

Олег Александрович Камалов

судья Уставного суда Челябинской области, кандидат юридических наук

Заключение гражданско-правовых договоров для государственных и муниципальных нужд

Одним из основных начал гражданского законодательства традиционно является свобода договора, которая обычно понимается в единстве нескольких аспектов: отсутствие обязанности заключить договор, свобода выбора контрагента, определения типа договора и определения условий договора.

В силу новейших изменений части первой Гражданского кодекса перечень основных начал пополнился еще одним важным принципом, а именно принципом добросовестности (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ), при одновременном расширении презумпции добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

С учетом положений ст. 124 ГК РФ можно было бы предположить, что отмеченные основные начала гражданского законодательства применяются также в отношении публично-правовых образований, однако анализ действующих правовых норм заставляет прийти к выводу о существенных исключениях, обусловленных особенностями данных субъектов.

Наиболее ярко отход от указанных принципов проявляется в законодательстве, регулирующем заключение гражданско-правовых договоров для обеспечения государственных и муниципальных нужд¹. Отметим, что в этой сфере также происходит процесс реформирования: в первом чтении принят проект закона о федеральной контрактной системе² (далее — ФКС), однако многие основные подходы к регулированию данных отношений остались прежними.

Исключения из принципа свободы договора для государственных и муниципальных заказчиков наблюдаются в нескольких аспектах:

¹ *Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».*

² *Проект федерального закона № 68702-6 «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг».*

- 1) для принятия решения о заключении договора требуется заблаговременное планирование, а в проекте закона о ФКС также нормирование и обоснование необходимости приобретения определенных товаров;
- 2) определение контрагента: установлены публичные конкурсные процедуры определения контрагента;
- 3) определение условий договора: ограничена возможность указания товарных знаков в конкурсной документации, установлена обязанность обоснования начальной цены закупки;
- 4) в части состава существенных условий: в контракт включается «обязательное условие об ответственности... за неисполнение контракта», «обязательное условие о порядке осуществления заказчиком приемки поставляемых товаров»;
- 5) процедура заключения договора: императивно установлены сроки заключения договора, не допускается внесение изменений в опубликованный проект контракта.

Стоит подчеркнуть, что проект закона о ФКС предполагает по сравнению с Законом № 94-ФЗ более детальную регламентацию действий участников закупок и более значительные ограничения свободы усмотрения государственных и муниципальных заказчиков.

Так, лимит на использование внеконкурсных процедур заключения договора (контракт с единственным поставщиком) предлагается установить не только в абсолютном выражении (в виде максимальной суммы контракта), но и в виде максимальной доли относительно общего объема закупок (а именно не более пяти процентов от объема средств, предусмотренных на все закупки заказчика).

В результате применения указанных правил формирование воли публично-правового образования при заключении договора становится:

- а) объективированным, поскольку критерии выбора контрагента формализованы;
- б) верифицируемым, поскольку сохраняется возможность проверки волеобразования и волеизъявления государственного заказчика на соответствие формальным критериям.

Разумеется, общий подход к установлению специальных правил заключения договоров для публичных нужд представляется оправданным. Не случайно правило о заключении договоров по результатам публичных процедур установлено и для других договоров с участием публично-правовых образований: это и приватизация³, и распоряжение публичным имуществом без его отчуждения⁴. В практике арбитражных судов данный подход по аналогии распространен и на некоторые

³ *Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества».*

⁴ *Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».*

иные договоры публично-правовых образований. Так, в постановлении Президиума ВАС РФ от 14.09.2010 отмечено⁵, что заключение договора аренды земельного участка для строительства с предварительным согласованием места размещения объекта, если на данный земельный участок претендуют несколько лиц, подлежит выставлению на торги, поскольку такой способ предоставления земельных участков отвечает принципу сочетания интересов общества и конкретных граждан, а также позволяет обеспечить справедливость, публичность, открытость и прозрачность процедуры предоставления земельного участка.

Несмотря на все полезные моменты, полагаем, что сложившееся регулирование государственных закупок избыточно. Детальная регламентация всего процесса подготовки и заключения договора свидетельствует о том, что законодатель фактически исходит из презумпции недобросовестности государственного заказчика. Вместе с тем закон не содержит механизмов, предупреждающих недобросовестные действия со стороны поставщиков (подрядчиков), что на практике приводит к поставке товаров, которые не удовлетворяют потребностям государства. Таким образом, является диаметрально противоположным подход к оценке добросовестности разных сторон государственного контракта, что свидетельствует о серьезных изъятиях из установленного ныне Гражданским кодексом принципа добросовестности участников гражданских правоотношений.

Излишне детальное регулирование создает предпосылки для отхода от идеи стабилизации договора, поскольку ссылка на нарушение того или иного правила размещения заказа может использоваться для формального оспаривания заключенного договора.

Кроме того, практика государственных закупок свидетельствует также о том, что злоупотребления и преступления в этой сфере не прекращаются, что позволяет говорить о неэффективности имеющейся регламентации.

В связи с отмеченными проблемами возникает идея о том, что принцип добросовестности должен последовательно применяться в том числе и в отношении размещения государственного и муниципального заказа. Представляется, что для этого следовало бы:

- убрать избыточное регулирование, ориентируясь на прямое применение принципа добросовестности участников гражданско-правовых отношений, одновременно предоставив возможность судебного усмотрения при разрешении споров;
- осуществлять контроль за размещением государственного заказа не путем усложнения процедур закупок и ограничений в применении гражданско-правовых механизмов, а с помощью уголовно-правовых и дисциплинарных средств по факту совершения правонарушений.

⁵ *Постановление Президиума ВАС РФ от 14 сентября 2010 г. № 4224/10 по делу № А76-4758/2009-63-92 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11 (размещено на сайте ВАС РФ 28.09.2010).*