственные и муниципальные нужды в качестве юридической категории рассматривает В.С. Гладков.¹⁴⁸

Представляется спорной точка зрения Р.Р. Абдулвагаповой, по мнению которой «юридическая категория «публичные нужды» является правовым средством, характеризующим функции публично-правовых образований в имущественном обороте».¹⁴⁹

Вряд ли категорию «публичные нужды» можно рассматривать в качестве правового средства. Пусть ученые еще не сошлись полностью во взглядах о правовых средствах¹⁵⁰, однако представляется очевидным, что под ними понимаются прежде всего *правовые* явления, к которым сложно отнести публичные нужды.

Определение государственных нужд содержалось в Законе РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд». Под государственными нуждами понималась потребность Российской Федерации в продукции, необходимой для решения общенациональных проблем, реализации социально-экономических, оборонных и научно-технических, природоохранных и других целевых программ, а также иных задач. Отмечалось, что государственные нужды обеспечиваются за счет бюджетных средств и внебюджетных источников, привлекаемых для решения этих задач (ст. 1 Закона).

рацией такого имущества, в том числе его обращение в собственность Российской Федерации, для *удовлетворения потребности Российской Федерации* в продукции (работах, услугах), непосредственно обеспечивающей обороноспособность и безопасность государства, с предварительным и равноценным возмещением Российской Федерацией стоимости имущества и других убытков, причиняемых собственнику (проект внесен депутатом ГД ФС РФ Г.А. Томчиным. Рассмотрен Советом ГД ФС РФ в 2003 г. Снят с рассмотрения Советом ГД ФС РФ в 2004 г. // СПС «КонсультантПлюс»). Подробнее о правовых проблемах национализации см.: Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. – М., 2005. – С. 251 и след.

¹⁴⁴ Давлетшина Л.М. Государственный заказ как инструмент проведения промышленной политики: на примере Республики Татарстан: дис. ... канд. экон. наук. – Казань, 2007. – С. 46.

¹⁴⁵ См.: Абдулвагапова Р.Р. Правовое положение публично-правовых образований в гражданско-правовых обязательствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2008. – С. 7; Сахабутдинова Д.Н. Торги как субинститут договорного права и юридическая процедура: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – С. 94; Сокол П.В. Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Законодательство и экономика. – 2006. – № 5; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 28 и др.

¹⁴⁶ Сокол П.В. Указ. соч. – Абз. 28, 29.

¹⁴⁷ Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2009. – С. 24.

¹⁴⁸ См.: Гладков В.С. Государственный заказ в сфере государственного управления экономикой: дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д, 2008. – С. 20.

¹⁴⁹ Абдулвагапова Р.Р. Указ. автореф. – С. 7.

¹⁵⁰ См.: Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 349, 350; Губин Е.П. Указ. соч. – С. 161; Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984. – С. 87; и др.

Содержалось определение государственных нужд и в ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 525 ГК РФ (в этой редакции пункт утратил силу) государственными нуждами признавались определяемые в установленном законом порядке потребности Российской Федерации или субъектов Российской Федерации, обеспечиваемые за счет средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования (это определение было исключено из ГК РФ в соответствии с Федеральным законом от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ¹⁵¹).

В качестве «потребности» Российской Федерации или ее субъектов государственные нужды понимались и в других федеральных и региональных законах.¹⁵²

В настоящее время определение государственных нужд содержится в Законе № 94-ФЗ. В соответствии с ч. 1 ст. 3 указанного Закона под государственными нуждами понимаются обеспечиваемые за счет средств федерального бюджета или бюджетов субъектов Российской Федерации и внебюджетных источников финансирования потребности Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий Российской Федерации, государственных заказчиков (в том числе для реализации федеральных целевых программ), для исполнения международных обязательств Российской Федерации, в том числе для реализации межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация, либо потребности субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков, в том числе для реализации региональных целевых программ. Под нуждами федеральных бюджетных учреждений и бюджетных учреждений субъектов Российской Федерации понимаются обеспечиваемые федеральными бюджетными учреждениями, бюджетными учреждениями субъектов Российской Федерации (независимо от источников финансового обеспечения) потребности в товарах, работах, услугах соответствующих бюджетных учреждений.

Аналогичным образом определяются муниципальные нужды и нужды муниципальных бюджетных учреждений (часть 2 указанной статьи).

Итак, по мнению законодателя, нужда – это потребность. Такое определение нужды соответствует общему пониманию нужды как «недостатка в необходимом»¹⁵³, а также обозначению потребности в виде «надобности... требующей удовлетворения»¹⁵⁴. В философском словаре потребность определяется как «состояние, обусловленное неудовлетворенностью требований организма, необходимых для его нормальной жизнедеятельности и направленное на устранение этой неудовлетворенности».¹⁵⁵

Сложно согласиться с В.И. Кузнецовым, считающим, что действующее законодательство определяет государственные нужды «как нечто, производное от «потребностей», охватывающих собой все сферы общественной жизнедеятельности», что у законодателя нет

¹⁵¹ Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹⁵² См. абз. 1 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» (абзац утратил силу); ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» (ч. 1 ст. 1 утратила силу); ст. 2 Федерального закона от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (закон утратил силу) // СЗ РФ. – 1999. – № 19. – Ст. 2302; ст. 1 Закона Кемеровской области от 21 мая 1998 г. № 14-ОЗ «Об областном государственном заказе Кемеровской области» (закон утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс»; ст. 1 Закона г. Москвы от 15 мая 2002 г. № 26 «О городском государственном заказе» (закон утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс»; и др.

¹⁵³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – С. 423.

¹⁵⁴ Там же. – С. 572.

¹⁵⁵ Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. – М., 1980. – С. 289.

четкого понимания этих категорий («нужда» и «потребность») в «системе права», а также «отсутствует законоустановленная система критериев и процедур, позволяющих их дифференцировать и правомерно применять при осуществлении функций государственного управления».¹⁵⁶

Представляется, что указанных проблем ни в теории, ни в практике нет. У отечественного законодателя есть четкое понимание рассматриваемых категорий («нужда» и «потребность»). Государственные (муниципальные) нужды – это государственные (муниципальные) потребности, а не «нечто» от них производное. Обособление же от «нужд» «потребностей» вряд ли можно признать обоснованным.

В научной литературе под государственными нуждами понимают прежде всего соответствующие потребности государства¹⁵⁷. Однако встречаются и иные определения.

Так, В.С. Гладков пишет, что «в правовом смысле государственные нужды представляют собой юридическую форму выражения публичного интереса, получившего в процессе плановой деятельности уполномоченных органов исполнительной власти последовательную конкретизацию до уровня потребности государства в определенных товарах, работах и услугах, в ходе удовлетворения которых осуществляется государственное управление».¹⁵⁸

Высказанная точка зрения представляется спорной. Автор, по сути, затрагивает вопрос о соотношении категорий «нужда» и «интерес», получивший обсуждение в научной литературе¹⁵⁹. По нашему мнению, конкретизации подлежит не интерес, а потребности государства. Не нужды должны представлять собой форму выражения интереса, а, наоборот, посредством проявления своего интереса субъект выражает имеющиеся у него нужды.

По мнению В.И. Кузнецова, «государственная нужда есть установленная нормативными правовыми актами Российской Федерации, субъектов Российской Федерации необходимая форма опосредования компетентными государственными органами воздействий и состояний внешней среды». При этом автор указывает на «три уровня опосредования»: на первом происходит «формулирование государственных нужд на уровне субъектов конституционного права»; на втором – «программирование и управление удовлетворением государственных нужд на уровне субъектов административного права»; на третьем – «исполнение режима государственного заказа на уровне субъектов частного права».¹⁶⁰

По нашему мнению, в размышлениях автора имеется логика при указании субъектного состава отношений по формированию, размещению и исполнению государственного заказа. Однако все же указанное определение государственных нужд представляется слишком абстрактным. К тому же вызывают вопросы приведенные автором формулировки («управле-

¹⁵⁶ Кузнецов В.И. Правовое регулирование института государственного заказа: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 14.

¹⁵⁷ См.: Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: учебник. – М., 2001. – С. 384; Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 24; Сахабудинова Д.Н. Указ. дис. – С. 94 и др.

¹⁵⁸ Гладков В.С. Указ. дис. – С. 22.

¹⁵⁹ Как отмечает Л.В. Андреева, в литературе сложились три группы мнений относительно природы категории интереса. Согласно первой интерес рассматривается как субъективная категория, т. е. он должен быть осознан индивидуумом. В соответствии со второй интерес – это объективная категория, существующая независимо от воли и сознания человека. Согласно третьей – объективно-субъективная; в качестве объективной составляющей выступает потребность, а в качестве субъективной составляющей – осознание субъектом своей потребности. «Можно сказать, – пишет Л.В. Андреева. – что потребности являются объективным явлением и будучи осознанными, они проявляются в интересах» (Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 5, 6). В.Е. Белов указывает, что некоторыми учеными высказывались предложения о замене понятия «государственные нужды» понятием «государственные интересы» (в частности, Л.В. Горбуновой). Однако, по мнению В.Е. Белова, реализация данного предложения не представляется целесообразной, поскольку это не позволит решить проблемы, связанные с конкретизацией перечня государственных потребностей (интересов) и расходов на их финансирование (Белов В.Е. Участие Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в отношениях, связанных с государственными заказами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 15).

¹⁶⁰ Кузнецов В.И. Указ. дис. – С. 14, 15.

ние удовлетворением», «исполнение режима»). Вряд ли введение такого определения государственных нужд в законодательство принесет ощутимую пользу государственным заказчикам, поставщикам и контролирующим органам.

Попытки выработки универсального определения государственных (муниципальных) нужд неизбежно приводят авторов к **дискуссии о разграничении государственных (муниципальных) нужд и собственных (или ведомственных) нужд государственных (муниципальных) заказчиков.**

Эта дискуссия была порождена в том числе несовершенством первой редакции Закона № 94-ФЗ и прямо затрагивала вопрос о сфере действия этого Закона.

Одна группа ученых склонялась к тому, что у государственных и муниципальных заказчиков (прежде всего государственных и муниципальных учреждений) могут быть собственные нужды, отличные от государственных (муниципальных)¹⁶¹. Другая группа специалистов отрицала существование собственных (ведомственных) нужд заказчиков либо относила их к нуждам государственным (муниципальным).¹⁶²

В первоначальной редакции ст. 3 Закона о размещении заказов, в которой дается определение государственных и муниципальных нужд, отсутствовала ссылка на потребности государственных и муниципальных заказчиков, в связи с чем многие заказчики посчитали, что действие Закона не распространяется на отношения по размещению заказов для удовлетворения их собственных нужд.

На практике по рассматриваемому вопросу существовала неопределенность. Не наблюдалось единогласия и среди государственных органов.

Так, Счетная палата РФ со ссылкой на ранее действовавшую редакцию ст. 69 БК РФ, предусматривавшую «ассигнования на содержание бюджетных учреждений», *признавала существование собственных нужд учреждений*¹⁶³. В действующей редакции БК РФ эти ассигнования называются «бюджетными ассигнованиями для обеспечения выполнения функций бюджетного учреждения» (ст. 69.1 БК РФ).

Министерство финансов Российской Федерации, напротив, считало, что *бюджетное учреждение не имеет собственных нужд* и в процессе осуществления своих функций не имеет правовых оснований разделять закупки на производимые для собственных и для государственных (муниципальных) нужд.¹⁶⁴

По мнению Р.Ю. Точилина, такая точка зрения более соответствует экономической и правовой природе государственного контракта, поскольку при возникновении у государственного заказчика каких-либо финансовых обязательств в ходе исполнения контракта

¹⁶¹ См.: Мадьярова А.В. О порядке размещения муниципальных заказов // СПС «КонсультантПлюс». Абз. 56; Суханов Е.А. Ответственность государства по гражданско-правовым обязательствам // Гражданское право России – частное право / отв. ред. В.С. Ем. – М., 2008. – С. 478; Шерстобитов А.Е., Ивлиева М.Ф. Об участии государственных и муниципальных учреждений в гражданском обороте // Законодательство. – 2006. – № 12. – С. 21; и др.

¹⁶² См.: Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 19; Аскназий С.И. Гражданское и административное право в социалистической системе производств: учен. зап. Ленингр. ун-та. – 1951. – Вып. 3. – С. 97 (цит. по: Гребенщикова Я.Б. Характеристика предпринимательно-правовых элементов муниципального контракта // Предпринимательское право. – 2008. – Специальный выпуск; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 18); Дойников И.В. Государственное предпринимательство: учебник. – М., 2000. – С. 177; Колесников И.В. Государство, государственный орган, государственный заказчик – кто является стороной государственного контракта? // Право и политика. – 2007. – № 4; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 150; Тарабаев П.С. Гражданско-правовое регулирование поставки товаров для федеральных государственных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – С. 8; Усков О.Ю. Проблемы гражданской правосубъектности государственных органов и органов местного самоуправления // Журнал российского права. – 2003. – № 5. – С. 33, 34 (цит. по: Андреев Ю.Н. Участие государства в гражданско-правовых отношениях. – СПб., 2005. – С. 61); и др.

¹⁶³ Письмо Счетной палаты Российской Федерации от 4 декабря 2006 г. № 01-1658/15-08 // СПС «Гарант».

¹⁶⁴ Письмо Министерства финансов Российской Федерации от 6 апреля 2007 г. № 02-13-10/833 (см.: Точилин Р.Ю. Пределы полномочий заказчика при размещении государственного и муниципального заказов // Право и экономика. – 2008. – № 6; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 50).

отвечать по ним придется всеми средствами учреждения без разделения таких средств на собственные и бюджетные.¹⁶⁵

Проблема разграничения нужд на «собственные» и «государственные (муниципальные)» рассматривалась в юридической литературе.

По мнению Е.А. Суханова, «ответ на поставленный вопрос зависит от того, в чьих интересах – публично-правового образования или его юридического лица (финансируемого им учреждения) – возникло то или иное гражданское (чаще всего договорное) правоотношение и, соответственно, в состав какого имущества – непосредственно государственного или имущества этого юридического лица – включается результат товарообмена (полученные деньги, вещи, результаты работы или услуги, права и обязанности и т. д.)».¹⁶⁶

Заметим, что сложность вопроса о разграничении нужд на «собственные» и «государственные (муниципальные)» дополнялась отсутствием определенности по вопросу о правовой природе имущества, полученного учреждением от разрешенной ему предпринимательской деятельности. Ведь если признавать это имущество (в частности, финансовые средства) принадлежащим учреждению на самостоятельном вещном праве, не являющимся правом оперативного управления¹⁶⁷, напрашивается вывод о том, что за счет этого имущества учреждение вправе самостоятельно осуществлять закупки без соблюдения норм Закона о размещении заказов¹⁶⁸. Если же «право самостоятельного распоряжения» таким имуществом признавать разновидностью права оперативного управления¹⁶⁹, представляется очевидной обязанность учреждения размещать заказы, финансируемые за счет этих средств, в соответствии с Законом № 94-ФЗ.

О сложности разграничения нужд на «собственные» и «государственные (муниципальные)» свидетельствует различие в подходах по этому вопросу среди специалистов. Так, например, по мнению А.В. Мадьяровой, «потребности учреждений в продукции могут быть отнесены к муниципальным нуждам, если продукция предназначена для использования в деятельности учреждений, связанной с решением вопросов местного значения (например, покупка парт, компьютеров для обучения в муниципальных школах, покупка медтехники для лечебно-профилактической работы в ЛПУ и т. п.), и должны быть отнесены к собственным нуждам учреждения, если закупаемая продукция используется для обеспечения внутренней жизнедеятельности учреждения (например, покупка телевизоров для оборудования учительской, служебного транспорта для перевозки сотрудников и т. д.)».¹⁷⁰

Нетрудно заметить, что приведенному разграничению нужд на «муниципальные» и «собственные» крайне сложно следовать на практике. Как, например, определить заранее, для чего закупается компьютер или телевизор в школе: для учебного процесса или «обеспе-

¹⁶⁵ Там же. – Абз. 51.

¹⁶⁶ Суханов Е.А. Указ. соч. – С. 478.

¹⁶⁷ См.: Суханов Е.А. Указ. соч. – С. 484.

¹⁶⁸ В этой связи представляется интересной точка зрения П.С. Тарабаева: «Даже если у учреждения имеются денежные средства, полученные от приносящей доход деятельности, оно может воздерживаться от использования их на оплату товаров, полученных для удовлетворения государственных нужд. По мнению автора, в этом случае не будет вины государственного учреждения в неисполнении обязанности по оплате товаров, так как товары должны быть оплачены бюджетными средствами, поступить в собственность Российской Федерации и соответственно в оперативное управление учреждения. Если товары, поставленные по договору, будут оплачены денежными средствами, полученными учреждением от осуществления приносящей доход деятельности, то такие товары на основании п. 2 ст. 298 ГК РФ поступят в самостоятельное распоряжение учреждения. Данное обстоятельство несовместимо с самой сущностью поставки товаров для государственных нужд» (Тарабаев П.С. Указ. автореф. – С. 25).

¹⁶⁹ Именно так разрешена эта теоретическая дискуссия арбитражно-судебной практикой (см.: Суханов Е.А. О развитии гражданско-правового статуса государственных и муниципальных учреждений // Гражданское право России – частное право / отв. ред. В.С. Ем. – М., 2008. – С. 462).

¹⁷⁰ Мадьярова А.В. Указ. соч. – Абз. 69. В литературе приводятся и иные примеры разграничения «собственных» и «государственных» нужд (см., например: Андреев Ю.Н. Указ. соч. – С. 128).

чения внутренней жизнедеятельности учреждения)? Является ли критерием разграничения субъект, который будет пользоваться имуществом?

Подобные вопросы в настоящее время сняты законодателем. С принятием Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 218-ФЗ¹⁷¹ Закон о размещении заказов в части определения государственных и муниципальных нужд (ст. 3) был дополнен указанием на потребности государственных и муниципальных заказчиков. Таким образом, законодатель разрешил многочисленные проблемы на практике, указав, что под государственными и муниципальными нуждами понимаются не только потребности соответствующего публично-правового образования (Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований), но и потребности государственных и муниципальных заказчиков. Отсюда следует, что государственные и муниципальные заказчики обязаны размещать любые заказы в соответствии с Законом № 94-ФЗ.

Некоторые судебные решения содержат формулировки, подтверждающие заявленную позицию. Так, например, в постановлении ФАС Центрального округа от 20 октября 2010 г. по делу № А62-9851/2009 сказано: «Анализируя требования ч. 5 ст. 17, ч. 1 ст. 24, ч. 8 ст. 34, ч. 1 ст. 57 Закона № 94-ФЗ, суд сделал правильный вывод о том, что *лицо становится участником размещения заказов с того момента, когда оно в установленном порядке открыто изъявило желание заключить государственный или муниципальный контракт (подача заявки на участие в конкурсе или аукционе, котировочной заявки)*, а сами по себе ознакомление претендента с документацией в электронном виде (без извещения в той или иной форме заказчика либо уполномоченного органа о своих намерениях, притязаниях) и его обращение в контролирующий орган или суд (сразу, без открытого выражения воли перед этими лицами) не могут рассматриваться как необходимые и достаточные условия для признания жалобы поданной надлежащим субъектом».¹⁷²

Таким образом, законодатель ввел понятие государственных (муниципальных) нужд («государственных (муниципальных)» в широком смысле слова), в состав которых включил нужды (потребности) Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований («государственные» (муниципальные) в узком смысле слова), а также собственные нужды (потребности) государственных (муниципальных) заказчиков (рис. 2).

По нашему мнению, цели создания казенных учреждений (п. 2 ст. 120 ГК РФ), а также субсидиарная ответственность собственника по долгам этих учреждений являются определяющими аргументами в пользу той точки зрения, в соответствии с которой все собственные нужды казенных учреждений являются одновременно и государственными (муниципальными). Этой же позиции, как нам представляется, придерживается законодатель.

Несколько сложнее обстоит дело с бюджетными учреждениями, по обязательствам которых собственник их имущества ответственности не несет (п. 3 ст. 120 ГК РФ). Однако нужды бюджетных учреждений, по нашему мнению, также следует относить к государственным (муниципальным) нуждам в связи с тем, что создаются эти учреждения: а) публично-правовыми образованиями; б) для выполнения работ и оказания услуг в целях обеспечения реализации полномочий органов государственной власти (государственных органов) или органов местного самоуправления; в) в социально значимых (публичных) сферах (наука, образование, здравоохранение, культура, социальная защита и т. д., ст. 9.2 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹⁷³). Можно утверждать, что Законом № 94-ФЗ предусмотрено *два основных вида государственных (муни-*

¹⁷¹ Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 218-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2007. – № 31. – Ст. 4015.

¹⁷² СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷³ СЗ РФ. – 1996. – № 3. – Ст. 145.

ципальных) нужд: а) нужды Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований и б) собственные нужды государственных (муниципальных) заказчиков¹⁷⁴. Удовлетворение этих нужд осуществляется в соответствии с указанным Законом. В связи с этим деление нужд на «государственные (муниципальные)» (в узком смысле слова) и собственные нужды заказчиков перестало иметь практическое значение.

**Государственные (муниципальные) нужды
(«государственные (муниципальные)»
в широком смысле слова)**



Рис. 2.

Еще до внесения изменений в ст. 3 Закона № 94-ФЗ в юридической литературе высказывались предположения о единстве собственных нужд учреждений и государственных (муниципальных) нужд. В частности, В.А. Вайпан отмечал, что при осуществлении закупки для собственных нужд на сумму выше определенного законодателем размера «считается,

¹⁷⁴ Вопрос о видах государственных нужд рассматривается Л.В. Андреевой (см.: Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 1—26). «Классификацию государственных нужд, – пишет она, – можно проводить по различным основаниям: по уровням определения – федеральные и региональные; по видам – социальные и экономические; по способам удовлетворения – договорный и внедоговорный; по характеру воплощения – программные нужды и внепрограммные нужды; по содержанию – нужды в товарах, работах, услугах и др.» (Там же. – С. 24, 25).

что учреждение, хотя и действует в собственных интересах, но затрагивает и бюджетные интересы, поэтому должно руководствоваться Законом № 94-ФЗ».¹⁷⁵

По утверждению Е.А. Суханова, «государственным заказчиком по договору поставки для государственных нужд может стать и казенное предприятие или государственное учреждение как самостоятельное юридическое лицо, удовлетворяющее *собственные нужды* в соответствующих товарах. В таком случае данное юридическое лицо становится *и формальной, и фактической* стороной договора и субъектом ответственности за нарушение его условий (при субсидиарной ответственности государства на основании п. 5 ст. 115 и п. 2 ст. 120 ГК РФ)».¹⁷⁶

Таким образом, для удовлетворения собственных нужд учреждению необходимо заключать договор поставки для государственных нужд. Это обстоятельство свидетельствует о том, что собственные нужды государственных (муниципальных) заказчиков являются составной частью государственных (муниципальных) нужд.

Похожий подход к пониманию государственных нужд встречается и за рубежом. Во Франции, например, «потребности государственных организаций включают товары, работы или услуги, которые они могут закупать, не только выполняя свои требования к работе, например, при закупке офисного оборудования, компьютеров или страховок на них, но также для реализации более широких целей, таких как перевозка школьников»¹⁷⁷. Как мы видим, «потребности государственных организаций» рассматриваются в качестве государственных нужд.¹⁷⁸

Однако в юридической литературе высказываются опасения относительно целесообразности такого решения законодателя.

По мнению В.С. Гладкова, «неопределенность понятия государственных и муниципальных нужд приводит к тому, что в качестве однородных предстают отношения, к примеру, связанные с приобретением товаров для реализации федеральной целевой программы, и отношения, опосредующие приобретение органом исполнительной власти канцелярских принадлежностей».¹⁷⁹

Похожей точки зрения придерживаются А.С. Кочетов и В.В. Груздев: «Распространение... установленного Законом № 94 порядка размещения заказов на обеспечение собственных нужд бюджетополучателей приводит к распылению сил исполнительных органов, ситуации, когда решение главных задач подменяется решением задач второстепенных, при этом функции государства смешиваются до такой степени, что их надлежащее выполнение просто не представляется возможным».¹⁸⁰

В.В. Балакин, критикуя традиционное определение государственных нужд¹⁸¹, пишет: «В результате возникает весьма парадоксальная ситуация. Скажем, государственному общеобразовательному учреждению (школе) потребовались к новому учебному году парты, учебные пособия, а также ремонтные работы. Коль скоро такая школа согласно п. 1 ст. 161 Бюд-

¹⁷⁵ Вайпан В.А. Указ. соч. – Абз. 139.

¹⁷⁶ Суханов Е.А. Об ответственности государства по гражданско-правовым обязательствам. – С. 478.

¹⁷⁷ Международный прокьюремент / В. Малочко, Т. Уилсон и др. – М., 2003. – С. 205.

¹⁷⁸ Вместе с этим сами государственные нужды («государственные» в широком смысле слова) можно делить на виды в целях учета специфики проведения тех или иных закупок. В литературе, в частности, отмечается, что «американская практика разделяет госзакупки, осуществляемые для выполнения государственных программ, и закупки имущества и материалов, необходимых для функционирования государственного аппарата» (Становление рыночной системы государственных закупок в России / В.И. Смирнов, Н.В. Нестерович, Е.Ю. Гончаров и др. – Казань, 2000. – С. 29).

¹⁷⁹ Гладков В.С. Указ. дис. – С. 19.

¹⁸⁰ Кочетов А.С., Груздев В.В. Размещение заказов для государственных и муниципальных нужд: правоприменительная практика // Право и экономика. – 2007. – № 1. – С. 13.

¹⁸¹ Автор критикует определения государственных нужд, содержащиеся ранее в ГК РФ и Федеральном законе от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов ...» (утратил силу).

жетного кодекса РФ относится к категории бюджетных учреждений, она по закону должна размещать государственный контракт на конкурсной основе для приобретения этих товаров и выполнения работ. Аналогичная же частная школа (гимназия) может все это закупать и заказывать без лишней бюрократически запутанной процедуры, без торгов (конкурсов) у любых поставщиков обычным простым способом, не тратя время и дополнительных средств».¹⁸²

По нашему мнению, приведенные точки зрения, в которых высказывается критика относительно включения собственных нужд государственных (муниципальных) заказчиков в состав государственных (муниципальных) нужд, являются весьма спорными. Во-первых, как мы уже сказали, разграничить эти нужды бывает очень сложно, что вызывало раньше большое количество проблем на практике. Ведь в зависимости от вида нужд решался вопрос о применении или неприменении Закона № 94-ФЗ. Во-вторых, при решении рассматриваемого вопроса обязательно следует учитывать явление, получившее в экономической литературе название «провал рынка».¹⁸³

Экономисты подчеркивают, что именно государственный (муниципальный) заказчик является наиболее вероятным субъектом для попадания в «зону провала рынка». «Коммерческий заказчик вынужден успешно бороться с провалами рынка, ведь в противном случае его ждет разорение. Но сколько бы ни завышали цены накупаемую государственным заказчиком продукцию, он, в отличие от коммерческого, не разорится и с рынка не уйдет. И в этой связи применение специальных норм – единственно возможный вариант получения рыночных цен на то, что покупает государство».¹⁸⁴

В связи с этим любые закупки государственных и муниципальных заказчиков должны осуществляться исключительно в соответствии с Законом о размещении заказов, будь то сложная техника или канцелярские принадлежности.

Рассмотрение таких, казалось бы, сугубо теоретических вопросов имеет важное практическое значение. Как мы видим, с корректировкой понятия «государственные (муниципальные) нужды» расширилась сфера действия Закона № 94-ФЗ. Претерпел изменения и институт государственного (муниципального) заказа, включивший в свое содержание также соответствующие потребности государственных (муниципальных) заказчиков.

Представляется очевидным, что без изучения основных категорий, связанных с институтом государственного (муниципального) заказа, прежде всего его сущностного признака – государственных (муниципальных) нужд, невозможно обращение к вопросам правового регулирования отношений по его формированию, размещению и исполнению.

¹⁸² Балакин В.В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 169.

¹⁸³ Под «провалом рынка» понимается «ситуация, в которой свободное действие рыночных сил не приводит к оптимальному результату сделки хотя бы для одной ее стороны... Иными словами, наличие сложившегося рынка по какой-либо продукции и рыночной цене не гарантирует, что конкретный заказчик при закупке получит продукцию по этой (или близкой) цене. Особенно если мотивация лица, принимающего решение о сделке и выбирающего контрагента, не совпадает с целями предприятия-заказчика. Причин провалов рынка несколько: недостаток и асимметрия информации – персонал заказчика может не знать о реальном, рыночном соотношении качества закупаемой продукции и ее цены (в отличие от поставщика, который гораздо лучше осведомлен о свойствах продукции своей и конкурентов); неквалифицированные действия закупающих менеджеров; недобросовестные действия закупающих менеджеров (прежде всего завышение цен поставок с целью получения различного рода поощрений от поставщиков) (Эффективное управление корпоративными закупками. Опыт РАО «ЕЭС России» / под общ. ред. Г.А. Сухадольского. – М., 2007. – С. 365).

¹⁸⁴ Эффективное управление корпоративными закупками. – С. 50.

§1.3. Законодательство, опосредующее отношения по формированию и реализации государственного (муниципального) заказа

История развития законодательства России о государственных закупках насчитывает несколько веков.

Как отмечает В.И. Кузнецов, большая часть источников по публичным заказам X—XIII вв. погибла по разным причинам. Несмотря на это, к настоящему времени изучен значительный объем исторических документов времен X—XVIII вв.: уставные, судные, правые, имунные, памятные, заказные грамоты, ханские ярлыки, повествовательные тексты и деловая переписка. В материалах этого периода (например, в Переяславской летописи 1346 г., ханском ярлыке митрополиту Алексию) имеется указание на институты заказа и его исполнителей — заказников.¹⁸⁵

Тем не менее первым отечественным документом о публичном заказе принято считать указ царя Алексея Михайловича 1654 г. о подрядной цене на доставку в Смоленск муки и сухарей. Как отмечает Е.Ю. Гончаров, в этом указе «конкурса как такового еще нет, но уже появляются его основные составляющие — публичный заказ, поиск исполнителей, условия».¹⁸⁶

В XVIII в. в России появляется первый развернутый законодательный акт, регулирующий закупочную деятельность государственных учреждений — Регламент об управлении адмиралтейством и верфью 1722 г. Аналогичный закон США о федеральных закупках появился лишь через 70 лет.¹⁸⁷

К.П. Победоносцев отмечал, что подрядные сделки и операции в государственной экономике и в законодательстве особенно важное значение получили со времен Петра Великого. Важнейшими актами XVIII — первой половины XIX столетия о подрядах с казной являлись: Устав и Регламент Камер-Коллегии 1719 г., Адмиралтейств Регламент 1723 г., инструкция Генерал Кригс-Комиссару 1731 г., Регулы Провиантского Правления 1758 г., Регламент Адмиралтейской Коллегии 1765 г., Указ о подрядах 1784 г. и о залогах 1790 г., Устав 1802 г. о провианте и Положение 1830 г. о подрядах и поставках. «Во всем этом законодательстве, — писал автор, — выражается, с одной стороны, заботливость об ограждении казенного интереса от убытков и злоупотреблений — правилами и формальностями, с другой стороны, обеспечение казенных потребностей привлечением частной предприимчивости к подрядному делу, облегчением способов его пособиями и льготами, и допущением мелких промыслов к состязанию с крупными капиталистами в подрядном деле».¹⁸⁸

Как указывает Л.В. Горбунова, нормативное регулирование отношений по поставке товаров для государственных нужд в период правления Петра I имело следующие особенности. Во-первых, законодатель отдельно выделил подряды «провиантские», что подчеркивало особую значимость отношений по поставке продовольствия. Во-вторых, поставка в рассматриваемый период осуществлялась, главным образом, для нужд армии. В-третьих,

¹⁸⁵ См.: Кузнецов В.И. Правовое регулирование института государственного заказа: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005. — С. 20, 21.

¹⁸⁶ См.: Становление рыночной системы государственных закупок в России / В.И. Смирнов, Н.В. Нестерович, Е.Ю. Гончаров и др. — Казань, 2000. — С. 7.

¹⁸⁷ Организация и проведение конкурсов на закупку продукции для федеральных государственных нужд / под ред. В.И. Смирнова, Н.В. Нестеровича. — М., 2002. — С. 269.

¹⁸⁸ См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. — Ч. 3. Договоры и обязательства. — (Классика российской цивилистики.) — М., 2003. — С. 417, 418.

особенностью казенных подрядов уже тогда была возможность их заключения по конкурсу. В-четвертых, в целях пресечения ценовых злоупотреблений со стороны подрядчиков и защиты интересов казны, Сенатский указ 1716 года предусмотрел ограничение размера прибыли подрядчика. В-пятых, договоры казенного подряда заключались исключительно в письменной форме – составлением «договорных писем». В-шестых, обязательным условием заключения договоров поставки для государственных нужд было предоставление обеспечения его надлежащего исполнения (в форме поручительства).¹⁸⁹

Заказ встречался в различных предписаниях административного характера XIX века: в правилах и формах отчетности по Департаменту Морского Интендантства (Кораблестроительному, Комиссариатскому и Артиллерийскому, Высочайше утвержденным 25 июля 1837 г.), Положении 1878 г. об Экспедиции Заготовок Государственных Бумаг, правилах работы опытных станций Министерства земледелия и государственных имуществ и др..¹⁹⁰

К началу XX века нормативное регулирование отношений по поставкам продукции для государственных нужд осуществлялось преимущественно на основании Положения о подрядах и поставках 1830 года и иных «специальных постановлений», правила которых, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, имели в основном «характер инструкции административным учреждениям, а не норм права».¹⁹¹

Как указывал автор, заключение договора с казной в тот период осуществлялось тремя основными способами: посредством торгов, посредством запечатанных объявлений, посредством торгов и запечатанных объявлений. Первый способ (торги) состоял в том, что на листе, на который внесены имена желающих вступить в договор, записывалась объявляемая каждым из них цена до тех пор, «пока никто ниже цены предлагать не будет». В этом записывании цены содержалось предложение со стороны каждого из торгующихся, а казенное учреждение принимало то из предложений, которое являлось для него наиболее выгодным (т. е. в современном понимании проводился конкурс). Однако предложение могло быть сделано как на торгах, так и на так называемой переторжке. Совершение подряда посредством запечатанных объявлений состояло в том, что казенное учреждение посредством публикаций вызывало желающих вступить в договор, при этом лишь намечая предмет и некоторые условия договора, ожидая конкретных предложений от поставщиков. Предложения предъявлялись исключительно в запечатанных пакетах, которые одновременно вскрывались. Наиболее выгодное предложение принималось (т. е. в современном понимании проводился запрос предложений, широко применяемый в настоящее время в практике некоторых частных организаций, а также в публичных закупках за рубежом). Третий способ заключался в соединении торгов и запечатанных объявлений: сначала велся устный торг, а после их завершения вскрывались «запечатанные пакеты» (объявления). Договор также заключался с лицом, давшим наиболее выгодное предложение.¹⁹²

В начале 20-х гг. XX в. правовое регулирование отношений по поставке для государственных нужд осуществлялось Положением о государственных подрядах и поставках от 30 сентября 1921 г., а затем – Положением о государственных подрядах и поставках от 27 июля 1923 г.

В Положении 1921 г. законодатель впервые разделил поставку и подряд для государственных нужд, отдельно урегулировав отношения государства с поставщиком и подрядчиком. В качестве участников отношений по поставке для государственных нужд выступали

¹⁸⁹ См.: Горбунова Л.В. Поставка продовольствия для государственных нужд по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2003. – С. 51, 52.

¹⁹⁰ См.: Кузнецов В.И. Указ. дис. – С. 34.

¹⁹¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – Т. 2. – М., 2005. – С. 175.

¹⁹² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 175, 176.

«поставщик» и «государственный орган», само государство в этих отношениях не участвовало. Положение устанавливало порядок заключения договоров посредством проведения публичных торгов. На недобросовестного поставщика возлагалась не только гражданско-правовая (например, в форме уплаты неустойки), но и уголовная ответственность.¹⁹³

7 августа 1923 г. СНК СССР была издана Инструкция о порядке публичных торгов на государственные подряды и поставки. В этой Инструкции были в основном воспроизведены дореволюционные правила о проведении торгов. Публичные торги проводились путем объявления условий «изустно», в запечатанных пакетах и по телеграфу (смешанные торги). Если по окончании торгов торговая комиссия признавала, что состоявшиеся торги не выгодны для государства, она настаивала на переторжке, на которую допускались как участвовавшие, так и не участвовавшие в торгах. При утверждении торгов заключался договор поставки с лицом, выигравшим торги. При прочих равных условиях предпочтение отдавалось государственным организациям, а при их отсутствии – кооперативным предприятиям.¹⁹⁴

В 1923 г. в РСФСР был также принят Закон «О государственных подрядах и поставках»¹⁹⁵, который в целях защиты интересов государства устанавливал специальные правила, регулирующие отношения по поставкам с участием в качестве заказчика государственных учреждений и государственных предприятий.¹⁹⁶

В дальнейшем, как указывает В.В. Витрянский, с формированием административно-командной системы управления экономикой, когда практически все поставки продукции и товаров осуществлялись на основе плановых актов (фондовых извещений, планов прикрепления, нарядов), нужда в особом регулировании отношений, связанных с поставками продукции и товаров для удовлетворения государственных потребностей, отпала.¹⁹⁷

В советский период, как отмечается в литературе, государственный заказ превратился в своего рода плановое задание. Состав государственных заказов по стране в целом формировался и утверждался Госпланом СССР, а затем доводился до предприятий. Государство устанавливало цены на продукцию и ставки налогообложения.¹⁹⁸

К 1980-м годам начались «перекосы» в планировании в различных отраслях экономики. Недостатки управления, к примеру, в агропромышленном комплексе, по мнению Е.П. Губина, «были вызваны продолжавшейся практикой планирования сверху, от достигнутого уровня, да еще с ежегодным ростом, часто без учета конкретных потребностей в продукции, услугах, работах».¹⁹⁹

Для конца 1980-х гг. стало характерно обвальное разрушение механизма управления и системы хозяйственных связей предприятий, регионов, республик. В руках «центра» оставалось все меньше рычагов централизованного регулирования процессов формирования хозяйственных связей, а действенность этих рычагов неуклонно снижалась. Все труднее становилось разместить обязательный госзаказ, снижался уровень выполнения уже принятых государственных заказов²⁰⁰. Условие, что размещение государственных заказов должно

¹⁹³ См.: Горбунова Л.В. Указ. дис. – С. 61—63.

¹⁹⁴ См.: Пермяков Л.Е. Правовое регулирование поставки для государственных нужд: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 68—70.

¹⁹⁵ Собрание узаконений РСФСР. – 1923. – № 88. – Ст. 851.

¹⁹⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Кн. 2. Договоры о передаче имущества. – М., 2008. – С. 112.

¹⁹⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Кн. 2. Договоры о передаче имущества. – М., 2008. – С. 112.

¹⁹⁸ См.: Яруллин С.М. История возникновения и развития государственного заказа в России // История государства и права. – 2010. – № 20. – С. 26—29.

¹⁹⁹ Губин Е.П. Правовое регулирование хозяйственного механизма АПК. – М., 1988. – С. 53.

²⁰⁰ Шевченко Л.И. Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики: дис. ... докт. юрид. наук. – Кемерово, 2001. – С. 247.

сопровождаться материально-техническим и финансовым обеспечением их выполнения, на практике не соблюдалось; при том что государственные заказы были обязательными, это ставило исполнителей заказов в трудное положение.²⁰¹

По мнению Я.Б. Гребенщиковой, в указанной ситуации «фактически образовался правовой вакуум, который поставил в сложное положение хозяйствующие субъекты».²⁰²

В этот переходный период, как указывают Л.И. Шевченко и Г.Н. Гредин, эволюционное замещение хозяйственного договора, заключавшегося во исполнение государственного задания, в гражданско-правовое обязательство протекало в уродливых формах «бюрократического рынка», «торгов» в коридорах власти. На «бюрократическом» рынке обращались не товары и услуги, а властные полномочия, привилегии, правила.²⁰³

В литературе того периода подчеркивалась необходимость изменения роли государственного заказа, он должен был утратить функции директивного задания для предприятий по производству продукции в установленных объемах и номенклатуре.²⁰⁴

Советом Министров СССР 25 июля 1988 г. были утверждены Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления, Основные условия регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций²⁰⁵, а также Временное положение о порядке формирования государственных заказов на 1989 и 1990 годы²⁰⁶. В указе Президента РСФСР от 15 октября 1991 г. № 143 «О хозяйственных связях и поставках продукции и товаров в 1992 году»²⁰⁷ было провозглашено формирование связей по поставкам продукции и товаров (работ, услуг) «на договорной основе непосредственно поставщиками и покупателями (потребителями)». Лишь по «централизованно регулируемой продукции для государственных нужд РСФСР» указанные отношения подлежали регламентации в порядке, определяемом Советом Министров РСФСР.

В постановлении Совета Министров РСФСР от 23 октября 1991 г. № 558 «Об организации материально-технического обеспечения народного хозяйства РСФСР в 1992 году»²⁰⁸ было указано, что «сбалансированность потребностей предприятий и организаций в материально-технических ресурсах с производственными программами обеспечивается ими *самостоятельно* на основе *горизонтальных* хозяйственных связей и взаимодействия с организациями оптово-посреднической сети снабжения». Размещение заказов на поставку продукции для республиканских государственных нужд было провозглашено на договорной основе с использованием «экономического стимулирования».

Как указывает Л.И. Шевченко, новые идеи в нормативном порядке не нашли своего выражения. Так, не были определены права предприятий при получении государственных заказов, а также основания, по которым они могли отказаться от них, не был решен вопрос

²⁰¹ Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: учебник. – М., 2001. – С. 383.

²⁰² Гребенщикова Я.Б. Развитие нормативно-правовой базы проведения закупок продукции для муниципальных нужд в России // Конституционное и муниципальное право. – 2002. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 19.

²⁰³ Шевченко Л.И., Гредин Г.Н. Госзаказ в системе государственного регулирования экономики. – Кемерово, 1999. – С. 41.

²⁰⁴ Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. – М., 1991. – С. 236.

²⁰⁵ Постановление Совета Министров СССР от 25 июля 1988 г. № 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций» // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – 1988. – № 11.

²⁰⁶ Постановление Совета Министров СССР от 25 июля 1988 г. № 889 «О порядке формирования государственных заказов на 1989 и 1990 годы» // СП СССР. – 1988. – № 26. – Ст. 71.

²⁰⁷ Ведомости СНД и ВС РСФСР. – 1991. – № 43. – Ст. 1392.

²⁰⁸ Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

об ответственности вышестоящих органов за материально-техническое обеспечение госзаказа, о гарантиях на сбыт изготовленной по нему продукции, об организации конкурсов на выполнение государственных заказов и, что очень важно, не был решен вопрос об органе и порядке разрешения споров, связанных с выдачей государственных заказов. Под видом госзаказов фактически была сохранена система обязательных заданий по объему производства, что было равносильно сохранению тех методов управления, которые завели нашу экономику в тупик.²⁰⁹

По мнению Д.А. Медведева, государственный заказ «образца 1987—1990» представлял собой централизованное плановое задание, мало чем отличающееся от плановых актов (нарядов) предыдущего периода.²¹⁰

Первым российским законом о государственных закупках стал Закон РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд», введенный в действие Постановлением Верховного Совета РФ от 28 мая 1992 г. № 2860-1. Указанный Закон распространял свое действие только на федеральные закупки и был небольшим по объему (состоял всего из пяти статей).

Совсем скоро – в конце 1994 г. – было принято сразу несколько федеральных законов, регулирующих отношения по государственным закупкам: Федеральный закон от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд»; Федеральный закон от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»²¹¹; Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве». Спустя год был принят также Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе».

Эти законы, будучи небольшими по содержанию, не устанавливали четкой процедуры размещения заказов, в связи с чем заложенные в них идеи не находили должной реализации на практике.

Многие из указанных законов подверглись весьма жесткой критике в литературе. Так, например, по мнению Н.В. Нестеровича и В.И. Смирнова, в принятии Закона об оборонном заказе не было смысла, а Закон о закупках сельскохозяйственной продукции «написан таким образом, что торги, конкурсы вообще невозможны».²¹²

Нецелесообразность существования этих законов представляется очевидной не только в связи с тем, что они весьма невелики по объему и в целом содержат в себе мало реально применяемых статей. В некоторые из этих законов законодатель начал включать совершенно чуждые регулируемым отношениям нормы (см., например, нормы о гражданском и служебном оружии в Законе о поставках продукции для федеральных нужд, ст. 4.1 Закона²¹³).

²⁰⁹ Шевченко Л.И. Указ. дис. – С. 246.

²¹⁰ Медведев Д.А. Проблемы реализации гражданской правосубъектности государственного предприятия: дис. ... канд. юрид. наук. – Ленинград, 1990. – С. 133.

²¹¹ Принятие специального закона («О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции...») раньше основного («О поставках продукции для федеральных государственных нужд») было негативно воспринято многими специалистами. Н.В. Нестерович и В.И. Смирнов, в частности, отмечают: «То, что частный закон принимается раньше базового, является российской спецификой принятия законов в переходный период, когда то или иное лобби в Государственной Думе может позволить себе нарушить любую логику законотворческого процесса» (Нестерович Н.В., Смирнов В.И. Конкурсные торги на закупку продукции для государственных нужд / под ред. А.Г. Свиначенко. – М., 2000. – С. 22).

²¹² См.: Нестерович Н.В., Смирнов В.И. Указ. соч. – С. 27. Отметим весьма оригинальную характеристику соотношения Закона о закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия с Законом № 94-ФЗ, данную Верховным Судом РФ в Определении от 25 апреля 2007 г. № 67-Г07-1: первый из указанных законов, по мнению суда, «*входит в структуру*» второго, «регулируя те же отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров» (документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»).

²¹³ Указанная статья введена в действие в связи с принятием Федерального закон от 24 июля 2007 г. № 222-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» и статью 12

Как отмечают специалисты, до принятия Указа Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд», которым было утверждено Положение об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд (далее также – Положение-305) никто из государственных заказчиков не занимался конкурсным размещением заказов на поставку товаров, работ, услуг²¹⁴ (и это с учетом того, что первый закон о государственных закупках, как мы уже отмечали, был принят еще в 1992 году). По мнению Я.Б. Гребенщиковой, главной причиной такого положения дел было отсутствие прописанных процедур конкурса и типовой документации для его проведения.²¹⁵

Принятие указанного Положения имело важное значение, поскольку им были предусмотрены процедуры размещения заказов для государственных нужд. Открытые торги (открытый конкурс) были объявлены наиболее предпочтительным способом закупок. Также в предусмотренных в Положении случаях допускалось размещение заказов посредством проведения 2-этапных торгов, закрытых торгов (закрытых конкурсов), внутренних торгов (внутреннего конкурса), запроса котировок, у единственного источника и др. Поставщики должны были удовлетворять квалификационным требованиям, определяемым в соответствии с Положением для каждой процедуры по размещению заказов отдельно.

Тем не менее Положение не было лишено недостатков. По мнению К.В. Кузнецова, главными проблемами этого документа являлись «переводной вид» – как в части терминологии, так и в излишней универсализации, важной для международных торгов, но вовсе не обязательной для государственных закупок, а также несогласованность ряда положений с действующим законодательством, в том числе с Гражданским кодексом.²¹⁶

Спустя некоторое время после вступления в силу Положения-305 был принят Федеральный закон от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (далее – Закон о конкурсах 1999 г.), который имел множество недостатков и в целом был негативно воспринят специалистами.²¹⁷

Во-первых, его действие распространялось только на федеральные закупки, поскольку под государственными нуждами Закон понимал только *потребности Российской Федерации* в товарах (работах, услугах), обеспечиваемые за счет средств федерального бюджета и внебюджетных источников финансирования (ст. 3 Закона). Таким образом, под действие Закона не попадали закупки субъектов Российской Федерации и муниципальные закупки. Последние осуществлялись на основании отдельных законов субъектов Российской Федерации о государственном заказе и соответствующих актов муниципальных органов. Большинство указанных законов субъектов РФ и актов муниципальных образований отличались как от Закона о конкурсах 1999 г., так и друг от друга, в том числе в терминологии (см. § 1.1 настоящей работы), что привело к формированию многочисленных различных систем размещения региональных и муниципальных заказов.

Во-вторых, Закон применялся только в случаях проведения *конкурсов* на размещение заказов на поставки товаров (работ, услуг) для государственных нужд и не предусматривал размещение заказа иными способами (аукцион, запрос котировок и т. д.). Более того, как отмечает В.Е. Белов, Закон о конкурсах 1999 г. в отличие от Положения-305, не содержал

Федерального закона «Об оружии» // СЗ РФ. – 2007. – № 32. – Ст. 4121.

²¹⁴ Становление рыночной системы государственных закупок в России. – Казань, 2000. – С. 60.

²¹⁵ Гребенщикова Я.Б. Указ. соч. – Абз. 24.

²¹⁶ Кузнецов К.В. Настольная книга поставщика и закупщика: торги, конкурсы, тендеры. – М., 2003. – С. 25.

²¹⁷ См.: Сироткина Н.Г. Государственные и муниципальные закупки как часть бюджетного процесса в Российской Федерации: учебное пособие. – Н. Новгород, 2006. – С. 6, 7 и др.

норм об обязательности проведения конкурсов (за исключением случаев, предусмотренных Законом).²¹⁸

В-третьих, Закон ограничивал участие в конкурсах огромного количества отечественных и иностранных поставщиков. Согласно ст. 5 Закона, участником конкурса мог быть только поставщик (исполнитель), имеющий производственные мощности, оборудование и трудовые ресурсы, необходимые для производства товаров (работ, услуг). В соответствии со ст. 6 Закона иностранные поставщики могли принимать участие в конкурсе лишь в случае, если производство товаров (работ, услуг) для государственных нужд в Российской Федерации отсутствует или экономически нецелесообразно.²¹⁹

По мнению Я.Б. Гребенщиковой, Закон сделал «шаг назад по сравнению с Указом № 305»: в Законе отсутствовали критерии для определения победителей, не было упоминаний о простых способах закупок, установлено только судебное обжалование решений, принятых организатором конкурса и др..²²⁰

После вступления в силу Закона о конкурсах 1999 г., как отмечает В.Е. Белов, сформировались две точки зрения по вопросу о действии Положения-305²²¹. Различие в подходах специалистов к этому вопросу коренилось в формулировке Указа Президента РФ, которым было утверждено Положение-305. Согласно п. 7 Указа, Положение «действует до вступления в силу федерального закона об организации торгов на закупку товаров, работ и услуг для государственных нужд».

Являлся ли Закон о конкурсах 1999 г. тем самым «федеральным законом об организации торгов на закупку товаров, работ и услуг для государственных нужд»?

По нашему мнению, являлся, а это значит, что со вступлением в силу Закона о конкурсах 1999 г. Положение-305 силу утратило. Конечно Закон о конкурсах 1999 г. не совпадает по названию («слово в слово») с законом, на который имеется ссылка в названном Указе Президента, в связи с чем, строго говоря, можно ждать принятия закона именно с тем наименованием, которое приводится в Указе²²². Однако такой подход к данной ситуации представляется слишком формальным, оторванным от реальности.

Тем не менее, согласно другой точке зрения, Закон о конкурсах 1999 г. не был «федеральным законом об организации торгов...», в связи с чем Положение-305 подлежало применению наряду с этим Законом. Последнюю точку зрения поддержал Верховный Суд РФ в своем Определении от 20 декабря 2002 г. № 51-Г02-55²²³. Вслед за Верховным Судом РФ подобной позиции стали придерживаться и иные органы власти.²²⁴

²¹⁸ Белов В.Е. Правовое регулирование размещения государственных заказов // Право и экономика. – 2005. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 24.

²¹⁹ Указанные «барьеры», однако, можно было преодолеть. Как указывает К.В. Кузнецов, в Законе не содержалось информации о том, что «производственные мощности» (т. е. ресурсы и оборудование) должны быть использованы именно для производства продукции, закупаемой в ходе проводимого конкурса. «Иными словами, – пишет автор, – поставщику достаточно просто обладать какими-нибудь производственными мощностями. А они есть у любой компании, вне зависимости от профиля ее деятельности». Участие иностранных поставщиков также не ставилось автором под сомнение в связи с тем, что Закон не раскрывал понятия «экономическая целесообразность», в связи с чем она могла толковаться в очень широком диапазоне (см.: Кузнецов К.В. Указ. соч. – С. 23, 24).

²²⁰ Гребенщикова Я.Б. Указ. соч. – Абз. 46.

²²¹ См.: Белов В.Е. Указ. соч. – Абз. 28.

²²² Как ни странно, но даже со вступлением в силу Закона № 94-ФЗ, по мнению некоторых специалистов, Положение-305 не утратило силу. Как отмечают Д.Ю. Борисов и А.И. Гончаров, Положение-305 действует в части, не противоречащей Закону № 94-ФЗ (см.: Борисов Д., Гончаров А. Правовая природа денежного обеспечения заявки на участие в торгах, проводимых для государственных и муниципальных нужд // Хозяйство и право. – 2008. – № 1. – С. 102). Вместе с этим представляется корректной позиция В.В. Витрянского, который считает, что в части, не противоречащей ГК и соответствующим федеральным законам, подлежит применению Указ Президента РФ от 8 апреля 1997 г. (а не утвержденное им Положение) (см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 113).

²²³ В Определении, в частности, указано: «Суд первой инстанции дал в решении правильную правовую оценку доводу, приведенному и в кассационных жалобах, о незаконном применении в решении Указа Президента Российской Федерации

Уже через год после принятия Закона о конкурсах 1999 г. Правительство РФ поручило Минэкономике России совместно с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти и с участием органов власти субъектов Российской Федерации подготовить проект нового федерального закона «О закупках и поставках продукции для государственных нужд».

Как отмечает В.Е. Белов, в соответствии с концепцией данного законопроекта предполагалось обобщить положения всех действующих законодательных и иных нормативных правовых актов, регулирующих государственные закупки, и принять единый закон – своеобразный *кодекс государственных закупок*. Подготовленный законопроект длительное время согласовывался и дорабатывался с участием органов государственной власти различных уровней, общественных и иных организаций. В 2002 г. концепция этого законопроекта была пересмотрена: был сделан вывод о том, что будущий закон должен регулировать *лишь размещение* государственных заказов, а не весь процесс государственных закупок.²²⁵

Результатом этой законотворческой работы явились разработка и принятие **Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»**.²²⁶

Большинство специалистов позитивно оценивают принятие Закона № 94-ФЗ²²⁷. Более того, многие авторы считают Закон о размещении заказов своего рода «прорывом» в закупочном законодательстве России.²²⁸

По мнению Л.В. Андреевой, Закон о размещении заказов имеет «революционный» характер и сопоставим с лучшими нормативными правовыми актами, действующими в течение десятилетий в зарубежных странах.²²⁹

М.Я. Евраев и К.А. Писенко отмечают, что «данный Закон имеет в некоторых вопросах даже более передовые позиции по отношению к законодательству развитых стран, став,

от 8 апреля 1997 года № 305, утвердившего Положение об организации закупки товаров, работ и услуг, который нельзя отнести к утратившим силу после принятия Федерального закона от 6 мая 1999 года № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд», поскольку в отличие от Указа Президента упомянутый Федеральный закон не регулирует простые способы закупок – запрос котировок и закупка у единственного заказчика и вопросы размещения заказов на закупку продукции для нужд субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» // СПС «КонсультантПлюс».

²²⁴ Так, например, согласно постановлению Госкомстата РФ от 3 июля 2003 г. № 67 «Об утверждении статистического инструментария для организации статистического наблюдения за внутренней и внешней торговлей на 2004 год» (п. 8 Кратких указаний по заполнению Формы № 1 – конкурс), главные распорядители средств федерального бюджета при размещении заказов на поставки товаров (работ, услуг) должны руководствоваться «Законом № 97-ФЗ» – в части проведения открытых (включая двухэтапные) и закрытых (включая двухэтапные) конкурсов, а также «Положением» – в части осуществления закупок способом запроса котировок и у единственного источника. Главные распорядители средств бюджетов субъектов Российской Федерации при размещении заказов на поставки товаров (работ, услуг) должны руководствоваться «Положением» // Вопросы статистики. – 2003. – № 10.

²²⁵ Белов В.Е. Указ. соч. – Абз. 35.

²²⁶ Закон № 94-ФЗ в литературе также называют «Законом о госзаказе» (см.: Осипов А. Цена важнее всего // ЭЖ-Юрист. – 2007. – № 23; СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 9), «Законом о закупках» (см.: Мадьярова А.В. О порядке размещения муниципальных заказов // СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 12) и др.

²²⁷ См.: Жук С.Е. Гражданско-правовое регулирование способов обеспечения исполнения государственного контракта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – С. 3; Моклаков А.А. О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: комментарий к новому Закону // Право и экономика. – 2005. – № 11; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 17; Власов В.А. Размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: некоторые аспекты правового регулирования // Муниципальная служба: правовые вопросы. – 2009. – № 3; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 39 и др.

²²⁸ См., например: Бордунова С. Об изменениях в Федеральном законе «О государственных закупках» // Право и экономика. – 2009. – № 1. – С. 10.

²²⁹ Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2009. – С. IV.

таким образом, для них даже законодательным ориентиром по многим вопросам в сфере регулирования размещения государственного и муниципального заказа». ²³⁰

Однако есть и прямо противоположная оценка Закона о размещении заказов.

Одним из наиболее ярких противников Закона № 94-ФЗ выступает экономист В.И. Смирнов. По его мнению, с момента вступления в силу действующего Закона о размещении заказов «система общественных закупок в России стала сплошной ошибкой»²³¹. «Закон № 94-ФЗ ошибочен концептуально, бьет мимо цели, а в чем-то и прямо мешает ее достижению». ²³²

Негативная оценка Закона № 94-ФЗ многими специалистами вызвана рядом факторов, в том числе: отношением этого Закона к аукциону как основному способу размещения заказов, наличием в Законе института «начальной (максимальной) цены контракта» и отсутствием «минимальной цены», ограниченной возможностью применения в соответствии с Законом «квалификационного» критерия к участникам размещения заказов и др. (эти и другие вопросы и аргументы противников Закона № 94-ФЗ будут предметом нашего рассмотрения в других разделах настоящей работы).

Тем не менее стоит признать, что Закон № 94-ФЗ, пусть и имеющий ряд недостатков, в целом существенно сократил возможности «нецелевого освоения» соответствующих бюджетных и внебюджетных средств, поскольку серьезно повысил «прозрачность» системы размещения публичных заказов в нашей стране.

В соответствии со ст. 2 Закона № 94-ФЗ *законодательство Российской Федерации о размещении заказов основывается на положениях ГК РФ, БК РФ и состоит из Закона № 94-ФЗ и иных федеральных законов*, регулирующих отношения, связанные с размещением заказов. Нормы права, содержащиеся в иных федеральных законах и связанные с размещением заказов, должны соответствовать Закону № 94-ФЗ. В случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о размещении заказов, *Президент РФ и Правительство РФ вправе принимать нормативные правовые акты, регулирующие отношения, связанные с размещением заказов*. В случаях и в пределах, которые предусмотрены Законом № 94-ФЗ и принятыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами Правительства РФ, *вправе принимать соответствующие нормативные правовые акты Федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативное правовое регулирование в сфере размещения заказов* (в настоящее время – Министерство экономического развития Российской Федерации). Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены Законом № 94-ФЗ, применяются правила международного договора. ²³³

Исходя из изложенного, следует констатировать, что **законодательство о размещении государственных и муниципальных заказов является федеральным**.

Вопрос о соотношении Закона № 94-ФЗ с Гражданским и Бюджетным кодексами, на которых он «основывается», вызвал дискуссию в специальной литературе.

²³⁰ Евраев М.Я., Писенко К.А. Основные направления развития законодательства о размещении государственных и муниципальных заказов, а также законодательства об использовании ограниченных природных ресурсов в свете актуальных задач конкурентного реформирования отечественного законодательства и управления в сфере экономической деятельности // Финансовое право. – 2006. – № 8; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 88.

²³¹ Смирнов В.И. Парадоксы целеполагания, или почему аукционам не место в общественных закупках // Государственные и муниципальные закупки-2009: сборник докладов. – М., 2010. – С. 179.

²³² Смирнов В.И. Ошибочные цели – ложный результат эффективности общественных закупок // Государственные и муниципальные закупки-2008: сборник докладов. – М., 2008. – С. 144.

²³³ Примером такого международного договора является, например, Соглашение от 9 декабря 2010 г. «О государственных (муниципальных) закупках» между правительствами Республики Беларусь, Республики Казахстан, Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

Как отмечает Г.С. Перова, законодатель не уточняет, в чем заключается правовая сущность понятия «основывается» и на каких конкретных нормах ГК РФ и БК РФ «основывается» законодательство о размещении заказов²³⁴. Тем не менее подобные формулировки встречаются и в иных федеральных законах.²³⁵

Ссылка в указанной статье на ГК РФ и БК РФ, по мнению Л.В. Андреевой, свидетельствует о том, что правовое регулирование отношений по размещению заказов сочетает в себе как частноправовые, так и публично-правовые начала.²³⁶

Бюджетный кодекс РФ регулирует бюджетные отношения (в том числе по *формированию* государственных и муниципальных заказов), в связи с чем существенных противоречий между этим кодексом и Законом № 94-ФЗ быть не может.

Противоречия, однако, имеются между **Законом № 94-ФЗ и Гражданским кодексом РФ**, поскольку оба этих акта регулируют отношения по осуществлению закупок. Конечно, ГК РФ преимущественно направлен на регулирование отношений по *исполнению* заказов, а Закон № 94-ФЗ – отношений по их *размещению*. Однако указанные законы в некоторых случаях «пересекаются».

Главное расхождение между ГК РФ и Законом № 94-ФЗ заключается в том, что Кодексом урегулированы «торги продавца» (ст. 447—449 ГК РФ), а Законом № 94-ФЗ – «торги покупателя»²³⁷. Представляется, что связано это прежде всего со временем разработки и принятия указанных законов. Первая часть ГК РФ (в которой содержатся статьи о торгах) была введена в действие (за исключением некоторых положений) с 1 января 1995 г., в период приватизации, когда государство активно выступало продавцом публичной собственности²³⁸. Закон № 94-ФЗ вступил в силу через 11 лет – с 1 января 2006 г., – когда возникла острая необходимость в адекватном нормативном обеспечении публичных закупок.

Представляется очевидным, что Закон № 94-ФЗ может «конкурировать» с ГК РФ лишь при регулировании отношений по *размещению* заказов (ст. 1 Закона № 94-ФЗ).

Если же речь идет об *исполнении* заказов, применению подлежит ГК РФ. Этот вывод подтверждается, например, возникшими в административной и судебной практике спорами о возможности наложения запрета заказчиком на привлечение подрядчиком субподрядчиков к выполнению работ по государственному контракту: ФАС России и другие контролирую-

²³⁴ Перова Г.С. Закон принят, вопросы возникли // СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 17. Стоит заметить, что в Государственную Думу вносился законопроект, в котором предлагалось убрать ссылку на Гражданский кодекс из ст. 2 Закона № 94-ФЗ (см.: проект федерального закона № 489165-5 «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (внесен депутатом К.В. Бесчетновым). Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»). В пояснительной записке к указанному законопроекту, в частности, было сказано, что «отношения, регулируемые 94-ФЗ, не могут регулироваться Гражданским кодексом Российской Федерации» (документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»).

²³⁵ Так, например, согласно ст. 2 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» «законодательство об актах гражданского состояния состоит из настоящего Федерального закона, *основывающегося на положениях Гражданского кодекса Российской Федерации, Семейного кодекса Российской Федерации*, и принимаемых в соответствии с ним нормативных правовых актов Российской Федерации» (СЗ РФ. – 1997. – № 47. – Ст. 5340). В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 16 апреля 2001 г. № 44-ФЗ «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей» «законодательство о государственном банке данных *основывается на положениях Конституции Российской Федерации, Семейного кодекса Российской Федерации, федеральных законов* в области информации, информатизации и защиты информации и состоит из настоящего Федерального закона и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» (СЗ РФ. – 2001. – № 17. – Ст. 1643). Есть и другие примеры употребления подобных формулировок.

²³⁶ Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 107.

²³⁷ Хотя важно заметить, что «торги покупателя» в некоторых предусмотренных Законом № 94-ФЗ случаях «превращаются» в «торги продавца» (см. ч. 6.1 ст. 37, ч. 18 ст. 41.10, ч. 9 ст. 41.11 Закона).

²³⁸ Как отмечает К.В. Кузнецов, именно поэтому «в этом основополагающем законодательном акте нашли отражение лишь принципы и правила организации и проведения конкурса продавца, но не покупателя» (Кузнецов К.В. Указ. соч. – С. 20).

щие органы считают, что положения проектов контрактов, содержащие указанный запрет, противоречат Закону № 94-ФЗ и Федеральному закону от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ

«О защите конкуренции»²³⁹; суды же при решении вопроса о возможности привлечения субподрядчиков указывают, что вопросы, касающиеся субподряда, должны решаться в соответствии с нормами ГК РФ, поскольку соответствующие отношения возникают не на этапе размещения заказов, а в процессе их *исполнения*.²⁴⁰

Более сложным является вопрос о соотношении *специальных* норм ГК РФ, касающихся, например, порядка заключения государственных и муниципальных контрактов (ст. 528 ГК РФ), с Законом № 94-ФЗ. Ведь если исходить из того, что заключением контракта завершается процедура размещения заказа (т. е. заключение контракта включается в эту процедуру, ч. 4 ст. 9 Закона № 94-ФЗ), то очевидно, что ст. 528 ГК РФ регулирует отношения по размещению заказов, а не по их исполнению.

При возникновении коллизий в таких ситуациях возникает вопрос о применении ГК РФ или Закона № 94-ФЗ.

По мнению некоторых специалистов, «ГК РФ, являясь кодифицированным актом гражданского законодательства, *обладает большей юридической силой*», чем Закон № 94-ФЗ²⁴¹, в связи с чем он и подлежит применению.

Л.В. Андреева, напротив, ссылаясь на позицию Конституционного Суда РФ, выраженную в Определении от 5 ноября 1999 г. № 182-О²⁴², в соответствии с которой ни один федеральный закон не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой, указывает на необходимость применения принципа «*lex specialis derogatelex generalis*»²⁴³. Таким образом, по ее мнению, в подобных случаях следует применять Закон № 94-ФЗ.

О.А. Беляева, в свою очередь, пишет: «В правоприменительной практике сложилась довольно неприглядная ситуация: налицо действие «политики двойных стандартов». В одних случаях нормы ГК РФ применяют, обосновывая это большей юридической силой данного акта, в других – не применяют, поскольку Закон о размещении заказов имеет специальный характер и общие положения ГК РФ не могут быть использованы для регулирования соответствующих правоотношений». По мнению автора, следует внести поправки в ст. 2 Закона № 94-ФЗ, «определив, что нормы Закона о размещении заказов как закона специального имеют приоритет по отношению к положениям ГК РФ как закона общего».²⁴⁴

На необходимость закрепления приоритета специальных законодательных актов о поставках товаров для государственных (муниципальных) нужд по отношению к ГК РФ указывают и другие специалисты.²⁴⁵

²³⁹ СЗ РФ. – 2006. – № 31 (ч. 1). – Ст. 3434.

²⁴⁰ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 28 декабря 2010 г. № 11017/10 по делу № А06-6611/2009 // ВВАС РФ. – 2011. – № 3; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 23 апреля 2009 г. № Ф04-2390/2009(5123-А45-23) по делу № А45-14065/2008-52/357 // СПС «КонсультантПлюс»; и др. См. также: Шавылина Ю.А. Сложные вопросы применения Закона № 94-ФЗ, типичные ошибки: сравнение позиций ФАС, Минэкономразвития России и арбитражных судов // Государственные и муниципальные закупки-2009: сборник докладов. – М., 2010. – С. 244–248.

²⁴¹ Гапанович А.В. Сфера применения и пределы регулирования Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Право и экономика. – 2009. – № 8. – СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 71.

²⁴² СЗ РФ. – 1999. – № 52. – Ст. 6460.

²⁴³ Андреева Л.В. Указ. соч. – С. 29.

²⁴⁴ Беляева О.А. «Совершенствование» законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. – 2009. – № 11. – С. 18.

²⁴⁵ См.: Кирпичев А.Е. Муниципальный контракт в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М. 2011. – С. 13; Курц Н. Аукцион как способ размещения государственного (муниципального) заказа // Хозяйство и право. – 2010. – № 6. – С. 74, 75; Шевченко Л.И. Регулирование отношений поставки: теория и практика. – СПб., 2002. – С. 211 (цит. по: Серветник А.А. Применение гражданско-правовых норм в обязательствах по поставке товаров

Необходимость внесения изменений в ГК РФ и Закон № 94-ФЗ в части определения подлежащих применению норм при размещении заказов представляется очевидной. Следует унифицировать нормы ГК РФ и Закона о размещении заказов (в части разграничения «торгов продавца» и «торгов покупателя», совершения отдельных юридически значимых действий в процессе размещения заказов, установления единых сроков их совершения и проч.), установить четкие границы применения этих законов.

Более того, представляется необходимым в целом унифицировать законодательство о публичных закупках (т. е. о государственных и муниципальных закупках, о закупках государственными корпорациями, субъектами естественных монополий и др.). В идеале следовало бы признать утратившими силу специальные законы о закупках («О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд», «О поставках продукции для федеральных государственных нужд», «О государственном материальном резерве», «О государственном оборонном заказе», «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»), включив их нормы либо в специальные разделы действующего Закона о размещении заказов, либо в новый закон (о федеральной контрактной системе или другой).

Отметим, что несмотря на имеющиеся противоречия между ГК РФ и Законом № 94-ФЗ, в настоящее время нормы Гражданского кодекса РФ распространяют свое действие на отношения по проведению торгов на закупку товаров (работ, услуг) для государственных и муниципальных нужд, что подтверждается сложившейся судебной практикой.²⁴⁶

Формирование государственных (муниципальных) заказов в настоящее время регулируется преимущественно бюджетным законодательством, а их исполнение – гражданским. Вопрос же об отнесении отношений по размещению заказов к той или иной отрасли права и законодательства является спорным. В то же время, отметим, в большинстве стран, включая Россию, законодательство о размещении публичных заказов принято относить к *антимонопольному законодательству*.²⁴⁷

Как отмечает Я.Б. Гребенщикова, «с Положения о казенных подрядах и поставках 1830 года в России начинается традиция регулирования отношений по закупке для государственных и муниципальных нужд *административным и гражданским правом одновременно*». В то же время, как отмечает автор, «закупки для государственных и муниципальных нужд

для государственных нужд // Современное право. – 2005. – № 4; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 31).

²⁴⁶ См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 4 апреля 2011 г. по делу № А05-7592/2010; постановление ФАС Московского округа от 21 февраля 2011 г. № КА-А40/18239-10 по делу № А40-72994/10-111-380; постановление ФАС Поволжского округа от 8 февраля 2011 г. по делу № А65-7309/2010. Документы опубликованы не были // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Савина С.В. Договор о проведении конкурса и юридический статус специализированной организации // Право и экономика. – 2006. – № 3; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 13 и след. Как отмечает В.Е. Белов, «нормы Кодекса о заключении договора на торгах могут быть применимы к регулированию отношений в сфере размещения заказов, при этом, однако, их явно недостаточно для того, чтобы детально урегулировать происходящие процессы» (Белов В.Е. Указ. соч. – Абз. 22).

²⁴⁷ Так, например, нормы государственных заказов содержатся в законах о конкуренции Германии и Швеции (см.: Международный прокьюремент / В. Малочко, Т. Уилсон и др. – М., 2003. – С. 236 и 275 соответственно). Как правило, Закон № 94-ФЗ российские специалисты относят к антимонопольному законодательству (см., например: Система госзакупок: на пути к новому качеству: докл. Гос. ун-та – Высшей школы экономики. – М., 2010. – С. 5). По нашему мнению, отнесение законодательства о размещении публичных заказов в России к антимонопольному законодательству объясняется не только содержанием рассматриваемых отношений, но и тесной связью между законами о размещении заказов и о защите конкуренции, а также возложением функций по контролю за размещением заказов на Федеральную антимонопольную службу. В то же время отметим, что в Японии, например, вопросы размещения государственных заказов регулируются преимущественно бюджетным законодательством, в частности законом о государственном бюджете (см.: Международный прокьюремент. – С. 252).

вплоть до 1930 года рассматривались в рамках *гражданского права*», а в период 1930—1990 гг. — в рамках *административного*.²⁴⁸

По мнению других авторов, нормы о казенных подрядах в течение второй половины XIX века существовали в рамках гражданского законодательства, а затем — «на правах самостоятельной кодификации».²⁴⁹

По нашему мнению, отношения по размещению публичных заказов нельзя считать чисто гражданско-правовыми, поскольку между основными участниками этим отношений (государственными и муниципальными заказчиками, с одной стороны, и участниками размещения заказов, с другой стороны) отсутствуют отношения равенства (в литературе встречается определение полномочий государственного заказчика в качестве «прерогативных»²⁵⁰).

В.С. Гладков обосновывает «тезис о единой отраслевой природе государственного заказа как института административного права». При этом, по мнению автора, отсутствие непосредственного подчинения между государственными заказчиками и поставщиками «обуславливает использование механизмов административно-договорного управления».²⁵¹

По мнению ряда специалистов, отношения по размещению заказов регулируются предпринимательским правом. Так, Я.Б. Гребенщикова считает, что «закупка для муниципальных нужд представляет собой специфичный комплексный институт предпринимательского права»²⁵². По мнению Л.Е. Пермякова, институтом предпринимательского права является «поставка товаров для государственных нужд».²⁵³

В.В. Лаптев считает, что изучение вопросов поставки продукции для государственных нужд должно входить в один из основных разделов учебного курса предпринимательского права.²⁵⁴

В заключение еще раз отметим, что законодательство, опосредующее отношения по размещению государственных и муниципальных заказов, является федеральным (с момента введения в действие Закона № 94-ФЗ с 1 января 2006 г.) и его следует относить к антимонопольному законодательству.

²⁴⁸ Гребенщикова Я.Б. Правовой механизм закупки товаров, работ, услуг для муниципальных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 12, 13.

²⁴⁹ См.: Красик А.В., Элькин Б.И. Положение о казенных подрядах и поставках. Пг., 1915. — С. 3—10 (цит. по: Яровой А.В. Поставка товаров для государственных нужд: дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 12).

²⁵⁰ См.: Шевченко Л.И. Указ. дис. — С. 263 и др. По мнению В.Е. Белова, полномочия «особого прерогативного характера», которыми наделены государственные заказчики, свидетельствуют «о комплексном характере правоотношений, складывающихся в указанной сфере» (см.: Белов В.Е. Участие Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в отношениях, связанных с государственными заказами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 7. В то же время Н.Н. Заботина полагает, что «прерогативные» полномочия государственного заказчика и иные указанные ею обстоятельства «не могут свидетельствовать об административно-правовой, комплексной природе отношений по поставке товаров для государственных нужд, а также выступать в качестве критериев отграничения гражданских от административных правоотношений, так как перечисленные свойства и признаки присущи как административным, так и гражданским правоотношениям» (см.: Заботина Н.Н. Правовая природа правоотношений, возникающих в связи с заключением контрактов на поставку товаров для государственных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2006. — С. 7).).

²⁵¹ Гладков В.С. Государственный заказ в сфере государственного управления экономикой: дис. ... канд. юрид. наук., — Ростов-н/Д, 2008. — С. 9.

²⁵² Гребенщикова Я.Б. Указ. автореф. — С. 14.

²⁵³ Пермяков Л.Е. Указ. дис. — С. 10.

²⁵⁴ См.: Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. — М., 1997. — С. 25—29.

Глава II

Субъекты отношений, связанных с реализацией государственного (муниципального) заказа

§2.1. Правовой статус государственного (муниципального) заказчика

«Заказчик» – экономическая и юридическая категория

В экономической литературе под заказчиком понимают юридическое или физическое лицо, обратившееся с заказом к другому лицу – изготовителю, продавцу, поставщику товаров и услуг (подрядчику).²⁵⁵

Категория «заказчик» активно употребляется специалистами различных отраслей права, в том числе уголовного.²⁵⁶

Это понятие широко применяется отечественным законодателем в нормативных правовых актах различного уровня.

Так, например, в соответствии с п. 3 ст. 4 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»²⁵⁷ под заказчиками понимаются «уполномоченные на то инвесторами физические и юридические лица, которые осуществляют реализацию инвестиционных проектов».

Согласно ст. 1 Федерального закона от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»²⁵⁸ «заказчиком туристского продукта» признается «турист или иное лицо, заказывающее туристский продукт от имени туриста, в том числе законный представитель несовершеннолетнего туриста».

В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военнотехническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами»²⁵⁹ под «иностранными заказчиками» понимаются «уполномоченные органы иностранных государств, иностранные субъекты военнотехнического сотрудничества, а также международные организации, представляющие интересы иностранных государств».

Согласно п. 12 ст. 2 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»²⁶⁰ под «иностранным заказчиком услуг» понимается «иностранное лицо, заказавшее услуги (работы) или пользующееся ими», а под «российским заказчиком услуг» – «российское лицо, заказавшее услуги (работы) или пользующееся ими».

²⁵⁵ Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь // СПС «Консультант-Плюс».

²⁵⁶ О целесообразности включения в Уголовный кодекс РФ в качестве самостоятельных видов соучастников преступления (помимо исполнителя, организатора, подстрекателя и пособника) также «посредников» и «заказчиков» см.: Васюков В. Понятия посредника и заказчика // Законность. – 2006. – № 12; СПС «КонсультантПлюс».

²⁵⁷ СЗ РФ. – 1999. – № 9. – Ст. 1096.

²⁵⁸ СЗ РФ. – 1996. – № 49. – Ст. 5491.

²⁵⁹ Там же. – 1998. – № 30. – Ст. 3610.

²⁶⁰ Там же. – 2003. – № 50. – Ст. 4850.

Существует множество иных примеров определения термина «заказчик» в нормативных актах («заказчик авиационных работ»²⁶¹, «заказчик пассажирских перевозок»²⁶², «заказчик экологического аудита»²⁶³ и др.).

Представляется очевидным, что наиболее активное применение понятие «заказчик» приобрело в законодательстве, регулирующем предпринимательские отношения.

В Гражданском кодексе РФ понятие «государственный (муниципальный) заказчик» используется при регулировании отношений по поставке товаров для государственных или муниципальных нужд (§4 гл. 30 ГК РФ) и выполнении подрядных работ для государственных или муниципальных нужд (§ 5 гл. 37 ГК РФ).

В §4 гл. 30 ГК РФ не раскрывается содержание понятия «государственный (муниципальный) заказчик», однако государственный (муниципальный) заказчик указывается в качестве стороны государственного или муниципального контракта (ст. 526 ГК РФ и след.).

В §5 гл. 37 ГК РФ, посвященном регулированию отношений по выполнению подрядных работ для государственных или муниципальных нужд, понятие «государственный (муниципальный) заказчик» раскрывается.

В соответствии с п. 2 ст. 764 ГК РФ по государственному контракту *государственными заказчиками* могут выступать государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, а также казенные учреждения, иные получатели средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации при размещении заказов на выполнение *подрядных работ* за счет бюджетных средств и внебюджетных источников финансирования.

Несколько иным образом определяет государственных заказчиков Закон о размещении заказов.

Согласно ч. 1 ст. 4 Закона № 94-ФЗ государственными заказчиками, муниципальными заказчиками выступают соответственно государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, казенные учреждения и иные получатели средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации или местных бюджетов при размещении заказов на *поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг* за счет бюджетных средств и внебюджетных источников финансирования. Иными заказчиками выступают бюджетные учреждения при размещении ими заказов на *поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг* независимо от источников финансового обеспечения их исполнения.

Таким образом, понятие «государственный (муниципальный) заказчик» по ГК РФ является более узким по содержанию по сравнению с аналогичным понятием, содержащимся в Законе о размещении заказов. В ГК РФ термины «государственный заказчик», «муниципальный заказчик» используются при регулировании отношений по *поставке товаров и выполнению подрядных работ* для государственных или муниципальных нужд. По Закону № 94-ФЗ государственными и муниципальными заказчиками могут выступать соответствующие субъекты при размещении заказов на *поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг*.

²⁶¹ См.: Распоряжение Минтранса России от 8 января 2004 г. № КР-1-р «О Положении о порядке разработки и введения в действие Инструкций по выполнению авиационных работ» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶² См.: Постановление администрации городского округа Электросталь Московской области от 6 октября 2009 г. № 332/5 «Об утверждении Положения об организации транспортного обслуживания населения маршрутным автомобильным транспортом на территории городского округа Электросталь Московской области» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶³ См.: Постановление Правительства Москвы от 22 июля 2003 г. № 568-ПП «Об утверждении Временного положения о системе экологического аудита в городе Москве, Временного порядка проведения экологического аудита, критериев отнесения организаций города Москвы к числу рекомендованных для проведения экологического аудита» // СПС «КонсультантПлюс».

Поэтому понятие «государственный (муниципальный) заказчик» по ГК РФ является более узким по содержанию по сравнению с аналогичным понятием, содержащимся в Законе о размещении заказов, несмотря на то что Закон № 94-ФЗ является «специальным» по отношению к ГК РФ.

Круг субъектов, выступающих государственными (муниципальными) заказчиками по законодательству России и зарубежных стран

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг употребляет термин «закупающая организация», предлагая несколько вариантов понимания этого термина, в то же время предоставляя странам некоторую свободу в определении круга субъектов, подпадающих под определение «закупающих организаций».²⁶⁴

По законодательству, действовавшему до вступления в силу Закона № 94-ФЗ, существовало как минимум четыре подхода к определению круга субъектов, которые могли быть государственными и муниципальными заказчиками.

Во-первых, согласно абз. 3 п. 1 ст. 4 Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд»²⁶⁵ (абзац утратил силу с 8 февраля 2006 г.²⁶⁶), государственными заказчиками могли быть *федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, коммерческие (хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные унитарные предприятия) и некоммерческие организации (потребительские кооперативы).*

Во-вторых, в соответствии с первоначальной редакцией абз. 2 п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»²⁶⁷, действовавшей с 21 декабря 1994 г. по 1 января 2005 г.²⁶⁸, государственными заказчиками могли выступать *федеральные органы исполнительной власти, федеральные казенные предприятия или государственные учреждения.* Согласно следующей редакции указанного абзаца (абзац утратил силу с 8 февраля 2006 г.²⁶⁹) государственными заказчиками могли быть *только федеральные органы исполнительной власти.*

²⁶⁴ «Статья 2. Определения. Для целей настоящего Закона: ...b) «закупающая организация» означает: i) Вариант I подпункта «i») любой правительственный департамент, учреждение, орган или другую организацию или любое их подразделение, которое в данном государстве занимается закупками, за исключением...; (ii) Вариант II подпункта «i») любой департамент, учреждение, орган или другую организацию («правительства» или любой другой термин, применяемый для обозначения национального правительства государства, принимающего настоящий Закон) или любое их подразделение, которое занимается закупками, за исключением...; (iii) ii) (государство, принимающее настоящий Закон, может включить в данный подпункт и, при необходимости, в последующие подпункты другие организации или предприятия или их соответствующие категории, которые должны быть включены в определение «закупающая организация»)).

²⁶⁵ Далее – Закон о закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд.

²⁶⁶ См.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ).

²⁶⁷ Далее – Закон о поставках продукции для федеральных государственных нужд.

²⁶⁸ См. ст. 38 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2004. – № 35. – Ст. 3607.

²⁶⁹ См.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ.

В-третьих, по ст. 764 ГК РФ (редакция статьи действовала с 1 марта 1996 г. и утратила силу с 8 февраля 2006 г.²⁷⁰) государственным заказчиком мог быть *государственный орган, обладающий необходимыми инвестиционными ресурсами, или организация, наделенная соответствующим государственным органом правом распоряжаться такими ресурсами*.

И, наконец, в-четвертых, Федеральный закон от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (далее – Закон о конкурсах 1999 г.; утратил силу с 1 января 2006 г.²⁷¹) понимал под государственными заказчиками только *федеральные органы исполнительной власти* (абз. 5 ст. 2 Закона).

Заметим, что в Положении об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд (утратило силу с 1 января 2006 г.²⁷²), утв. Указом Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд», не раскрывалось понятие государственного заказчика.

Как мы уже отметили, Законом № 94-ФЗ в качестве заказчиков определены *государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, казенные и бюджетные*²⁷³ *учреждения*, а также иные получатели средств бюджетов соответствующего уровня.²⁷⁴

В соответствии со ст. 6 Бюджетного кодекса РФ *получателем бюджетных средств* (получателем средств соответствующего бюджета) является орган государственной власти (государственный орган), орган управления государственным внебюджетным фондом, орган местного самоуправления, орган местной администрации, находящееся в ведении главного распорядителя (распорядителя) бюджетных средств казенное учреждение, имеющие право на принятие и (или) исполнение бюджетных обязательств от имени публично-правового образования за счет средств соответствующего бюджета, если иное не установлено настоящим Кодексом.

Это «иное» установлено Бюджетным кодексом РФ в отношении органов военного управления, объединений, соединений и воинских частей, а также в отношении Государственной корпорации «Росатом», которые «осуществляют полномочия получателей средств федерального бюджета» (п. 7, 8 ст. 241 БК РФ).

²⁷⁰ Там же.

²⁷¹ См. ч. 1 ст. 65 Закона № 94-ФЗ.

²⁷² См. п. 7 Указа Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305.

²⁷³ В соответствии со ст. 4 Закона № 94-ФЗ бюджетные учреждения, в строгом смысле слова, являются не государственными (муниципальными) заказчиками, а «иными» заказчиками. При этом и государственные (муниципальные) заказчики, и «иные» заказчики именуются общим термином «заказчики». Принципиальных отличий в правовом статусе между государственными (муниципальными) заказчиками и «иными» заказчиками по Закону № 94-ФЗ нет. В связи с этим мы не видим необходимости в отдельном рассмотрении правового статуса «иных» заказчиков по Закону № 94-ФЗ. В то же время отметим, что бюджетные учреждения, выступающие участниками размещения заказов (поставщиками), обладают в соответствии с Законом № 94-ФЗ некоторыми «конкурентными преимуществами» (в частности, у них отсутствует обязанность по предоставлению обеспечения исполнения контракта, ч. 4 ст. 29, ч. 4 ст. 38, ч. 19 ст. 41.12 Закона № 94-ФЗ). Подчеркнем, что бюджетные учреждения, согласно действующей редакции БК РФ, не относятся к категории получателей бюджетных средств.

²⁷⁴ Вопросам правосубъектности государственных органов (в том числе органов государственной власти), органов управления государственными внебюджетными фондами (Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования РФ и Федерального фонда обязательного медицинского страхования), органов местного самоуправления, казенных и бюджетных учреждений уделено достаточно большое внимание в юридической литературе, в связи с чем мы не считаем необходимым подробное рассмотрение специфики правовых статусов указанных субъектов *как таковых* в рамках настоящей работы.

Стоит заметить, что перечисление указанных субъектов в п. 7, 8 ст. 241 БК РФ не позволяет с должной степенью определенности установить круг государственных и муниципальных заказчиков²⁷⁵. Во-первых, из-за отсутствия четкого понимания правового статуса органов военного управления²⁷⁶, объединений²⁷⁷, соединений²⁷⁸ и воинских частей²⁷⁹. Во-вторых, в связи со спецификой правосубъектности Государственной корпорации «Росатом».²⁸⁰

²⁷⁵ В связи с этим вызывает интерес идея введения института **реестра государственных заказчиков**. Как указывает А.С. Тихомиров, «наличие соответствующих реестров не только будет способствовать систематизации деятельности данных организаций в области размещения государственного и муниципального заказов, усилить взаимодействие заказчиков, но и способствовать борьбе со злоупотреблениями в указанной области» (Тихомиров А.С. Институт государственного и муниципального заказа в административном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – С. 19).

²⁷⁶ Под **органами военного управления** в специальной литературе понимают специально учрежденные государством военные органы, являющиеся составной частью органов государственной (исполнительной) власти и осуществляющие в Вооруженных Силах Российской Федерации военное управление – государственную исполнительную власть, выраженную в их исполнительно-распорядительных и государственно-властных полномочиях по целенаправленному воздействию на Вооруженные Силы для успешного и эффективного решения поставленных перед ними задач (см.: Комментарий к Дисциплинарному уставу Вооруженных Сил Российской Федерации. – М., 2000 (цит. по: Старцун В.Н. О компетенции органов военного управления в сфере социальной защиты граждан, уволенных с военной службы (или Куда обращаться бывшим военным по вопросам социальной защиты) // Право в Вооруженных Силах. – 2006. – № 9; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 13)). Центральным органом управления Вооруженными Силами Российской Федерации является *Министерство обороны Российской Федерации* (См. п. 1 Положения о Министерстве обороны Российской Федерации, утв. указом Президента РФ от 16 августа 2004 г. № 1082 «Вопросы Министерства обороны Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2004. – № 34. – Ст. 3538). Органами военного управления являются также, например, *Инспекция государственного технического надзора Вооруженных Сил Российской Федерации* (См. п. 2 Положения об Инспекции государственного технического надзора Вооруженных Сил Российской Федерации, утв. приказом Министра обороны РФ от 30 июня 2007 г. № 260. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»), *Архивная служба Вооруженных Сил Российской Федерации* (См. п. 2 Положения об Архивной службе Вооруженных Сил Российской Федерации, утв. приказом Министра обороны РФ от 6 октября 2004 г. № 290. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»), *Управление по использованию воздушного пространства и управлению воздушным движением Министерства обороны Российской Федерации* (См. п. 2 Положения об Управлении по использованию воздушного пространства и управлению воздушным движением Министерства обороны Российской Федерации, утв. приказом Министра обороны и директора Федеральной авиационной службы России от 15 января 1999 г. № 17/6. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс») и др.

²⁷⁷ Основным общевоинским оперативно-стратегическим территориальным **объединением** Вооруженных Сил РФ и военно-административной единицей является *военный округ Вооруженных Сил РФ* (См. п. 1 Положения о военном округе Вооруженных Сил Российской Федерации, утв. Указом Президента РФ от 27 июля 1998 г. № 901 // СЗ РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3840). К войсковым объединениям можно отнести *Балтийский флот, Северный флот, Тихоокеанский Черноморский флот, Каспийскую флотилию* (Китрова Е.В., Кузьмин В.А. Комментарий к Федеральному закону от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне» (постатейный) // СПС КонсультантПлюс. – 2008. – Абз. 1014).

²⁷⁸ К войсковым **соединениям** отнесены *общевоинские и иные армии, отдельные дивизии, бригады и другие подразделения армии и флота* (см.: Китрова Е.В., Кузьмин В.А. Указ. соч.).

²⁷⁹ **Воинские части** в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 12 июля 1999 г. № 161-ФЗ «О материальной ответственности военнослужащих» (СЗ РФ. – 1999. – № 29. – Ст. 3682) определяются как «*органы военного управления, объединения, соединения, воинские части, корабли, организации, военные образовательные учреждения профессионального образования, в которых в соответствии с законодательством Российской Федерации военнослужащие проходят военную службу*». В литературе под воинскими частями понимают *полки, корабли, отдельные батальоны, отдельные военные и специальные комендатуры, учреждения (медицинские научные и другие), воинские части обеспечения деятельности войск (учебные, связи и другие), полигоны, учебные центры* (см.: Китрова Е.В., Кузьмин В.А. Указ. соч. – Абз. 1016). В то же время «под *соединениями и воинскими частями внутренних войск* понимаются органы военного управления соединений (дивизий и отдельных бригад), бригады, полки, отдельные батальоны, отдельные военные и специальные комендатуры, учреждения (медицинские научные и другие), воинские части обеспечения деятельности внутренних войск (учебные, связи и другие), полигоны, учебные центры, входящие в состав оперативно-территориальных объединений (округов, региональных командований, региональных управлений и других видов оперативно-территориальных объединений внутренних войск) или непосредственно подчиненные главнокомандующему внутренними войсками Министерства внутренних дел Российской Федерации» (См. п. 2 Общего положения о соединении и воинской части внутренних войск Министерства внутренних дел Российской Федерации, утв. приказом МВД России от 15 ноября 2003 г. № 884 // Российская газета. – 2003. – № 263. – 31 декабря).

²⁸⁰ Существует неопределенность при решении вопроса об *обязанности* Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» (далее – ГК «Росатом») размещать заказы в соответствии с Законом № 94-ФЗ. Указанная корпорация осуществляет закупки в соответствии с Единым отраслевым стандартом закупок ГК «Росатом» (см.: Единый отраслевой стандарт закупок Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом», утв. приказом Генерального директора ГК «Росатом» от 29 июля 2009 г. // <http://zakupki.rosatom.ru/?mode=CMSArticle&action=siteview&oid=68&returnurl=&node=af23>). При этом система организации закупок, закрепленная в

Заказчиками по Закону № 94-ФЗ *не могут выступать коммерческие организации*, т. е. хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные унитарные предприятия.

Закон № 94-ФЗ не включает в состав государственных и муниципальных заказчиков любые хозяйственные общества, даже если доля соответствующего публично-правового образования в их уставном капитале равна ста процентам. Однако это не означает отсутствие особого нормативного регулирования закупок в таких организациях. Как правило, крупные хозяйственные общества с государственным участием разрабатывают собственные положения о размещении заказов²⁸¹. Как показала практика, применение «своих» нормативных актов о закупках в указанных организациях не всегда позволяет обеспечить надлежащий уровень «прозрачности» этих закупок.

Не являются государственными (муниципальными) заказчиками также государственные корпорации. Специалисты объясняют выведение этих субъектов из-под действия Закона № 94-ФЗ недостаточной приспособленностью Закона к размещению заказов на сложную продукцию²⁸². В то же время в литературе высказываются обоснованные сомнения относительно целесообразности выведения закупок государственных корпораций за рамки Закона № 94-ФЗ²⁸³. По мнению Э.В. Талапиной, контроль над закупками государственных корпораций гораздо слабее контроля над закупками государственных учреждений и коммерческих организаций с государственным участием, что позволяет менеджерам закупать товары по завышенным ценам, получая соответствующие «откаты»²⁸⁴. О непрозрачности размещения заказов в государственных корпорациях говорит Генеральный прокурор РФ Ю.Я. Чайка.²⁸⁵

В связи с этим заслуживает поддержки идея ориентирования на сокращение сферы нерегламентированных закупок, включая закупки государственными корпорациями и естественными монополиями.²⁸⁶

указанном Стандарте, существенно отличается от системы государственных (муниципальных) закупок по Закону № 94-ФЗ (например, Стандартом регламентировано применение способов размещения заказов, не предусмотренных Законом № 94-ФЗ). Несмотря на то, что с 1 января 2012 г. закупки ГК «Росатом» должны осуществляться в соответствии с положениями Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», ясности в рассматриваемом вопросе не прибавляется. Это связано, прежде всего с тем, что в соответствии со ст. 13 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» (СЗ РФ. – 2007. – № 49. – Ст. 6078) эта государственная корпорация *может наделяться* по решению Правительства РФ функциям государственного заказчика в перечисленных случаях; в ст. 38 указанного Закона указано, что корпорация в переходный период *«наделяется полномочиями по осуществлению функций государственного заказчика»*. Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе» относит ГК «Росатом» к числу государственных заказчиков оборонного заказа (ст. 1 Закона). Исходя из изложенного, мы рассматриваем ГК «Росатом» в качестве государственного заказчика по Закону № 94-ФЗ.

²⁸¹ См., например: Типовое положение о порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для обеспечения деятельности дочернего общества открытого акционерного общества «Российские железные дороги», утв. распоряжением ОАО «РЖД» от 29 марта 2010 г. № 632р «О порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ и оказание услуг дочерними обществами ОАО «РЖД» // СПС «КонсультантПлюс»; Положение о порядке проведения регламентированных закупок товаров, работ, услуг для нужд открытого акционерного общества «Тепловая сервисная компания», утв. решением Совета директоров ОАО «ТСК» от 30 июня 2010 г. (протокол № 6/06-2010) // <http://tsk-komi.ru/zakup/polozenie>.

²⁸² См.: Система госзакупок: на пути к новому качеству: докл. Гос. ун-та – Высшей школы экономики. – М., 2010. – С. 13.

²⁸³ См., например: Госзакупки: чужие здесь не ходят // Экономика и жизнь. – 2010. – С. 1.

²⁸⁴ Талапина Э.В. Государственная корпорация как новый субъект права // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 2; СПС «Консультант-Плюс». – Абз. 432.

²⁸⁵ Гриб В., Киташов Э. Интервью с Генеральным прокурором Российской Федерации, членом Президиума Ассоциации юристов России Ю.Я. Чайкой // Юридический мир. – 2010. – № 1. – С. 4–11.

²⁸⁶ См.: Система госзакупок: на пути к новому качеству. – С. 22. Вместе с этим отметим, что исключение из сферы действия общего законодательства по государственным закупкам отдельных секторов экономики, традиционно являющихся естественными монополиями, как полагает А.А. Храмкин, является одним из направлений совершенствования нормативно-правовой базы Евросоюза в сфере публичных закупок (см.: Храмкин А.А. Международный опыт построения систем госзакупок // Государственные и муниципальные закупки-2009: сборник докладов. – М., 2010. – С. 197). Возможно, именно этим вызвано принятие Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными

В некоторых зарубежных странах заказчиками при публичных закупках, помимо государственных органов и соответствующих учреждений, выступают *частные организации*. Так, в Великобритании, например, в сфере оказания коммунальных услуг государственными заказчиками выступают *частные предприятия, которые действуют на основе специального или исключительного права*, предоставленного им уполномоченным органом.²⁸⁷

В некоторых странах статусом государственных заказчиков наделены частные организации с государственным участием, что представляется вполне обоснованным.

С юридической точки зрения собственниками имущества частных организаций являются сами эти организации, т. е. речь идет о частной собственности. По сути же, с экономической точки зрения собственником имущества организаций с полным государственным участием является само государство.²⁸⁸

По мнению зарубежных авторов, включение частных организаций в число государственных заказчиков соответствует общим принципам государственных закупок. «В случаях, когда приватизация является только формальной, но «весь пакет акций принадлежит государству или государственной организации», «весьма ясно, что новое частное законное юридическое лицо не может избежать процедуры закупки, установленной Сообществом, просто полагаясь на тот факт, что оно теперь имеет частную правосубъектность, и что в ее новом свидетельстве о регистрации теперь указано, что компания/акционерная компания является коммерческим предприятием, цель которого состоит в том, чтобы произвести прибыль» (Prie «Приватизация и правила ЕС о государственных закупках». L. Rev. 1998, cit. 4.)).²⁸⁹

Согласно сложившейся судебной практике Италии частные организации подпадают под действие законодательства о государственных закупках, если они принадлежат государству.²⁹⁰

Опыт наделения статусом государственных заказчиков частных организаций имеется и в странах СНГ.

Так, согласно п. 4 ст. 1 Закона Республики Казахстан от 21 июля 2007 г. № 303-III ЗРК «О государственных закупках»²⁹¹ заказчиками являются «государственные органы, государственные учреждения, а также государственные предприятия, *юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей) которых принадлежат государству*, и аффилированные с ними юридические лица, осуществляющие приобретение товаров, работ, услуг в соответствии с настоящим Законом, а также гражданским законодательством Республики Казахстан, за исключением национальных управляющих холдингов, национальных холдингов, национальных управляющих компаний, национальных компаний и аффилированных с ними юридических лиц».

видами юридических лиц», чем в очередной раз подчеркнуто раздельное нормативное регулирование государственных (муниципальных) закупок и закупок, осуществляемых государственными корпорациями, субъектами естественных монополий и некоторыми другими видами юридических лиц.

²⁸⁷ См.: Международный прокьюремент / В. Малочко, Т. Уилсон и др. – М., 2003. – С. 38, 39.

²⁸⁸ См.: Суханов Е.А. Правовая форма экономических отношений // Гражданское право России – частное право / отв. ред. В.С. Ем. – М., 2008. – С. 24.

²⁸⁹ Международный прокьюремент. – С. 442.

²⁹⁰ «Cons. St., Sez. VI, от 1 апреля 2000, п. 1885, SEA Aereoporti s.p.a., было делом относительно некоторой закупки, осуществляемой компанией... которая управляла двумя главными аэропортами (Linare и Malpensa), обслуживающими город Милан. Consiglio di Stato постановил, что компания должна была заключить свой контракт, следуя установленной процедуре закупки, так как 99% ее акций принадлежали муниципалитету и областным властям Милана» (Международный прокьюремент. – С. 443).

²⁹¹ <http://www.zakon.kz/141138-zakon-respubliki-kazakhstan-ot-21.html>

В соответствии со ст. 9 Закона Республики Таджикистан от 3 марта 2006 г. № 168 «О государственных закупках товаров, работ и услуг»²⁹², «закупающими организациями» выступают также *«акционерные общества и совместные предприятия, в которых государство владеет свыше 50 процентами акций или долями уставного фонда»*.

Согласно ст. 2 Закона Азербайджанской Республики от 27 декабря 2001 г. № 245-III «О государственных закупках»²⁹³ «закупающими организациями» являются «закупающие товары (работы и услуги) государственные предприятия и организации (учреждения), предприятия и организации, доля государства в уставном фонде которых составляет 30 и более процентов».

Отметим, что в некоторых странах в число государственных заказчиков включены также *физические лица* (например, в Белоруссии²⁹⁴, Германии²⁹⁵).

Стоит заметить, что по российскому законодательству в некоторых случаях субъекты, не являющиеся государственными или муниципальными заказчиками, все же обязаны руководствоваться положениями Закона № 94-ФЗ при проведении собственных закупок.

Согласно п. 4 ст. 5 Федерального закона от 31 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»²⁹⁶ (далее – Закон об аудиторской деятельности) договор на проведение обязательного аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности *организации, в уставном (складочном) капитале которой доля государственной собственности составляет не менее 25 процентов*, а также на проведение аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности *государственной корпорации, государственной компании, государственного унитарного предприятия или муниципального унитарного предприятия* заключается по итогам размещения заказа путем проведения торгов в форме открытого конкурса в порядке, предусмотренном Федеральным законом № 94-ФЗ.

Похожая норма содержится в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции). В соответствии со ст. 18 этого Закона «федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, субъекты естественных монополий осуществляют отбор финансовых организаций путем проведения открытого конкурса или открытого аукциона в соответствии с положениями федерального закона о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд...».²⁹⁷

Обязанность размещать заказ в определенных случаях в соответствии с положениями Закона № 94-ФЗ предусмотрена также Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (ч. 4 ст. 8 Закона и др.).

Однако стоит обратить внимание на то, что при размещении заказов по процедурам Закона № 94-ФЗ на основании указанных выше законов *заказчики* (унитарные предприятия, государственные корпорации, субъекты естественных монополий и др.) *не приобретают*

²⁹² Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. – 2006. – № 3. – Ст. 158.

²⁹³ <http://tender.gov.az/ProcurLawRussian001.html>

²⁹⁴ См. п. 2 Указа Президента Республики Беларусь от 17 ноября 2008 г. № 618 «О государственных закупках в Республике Беларусь» // <http://www.president.gov.by/press64932.html#doc>

²⁹⁵ См.: Международный прокьюремент. – С. 281, 282.

²⁹⁶ СЗ РФ. – 2009. – № 1. – Ст. 15.

²⁹⁷ Некоторые специалисты высказывают крайне негативное отношение к указанной норме Закона о защите конкуренции. Так, по мнению К.А. Перова, необходимо «убрать из Закона-135 специальные нормы, посвященные размещению заказов на финансовые услуги, поскольку никакого серьезного обоснования данные нормы не имеют, но устанавливают ряд бессмысленных препятствий и ограничений при размещении таких заказов» (Перов К.А. Размещение заказов на оказание финансовых услуг: проблемы нормативного регулирования, практика размещения заказов // Государственные и муниципальные закупки-2008: сборник докладов. – М., 2008. – С. 132).

статус государственных заказчиков. Заказчики в данных случаях не действуют от имени публично-правовых образований и не заключают государственные или муниципальные контракты. Подтверждение этому мы находим в актах местных органов власти²⁹⁸, а также в судебной²⁹⁹ и административной практике.³⁰⁰

По нашему мнению, идея наделения частных коммерческих организаций с государственным участием статусом государственных заказчиков заслуживает всяческой поддержки, а опыт зарубежных стран в этой сфере – учету отечественным законодателем. Представляется, что расширение круга заказчиков по Закону № 94-ФЗ за счет частных организаций будет способствовать более эффективному освоению средств соответствующих бюджетов и внебюджетных источников финансирования.

Вместе с этим отсутствие законодательно предусмотренной возможности выступать в качестве государственных и муниципальных заказчиков представляется вполне обоснованным в отношении большинства некоммерческих организаций (таких как, например, потребительские кооперативы, товарищества собственников жилья, общества взаимного страхования, коллегии адвокатов).

Анализ законодательства о публичных закупках показывает, что **государственными и муниципальными заказчиками по Закону № 94-ФЗ не могут выступать субъекты, обладающие имуществом на праве частной собственности. Ими могут быть лишь некоторые субъекты, имущество которых находится в государственной или муниципальной собственности (за исключением ГК «Росатом», чье имущество раньше находилось в государственной собственности, а сейчас принадлежит самой корпорации)**, а именно: государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, казенные и бюджетные учреждения, органы военного управления, объединения, соединения и воинские части, Государственная корпорация «Росатом».

По нашему мнению, **критерием отнесения субъектов к государственным (муниципальным) заказчикам должна быть принадлежность их имущества к имуществу, находящемуся в государственной (муниципальной) собственности.** Причем «принадлежность» в широком смысле слова. Относить к заказчикам следует не только субъектов, имущество которых находится в государственной (муниципальной) собственности, но и тех, чье имущество принадлежит самим этим субъектам на праве частной собственности, но сформировано с участием публично-правового образования. При этом «критическая масса» государственного (муниципального) имущества, внесенного в уставный капитал организации, достаточная для наделения субъекта статусом государственного (муниципального) заказчика, должна быть определена экономистами.

²⁹⁸ Так, в постановлении главы городского округа г. Рыбинск от 26 февраля 2007 г. № 19 «О проведении обязательного аудита и выборе аудиторской организации» сказано, что «в отношении размещения заказов на аудиторские услуги *применяется только порядок (процедура)* размещения заказа, установленный Федеральным законом № 94-ФЗ. При этом *муниципальный контракт не заключается*. Муниципальные предприятия по результатам размещения заказа *от своего имени заключают договор с победителем и являются заказчиками этих услуг*» // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Распоряжение Департамента имущества г. Москвы от 25 декабря 2009 г. № 4086-р «Об утверждении примерной документации по размещению заказа на право заключения контракта на оказание услуг по аудиту годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности унитарных предприятий города Москвы» (утратило силу) и др. // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹⁹ В постановлении ФАС Поволжского округа от 10 сентября 2010 г. по делу № А72-17634/2009 указано, что ОАО «Санаторий «Итиль», разместившее заказ на проведение аудита, *является не государственным заказчиком, а самостоятельной коммерческой организацией*, удовлетворяющей свои потребности в аудите в рамках обычной хозяйственной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Постановление ФАС Поволжского округа от 12 августа 2010 г. по делу № А06-8047/2009 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁰ См., например: Решение Управления ФАС России по Хабаровскому краю от 6 сентября 2010 г. № 67 // СПС «КонсультантПлюс».

Особенности правового статуса государственного (муниципального) заказчика

Государственные и муниципальные заказчики заключают соответствующие контракты всегда от имени публично-правового образования³⁰¹, стороной контракта является именно оно³⁰². Должником по обязательствам, вытекающим из такого контракта, является само публично-правовое образование (на это несколько лет назад указал Президиум ВАС РФ в Постановлении от 25 июля 2006 г. № 4405/06 по делу № А69-805/05-11³⁰³). Поэтому, например, при ликвидации учреждения, выступавшего государственным заказчиком по контракту, обязательство, вытекающее из контракта, не прекращается, поскольку оно возникло и остается не у ликвидированного юридического лица, а непосредственно у публично-правового образования.

Заметим, что формально гражданско-правовые договоры *бюджетных* учреждений заключаются от имени этих учреждений, а не от имени соответствующего публично-правового образования (ч. 1 ст. 9 Закона № 94-ФЗ). Указанная позиция законодателя представляется весьма спорной в связи с тем, что нужды бюджетных учреждений, по нашему мнению, также являются государственными (муниципальными) нуждами (подробней см. § 1.2 настоящей работы),

Государственный (муниципальный) заказчик является ключевой фигурой в процессе размещения государственного (муниципального) заказа. Одной из самых главных его *функций* является размещение заказа от имени соответствующего публично-правового образования (ст. 5 Закона № 94-ФЗ).

В связи с осуществлением указанной функции государственный (муниципальный) заказчик наделен рядом *прав*, в том числе: привлекать специализированные организации (ст. 6 Закона), принимать решения о выборе способа размещения заказа (ч. 3 ст. 10 Закона), проводить с иными заказчиками совместные торги (ч. 6 ст. 10 Закона) и др.

Предусмотрены Законом № 94-ФЗ и особые *обязанности* государственного (муниципального) заказчика, в том числе: отказываться от заключения контракта с поставщиком при установлении указанных в Законе фактов (ч. 3 ст. 9 Закона), изменять цену контракта при изменении соответствующих тарифов (ч. 6.4 ст. 9 Закона), размещать заказы у субъектов малого предпринимательства (ст. 15 Закона) и др.

Исключительным правом государственного (муниципального) заказчика, которого нет, в том числе, и у уполномоченных органов³⁰⁴, является право подписывать государственный (муниципальный) контракт.

³⁰¹ В связи с этим представляется ошибочным указание на возможность заключения государственными заказчиками государственных контрактов (подчеркнем, не иных договоров) от своего имени. К сожалению, такие указания встречаются на практике (см., например: приказ Фонда социального страхования РФ от 17 сентября 2007 г. № 219 «Об уполномочивании Государственных учреждений – региональных отделений Фонда социального страхования Российской Федерации на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» // СПС «КонсультантПлюс»).

³⁰² См.: Брагинский М.И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. – М., 1981. – С. 143; Дойников И.В. Государственное предпринимательство: учебник. – М., 2000. – С. 177; Колесников И.В. Государство, государственный орган, государственный заказчик – кто является стороной государственного контракта? // Право и политика. – 2007. – № 4; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 19 и др. По мнению Ю.Н. Андреева, публично-правовое образование в гражданско-правовых отношениях «выступает как бы юридическим лицом» (см.: Андреев Ю.Н. Участие государства в гражданско-правовых отношениях. – СПб., 2005. – С. 21, 32).

³⁰³ Вестник ВАС РФ. – 2006. – № 11.

³⁰⁴ Наряду с государственными (муниципальными) заказчиками, в соответствии с ч. 2 ст. 4 Закона № 94-ФЗ допускается образование так называемых **уполномоченных органов**, которые осуществляют функции по размещению заказов для государственных или муниципальных заказчиков. Уполномоченными органами могут быть федеральный орган

Заказчик также не вправе передавать некоторые свои полномочия специализированной организации³⁰⁵, в том числе на создание комиссии по размещению заказа³⁰⁶, определение начальной (максимальной) цены контракта, предмета и существенных условий контракта,

исполнительной власти, орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления. Уполномоченные органы осуществляют функции, определенные решением об их создании, за исключением подписания государственных или муниципальных контрактов, а также гражданско-правовых договоров бюджетных учреждений на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд соответствующих заказчиков. При этом государственные или муниципальные контракты, а также гражданско-правовые договоры бюджетных учреждений подписываются соответствующими заказчиками. Порядок взаимодействия уполномоченного органа и заказчиков должен устанавливаться решением о создании такого уполномоченного органа. Уполномоченным органом – федеральным органом исполнительной власти – является, например, *Федеральное агентство по поставкам вооружения, военной и специальной техники и материальных средств* (См. п. 1 Положения о Федеральном агентстве по поставкам вооружения, военной и специальной техники и материальных средств, утв. Указом Президента РФ от 14 мая 2010 г. № 589 // СЗ РФ. – 2010. – № 20. – Ст. 2435). Уполномоченным органом уровня субъекта РФ является, например, *Департамент города Москвы по конкурентной политике (Тендерный комитет)* (см. п. 1 постановления Правительства Москвы от 13 декабря 2005 г. № 1030-ПП «О совершенствовании порядка размещения государственного заказа» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. – 2006. – № 4. – 18 января). Примером уполномоченного органа муниципального уровня является *муниципальное образование городского округа «Сыктывкар»* (См. п. 1 постановления администрации МО ГО «Сыктывкар» от 12 марта 2010 г. № 3/1268 «Об утверждении регламента работы органа местного самоуправления МО ГО «Сыктывкар», уполномоченного на осуществление функций по размещению муниципального заказа для нужд муниципальных заказчиков МО ГО «Сыктывкар». Опубликовано не было // СПС «КонсультантПлюс»).

³⁰⁵ В соответствии со ст. 6 Закона № 94-ФЗ **специализированная организация** – это юридическое лицо, привлекаемое заказчиком или уполномоченным органом на основе контракта или гражданско-правового договора для осуществления функций по размещению заказа путем проведения торгов в форме конкурса или аукциона. Специализированные организации привлекаются для выполнения так называемой «черновой» работы: разработки конкурсной документации или документации об аукционе, опубликования и размещения извещения о проведении открытого конкурса или открытого аукциона, направления приглашений принять участие в закрытом конкурсе или в закрытом аукционе и др. Как отмечают специалисты, для выполнения указанных функций заказчики могут обращаться не только к специализированным организациям, но и к физическим лицам (в том числе индивидуальным предпринимателям), являющимся профессионалами в организации закупок, поскольку Закон № 94-ФЗ не содержит такого запрета (см.: Борисов Д.Ю., Гончаров А.И. Торги: привлечение специализированной организации // Цивилист. – 2008. – № 2; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 60). Л.В. Андреева отмечает, что *специальных требований к специализированным организациям законодательством не установлено*, в связи с чем любое юридическое лицо может быть привлечено к деятельности по размещению заказов (см.: Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2009. – С. 117, 126). В связи с отсутствием особых законодательных требований к такому виду деятельности, как организация и проведение торгов, по мнению О.А. Беляевой, следует вообще отказаться от использования термина «специализированная организация» (см.: Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. – М., 2010. – С. 290). Специализированная организация осуществляет переданные ей функции от имени заказчика или уполномоченного органа. При этом права и обязанности возникают непосредственно у заказчика или уполномоченного органа. Последние несут солидарную ответственность за вред, причиненный физическому или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) специализированной организации, совершенных в пределах переданных ей полномочий. Выбор специализированной организации осуществляется путем размещения заказа в соответствии с Законом № 94-ФЗ. При этом, как указывает О.А. Беляева, отношения со специализированной организацией оформляются посредством заключения договоров поручения, комиссии, возмездного оказания услуг, агентского договора, а также различного рода смешанных договоров, содержащих в себе отдельные элементы поручения на организацию и проведение торгов (см.: Беляева О.А. Антимонопольные требования к торгам // Закон. – 2008. – № 2. – С. 56). Проблемам правового статуса специализированных организаций уделено достаточно большое внимание в специальной литературе (см.: Воробьева О.М., Кошелева В.В. Правовой статус и проблемы привлечения специализированных организаций при размещении государственных и муниципальных заказов // Государственные и муниципальные закупки-2009: сборник докладов. – М., 2010. – С. 44–58; Ершов О.Г. Торги подряда в строительстве для государственных нужд сквозь призму антикоррупционного законодательства // Налоги (газета). – 2009. – № 40; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 23–25; Перова Г.С. Закон принят, вопросы возникли // Подготовлен для системы КонсультантПлюс. – 2005; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 44–45; Сахабутдинова Д.Н. Торги как субинститут договорного права и юридическая процедура: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – С. 97; Сергачева О.А. Пробелы в законодательстве о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд и пути их преодоления // Российская юстиция. – 2008. – № 4; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 36–42 и др.).

³⁰⁶ **Комиссии по размещению заказов** могут быть конкурсными, аукционными, котировочными (в зависимости от применяемого способа размещения заказа) либо едиными (осуществляющими функции всех указанных). Число членов комиссии должно быть не менее чем пять человек. Комиссия правомочна осуществлять свои функции, если на ее заседании присутствует не менее чем пятьдесят процентов общего числа ее членов. Принятие решения членами комиссии путем проведения заочного голосования, а также делегирование ими своих полномочий иным лицам не допускается (ст. 7 Закона № 94-ФЗ).

утверждение проекта контракта, конкурсной документации, документации об аукционе, определение условий торгов и их изменение (ч. 1 ст. 6 Закона № 94-ФЗ).

Правовой статус государственного заказчика, по общему правилу, не зависит от специфики поставляемой в рамках конкретной закупки продукции. В то же время некоторые изменения в его статусе наблюдаются при размещении оборонного заказа, при поставке материальных ценностей в государственный материальный резерв, а также при закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд.

В ст. 9 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве» (далее – Закон о государственном материальном резерве) и ст. 3 Федерального закона от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе» (далее – Закон об оборонном заказе) сказано, что размещение соответствующих заказов (т. е. заказов на поставку материальных ценностей в государственный резерв и государственного оборонного заказа) осуществляется в соответствии с Законом № 94-ФЗ *с учетом особенностей, установленных указанными законами.*

Круг субъектов, которые могут выступать **государственными заказчиками оборонного заказа**, весьма ограничен.

В соответствии со ст. 1 Закона об оборонном заказе государственными заказчиками оборонного заказа являются лишь *федеральные органы исполнительной власти, а также Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом»*, осуществляющие заказы на разработку, производство, поставки продукции (работ, услуг) по оборонному заказу. Государственным заказчиком вооружения и военной техники, научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по их разработке, а также по созданию новых технологий производства вооружения и военной техники в целях поддержания необходимого уровня обороноспособности и безопасности Российской Федерации может быть только *федеральный орган исполнительной власти, имеющий в своем составе войска и вооруженные формирования* в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, *или ГК «Росатом».*

Основные *функции* государственного заказчика оборонного заказа указаны в ст. 5 Закона об оборонном заказе. Многие из указанных в этой статье функций присущи только государственному заказчику оборонного заказа: например, организация и проведение государственных испытаний опытных образцов (комплексов, систем) вооружения и военной техники; утверждение конструкторской документации для осуществления серийного производства вооружения и военной техники и др.

У государственного заказчика оборонного заказа есть особые *права* (например, по передаче головному исполнителю части своих функций по выполнению государственного оборонного заказа, п. 2 ст. 5 Закона; право предусматривать в контракте различные виды стимулирования головного исполнителя (исполнителя) оборонного заказа, п. 2 ст. 9 Закона) и специфические *обязанности* (например, по своевременному доведению оборонного заказа до головного исполнителя (исполнителя), п. 2 ст. 10 Закона).

Отсюда следует, что правовой статус государственного заказчика оборонного заказа отличается от правового статуса «обычного» государственного (муниципального) заказчика по Закону № 94-ФЗ³⁰⁷. Противоположная точка зрения представляется ошибочной.³⁰⁸

³⁰⁷ На «особые требования к субъектному составу», в том числе к заказчику, при размещении государственного оборонного заказа указывают, в частности, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский (см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М., 2008. – С. 180).

³⁰⁸ Так, например, А.Г. Тищенко, считает, что «статус заказчика, размещающего государственный оборонный заказ, и статус заказчика, размещающего заказ на поставку компьютерной техники для нужд сельских школ, ничем не отличаются» (см.: Тищенко А.Г. О некоторых проблемах размещения государственного оборонного заказа // Право в Вооружен-

В соответствии с п. 2 ст. 9 Закона о государственном материальном резерве **государственным заказчиком на поставку материальных ценностей в государственный резерв** является федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий управление государственным резервом (в настоящий момент – Федеральное агентство по государственным резервам (Росрезерв)³⁰⁹), или его территориальные органы в пределах полномочий, установленных распоряжением указанного федерального органа исполнительной власти.

Подобно функциям государственного заказчика оборонного заказа, у государственного заказчика на поставку материальных ценностей в государственный резерв также имеются специфические, присущие только ему *функции*: например, по управлению системой государственного резерва, по формированию предложений к проекту федерального бюджета на соответствующий год по структуре расходов системы государственного резерва и др.

У указанного государственного заказчика есть специфические *права* (например, заключать долгосрочные государственные контракты на поставки материальных ценностей в государственный резерв, п. 4 ст. 11.1 Закона о государственном материальном резерве) и *обязанности* (например, по своевременному освежению материальных ценностей государственного материального резерва, п. 2 ст. 13 указанного Закона, п. 5.4.2 Положения о Федеральном агентстве по государственным резервам).

Несмотря на наличие отдельного Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд», какой-либо особой специфики в правовом статусе **государственных заказчиков на сельскохозяйственную продукцию, сырье и продовольствие для государственных нужд** нет.

Особенностью указанных субъектов как государственных (муниципальных) заказчиков, пожалуй, является то, что их (заказчиков), согласно ст. 4 Закона № 53-ФЗ, определяет Правительство РФ (для формирования федерального фонда сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия) или органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации (для формирования региональных фондов сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия).

Стоит заметить, что Закон № 94-ФЗ допускает **множественность лиц на стороне заказчика** при размещении государственных и муниципальных заказов. Эта возможность допускается при проведении *совместных торгов* (см. ч. 6, 7, 8 ст. 10 Закона, а также Положение о взаимодействии государственных и муниципальных заказчиков, органов, уполномоченных на осуществление функций по размещению заказов для государственных или муниципальных заказчиков, при проведении совместных торгов, утв. постановлением Правительства РФ от 27 октября 2006 г. № 631³¹⁰).

При проведении совместных торгов государственные (муниципальные) заказчики выступают в качестве *единого субъекта*, в связи с чем повышенное внимание при проведении этих торгов должно быть уделено соблюдению норм о защите *конкуренции*³¹¹ (в частности, ст. 15, 16 Закона о защите конкуренции). Важно заметить, что после проведения совместных торгов заказчики вновь «обретают самостоятельность», поскольку контракт с победителем торгов заключается каждым заказчиком отдельно и исполнение указанных контрактов осуществляется в обычном порядке (см. ч. 6 ст. 10 Закона № 94-ФЗ).

ных Силах. – 2006. – № 6; СПС «КонсультантПлюс». – Абз. 16).

³⁰⁹ См.: пункт 1 Положения о Федеральном агентстве по государственным резервам, утв. постановлением Правительства РФ от 23 июля 2004 г. № 373 // СЗ РФ. – 2004. – № 31. – Ст. 3263.

³¹⁰ СЗ РФ. – 2006. – № 44. – Ст. 4602.

³¹¹ О совместных торгах как возможном инструменте ограничения конкуренции пишут, в частности, Г.В. Коломыц и П.И. Снисаренко (см.: Коломыц Г.В., Снисаренко П.И. Проведение совместных торгов: практика и проблемы // Государственные и муниципальные закупки-2009: сборник докладов. – М., 2010. – С. 307–311).

Проблемы, возникающие на практике в связи с «пересечением» прав, обязанностей, и ответственности (порой носящих разноотраслевой характер) государственных заказчиков, являющихся государственными органами, в том числе зарегистрированными в качестве юридических лиц, иными юридическими лицами, а также связанные участием в соответствующих отношениях публично-правовых образований (которые выступают самостоятельными субъектами права в имущественном обороте, ст. 124—127 ГК РФ), время от времени порождают идеи о введении в российскую правовую систему новых субъектов права.

Так, например, весьма интересной представляется идея Д.В. Пяткова ввести в оборот термин «хозяйственные публичные (публично-хозяйственные) организации», под которыми автор предлагает понимать юридические лица, созданные населением соответствующей территории (России в целом, республики, края, области, города, района и т. п.) с целью обеспечения благоприятных материальных, организационных и прочих условий для удовлетворения общественных интересов, достижения общепользовательных целей, посредством участия в гражданских, иных имущественных и неимущественных правоотношениях³¹². «Тождество лиц, принимающих публично-властные и хозяйственные решения, не означает тождества субъектов права, действующих через этих лиц, — пишет автор. — Основания, порядок принятия таких решений и существо принимаемых решений различны. Председатель Правительства РФ и глава администрации субъекта РФ принимают как публично-властные, так и хозяйственные решения, выражая при этом в одном случае волю соответствующей публично-властной организации, в другом случае — хозяйственной публичной организации».³¹³

Особую актуальность в последнее время приобрела идея введения в российское законодательство так называемых юридических лиц публичного права. У рассматриваемой идеи есть как сторонники (В.Е. Чиркин³¹⁴, В.П. Мозолин, А.В. Турбанов, П.Д. Баренбойм, В.И. Лафитский, Л.К. Терещенко³¹⁵, Косякова Н.И.³¹⁶, Чантурия Л.Л.³¹⁷ и др.), так и противники (Е.А. Суханов³¹⁸, Л.В. Андреева³¹⁹, А.Е. Кирпичев³²⁰ и др.).

В Концепции развития гражданского законодательства РФ сказано об отсутствии необходимости прямого заимствования указанного понятия в отечественное право (пункт 7.2.4 Концепции).

Не вдаваясь по дискуссии о целесообразности введения в отечественное законодательство категории юридических лиц публичного права, все же отметим, что указанная идея, по нашему мнению, еще недостаточно проработана для реализации на практике.

В заключение еще раз отметим, что критерием отнесения субъектов к государственным (муниципальным) заказчикам должна выступать принадлежность (в широ-

³¹² Пятков Д.В. Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в гражданских правоотношениях: на примере разграничения публичной собственности. — СПб., 2003. — С. 61.

³¹³ Там же. — С. 70.

³¹⁴ См.: Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. — М., 2007; Он же. Еще раз о юридическом лице публичного права // Журнал российского права. — 2006. — № 5; СПС «КонсультантПлюс»; Он же. Юридическое лицо публичного права // Журнал российского права. — 2005. — № 5; СПС «КонсультантПлюс» и др.

³¹⁵ См.: Юридические лица публичного права в доктрине и практике России и зарубежных стран / П.Д. Баренбойм, В.И. Лафитский, Л.К. Терещенко / под ред. В.П. Мозолина, А.В. Турбанова. — М., 2011.

³¹⁶ См.: Косякова Н.И. Юридические лица и межотраслевые связи // Предпринимательское право. — 2008. — № 4. — С. 11—18.

³¹⁷ См.: Чантурия Л.Л. Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования // Государство и право. — 2008. — № 3. — С. 38—45.

³¹⁸ См.: Суханов Е.А. О Концепции развития законодательства о юридических лицах // Журнал российского права. — 2010. — № 1. — С. 5—12; Он же. Опасные юридические лица // ЭЖ-Юрист. — 2008. — № 47; СПС «КонсультантПлюс» и др.

³¹⁹ См.: Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. — М., 2009. — С. 94.

³²⁰ См.: Кирпичев А.Е. Муниципальный контракт в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2011. — С. 18.

ком смысле слова) их имущества к имуществу, находящемуся в государственной (муниципальной) собственности, а не принадлежность их к категории получателей средств бюджетов определенного уровня в соответствии с бюджетным законодательством.³²¹

Таким образом, круг субъектов, являющихся государственными и муниципальными заказчиками, должен быть расширен.³²²

Выведение за рамки Закона № 94-ФЗ большого числа субъектов (государственных и унитарных предприятий, государственных корпораций, государственной компании, хозяйственных обществ с государственным участием и т. д.) представляется необоснованным. Имущественные вклады публично-правовых образований в уставные капиталы (фонды) хозяйствующих субъектов требуют не меньшей защиты от возможных недобросовестных или непрофессиональных действий руководителей и других сотрудников этих организаций, чем в государственных органах и учреждениях. Определенной гарантией от указанных действий должна быть обязанность таких хозяйствующих субъектов размещать заказы в соответствии с процедурами, предусмотренными общим федеральным законом (в настоящее время – Законом № 94-ФЗ).

Распространение действия Закона № 94-ФЗ на закупки указанных организаций обеспечит надлежащий уровень «прозрачности» этих закупок, а значит, будет способствовать повышению эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования.

Отметим, что «первый шаг» на пути к созданию «прозрачных» закупок в государственных корпорациях, субъектах естественных монополий и некоторых других видах юридических лиц сделан – принят Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Однако в указанном законе, к сожалению, отсутствуют многие важные положения (например, об обязанности проводить торги в предусмотренных законом случаях; о том, что он распространяет свое действие также на создаваемые этими организациями фонды и иные юридические лица, не являющиеся хозяйственными обществами и др.), в связи с чем сложно рассчитывать на скорое существенное повышение эффективности закупок, проводимых этими субъектами. По нашему мнению, следует обязать указанные юридические лица размещать свои заказы в соответ-

³²¹ Очевидно, что законодатель начинает придавать этому значение. Напомним, что Закон об аудиторской деятельности говорит именно о «доле государственной собственности» в уставном (складочном) капитале организации как одном из основных критериев отнесения этой организации к субъектам, которые должны заключать договор на проведение обязательного аудита по итогам размещения заказа путем проведения торгов в форме открытого конкурса в порядке, предусмотренном с Законом № 94-ФЗ (п. 4 ст. 5 Закона об аудиторской деятельности).

³²² Заметим, что по этому вопросу противоположной точки зрения придерживается В.Е. Белов. По его мнению, «существенное расширение перечня государственных заказчиков по сравнению с ранее действующим законодательством за счет отнесения к данной категории всех получателей бюджетных средств представляется неоправданным и нецелесообразным по ряду причин». Во-первых, как указывает автор, это привело к «принижению значимости института государственных заказов», поскольку закупка «канцелярских принадлежностей на относительно небольшую сумму» теперь также относится к государственному заказу. Во-вторых, для значительной части получателей бюджетных средств «выполнение функций государственного заказчика может быть отнесено к разряду несвойственных им функций». В-третьих, «у отдельных получателей бюджетных средств... зачастую отсутствует заинтересованность, достаточная мотивация для качественного выполнения функций заказчика». В-четвертых, к выполнению функций по размещению заказов «в отдельных случаях привлекаются лица, не обладающие необходимыми знаниями и умениями в данном виде деятельности» (см.: Белов В.Е. Поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд: правовое регулирование. – М., 2011. – С. 149, 150). Обозначенные В.Е. Беловым проблемы, имеющие отношение к сфере государственных (муниципальных) закупок, по нашему мнению, не могут являться основанием для сокращения перечня субъектов, выступающих государственными (муниципальными) заказчиками. В данном вопросе важно не смешивать понятия «государственный (муниципальный) заказчик» и «организатор закупок». Последним, как мы знаем, может выступать и не заказчик, а, например, уполномоченный орган. «Черную» же работу по составлению документов при размещении заказов может выполнять специализированная организация. Указанные В.Е. Беловым проблемы должны решаться путем построения в каждом конкретном учреждении эффективной закупочной системы: путем привлечения соответствующих специалистов, проведения совместных торгов (о чем, кстати, пишет сам автор) и проч., а не посредством выведения из-под действия Закона о размещении заказов большого количества хозяйствующих субъектов.

ствии с общим федеральным законом о публичных закупках (Законом № 94 – ФЗ, Законом «О федеральной контрактной системе» или другим).

§2.2. Правовой статус участника размещения заказа (поставщика)

Круг субъектов, выступающих участниками размещения заказа (поставщиками)

Понятие «участник размещения заказа» употребляется именно при регулировании отношений, связанных с размещением государственных (муниципальных) заказов (см. ст. 8 Закона № 94-ФЗ и др.), в отличие, например, от термина «государственный (муниципальный) заказчик», который, как мы знаем, употребляется также при регулировании отношений по исполнению этих заказов (см. ст. 526 ГК РФ и след.).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг не употребляет понятие «участник размещения заказа» или какой-либо иной специальный термин для обозначения указанного субъекта, поскольку исходит из широкого понимания категории «поставщик (подрядчик)». Согласно п. «f» ст. 2 Типового закона под «поставщиком (подрядчиком)» понимается «в зависимости от контекста *любая потенциальная сторона или сторона договора* о закупках скупающей организацией». ³²³

В Законе № 94-ФЗ употребляются два понятия для обозначения субъектов, вступающих с государственным (муниципальным) заказчиком в отношения по размещению и исполнению государственных (муниципальных) заказов – **«участник размещения заказа» и «поставщик (исполнитель, подрядчик)»**. Первый термин используется при регулировании отношений по размещению заказов, второй – при регулировании отношений по их исполнению.

В соответствии со ст. 8 Закона № 94-ФЗ участником размещения заказа может быть *любое юридическое лицо* независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала *или любое физическое лицо*, в том числе индивидуальный предприниматель. ³²⁴

Отметим, что в редакции ч. 1 ст. 8 Закона № 94-ФЗ, действовавшей до 27 апреля 2011 г. ³²⁵, было сказано также, что «участниками размещения заказов являются лица, *предназначенные на заключение контракта*».

³²³ Похожим образом определяется термин «поставщик (подрядчик)» в Законе Республики Таджикистан от 3 марта 2006 г. № 168 «О государственных закупках товаров, работ и услуг» (Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. – 2006. – № 3. – Ст. 158). В соответствии с п. 5 ст. 3 указанного Закона «поставщиками (подрядчиками)» в государственных закупках именуются «юридические и физические лица, вступающие в отношения скупающей организацией в качестве *потенциальной либо конкретной стороны* в договоре о закупках».

³²⁴ Такое же определение – но не «участника размещения заказов», а «потенциального поставщика» – содержится в ст. 1 Соглашения от 9 декабря 2010 г. «О государственных (муниципальных) закупках» между Правительствами Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

³²⁵ Утратила в силу в связи с принятием Федерального закона от 21 апреля 2011 г. № 79-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Российская газета. – 2011. – № 5466. – 27 апреля.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.