НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ К ФЕДЕРАЛЬНОМУ ЗАКОНУ

"О ЗАКУПКАХ ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ ОТДЕЛЬНЫМИ ВИДАМИ

ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ"

Под общей редакцией

кандидата юридических наук,

доцента кафедры теории государства и права

Сибирского федерального университета

В.Ю. ПАНЧЕНКО

Авторский коллектив:

Беспалова Екатерина Сергеевна - ведущий специалист юридического отдела экспертно-правового управления Законодательного Собрания Красноярского края ([части 2](#Par329), [3 статьи 2](#Par392), [части 1](#Par1199) - [3](#Par1212), [9 статьи 8](#Par1273));

Вострикова Анастасия Александровна - заместитель генерального директора по правовым вопросам Федерального государственного бюджетного учреждения здравоохранения "Сибирский клинический центр Федерального медико-биологического агентства" ([части 1](#Par411), [5 статьи 3](#Par569) (в соавторстве с В.Ю. Панченко));

Исхакова Виола Рауфовна - начальник административно-правового управления Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет" ([части 8](#Par769) - [14](#Par875), [18 статьи 4](#Par913));

Макарчук Иван Юрьевич - заместитель начальника административно-правового управления Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет", автор пяти научных публикаций. Область научных интересов: правотворчество в механизме управления обществом, проблемы развития российского законодательства, правовая технология, теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества, толкование правовых норм, образовательное право ([части 1](#Par706) - [7](#Par763), [16](#Par903), [17](#Par908), [19 статьи 4](#Par920); [часть 15 статьи 4](#Par880) (в соавторстве с В.Ю. Панченко));

Панченко Владислав Юрьевич - кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет", автор более 30 научных и учебно-методических публикаций. Область научных интересов: права и свободы человека и гражданина, принципы современного российского права, правовая деятельность, правовое содействие, юридическая помощь, обеспечение права, правовые средства, юридическое образование, образовательное право, правовое регулирование деятельности государственных учреждений ([введение](#Par64), [заключение](#Par1279), [части 2](#Par476) - [4](#Par562), [6](#Par602) - [8 статьи 3](#Par624); [части 1](#Par411), [5 статьи 3](#Par569) (в соавторстве с А.А. Востриковой)); [части 9](#Par648), [10 статьи 3](#Par679), [часть 2 статьи 5](#Par952) (в соавторстве с Е.М. Шайхутдиновым; [часть 15 статьи 4](#Par880) (в соавторстве с И.Ю. Макарчуком));

Петров Александр Александрович - кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории государства и права Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет", автор более 20 научных и учебно-методических публикаций, эксперт портала "Право.Ru". Область научных интересов: источники права, иерархия в праве, действие норм права, коллизии в праве, логика норм, правовая информатизация, контроль и надзор, образовательное право, правовое регулирование реформы государственного сектора экономики ([часть 1 статьи 2](#Par269), [статья 6](#Par1082));

Самарникова Надежда Владимировна - заместитель первого проректора по экономике и развитию Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет" [(статья 1)](#Par103);

Харина Ольга Александровна - старший государственный инспектор отдела контроля органов власти Управления Федеральной антимонопольной службы по Красноярскому краю ([статья 7](#Par1167), [части 4](#Par1219) - [8 статьи 8](#Par1264));

Шайхутдинов Евгений Маратович - судья Арбитражного суда Красноярского края, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Сибирский федеральный университет", автор более 20 научных и учебно-методических публикаций. Область научных интересов: правовое регулирование, толкование права, правовые акты, системность права, юридическая техника ([части 1](#Par939), [3](#Par1029) - [6 статьи 5](#Par1066); [часть 2 статьи 5](#Par952), [части 9](#Par648), [10 статьи 3](#Par679) (в соавторстве с В.Ю. Панченко)).

Рецензенты:

Малько А.В. - доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, директор Саратовского филиала Института государства и права РАН;

Боровская М.А. - доктор экономических наук, профессор, заместитель директора Департамента организации бюджетного процесса, учета и отчетности Министерства образования и науки РФ;

Юсупов Р.З. - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процессуального и предпринимательского права Самарского государственного университета.

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

АПК РФ - Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

Бюллетень ВС РФ - Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации

БК РФ - Бюджетный кодекс Российской Федерации

ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации, части первая, вторая, третья, четвертая

ГПК РФ - Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

Закон, Закон о закупках, комментируемый Закон - Федеральный закон N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц"

Закон N 94-ФЗ - Федеральный закон N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд"

ООО - общество с ограниченной ответственностью

КоАП РФ - Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях

Конституция РФ - Конституция Российской Федерации

НК РФ - Налоговый кодекс Российской Федерации

РФ - Российская Федерация

ФЗ - федеральный закон

ФКЗ - федеральный конституционный закон

абз. - абзац

гл. - глава

доп. - дополнения

изм. - изменения

млн. - миллионов

официальный сайт - официальный сайт в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг (www.zakupki.gov.ru)

п. - пункт

подп. - подпункт(ы)

подр. - подробнее

разд. - раздел

ред. - редакции

руб. - рублей

с. - страница

сб. - сборник

см. - смотри

ст. - статья

тыс. - тысяч

ч. - часть

ВВЕДЕНИЕ

Федеральный закон N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц", принятый Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 8 июля 2011 г., одобренный Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 13 июля 2011 г. и подписанный Президентом Российской Федерации 18 июля 2011 г., разработан во исполнение поручений Правительства Российской Федерации от 19 июня 2009 г. N ВП-П13-3392 (п. 36, 99), от 27 апреля 2010 г. N ВП-П13-2737 (п. 11) и начинает свое действие с 1 января 2012 г. (за исключением отдельных положений).

В Государственную Думу законопроект внесен депутатами М.Л. Шаккумом, В.Г. Драгановым, В.В. Пановым. Первоначально проект имел название "О закупках товаров, работ, услуг государственными корпорациями (компаниями), субъектами естественных монополий, организациями коммунального комплекса". При этом в пояснительной записке к законопроекту отмечено следующее:

"Подготовленный законопроект направлен на регламентацию закупок товаров, работ и услуг:

- государственными корпорациями (государственными компаниями, субъектами естественных монополий, организациями коммунального комплекса, организациями, осуществляющими регулируемые виды деятельности в сфере газоснабжения, государственными унитарными предприятиями, муниципальными унитарными предприятиями; автономными учреждениями, обществами, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования превышает пятьдесят процентов);

- дочерними обществами (организациями), более пятидесяти процентов уставного капитала которых принадлежит государственным корпорациям (государственным компаниям), субъектам естественных монополий, организациям коммунального комплекса, организациям, осуществляющим регулируемые виды деятельности в сфере газоснабжения, государственным унитарным предприятиям, муниципальным унитарным предприятиям, автономным учреждениям, обществам, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования превышает пятьдесят процентов;

- дочерними обществами (организациями) указанных дочерних обществ (организаций), в уставном капитале которых доля участия указанных дочерних обществ (организаций) превышает пятьдесят процентов.

Законопроект устанавливает общие принципы и основные требования, связанные с закупками товаров, работ, услуг указанными заказчиками, а именно:

- о неограничении допуска к участию в торгах путем установления неизмеряемых, неадминистрируемых требований к участникам торгов;

- запрет на предъявление к участникам закупок, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также условиям договора требований и осуществление оценки и сопоставление заявок на участие в закупках по критериям и в порядке, которые не размещены на официальном сайте;

- о фиксации всех правил закупок заказчика в положении о закупках, а не в разрозненных документах и требование о публикации такого положения о закупках в открытом доступе на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг;

- о публикации информации о закупках на официальном сайте и информации об исполнении договоров в едином публичном реестре договоров. При этом законопроектом определен минимальный объем размещаемой информации (положения о закупках, извещения о проведении открытых торгов, документация о закупках, изменения, разъяснения, протоколы). Аналогичный минимальный объем размещаемой информации установлен в отношении информации, размещаемой в реестре договоров (предмет договора, способ закупки, цена, срок исполнения, сведения о поставщике, сведения об акте приемки). Не размещаются в открытом доступе только сведения, составляющие государственную тайну, а также в исключительных случаях по отдельным решениям Правительства Российской Федерации сведения о конкретных закупках или закупках конкретных заказчиков;

- о повышении доли закупок инновационной продукции, в том числе разработке перспективных планов ее закупки.

Предусмотрено право Правительства Российской Федерации установить перечни товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются исключительно путем проведения открытого аукциона в электронной форме.

Законопроект направлен на совершенствование закупочной деятельности указанных организаций. Принятие законопроекта будет способствовать обеспечению гласности и прозрачности размещения заказов, расширению возможностей для участия физических и юридических лиц в таких закупках, развитию добросовестной конкуренции".

Достигнет ли Федеральный закон N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" поставленных перед ним законодателем целей, покажет практика его применения.

После принятия настоящий Закон вызвал достаточно противоречивые оценки среди специалистов-практиков, представителей государственных органов, общественности, включающие весь спектр позиций - от поддержки необходимости законодательного регулирования и критики отдельных положений до суждений о почти полной пробельности и "легализации коррупции в закупках".

Вместе с тем с 1 января 2012 г. Федеральный закон N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" вступит в силу, и его положениями должен будет руководствоваться достаточно широкий круг субъектов права, включая заказчиков, участников закупки, государственные и муниципальные органы, осуществляющие контрольную, надзорную и иную правоприменительную деятельность в этой сфере, соответствующие дела начнут появляться в судебной практике. Иначе говоря, хозяйственная деятельность и связанная с ней юридическая практика столкнутся с неясностями, противоречиями, отдельными пробелами и недостатками, которые, к сожалению, имеют место всего в 8 статьях данного документа.

Следуя мысли английского классика юриспруденции Джона Остина о том, что "существование права - это одно, а его недостатки и достоинства - другое, есть право или нет - это одно исследование, соответствует оно или не соответствует некоему предполагаемому стандарту - другое, действующее право является таковым, хотя оно может и не нравиться нам, если оно отличается от норм, которые мы одобряем <...>" <1>, авторский коллектив старался воздерживаться от социально-экономической и политической оценки перспектив действия комментируемого Закона (за исключением тех, без которых ущербным был бы формально-юридический анализ его содержания), а также от популистских лозунгов и утверждений относительно Закона и ставил своей целью сугубо юридическое его исследование, интерпретацию для работы с его положениями, попытку осветить неясности и противоречия, найти решение или по крайней мере наметить пути решения проблемных вопросов правового регулирования закупок в целях содействия будущей правореализационной и правоприменительной практике.

--------------------------------

<1> Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Fifth ed. In Two Vols. Vol. I. L.: John Murray, Albemarle Street, 1911. P. 214.

Реквизиты нормативных правовых и судебных актов (наименование органа, принявшего акт, дата и номер, а в необходимых случаях название акта), которые использованы в тексте настоящего Комментария, приводятся не в сносках, а в самом тексте либо скобках после соответствующего упоминания с указанием источника его опубликования. Если после реквизитов акта не указан источник опубликования, то соответствующий документ содержится в информационной системе "КонсультантПлюс", которая была использована при подготовке настоящего Комментария, и читатель легко сможет найти этот акт по наименованию органа, дате и номеру. Если не указано иное, то нормативные правовые акты приводятся в той редакции (т.е. с учетом всех действующих изменений и дополнений), в которой они действуют по состоянию на 1 декабря 2011 г.

18 июля 2011 года N 223-ФЗ

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН

О ЗАКУПКАХ

ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ ОТДЕЛЬНЫМИ ВИДАМИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

(в ред. Федерального закона от 06.12.2011 N 401-ФЗ)

Статья 1. Цели регулирования настоящего Федерального закона и отношения, регулируемые настоящим Федеральным законом

Комментарий к статье 1

Комментируемая статья определяет цели правового регулирования комментируемого Закона и круг общественных отношений, к которым применяется комментируемый Закон.

Комментарий к части 1

Комментируемая часть устанавливает цели правового регулирования закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

1. Цели комментируемого Закона во многом созвучны с целями законодательства о размещении государственных и муниципальных заказов, которые закреплены в ст. 1 Закона N 94-ФЗ:

- обеспечение единства экономического пространства на территории Российской Федерации при размещении заказов;

- эффективное использование средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования;

- расширение возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирование такого участия;

- развитие добросовестной конкуренции;

- совершенствование деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере размещения заказов;

- обеспечение гласности и прозрачности размещения заказов;

- предотвращение коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов.

Закрепленные в комментируемой части статьи 1 Закона цели правового регулирования не декларативные положения и не "украшение" Закона, они обладают такими свойствами, как нормативность, формальная определенность, универсальность в рамках правового регулирования данной области общественных отношений, обеспечивают единство и непротиворечивость правового регулирования, что позволяет рассматривать их в качестве самостоятельных нормативно-регулятивных средств, свойства которых во многом совпадают со свойствами принципов правового регулирования (см. [комментарий к ч. 1 ст. 3](#Par411)), в которых цели трансформируются в требования к закупочной деятельности. Цели предопределяют направленность комментируемого Закона и выбор правовых средств для их достижения <1>. Рассмотрим содержание целей правового регулирования комментируемого Закона.

--------------------------------

<1> См.: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 29.

2. Обеспечение единства экономического пространства. Единство экономического пространства - одна из основ конституционного строя России, закрепленная в ст. 8 Конституции РФ. Единство экономического пространства можно определить как такое состояние экономической системы государства, при котором существует:

- единое нормативное регулирование условий экономической деятельности, действующее на всей территории государства вне зависимости от административно-территориального деления;

- режим свободного и беспрепятственного перемещения капитала, всех видов денежных средств, в том числе в иностранной валюте, при соблюдении ограничений, установленных федеральным законом;

- единая денежная единица - рубль - как средство финансовых расчетов, денежного обращения и кредитования и иных видов финансовых операций.

3. Создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее называемые в Законе "заказчики"), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности.

Потребность в товарах, работах и услугах может быть определена как нужда, необходимость заказчика в соответствующем благе. Удовлетворение такой потребности означает получение заказчиком товара, результата работ, оказание услуг, с соблюдением показателей цены, качества и надежности.

Комментируемый Закон, как и Закон N 94-ФЗ, не содержит определения терминов "товар", "работа", "услуга", их понятия могут быть сконструированы из норм ГК РФ, которые в соответствии с ч. 1 ст. 2 (см. [комментарий к ней](#Par269)) имеют приоритет перед комментируемым Законом в регулировании закупочной деятельности.

Согласно ст. 455 ГК РФ товаром являются любые вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права (ст. 128 ГК), за исключением тех, нахождение которых в обороте не допускается (объекты, изъятые из оборота) (ст. 129 ГК РФ), которые могут быть предметом договора купли-продажи и его разновидностей (гл. 30 ГК РФ).

К работам относятся действия, направленные на достижение материального результата, отделимого от самого действия по изготовлению или переработке вещи договора подряда и его разновидностей (договоры бытового подряда, строительного подряда, проектные и изыскательские работы и др. (гл. 37 ГК РФ), научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы (гл. 38 ГК РФ) и др.).

Услуги - действия, результат которых не может быть гарантирован, сама деятельность исполнителя, осуществляемая на основании договоров возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), перевозки (гл. 40 ГК РФ), транспортной экспедиции (гл. 41 ГК РФ) и др.

Обращение к положениям Налогового кодекса РФ <1> за определением указанных терминов, которое встречается в ряде комментариев к Закону N 94-ФЗ <2>, следует применять крайне осторожно, поскольку:

--------------------------------

<1> В соответствии со ст. 38 НК РФ товаром для целей настоящего Кодекса признается любое имущество, реализуемое либо предназначенное для реализации; работой для целей налогообложения признается деятельность, результаты которой имеют материальное выражение и могут быть реализованы для удовлетворения потребностей организации и (или) физических лиц; услугой для целей налогообложения признается деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности.

<2> См., напр.: Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (постатейный) // СПС "КонсультантПлюс", 2010; Борисов А.Н., Краев Н.А. Комментарий к Федеральному закону "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (постатейный). 5-е изд., перераб. и доп. М.: Деловой двор, 2009.

- во-первых, определение товара, работы, услуги дается в НК РФ в качестве объектов налогообложения и для целей налогообложения;

- во-вторых, не вполне соответствует конструкциям, закрепленным в гражданском законодательстве. Так, по ст. 38 НК РФ имущественные права не относятся к товарам, в то время как предметом договора купли-продажи согласно ст. 454 ГК РФ имущественные права являться могут.

Существует проблема в определении круга договорных обязательств, подпадающих под действие комментируемого Закона исходя из практики применения аналогичных норм законодательства о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд. Речь идет о заключении договоров аренды (гл. 34 ГК РФ).

К настоящему времени отсутствует единообразная практика по возможности (обязательности) применения норм Закона N 94-ФЗ к арендным отношениям с учетом общности арендных обязательств с обязательствами, возникающими при возмездном оказании услуг. Так, Минэкономразвития России в письме от 10 апреля 2007 г. N Д04-1322 сообщило, что размещение заказа на аренду объектов недвижимости должно быть осуществлено в соответствии с требованиями Закона N 94-ФЗ. Позднее позиция органа изменилась, в письме от 2 октября 2007 г. N 14902-АП/Д04 "О разъяснении норм Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ применительно к отношениям, связанным с арендой имущества" Минэкономразвития России указало, что договор аренды не может быть отнесен к договору возмездного оказания услуг, а арендные отношения - к обязательствам, опосредующим возмездное оказание услуг; отношения, связанные с арендой недвижимого имущества, не являются предметом регулирования Закона N 94-ФЗ и государственные и муниципальные заказчики не обязаны применять предусмотренные указанным Законом процедуры размещения заказов при заключении договоров на аренду недвижимого имущества. Аналогичное разъяснение дано Минэкономразвития в 2009 г. и в письме от 1 октября 2009 г. N Д22-893.

Судебная практика по данному вопросу также противоречива - судами выносились прямо противоположные решения в части обязательности или необязательности применения Закона N 94-ФЗ к договорам аренды, заключаемым государственными и муниципальными заказчиками (см., например, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 7 июня 2011 г. N Ф03-1784/2011 по делу N А51-14858/2010, Постановление ФАС Московского округа от 28 января 2010 г. N КГ-А40/13315-09 по делу N А40-54076/09-105-474, Постановление ФАС Московского округа от 22 июня 2011 г. N КГ-А40/6116-11 по делу N А40-74119/10-3-632, Постановление ФАС Уральского округа от 17 сентября 2008 г. N Ф09-6683/08-С6 по делу N А50-720/2008).

Однако в течение 2011 г. сразу двумя высшими судебными инстанциями при рассмотрении конкретных дел установлена обязательность применения Закона N 94-ФЗ к заключению договоров аренды движимого имущества для государственных и муниципальных нужд. Речь идет об Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2010 г., утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 16 марта 2011 г., и решении Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 апреля 2011 г. N ВАС-2237/11 об оставлении без удовлетворения заявления о признании групп N 134, 135, 136 номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков, утвержденной Приказом Министерства экономического развития РФ от 1 декабря 2010 г. N 601, не соответствующими ГК РФ (гл. 34 и 39), Федеральному закону от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (ст. 1, 2, 3) и недействующими. Высшие судебные инстанции однозначно указали, что договор по предоставлению в аренду движимого имущества государственным (муниципальным) заказчикам будет являться предметом регулирования Законом N 94-ФЗ при наличии следующих условий:

- если он заключается в интересах Российской Федерации, соответствующего субъекта Российской Федерации либо соответствующего муниципального образования;

- целью его заключения выступает удовлетворение государственных (муниципальных) нужд;

- финансирование указанных потребностей осуществляется за счет средств федерального бюджета или бюджетов субъектов Российской Федерации и внебюджетных источников финансирования.

Таким образом, с учетом позиции высших судебных инстанций по вопросу применения норм Закона N 94-ФЗ к заключению договоров аренды движимого имущества для государственных и муниципальных нужд следует предполагать аналогичную квалификацию в правоприменительной практике и отношений, связанных с арендой имущества для нужд заказчиков, перечисленных в ч. 2 комментируемой статьи Закона, и рекомендовать заказчикам заключение договоров аренды с учетом процедур, предусмотренных комментируемым Законом.

Указание в целях Закона на необходимые показатели качества и надежности является продолжением законодательной тенденции в области регулируемых видов деятельности. Так, ч. 6 ст. 25 Федерального закона от 23 ноября 2009 г. N 261-ФЗ "Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" предусматривает возможность установления цен (тарифов) на товары, услуги организаций, осуществляющих регулируемые виды деятельности, как в числовом выражении, так и в виде формул, и их зависимость от исполнения такими организациями показателей надежности и качества поставляемых товаров, оказываемых услуг. Соответственно, в отношении потребляемых при осуществлении особо значимых для общества и государства видов деятельности товаров, работ, услуг также должны быть обеспечены надежность и качество. Требования к качеству должны быть указаны заказчиком в документации о закупке (см. [комментарий к ст. 4](#Par702)). Требований к надежности в составе сведений, обязательных к указанию в документации о закупке, положении о закупке, комментируемый Закон не предусматривает.

4. Эффективное использование денежных средств. За небольшим исключением, денежные средства, которые расходуются на приобретение товаров, работ, услуг заказчиками, названными в ч. 2 комментируемой статьи Закона, находятся в собственности или в самостоятельном распоряжении соответствующих заказчиков - заказчики не имеют статуса получателя бюджетных средств, денежные средства, получаемые ими в порядке, установленном бюджетным законодательством, поступают в их самостоятельное распоряжение. Вместе с тем в деятельности всех перечисленных заказчиков содержится публичный интерес. Условием удовлетворения этого публичного интереса является эффективная, успешная хозяйственная деятельность юридического лица, будь то автономное учреждение или организация жилищно-коммунального хозяйства, обеспечивающая каждодневную жизнедеятельность многих людей; правовым механизмом для обеспечения успешной хозяйственной деятельности, собственно, и призван стать комментируемый Закон.

Эффективность использования денежных средств применительно к заказчикам, учрежденным и финансируемым за счет бюджетов Российской Федерации, может быть оценена аналогично эффективности использования бюджетных средств (ст. 34 БК РФ) как достижение заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижение наилучшего результата с использованием определенного объема средств (см. [комментарий к ч. 1 ст. 3](#Par411) Закона).

5. Отдельную группу целей комментируемого Закона составляют цели, совпадающие по содержанию с целями Закона N 94-ФЗ: расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Распространяя цели правового регулирования законодательства о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд на закупочную деятельность заказчиков, определенных в ч. 2 комментируемой статьи, законодатель признал необходимость нормативно-правового регулирования закупочной деятельности этих видов юридических лиц, необходимость упорядочения и единообразия закупок. До вступления комментируемого Закона в силу закупочная деятельность не включена в сферу правового регулирования (кроме случаев проведения торгов, требования к которым установлены ст. 447 - 449 ГК РФ и антимонопольным законодательством) - организации, за исключением государственных и муниципальных заказчиков, вправе устанавливать свои "правила игры" локальными нормативными правовыми актами либо осуществлять закупки товаров, работ, услуг без каких-либо регламентирующих процедур. До принятия комментируемого Закона по поводу правового регулирования рассматриваемой сферы общественных отношений законодатель молчал (можно спорить, "квалифицированно" или "неквалифицированно") <1>, но неоправданность такого положения и потребность в единообразном нормативном регулировании закупочной деятельности субъектов, подпадающих под действие комментируемого Закона, необходимость осуществления ими закупки товаров, работ, услуг в процедурных формах, позволяющих обеспечить участие юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности, предотвращение коррупции и других злоупотреблений, осознается правоприменителями, в том числе судебными органами.

--------------------------------

<1> См.: Баранов В.М. "Квалифицированное молчание законодателя" как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. N 1.

Показательно в этом плане одно из первых судебных дел, связанных с подобной "нерегулируемой" закупочной деятельностью автономных учреждений:

"Решением Пермской городской Думы от 24 июня 2008 г. N 198 утверждено Положение об архитектурно-планировочном управлении администрации г. Перми. Администрации г. Перми поручено осуществлять функции учредителя архитектурно-планировочного управления. Постановлением администрации г. Перми от 30 сентября 2008 г. N 973 создано учреждение "Бюро городских проектов". Согласно п. 2 названного Постановления архитектурно-планировочное управление выступает от имени администрации г. Перми учредителем учреждения "Бюро городских проектов", готовит, согласовывает и утверждает устав создаваемого учреждения, разрабатывает и размещает муниципальное задание в учреждении "Бюро городских проектов".

Между архитектурно-планировочным управлением и учреждением "Бюро городских проектов" заключено соглашение от 10 декабря 2008 г. N 1, согласно которому заказчик (архитектурно-планировочное управление) осуществляет финансовое обеспечение расходов (в виде субсидий) исполнителя (учреждения "Бюро городских проектов") на выполнение муниципальных заданий, связанных с подготовительно-организационными мероприятиями по разработке проекта Генерального плана города Перми, разработкой этого проекта и подготовкой его к публичным слушаниям, а также подготовкой проекта плана реализации Генерального плана города Перми. Финансовое обеспечение муниципального задания осуществляется за счет средств бюджета города в рамках утвержденного бюджета города Перми. Учреждением "Бюро городских проектов" 24 декабря 2008 г. составлены и 20 января 2009 г. подписаны три соглашения с иностранными субъектами на выполнение в комплексе научно-исследовательской работы по подготовке предложений к Генеральному плану города Перми.

Оценив в порядке имеющиеся в материалах дела документы и установленные по делу фактические обстоятельства в их совокупности, суды установили, что в данном случае размещение муниципального задания, относящегося к вопросам местного значения городского округа (подготовительно-организационные мероприятия по разработке проекта Генерального плана города Перми, разработка проекта и подготовка его к публичным слушаниям, а также подготовка проекта плана реализации Генерального плана города Перми), осуществлено без проведения торгов.

При этом схема, в рамках реализации которой с целью, в частности, разработки проекта Генерального плана г. Перми создается учреждение "Бюро городских проектов", учредителем которого от имени администрации г. Перми является архитектурно-планировочное управление, противоречит смыслу Федерального закона от 3 ноября 2006 г. N 174-ФЗ "Об автономных учреждениях", Закона о размещении заказов, фактически направлена на уклонение от исполнения требований действующего законодательства о размещении заказов.

Кроме того, в данном случае создается ситуация, при которой учреждению "Бюро городских проектов" и соответственно иным организациям, с которыми оно в последующем заключает гражданско-правовые договоры, предоставляются преимущественные условия осуществления деятельности в сфере разработки проекта Генерального плана города Перми. При этом доступ иных хозяйствующих субъектов к названной сфере невозможен, что, в свою очередь, приводит к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Судами сделан правильный вывод о том, что внешне эти действия носят законный характер, то есть не нарушают формальных требований права. Однако согласно ч. 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Правильно применив указанные нормы права, а также с учетом фактических обстоятельств дела суды пришли к обоснованному выводу о наличии в действиях учреждения "Бюро городских проектов", архитектурно-планировочного управления и администрации г. Перми нарушений ст. 15 Закона о защите конкуренции, что, в свою очередь, свидетельствует о соответствии оспариваемых решения и трех предписаний антимонопольной службы требованиям действующего законодательства. Таким образом, суды правомерно отказали в удовлетворении заявленных учреждением "Бюро городских проектов", архитектурно-планировочным управлением и администрацией г. Перми требований". (Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 22 ноября 2010 г. N Ф09-9500/10-С1 по делу N А50-39334/2009, Определениями Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 2011 г. N 1064/11, от 4 апреля 2011 г. N 1064/11 в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отказано.)

Вместе с тем правовые средства, которые предусмотрены в комментируемом Законе, отличаются от правовых средств, используемых при регулировании поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг для государственных и муниципальных нужд, менее императивным и менее конкретным, детализированным характером.

Комментируемый Закон устанавливает лишь рамки, общие требования к организации и осуществлению закупочной деятельности, оставляя многие конкретные вопросы на усмотрение заказчикам, что еще раз подчеркивает значимость нормативно установленных целей правового регулирования, закрепленных в комментируемой части, для локального правотворчества заказчиков, правильного толкования, непосредственной реализации и применения комментируемого Закона.

Комментарий к части 2

В комментируемой части названы виды юридических лиц, закупки товаров, работ и услуг, которые регулируются комментируемым Законом.

1. Государственная корпорация - не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций. Государственная корпорация создается на основании Федерального закона (ч. 1 ст. 7.1 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях").

В настоящее время действует шесть государственных корпораций: "Агентство по страхованию вкладов", "Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)", "Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства", Государственная корпорация по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта, Государственная корпорация по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции "Ростехнологии", Государственная корпорация по атомной энергии "Росатом". Еще одна Государственная корпорация - "Российская корпорация нанотехнологий" - реорганизована в форме преобразования в открытое акционерное общество "Роснано" в марте 2011 г.

Федеральным законом от 29 декабря 2010 г. N 437-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О некоммерческих организациях" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" в ст. 7.1 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" введено правило о том, что порядок закупки товаров, выполнения работ, оказания услуг для нужд государственной корпорации должен быть размещен на официальном сайте государственной корпорации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет.

2. Государственной компанией согласно ч. 1 ст. 7.2 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" признается некоммерческая организация, не имеющая членства и созданная Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием государственного имущества на основе доверительного управления. Государственная компания, как и государственная корпорация, также создается на основании федерального закона.

В настоящее время функционирует одна государственная компания "Российские автомобильные дороги" (Федеральный закон от 17 июля 2009 г. N 145-ФЗ "О государственной компании "Российские автомобильные дороги" и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации"), созданная в целях оказания государственных услуг и выполнения иных полномочий в сфере дорожного хозяйства с использованием федерального имущества, поддержания в надлежащем состоянии и развития сети автомобильных дорог, увеличения их пропускной способности, повышения качества услуг, оказываемых пользователям автомобильными дорогами компании.

Согласно Федеральному закону от 29 декабря 2010 г. N 437-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О некоммерческих организациях" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" в ст. 7.2 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" указано, что государственные компании, так же как и государственные корпорации, должны размещать на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет порядок закупки товаров, выполнения работ, оказания услуг для нужд государственной компании.

3. Субъекты естественных монополий в соответствии со ст. 3 Федерального закона от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ "О естественных монополиях" - хозяйствующие субъекты, занятые производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии.

В свою очередь, согласно этому же Закону естественная монополия - это экономическая категория, характеризующая такое состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

К сфере естественных монополий относятся:

- транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;

- транспортировка газа по трубопроводам;

- железнодорожные перевозки;

- услуги в транспортных терминалах, портах и аэропортах;

- услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи;

- услуги по передаче электрической энергии;

- услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике;

- услуги по передаче тепловой энергии;

- услуги по использованию инфраструктуры внутренних водных путей;

- захоронение радиоактивных отходов.

4. Комментируемый Закон распространяется на закупки товаров, работ, услуг организациями, осуществляющими регулируемые виды деятельности в сфере электроснабжения, газоснабжения, теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, утилизации (захоронения) твердых бытовых отходов.

Комментируемая часть устанавливает сферы, деятельность в которых влечет применение к закупкам организаций положений комментируемого Закона.

Регулируемыми видами деятельности являются такие виды деятельности, в отношении которых в соответствии с законодательством Российской Федерации осуществляется регулирование цен (тарифов), по которым осуществляются расчеты за их товары, работы, услуги.

Электро-, газо-, тепло-, водоснабжение - это продажа потребителям соответствующей произведенной или купленной энергии (носителя энергии).

Государственное регулирование цен (тарифов) на электрическую энергию предусмотрено ст. 23.1 Федерального закона от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике". Государственному регулированию подлежат как цены (тарифы) на оптовом рынке (сфере обращения электроэнергии и мощности в рамках Единой энергетической системы России с участием крупных производителей и крупных покупателей электрической энергии и мощности), так и цены (тарифы) розничного рынка (сферы обращения электрической энергии вне оптового рынка с участием потребителей электрической энергии).

Государственное регулирование цен на газ предусмотрено ст. 21 Федерального закона от 31 марта 1999 г. N 69-ФЗ "О газоснабжении в Российской Федерации". Регулирование цен на газ для конечных потребителей, а также тарифов на услуги по транспортировке газа для независимых организаций в порядке, установленном Правительством РФ, является возможной заменой по решению Правительства РФ государственного регулирования тарифов на услуги по транспортировке газа, отнесенные Федеральным законом от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ "О естественных монополиях" к сфере деятельности субъектов естественных монополий. В настоящее время решение о такой замене Правительством Российской Федерации принято, государственное регулирование цен на газ осуществляется на основании Основных положений формирования государственного регулирования цен на газ и услуги по его транспортировке на территории Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2000 г. N 1021.

Государственное регулирование цен (тарифов) в области теплоснабжения предусмотрено гл. 3 Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 190-ФЗ "О теплоснабжении". Помимо прочего, регулированию подлежат предельные (минимальный и (или) максимальный) уровни тарифов на тепловую энергию (мощность), поставляемую теплоснабжающими организациями потребителям, тарифы на теплоноситель, поставляемый теплоснабжающими организациями потребителям, другим теплоснабжающим организациям, тарифы на услуги по передаче тепловой энергии, теплоносителя.

Государственное регулирование тарифов на товары и услуги организаций коммунального комплекса - производителей товаров и услуг в сфере водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, утилизации (захоронения) твердых бытовых отходов предусмотрено Федеральным законом от 30 декабря 2004 г. N 210-ФЗ "Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса".

5. Унитарным предприятием признается коммерческая организация, не наделенная правом собственности на закрепленное за ней собственником (Российской Федерацией, субъектом Российской Федерации, муниципальным образованием) имущество. Имущество государственного унитарного предприятия принадлежит на праве собственности Российской Федерации или субъекту Российской Федерации, муниципального унитарного предприятия принадлежит на праве собственности муниципальному образованию (ст. 1 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях").

К государственным унитарным предприятиям относятся государственные унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения (федеральное государственное предприятие и государственное предприятие субъекта Российской Федерации); государственные унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления (федеральное казенное предприятие и казенное предприятие субъекта Российской Федерации).

К муниципальным унитарным предприятиям относятся муниципальное унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения (муниципальное предприятие), и муниципальное унитарное предприятие, основанное на праве оперативного ведения (муниципальное казенное предприятие).

6. Автономное учреждение - некоммерческая организация, созданная Российской Федерацией, субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием для выполнения работ, оказания услуг в целях осуществления предусмотренных законодательством Российской Федерации полномочий органов государственной власти, органов местного самоуправления в сферах науки, образования, здравоохранения, культуры, средств массовой информации, социальной защиты, занятости населения, физической культуры и спорта, а также в иных сферах в случаях, установленных федеральными законами (в том числе при проведении мероприятий по работе с детьми и молодежью в указанных сферах) (ст. 2 Федерального закона от 3 ноября 2006 г. N 174-ФЗ "Об автономных учреждениях").

7. Комментируемый Закон распространяется на хозяйственные общества, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в совокупности превышает пятьдесят процентов.

Хозяйственные общества - коммерческие организации с разделенным на доли учредителей (участников) складочным капиталом (ч. 1 ст. 66 ГК РФ). Хозяйственные общества могут создаваться в форме акционерного общества (закрытые акционерные общества и открытые акционерные общества), общества с ограниченной или с дополнительной ответственностью.

Уставный капитал обществ с ограниченной ответственностью и обществ с дополнительной ответственностью разделен на доли, которые принадлежат участникам таких обществ.

Уставный капитал акционерных обществ разделен на акции, которые принадлежат участникам акционерных обществ - акционерам и удостоверяют обязательственные права акционеров по отношению к обществам.

Участниками хозяйственных обществ могут быть юридические, физические лица, а также публично-правовые образования - Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования.

К правоотношениям с участием публично-правовых образований в силу ч. 2 ст. 124 ГК РФ подлежат применению нормы ГК РФ, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов.

Согласно ст. 125 ГК РФ от имени Российской Федерации и ее субъектов приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности своими действиями могут органы государственной власти, а от имени муниципальных образований - органы местного самоуправления в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

В случаях и в порядке, которые предусмотрены федеральными законами, указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства Российской Федерации, нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, по их специальному поручению от их имени могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане.

Участие публично-правового образования в хозяйственном обществе с возникновением права на долю в уставном капитале возможно в результате различных юридических фактов (в том числе сделок), включая:

- преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью (ст. 13 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества");

- внесение государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ (ст. 13 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества");

- бюджетные инвестиции хозяйственным обществам как юридическим лицам, не являющимся государственными и муниципальными учреждениями и государственными или муниципальными унитарными предприятиями (ст. 80 БК РФ);

- переход в собственность Российской Федерации доли в хозяйственном обществе в порядке наследования по закону выморочного имущества (ст. 1151 ГК РФ).

Комментируемый Закон распространяется не только на юридические лица, указанные в п. 1 комментируемой части, но и на их дочерние хозяйственные общества, при условии если доля участия в уставном капитале составляет более пятидесяти процентов долей в совокупности, а также дочерние общества этих обществ при соблюдении того же условия (п. 2, 3 ч. 2 ст. 1 комментируемого Закона).

В соответствии со ст. 105 ГК РФ хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом.

Из буквального прочтения положений ГК РФ следует, что дочерние хозяйственные общества, которые обязаны осуществлять закупки товаров, работ, услуг в соответствии с комментируемым Законом, могут быть исключительно у заказчиков, действующих в организационно-правовых формах акционерного общества, общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью.

Участие государственных корпораций, государственных компаний, унитарных предприятий и автономных учреждений в хозяйственном обществе возникновения отношений "основное хозяйственное общество - дочернее хозяйственное общество" не влечет, вне зависимости от доли такого участия в уставном капитале хозяйственного общества.

Вместе с тем из системного толкования положений комментируемого Закона вытекает некоторая некорректность определения правила п. 2 ч. 2 ст. 1 Закона о применении положений Закона к закупке товаров, работ, услуг хозяйственными обществами с преобладающей долей участия государства, муниципальных образований, субъектов естественных монополий и организаций жилищно-коммунального хозяйства, и слово "дочерние" из п. 2 ч. 2 ст. 1 Закона следовало бы исключить. При этом в п. 3 ч. 2 ст. 1 комментируемого Закона термин "дочерние хозяйственные общества" использован правильно, поскольку показывает взаимосвязанность дочернего общества и основного общества применительно именно к хозяйственным обществам, а не иным юридическим лицам, названным в п. 1 ч. 2 ст. 1 Закона.

Комментарий к части 3

Комментируемая часть ст. 1 Закона содержит отсылочную норму, предусматривающую утверждение нормативным актом федерального органа исполнительной власти, уполномоченного Правительством РФ, по согласованию с федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, порядка определения:

- совокупной доли участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в уставном капитале хозяйственных обществ, совокупной доли участия указанных в п. 1 ч. 2 ст. 1 Закона юридических лиц в уставном капитале дочерних хозяйственных обществ;

- совокупной доли участия указанных в п. 2 ч. 2 ст. 1 Закона дочерних хозяйственных обществ в уставном капитале их дочерних хозяйственных обществ;

- порядка уведомления заказчиков об изменении совокупной доли такого участия.

Соответствующий уполномоченный орган Правительством РФ на настоящий момент не определен. Федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, является Министерство экономического развития Российской Федерации (п. 1 Положения о Министерстве экономического развития РФ, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 5 июня 2008 г. N 437).

Комментарий к части 4

Комментируемая часть устанавливает перечень отношений, не регулируемых комментируемым Законом. Закон не применяется к следующим сделкам.

1. Купля-продажа ценных бумаг и валютных ценностей. Согласно ч. 1 ст. 142 ГК РФ ценной бумагой является документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. К ценным бумагам относятся: государственная облигация, облигация, вексель, чек, депозитный и сберегательный сертификаты, банковская сберегательная книжка на предъявителя, коносамент, акция, приватизационные ценные бумаги и другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг (ст. 143 ГК РФ).

К валютным ценностям согласно ст. 1 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. N 173-ФЗ "О валютном регулировании и валютном контроле" отнесены иностранная валюта и внешние ценные бумаги.

Иностранная валюта - это денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным средством наличного платежа на территории соответствующего иностранного государства (группы иностранных государств), а также изымаемые либо изъятые из обращения, но подлежащие обмену указанные денежные знаки; средства на банковских счетах и в банковских вкладах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах.

Внешние ценные бумаги - это все ценные бумаги, за исключением эмиссионных ценных бумаг, номинальная стоимость которых указана в валюте Российской Федерации и выпуск которых зарегистрирован в Российской Федерации, и иных ценных бумаг, удостоверяющих право на получение валюты Российской Федерации, выпущенных на территории Российской Федерации.

2. Приобретение заказчиком биржевых товаров на товарной бирже в соответствии с законодательством о товарных биржах и биржевой торговле. Отношения, связанные с деятельностью товарных бирж и биржевой торговлей, регулируются Законом РФ от 20 февраля 1992 г. N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле", иными законами, а также учредительными документами бирж, правилами биржевой торговли и другими внутренними документами бирж, принятыми в соответствии с законодательством (ст. 1 Закона РФ 20 февраля 1992 г. N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле").

Товарной биржей является организация с правами юридического лица, формирующая оптовый рынок путем организации и регулирования биржевой торговли, осуществляемой в форме гласных публичных торгов, проводимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным ею правилам. Фондовые, валютные биржи к числу товарных бирж не относятся.

Под биржевым товаром понимается не изъятый из оборота товар определенного рода и качества, допущенный в установленном порядке биржей к биржевой торговле. Биржевым товаром не могут быть недвижимое имущество и объекты интеллектуальной собственности (ст. 6 Закона РФ от 20 февраля 1992 г. N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле").

3. Осуществление заказчиком размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд".

Комментируемый Закон, как следует из ч. 4 ст. 1, устанавливает приоритет Закона N 94-ФЗ в регулировании отношений по закупке товаров, работ и услуг. В случае, если заказчик осуществляет размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд", комментируемый Закон такую закупочную деятельность не регулирует.

Следует отметить, что Закон N 94-ФЗ применяется к правоотношениям, возникающим при размещении заказа государственными органами, органами управления государственными внебюджетными фондами, органами местного самоуправления, казенными и бюджетными учреждениями. Никакие иные лица в числе государственных заказчиков, муниципальных заказчиков и иных заказчиков в ст. 4 Закона N 94-ФЗ не названы.

На первый взгляд норма п. 3 комментируемой части дублирует предмет регулирования Закона N 94-ФЗ. Вместе с тем норма п. 3 ч. 4 ст. 1 Закона не лишена юридического смысла, поскольку законодательство знает примеры применения Закона N 94-ФЗ к размещению заказов и другими лицами, не указанными в ст. 4 Закона N 94-ФЗ:

- ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности", анализ которой приведен ниже;

- п. 4 Правил осуществления в 2011 г. бюджетных инвестиций в объекты капитального строительства государственной собственности Российской Федерации в форме капитальных вложений в основные средства федеральных государственных унитарных предприятий, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 31 декабря 2009 г. N 1202, согласно которому федеральные государственные унитарные предприятия при осуществлении бюджетных инвестиций организуют размещение заказов на выполнение изыскательских, проектных и (или) строительных работ в порядке, установленном для размещения заказов на поставку товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных нужд, и заключают соответствующие договоры подряда.

4. Закупка в области военно-технического сотрудничества. Определение военно-технического сотрудничества содержится в ст. 1 Федерального закона от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами" - это деятельность в области международных отношений, связанная с вывозом и ввозом, в том числе с поставкой или закупкой, продукции военного назначения, а также с разработкой и производством продукции военного назначения.

Продукция военного назначения - вооружение, военная техника, работы, услуги, результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность) и информация в военно-технической области, за исключением информации, которая может быть опубликована в соответствии с законодательством Российской Федерации в средствах массовой информации, произведениях науки, литературы и искусства, рекламных материалах.

5. Закупка товаров, работ, услуг в соответствии с международным договором Российской Федерации, если таким договором предусмотрен иной порядок определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) таких товаров, работ, услуг.

При закупке товаров, работ и услуг в соответствии с международным договором Российской Федерации, которым предусмотрен иной порядок определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) таких товаров, работ, услуг, положения комментируемого Закона не применяются. Норма, содержащаяся в п. 5 ч. 4 ст. 1 Закона, воспроизводит положения ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которым если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (о понятии международного договора см. [комментарий к ч. 1 ст. 2](#Par269)).

6. Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" из комментируемой части исключен пункт 6, который предусматривал неприменение комментируемого Закона при осуществлении заказчиком отбора финансовых организаций для оказания финансовых услуг в соответствии со ст. 18 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

7. Осуществление заказчиком отбора аудиторской организации для проведения обязательного аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности заказчика в соответствии со статьей 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности".

В п. 7 комментируемой части содержится еще одно изъятие отношений с участием заказчиков, названных в ч. 2 ст. 1 комментируемого Закона, из сферы его регулирования - осуществление заказчиком отбора аудиторской организации для проведения обязательного аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности заказчика в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности".

Правовые основы регулирования аудиторской деятельности установлены Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности". Аудит представляет собой независимую проверку бухгалтерской (финансовой) отчетности аудируемого лица в целях выражения мнения о достоверности такой отчетности. Аудиторская деятельность (аудиторские услуги) определяется как деятельность по проведению аудита и оказанию сопутствующих аудиту услуг, осуществляемая аудиторскими организациями, индивидуальными аудиторами. Аудиторская организация - коммерческая организация, являющаяся членом одной из саморегулируемых организаций аудиторов.

Согласно ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности" обязательный ежегодный аудит проводится в случаях:

- если организация имеет организационно-правовую форму открытого акционерного общества;

- если ценные бумаги организации допущены к обращению на торгах фондовых бирж и (или) иных организаторов торговли на рынке ценных бумаг;

- если организация является кредитной организацией, бюро кредитных историй, организацией, являющейся профессиональным участником рынка ценных бумаг, страховой организацией, клиринговой организацией, обществом взаимного страхования, товарной, валютной или фондовой биржей, негосударственным пенсионным или иным фондом, акционерным инвестиционным фондом, управляющей компанией акционерного инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда или негосударственного пенсионного фонда (за исключением государственных внебюджетных фондов);

- если объем выручки от продажи продукции (продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг) организации (за исключением органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждений, государственных и муниципальных унитарных предприятий, сельскохозяйственных кооперативов, союзов этих кооперативов) за предшествовавший отчетному год превышает 400 миллионов рублей или сумма активов бухгалтерского баланса по состоянию на конец предшествовавшего отчетному года превышает 60 миллионов рублей;

- если организация (за исключением органа государственной власти, органа местного самоуправления, государственного внебюджетного фонда, а также государственного и муниципального учреждения) предоставляет и (или) публикует сводную (консолидированную) бухгалтерскую (финансовую) отчетность;

- в иных случаях, установленных федеральными законами.

К числу таких случаев проведения обязательного аудита, указанных в иных законодательных актах, относятся обязательный аудит бухгалтерской отчетности государственных корпораций (ч. 2 ст. 7.1 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях"), государственных компаний (ч. 8 ст. 7.2 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях"), саморегулируемых организаций (ч. 4 ст. 12 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. N 315-ФЗ "О саморегулируемых организациях"), жилищных накопительных кооперативов (ч. 1 ст. 54 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. N 215-ФЗ "О жилищных накопительных кооперативах"), организаторов и операторов лотереи (ст. 23 Федерального закона от 11 ноября 2003 г. N 138-ФЗ "О лотереях") и др.

Обязательный аудит бухгалтерской (финансовой) отчетности организаций, ценные бумаги которых допущены к обращению на торгах фондовых бирж и (или) иных организаторов торговли на рынке ценных бумаг, иных кредитных и страховых организаций, негосударственных пенсионных фондов, организаций, в уставных (складочных) капиталах которых доля государственной собственности составляет не менее 25 процентов, государственных корпораций, государственных компаний, а также консолидированной отчетности проводится только аудиторскими организациями (ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "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 от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд".

Следует отметить, что включение в ч. 4 ст. 1 комментируемого Закона п. 7 избыточно с учетом содержания положений законодательства, к которым содержится отсылка в указанном пункте (ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности"). Норма, к которой сделана отсылка, устанавливает необходимость заключения соответствующих договоров по итогам размещения заказа в соответствии с положениями Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд". Вместе с тем неприменение комментируемого Закона к осуществлению заказчиком любого размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг в соответствии с Законом N 94-ФЗ уже ранее предусмотрено п. 3 ч. 4 ст. 1 комментируемого Закона. Таким образом, п. 7 ч. 4 ст. 1 комментируемого Закона самостоятельного изъятия из сферы его действия не устанавливает.

Статья 2. Правовая основа закупки товаров, работ, услуг

Комментарий к статье 2

Комментируемая статья устанавливает нормативно-правовую основу закупки товаров, работ, услуг. В отличие от аналогичной статьи Закона N 94-ФЗ (ст. 2), которая озаглавлена как "Законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты Российской Федерации о размещении заказов", она названа "Правовая основа закупки товаров, работ, услуг", что связано с регулированием отношений, в том числе и положением о закупке, которое не относится к числу нормативных правовых актов Российской Федерации.

Комментарий к части 1

Комментируемая часть закрепляет иерархию некоторых нормативных правовых актов, которыми должен руководствоваться заказчик при закупке.

1. Законом установлено, что прямым и непосредственным адресатом нормы ч. 1 ст. 2 об иерархии является заказчик. Это акцентирует внимание заказчиков на том, что их деятельность по размещению заказа должна строиться на новой правовой основе. Формулировка "заказчики руководствуются" обусловлена и тем, что большинство норм Закона устанавливают права и обязанности именно заказчиков. Вместе с тем установленной в комментируемой статье иерархией нормативных правовых актов должны руководствоваться, помимо собственно заказчиков, и участники закупки.

2. Комментируемая часть позволяет выделить следующие уровни в иерархии нормативных правовых актов, регулирующих закупку товаров, работ и услуг:

1) Конституция РФ;

2) Гражданский кодекс РФ;

3) комментируемый Закон и другие федеральные законы;

4) иные нормативные правовые акты РФ;

5) положение о закупке.

К сожалению, указанная иерархия является неполной. Ее следует дополнить международными договорами Российской Федерации. Отсутствие в комментируемой части указания на международные договоры, скорее всего, связано с тем, что настоящий Федеральный закон не регулирует отношения, связанные с закупкой товаров, работ, услуг в соответствии с международным договором Российской Федерации, если таким договором предусмотрен иной порядок определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) таких товаров, работ, услуг (п. 5 ч. 4 ст. 1 Закона, см. [комментарий к ней](#Par227)).

Тем не менее международные договоры могут влиять на реализацию положений Закона не только путем прямого исключения его действия, но и путем установления специальных норм. Так, Правительство РФ вправе установить приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами, с учетом таможенного законодательства Таможенного союза и международных договоров Российской Федерации (подробнее см. [комментарий к ч. 8 ст. 3](#Par624)).

Кроме того, международные договоры, которые необходимо будет учитывать при реализации положений Закона, могут быть приняты в будущем.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" международный договор Российской Федерации - это международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры, в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

В ст. 3 Федерального закона от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" определены виды международных договоров РФ:

- межгосударственные договоры (заключаются от имени Российской Федерации и ратифицируются федеральными законами);

- межправительственные договоры (заключаются от имени Правительства Российской Федерации);

- договоры межведомственного характера (заключаются от имени федеральных органов исполнительной власти или уполномоченных организаций).

Поскольку нормы, касающейся места международных договоров РФ в системе правового регулирования отношений по закупкам товаров, работ, услуг, в комментируемом Законе нет, следует обратиться к ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которой если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Таким образом, коллизии между комментируемым Законом и международными договорами Российской Федерации должны разрешаться в пользу последних. При этом, однако, следует учитывать, что такой приоритет будет характерен только для международных договоров, согласие на обязательность которых было принято в форме федерального закона. Это следует из правовой позиции, сформулированной Верховным Судом РФ в п. 8 Постановления Пленума от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации". Согласно ей правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении законов Российской Федерации. В то же время правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (ч. 4 ст. 15, ст. 90, 113 Конституции РФ).

3. В регулировании отношений по закупке товаров, работ и услуг важная роль принадлежит Конституции РФ.

Во-первых, Конституция РФ содержит ряд базовых принципов регулирования любой экономической деятельности, которые должны учитываться и в закупочной деятельности:

- согласно ч. 1 ст. 8 Конституции РФ в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности;

- ст. 34 Конституции РФ устанавливает, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Во-вторых, в ст. 71 - 73 Конституции РФ закреплены предметы исключительного ведения РФ, совместного ведения РФ и субъектов Федерации. Соответственно для понимания правовой основы закупки товаров, работ, услуг следует определить, к какому ведению (исключительному или совместному) относятся отношения, регулируемые комментируемым Законом.

Поскольку отношения, регулируемые Законом, по своей природе являются гражданско-правовыми, хотя и в значительной мере "отягощенными" публично-правовым элементом, они могут регулироваться только на федеральном уровне (в соответствии с Конституцией РФ установление правовых основ единого рынка (п. "ж" ст. 71), гражданское законодательство (п. "о" ст. 71) отнесены к исключительному ведению РФ). На это указывает и сама формулировка комментируемой части, закрепляющая необходимость руководствоваться в том числе "иными нормативными правовыми актами Российской Федерации".

В соответствии с ч. 1 ст. 76 Конституции РФ по предметам исключительного ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы, имеющие прямое действие на всей территории России.

4. Следует рассмотреть вопрос о месте в нормативно-правовом регулировании отношений по закупкам товаров, работ, услуг Гражданского кодекса РФ, который в комментируемой части по иерархии расположен после Конституции РФ, но перед комментируемым Законом.

Гражданский кодекс РФ и комментируемый Закон являются равнозначными по порядку принятия федеральными законами. Однако согласно ч. 2 ст. 3 ГК РФ гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих гражданские правоотношения, а нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу. Таким образом, Гражданский кодекс РФ обладает иерархическим приоритетом перед Законом лишь в части регулирования гражданско-правовых отношений.

При этом нужно учитывать принципиальное изменение правовой позиции Конституционного Суда РФ по данному вопросу. Ранее Конституционный Суд РФ указывал, например, в Определении от 5 ноября 1999 г. N 182-О "По запросу арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности пунктов 1 и 4 и части 4 статьи 20 Федерального закона о банках и банковской деятельности", что в ст. 76 Конституции Российской Федерации не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае - федеральных законов. Ни один федеральный закон в силу ст. 76 Конституции РФ не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой. Правильный же выбор на основе установления и исследования фактических обстоятельств и истолкование норм, подлежащих применению в конкретном деле, относится не к ведению Конституционного Суда Российской Федерации, а к ведению судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

В 2004 г. правовая позиция Конституционного Суда РФ по данному вопросу изменилась - в Постановлении от 29 июня 2004 г. N 13-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы" указано на допустимость установления законодателем относительной (предметной) иерархии между кодифицированными и текущими федеральными законами в связи с особенностями предмета регулирования, когда законодатель исходит из "особой роли, которую выполняет в правовой системе Российской Федерации кодифицированный нормативный правовой акт, осуществляющий комплексное нормативное регулирование тех или иных отношений" <1> (абз. 4 п. 2.2 мотивировочной части Постановления) <2>.

--------------------------------

<1> "<...> Федеральный законодатель - в целях реализации конституционных принципов правового государства, равенства и единого режима законности, обеспечения государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовной юстиции, кодифицируя нормы, регулирующие производство по уголовным делам, вправе установить приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед иными федеральными законами в регулировании уголовно-процессуальных отношений <...>.

Вместе с тем приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед другими обычными федеральными законами не является безусловным, а ограничен рамками специального предмета регулирования, которым, как это следует из его статей 1 - 7, является порядок уголовного судопроизводства, т.е. порядок производства (досудебного и судебного) по уголовным делам на территории Российской Федерации.

Таким образом, части первая и вторая статьи 7 УПК Российской Федерации не противоречат Конституции Российской Федерации, поскольку содержащиеся в них положения о приоритете Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед иными федеральными законами и нормативными правовыми актами - по их смыслу в системе действующего правового регулирования - не подразумевают разрешение возможных коллизий между данным Кодексом и какими бы то ни было федеральными конституционными законами и распространяются лишь на случаи, когда положения иных федеральных законов, непосредственно регулирующие порядок производства по уголовным делам, противоречат Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации".

<2> Указанная правовая позиция получила подтверждение в последующих решениях Конституционного Суда РФ:

- Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. N 439-О "По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации";

- Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. N 454-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дьячковой О.Г. на нарушение ее конституционных прав пунктами 6 и 14 части первой и частью четвертой статьи 6, пунктом 3 статьи 7, частью второй статьи 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", частью второй статьи 7, пунктом 4 части второй статьи 38, статьями 125, 140 и 146 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации";

- Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. N 371-О-П "Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Васильева Дмитрия Львовича на нарушение его конституционных прав частями первой и второй статьи 7, частью шестой статьи 162 и статьей 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".

5. Кроме комментируемого Закона при закупке товаров, работ, услуг следует руководствоваться и иными федеральными законами. Они должны применяться на основе принципа "специальная норма сильнее общей", который означает, что при возникновении в процессе правового регулирования закупок коллизий вначале следует руководствоваться положениями, специально предназначенными для регулирования данной конкретной сферы, а лишь затем - положениями иных федеральных законов, даже позднее принятых (как сформулировал данный принцип Конституционный Суд РФ в упомянутом Постановлении от 29 июня 2004 г. N 13-П, "независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений").

6. Помимо законов, правовую основу закупок составляют иные нормативные правовые акты, принятые на федеральном уровне. Для квалификации правового акта как нормативного важно учитывать его существенные признаки, сформулированные в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. N 48 (в ред. от 10 июня 2010 г.) "О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части". К их числу относится:

- издание акта в установленном порядке управомоченным органом государственной власти, органом местного самоуправления или должностным лицом;

- наличие в нем правовых норм (правил поведения), обязательных для неопределенного круга лиц, рассчитанных на неоднократное применение, направленных на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений.

В указанном Постановлении Пленум Верховного Суда РФ разграничил две категории нормативных правовых актов:

- акты, являющиеся нормативными по определению (независимо от содержания), - законы;

- акты, нормативность которых оценивается исходя из их содержания (все иные акты), т.е. нормативным правовым актом может быть признан любой документ вне зависимости от наименования, удовлетворяющий указанным выше существенным признакам, причем нормы права могут содержаться не только в тексте основного документа, но и в его приложениях <1>.

--------------------------------

<1> По мнению Верховного Суда РФ, в отдельных случаях о нормативном характере оспариваемого акта могут свидетельствовать различного рода приложения, утвержденные данным актом, в частности типовые, примерные положения (п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. N 48). Причем, как подчеркнул Пленум, отсутствие в самом оспариваемом акте положений нормативного характера не может оцениваться в отрыве от его приложений.

Таким образом, состав иных нормативных правовых актов Российской Федерации не является закрытым. Заинтересованные лица должны самостоятельно определять, является ли конкретный документ, регулирующий правовые отношения в области закупок товаров, работ, услуг, нормативным правовым актом.

Тем не менее в соответствии с Конституцией РФ, ст. 3 Гражданского кодекса РФ можно выделить несколько типичных иных нормативных правовых актов:

- указы Президента РФ (напрямую принятие каких-либо указов Президента РФ по вопросам, предусмотренным комментируемым Законом, не предусмотрено);

- постановления Правительства РФ. В частности, Правительство РФ вправе установить перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме (ч. 4 ст. 3 Закона); приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами, с учетом таможенного законодательства Таможенного союза и международных договоров Российской Федерации, а также особенности участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства (ч. 8 ст. 3 Закона); порядок формирования плана закупки товаров, работ, услуг, порядок и сроки размещения на официальном сайте такого плана, требования к форме такого плана (ч. 2 ст. 4 Закона) и др. (подр. см. [комментарий к ч. 7](#Par763)). Кроме того, Правительство РФ должно в соответствии со ст. 8 Закона (см. [комментарий к ней](#Par1195)) принять ряд постановлений, направленных на обеспечение введения Закона в действие;

- акты федеральных органов исполнительной власти. По вопросам, предусмотренным комментируемым Законом, могут приниматься и нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти. Указанные акты должны соответствовать постановлениям Правительства РФ и вышестоящим нормативным правовым актам.

Так, согласно ч. 3 ст. 1 Закона (см. [комментарий к ней](#Par219)) порядок определения совокупной доли участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в уставном капитале хозяйственных обществ, совокупной доли участия юридических лиц, на которых распространяется действие Закона, в уставном капитале дочерних хозяйственных обществ, совокупной доли участия указанных в п. 2 ч. 2 ст. 1 Закона дочерних хозяйственных обществ в уставном капитале их дочерних хозяйственных обществ, а также порядок уведомления заказчиков об изменении совокупной доли такого участия утверждается федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством РФ, по согласованию с федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с ч. 18 ст. 4 Закона (см. [комментарий к ней](#Par913)) порядок регистрации заказчиков на официальном сайте устанавливается федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством РФ на ведение официального сайта.

7. Следует отметить, что в случае, прямо определенном в ч. 8 ст. 8 Закона (см. [комментарий к ней](#Par1264)), нормативное регулирование отношений по распространению действия Закона на муниципальные унитарные предприятия, муниципальные автономные учреждения и ряд хозяйственных обществ с муниципальным участием может осуществляться и с помощью муниципальных нормативных правовых актов - представительный орган местного самоуправления своим решением может изменить дату введения Закона в отношении организаций с муниципальным участием (1 января 2014 г.) на более раннюю.

8. Наконец, правовое регулирование отношений, предусмотренных Законом, осуществляется положением о закупке, которое по своей правовой природе является локальным нормативным правовым актом и не должно противоречить всем вышеперечисленным нормативным правовым актам (подр. см. [комментарии к ч. 2](#Par329) - [3 настоящей статьи](#Par392)).

Комментарий к части 2

Комментируемая часть определяет обязательные требования к содержанию положения о закупке, т.е. локального нормативного правового акта, регламентирующего закупочную деятельность заказчика и подлежащего размещению на сайте заказчика (до 1 июля 2012 г.) и официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг www.zakupki.gov.ru (после 1 июля 2012 г.) не позднее чем в течение пятнадцати дней со дня его утверждения.

1. В положении о закупке устанавливаются требования к закупке. Содержание требований к закупке конкретизируется в ч. 5, 9, 10 ст. 4 комментируемого Закона (см. [комментарии к ним](#Par745)), которые определяют обязательные сведения, включаемые в документацию о закупке на основании положения о закупке.

В комментируемой части из всех требований к закупке законодатель особо подчеркивает наличие в положении о закупке требований к:

- порядку подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки);

- условиям применения процедур закупки;

- порядку заключения и исполнения договоров;

- иным связанным с обеспечением закупки положениям.

2. Предусмотренные положением о закупке стадии подготовки и проведения закупки должны содержать процедурные требования к совершению заказчиком следующих действий:

- размещение на официальном сайте плана закупки товаров, работ, услуг на срок не менее чем один год (см. [комментарий к ч. 2 ст. 4](#Par715)), за исключением закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции и лекарственных средств (см. [комментарии к ч. 3 ст. 4](#Par722), [ч. 2](#Par1206), [9 ст. 8](#Par1273)). Порядок формирования плана закупки товаров, работ, услуг, порядок и сроки размещения на официальном сайте такого плана, требования к его форме устанавливаются Правительством Российской Федерации (см. [комментарий к ч. 2 ст. 4](#Par715));

- выбор способа закупки (конкурс, аукцион или иной способ закупки), предусмотренный положением о закупке при наличии в таком положении порядка закупки указанным способом (см. [комментарий к ч. 3 ст. 3](#Par509)). При этом, в отличие от Закона N 94-ФЗ, комментируемый Закон не устанавливает требование о проведении аукциона исключительно в электронной форме, в то же время ч. 4 ст. 3 (см. [комментарий к ней](#Par562)) дает Правительству РФ право установить перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме;

- разработка, утверждение и размещение на официальном сайте (а при желании заказчика - и на сайте заказчика в информационно-телекоммуникационной сети Интернет) извещения и документации о проведении закупки, включающих в себя сведения, определенные ч. 5, 9, 10 ст. 4 Закона (см. [комментарии к ним](#Par745));

- размещение на официальном сайте изменений, вносимых в извещение, документацию о закупке, разъяснений документации о закупке (см. [комментарий к ч. 11 ст. 4](#Par852));

- предоставление документации о закупке всем заинтересованным лицам (см. [комментарий к п. 6 ч. 9 ст. 4](#Par794));

- прием заявок на участие в закупке (см. [комментарий к п. 8 ч. 10 ст. 4](#Par836));

- подведение итогов закупки (см. [комментарий к п. 11 ч. 10 ст. 4](#Par848));

- подписание договора с победителем закупки;

- составление и размещение заказчиком на официальном сайте протоколов, составляемых в ходе закупки (см. [комментарий к ч. 12 ст. 4](#Par862));

- размещение на официальном сайте не позднее 10-го числа месяца, следующего за отчетным месяцем, сведений о количестве и об общей стоимости договоров, заключенных заказчиком по результатам закупки товаров, работ, услуг; закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика); закупки, сведения о которой составляют государственную тайну или в отношении которой приняты решения Правительства Российской Федерации в соответствии с ч. 16 ст. 4 (см. [комментарий к ч. 19 ст. 4](#Par920)).

3. Условия применения процедур закупки следует отнести к одному из ключевых вопросов правового регулирования закупок с точки зрения достижения целей комментируемого Закона.

Условия применения процедур закупки - это установленные заказчиком в положении о закупке отдельные требования к процедуре закупки или их совокупность, соответствие которым делает возможным применение конкретного способа закупки, определяют процедурные особенности этого способа, включая порядок определения победителя.

Установление условий применения процедур закупки в положении о закупке исходя из информационной доступности плана закупок и положения о закупке дает возможность ориентироваться потенциальным участникам закупок в выборе заказчиком способа закупки товаров, работ, услуг в зависимости от их вида, цены договора и т.д.

Процедурные особенности проведения закупки тем или иным способом, в том числе порядок определения победителя закупки, устанавливаются в положении о закупке применительно к каждому из указанных в положении способов закупки.

Если в Законе N 94-ФЗ (ч. 4 ст. 10) выбор способа размещения заказа строго регламентирован на законодательном уровне, то в комментируемом Законе условия применения того или иного способа закупки определяются по усмотрению заказчика. Комментируемый Закон по этому вопросу:

- устанавливает принципы, которыми должен руководствоваться заказчик (см. [комментарий к ч. 1 ст. 3](#Par411));

- оставляет открытым перечень способов закупки, однако указывается на конкурс и аукцион, открытый конкурс и открытый аукцион как на способы закупки (см. [комментарии к ч. 2](#Par476), [3 ст. 3](#Par509), [ч. 9 ст. 4](#Par779));

- запрещает закупку свыше 100 тысяч рублей (для некоторых видов заказчиков свыше 500 тысяч рублей) у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) (см. [комментарий к ч. 15 ст. 4](#Par880));

- возлагает на заказчика обязанность информировать о применении тех или иных видов и (или) способов закупки (см. [комментарий к ч. 19 ст. 4](#Par920)).

Свобода усмотрения заказчика при определении условий применения процедур закупки, с одной стороны, предполагает достаточно высокий уровень корпоративной ответственности заказчика, а также его ответственность перед учредителем, вышестоящей организацией, однако, с другой стороны, создает благоприятную среду для злоупотреблений со стороны недобросовестных заказчиков, поскольку делает возможным установить в положении о закупке процедуры, которые создадут дополнительный барьер для одних и преимущественные условия для других участников закупки. Например, формально по букве закона нет препятствий для установления в положении о закупке таких процедур, связанных с квалификационным отбором, что поставщиком (исполнителем) может быть только один конкретный участник.

Думается, что условия применения процедур закупки должны быть более детально урегулированы комментируемым Законом. Именно в этом случае они сделают возможным эффективно бороться со всякого рода злоупотреблениями со стороны недобросовестных заказчиков. При отсутствии конкретного правового регулирования условий применения процедур закупки участники закупки, контролирующие органы (в том числе правоохранительные) будут испытывать острый дефицит в эффективных правовых средствах для противодействия различного рода злоупотреблениям в этой сфере.

К сожалению, содержание таких средств в комментируемом Законе крайне незначительно. Комментируемый Закон не устанавливает специальной юридической ответственности за нарушение его норм (см. [комментарий к ст. 7](#Par1167)). Не подкреплен никакими принудительными мерами и административный порядок обжалования действий заказчика (см. [комментарий к ч. 10 ст. 3](#Par679)) и т.д.

В распоряжении участников и контролирующих органов в ситуации, описанной в приведенном выше примере (а также в иных случаях, когда положение о закупке не содержит конкретных правил заключения, исполнения договора и т.д. либо содержит такие правила, которые нарушают принципы закупки), по сути, имеется одно правовое средство - судебное обжалование (оспаривание) положения о закупке со ссылкой на нарушение принципов информационной открытости, отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, эффективного расходования денежных средств. Насколько действенным будет это средство либо все же законодатель введет более конкретное регулирование, покажет практика применения комментируемого Закона.

4. Комментируемый Закон не устанавливает обязательных требований к порядку заключения и исполнения договоров, заключаемых по результатам проведения закупки, предоставляя заказчикам самостоятельно определить такой порядок в положении о закупке. В ч. 5 ст. 4 Закона (см. [комментарий к ней](#Par745)) установлено, что проект договора подлежит обязательному размещению заказчиком на официальном сайте наряду с иной информацией о закупке. Иных положений, конкретизирующих порядок заключения договора, комментируемый Закон не содержит.

Вместе с тем порядок заключения и исполнения договоров, заключаемых по результатам проведения закупки в соответствии с комментируемым Законом, в силу ч. 1 комментируемой статьи не должен противоречить нормативным правовым актам Российской Федерации, регулирующим отношения, связанные с заключением договоров.

Обязательство заключить договор представляет собой вид гражданско-правовых обязательств, принципами исполнения которых являются реальное и надлежащее исполнение. Применительно к заключению договора по результатам проведения закупки эти принципы означают, что стороны обязаны совершить все предусмотренные положением о закупке действия, направленные на заключение договора, в порядке и в сроки, которые установлены таким положением.

Договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора - условиям о предмете, условиям, которые названы в Законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также всем тем условиям, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (ч. 1 ст. 432 ГК РФ).

Договор по результатам проведения закупки, как будет аргументировано ниже (см. [п. 6 комментария к ч. 3 ст. 3](#Par549)), заключается в обязательном порядке (ст. 445 ГК РФ).

При заключении договора по результатам проведения закупки, как и при заключении государственного и муниципального контракта в порядке, установленном Законом N 94-ФЗ, исключаются какие-либо разногласия относительно условий договора со стороны победителя закупки. По общему правилу направление участником закупки заказчику протокола разногласий рассматривается как уклонение от заключения договора и является основанием для внесения сведений о таком участнике в реестр недобросовестных поставщиков (подр. см. [комментарий к ч. 2 ст. 5](#Par952)).

В самом общем виде порядок заключения договора по результатам закупки аналогичен порядку заключения государственного или муниципального контракта и включает в себя направление заказчиком проекта договора поставщику (исполнителю), подписание его последним и возвращение одного экземпляра заказчику.

Заказчик в положении о закупке и в соответствии с этим положением в документации о закупке вправе конкретизировать порядок заключения договора и определить место, сроки и порядок его подписания. При нарушении сроков подписания победителем закупки договора (при непредставлении победителем закупки заказчику подписанного в установленный заказчиком срок договора) такой победитель также может быть признан уклонившимся от заключения договора (см. [комментарий к ч. 2 ст. 5](#Par952)).

5. Комментируемая часть требует определения в положении о закупке порядка исполнения договора.

Под исполнением обязательства понимается совершение должником в пользу кредитора конкретных действий, которые вытекают из содержания конкретной обязанности <1>. При исполнении обязательства действия должника должны соответствовать условиям обязательства и требованиям закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - обычаям делового оборота или иным обычно предъявляемым требованиям (ст. 309 ГК РФ).

--------------------------------

<1> См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. В 3 т. Т. 1. М.: Проспект, 2005. С. 620.

Исполнение обязательства должно быть произведено надлежащими лицами: надлежащим должником надлежащему кредитору. Как правило, стороны договора выступают субъектами его исполнения. Стороны в обязательстве могут быть представлены несколькими лицами (ч. 1 ст. 308 ГК РФ). Комментируемый Закон подчеркивает возможность множественности лиц в обязательстве, устанавливая, что участником закупки может быть несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки (см. [комментарий к ч. 5 ст. 3](#Par569)).

Появление лиц, не участвовавших в заключении договора, возможно на стадии его исполнения. В отличие от Закона N 94-ФЗ (ч. 6.1 ст. 9), комментируемый Закон не вводит запрета на перемену поставщика (исполнителя, подрядчика) при исполнении договора, однако такой запрет может быть предусмотрен положением о закупке и документацией о закупке.

Сроком исполнения договорного обязательства является день его исполнения или период времени, в течение которого оно должно быть исполнено. Соответственно обязательство подлежит исполнению в этот день или в любой момент в пределах такого периода (п. 1 ст. 314 ГК РФ). При этом должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа (ст. 315 ГК РФ).

Место исполнения обязательства определяется договором. Если же оно не определено договором или законом либо иным правовым актом и не явствует из обычаев делового оборота или существа обязательства, исполнение должно осуществляться:

- по обязательству передать земельный участок, здание, сооружение или другое недвижимое имущество - в месте нахождения имущества;

- по обязательству передать товар или иное имущество предусматривающему его перевозку - в месте сдачи имущества первому перевозчику для доставки его кредитору;

- по другим обязательствам предпринимателя передать товар или иное имущество - в месте изготовления или хранения имущества, если это место было известно кредитору в момент возникновения обязательства;

- по денежному обязательству - в месте нахождения заказчика в момент возникновения обязательства; если заказчик к моменту исполнения обязательства изменил место нахождения и известил об этом контрагента - в новом месте нахождения с отнесением на счет заказчика расходов, связанных с переменой места исполнения;

- по всем другим обязательствам - в месте нахождения заказчика (ст. 316 ГК РФ). Место исполнения обязательства определяет место приемки, место составления приемо-сдаточных документов, влияет на распределение расходов по доставке, подсудность спора (п. 4 ст. 36 АПК РФ, п. 9 ст. 29 ГПК РФ).

Исполнение обязательства включает в себя такие этапы, как принятие предмета обязательства во владение, проверку предмета обязательства с количественной и качественной стороны, признание обязанности исполненной <1>.

--------------------------------

<1> См.: Толстой В.С. Исполнение обязательств. М.: Юрид. лит., 1973. С. 130.

Для эффективного и своевременного исполнения договоров в положении о закупке и в документации о закупке целесообразно установить этапы поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг, что позволит заказчику эффективно отслеживать ход исполнения договора и контролировать действия поставщика (подрядчика, исполнителя). Также в интересах заказчика следует установить правила приемки товаров, работ, услуг, проверки на соответствие их количества, комплектности, объема и качества требованиям, установленным в договоре. Подробная регламентация этих вопросов в положении о закупке, документации о закупке и в самом договоре крайне важна во избежание последующих споров.

6. Включение в положение о закупке иных связанных с обеспечением закупки норм не является обязательным требованием к содержанию положения о закупке товаров, работ, услуг и осуществляется по усмотрению заказчика. Так, в целях защиты заказчика от действий недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) заказчик вправе установить в положении о закупке, в документации о закупке условие об обеспечении исполнения обязательств. Комментируемый Закон не называет размеры и способы обеспечения исполнения обязательств по договору, в этой связи исполнение обязательств может обеспечиваться всеми возможными способами, в установленном по усмотрению заказчика размере: неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором (п. 1 ст. 329 ГК РФ).

Другим примером норм, связанных с обеспечением исполнения договора, заключаемого по результатам закупки, может служить условие об ответственности поставщика (исполнителя, подрядчика) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, предусмотренного договором.

Комментарий к части 3

Комментируемая часть определяет органы юридических лиц, к компетенции которых отнесено утверждение положения о закупке товаров, работ, услуг.

1. В соответствии с п. 3.1 ст. 7.1, п. 7 ст. 7.2 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" высшим органом управления государственной корпорации и государственной компании является совет директоров или наблюдательный совет государственной корпорации.

Так, в Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом" в состав наблюдательного совета корпорации входят девять членов, в том числе восемь - представители Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, а также генеральный директор корпорации, являющийся членом наблюдательного совета корпорации по должности (ч. 2 ст. 23 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. N 317-ФЗ "О Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом").

2. Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях" руководство деятельностью унитарного предприятия возлагает на единоличный исполнительный орган - руководителя унитарного предприятия (директора, генерального директора), который назначается собственником имущества унитарного предприятия, подотчетен собственнику имущества унитарного предприятия, действует от имени унитарного предприятия без доверенности, в том числе представляет его интересы, совершает в установленном порядке сделки от имени унитарного предприятия и т.д. (п. 1 ст. 21). В соответствии с нормой комментируемой статьи руководитель государственного или муниципального предприятия утверждает положение о закупке.

3. Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. N 174-ФЗ "Об автономных учреждениях" предусматривает наличие в автономном учреждении наблюдательного совета, который создается в составе не менее чем пяти и не более чем одиннадцати членов. В состав наблюдательного совета автономного учреждения входят представители учредителя автономного учреждения, представители исполнительных органов государственной власти или представители органов местного самоуправления, на которые возложено управление государственным или муниципальным имуществом, и представители общественности, в том числе лица, имеющие заслуги и достижения в соответствующей сфере деятельности. В состав наблюдательного совета автономного учреждения могут входить представители иных государственных органов, органов местного самоуправления, представители работников автономного учреждения (ст. 10). Комментируемая часть статьи 2 Закона добавляет в компетенцию наблюдательного совета автономного учреждения полномочие об утверждении им положения о закупке.

4. Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" устанавливает компетенцию совета директоров (наблюдательного совета) и допускает возможность отнесения к полномочиям совета директоров (наблюдательного совета) иных вопросов, указанных в этом Законе или в уставе (п. 18 ч. 1 ст. 65). В силу норм, закрепленных в комментируемой части статьи 2 Закона, совет директоров (наблюдательный совет) акционерных обществ должен утверждать положение о закупке.

Если уставом хозяйственного общества предусмотрено осуществление функций совета директоров (наблюдательного совета) общим собранием акционеров хозяйственного общества, положение о закупке утверждается коллегиальным исполнительным органом акционерного общества, который согласно п. 8 ч. 1 ст. 48 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" образуется общим собранием акционеров.

5. Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" к компетенции общего собрания участников общества относит решение иных вопросов, предусмотренных настоящим Федеральным законом или уставом общества (п. 13 ч. 2 ст. 33). В соответствии с комментируемой частью общее собрание членов общества с ограниченной ответственностью должно утвердить положение о закупке.

6. Отметим, что при утверждении положения о закупке на членов совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества, членов общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью возлагается обязанность руководствоваться в своих действиях принципами добросовестности и разумности (ч. 1 ст. 71 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах", ч. 1 ст. 44 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью").

7. Технико-юридическим недостатком комментируемой части является ее вмешательство в сферы действия приведенных выше Законов об отдельных видах юридических лиц без внесения в них дополнений, касающихся нового полномочия органов этих юридических лиц по утверждению положения о закупке (что было бы правильнее). Это может создать правовую неопределенность, если в уставы соответствующих юридических лиц не будут своевременно внесены соответствующие изменения, касающиеся полномочий их органов по утверждению положения о закупке.

Статья 3. Принципы и основные положения закупки товаров, работ, услуг

Комментарий к статье 3

Комментируемая статья носит рамочный характер, поскольку задает общие условия осуществления закупочной деятельности. Ее положения в целом отличаются высокой степенью нормативной обобщенности, даже абстрактности, предоставляя заказчику широкие полномочия по правовому регулированию на локальном уровне. Для сравнения сходным по предмету правового регулирования вопросам при размещении государственных и муниципальных заказов в Законе N 94-ФЗ посвящено более 30 достаточно конкретных по своему содержанию статей.

Комментарий к части 1

Комментируемая часть устанавливает принципы правового регулирования закупки товаров, работ, услуг.

1. Принципы закупки товаров, работ, услуг - это особые самостоятельные нормативные средства правового регулирования отношений в сфере закупки товаров, работ, услуг. Эти принципы - разновидность принципов права (правового регулирования, правовых принципов), на которых основывается правовое воздействие на общественные отношения, регулируемые комментируемым Законом.

Принципы закупки товаров, работ, услуг - это основополагающие начала, руководящие требования к деятельности всех субъектов (участников) процесса закупки, прежде всего заказчика.

Принципам присущи высшая степень всеобщности и универсальности, стабильность и долговременность действия, обеспечение единства и внутренней непротиворечивости правового регулирования. Принципы обладают способностью прямо, минуя конкретизацию в правовых нормах, регулировать общественные отношения <1>.

--------------------------------

<1> См.: Шафиров В.М. Указ. соч. С. 28.

Особое значение принципов как нормативно-регулятивного средства в регламентации отношений, связанных с закупкой товаров, работ, услуг, обусловлено рамочным характером многих положений комментируемого Закона - нетрудно заметить, что в нем отсутствует детальная регламентация многих вопросов и процедур (в отличие от Закона N 94-ФЗ), и именно принципы, закрепленные в комментируемом Законе, наряду с целями правового регулирования призваны унифицировать характер воздействия на общественные отношения и служить "критериями оценки правильности предпринимаемых правотворческих и правореализационных решений" <1> в процессе закупочной деятельности.

--------------------------------

<1> См.: Матузов Н.И., Малько А.В., Шундиков К.В. Правовая политика современной России: предлагаем проект для обсуждения // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. N 1. С. 16.

В Законе N 94-ФЗ, в отличие от комментируемого Закона, перечень принципов прямо не закреплен, установлены только цели правового регулирования размещения государственных и муниципальных заказов. При этом отдельные из целей Закона N 94-ФЗ созвучны с принципами, закрепленными в комментируемой части: "обеспечение гласности и прозрачности размещения заказов" в Законе N 94-ФЗ представлено в виде принципа "информационной открытости закупки" в комментируемом Законе; "эффективное использование средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования" отражено как "принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств".

2. Принцип информационной открытости закупки. Информационная открытость является одним из основных условий закупочной деятельности, регулируемой комментируемым Законом. Принцип информационной открытости закупки базируется на общеправовом принципе доступности правовой информации (ч. 3 ст. 15 Конституции РФ) и закреплен в нормах международного права. Так, ст. 8 Соглашения между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией от 9 декабря 2010 г. "О единых принципах и правилах конкуренции" устанавливает, что принцип информационной открытости обеспечивается государствами-участниками посредством размещения сведений в средствах массовой информации и сети Интернет.

Содержание принципа информационной открытости закупки в деятельности заказчика включает как минимум следующие требования:

- доступность для потенциальных участников закупки положения о закупке (ч. 1 ст. 4 Закона);

- доступность для потенциальных участников закупки информации как об актуальных, так и планируемых закупках (ч. 2 ст. 3, ч. 2 - 3, 5, 11 - 12 ст. 4 Закона);

- доступность информации о закупках для контролирующих органов (ч. 19 ст. 4 Закона);

- бесплатность информации о закупках (ч. 14, 18 ст. 4 Закона).

С учетом современного развития информационных технологий наиболее эффективно принцип информационной открытости может быть обеспечен посредством размещения информации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, поэтому вся информация о закупках, подлежащая обязательному размещению в соответствии с комментируемым Законом, должна быть размещена заказчиком на официальном сайте www.zakupki.gov.ru. Выбор данного сайта обусловлен необходимостью создания единого информационного пространства для единого рынка товаров, работ, услуг (как для закупок в порядке комментируемого Закона, так и размещения государственных и муниципальных заказов - согласно Закону N 94-ФЗ информация о размещении заказов публикуется государственными и муниципальными заказчиками на официальном сайте www.zakupki.gov.ru).

Помимо официального сайта, согласно ч. 7 ст. 4 Закона (см. [комментарий к ней](#Par763)) заказчик дополнительно вправе разместить информацию о плане закупок на собственном сайте в сети Интернет.

Исключения из принципа информационной открытости закупки указаны в ч. 15 ст. 4 (см. [комментарий к ней](#Par880)). К ним законодатель отнес сведения о закупке, составляющие государственную тайну, а также сведения о закупке, по которым принято решение Правительства РФ в соответствии с ч. 16 ст. 4 (см. [комментарий к ней](#Par903)).

3. Принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. В п. 2 комментируемой части закреплен ряд принципов правового регулирования закупок, близких по своему характеру, частично совпадающих по содержанию, но в то же время отличающихся друг от друга. Основное их содержание заключается в следующем.

Принцип равноправия по отношению к участникам закупки представляет собой конкретизацию общеправового принципа равенства всех перед законом и судом (принципа формального юридического равенства) и заключается в обращенном к заказчику требовании обеспечить равные права, равные возможности для всех участников закупки (равный доступ к информации, равные условия участия в закупке и т.д.), равное отношение к ним на всех стадиях процедуры закупки, указывает на недопустимость избирательного подхода к тем или иным участникам закупки.

Принцип справедливости по отношению к участникам закупки, закрепленный в комментируемой части статьи 3 Закона, также представляет собой конкретизацию применительно к закупочной деятельности общеправового принципа справедливости и предполагает требование обеспечивать, с одной стороны, равенство всех участников закупки как субъектов права, а с другой - требование разумной и обоснованной их дифференциации ("равное - равным; неравное - неравным") <1>. На принципе справедливости базируются многие нормы комментируемого Закона о возможности установления заказчиком различных требований к участникам закупки (о квалификации, опыте работы и пр.), правовых льгот для определенных категорий участников закупки (например, субъектов малого и среднего предпринимательства), а также правовых приоритетов для определенных видов товаров, работ, услуг (например, ч. 8 комментируемой статьи) и т.д.

--------------------------------

<1> Толкование принципа справедливости связано с понятиями соразмерности, разумной и обоснованной дифференциации объема прав, льгот, гарантий, которые предоставляются отдельным категориям граждан. Как отметил Конституционный Суд РФ, принцип равенства всех перед законом гарантирует одинаковые права и обязанности для субъектов, относящихся к одной категории, и не исключает возможность установления различных условий для различных категорий субъектов права. Вместе с тем такие различия не могут устанавливаться произвольно, они должны основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов (Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. N 7-П "По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ "АвтоВАЗ" и "Комбинат "Североникель", обществ с ограниченной ответственностью "Верность", "Вита-Плюс" и "Невско-Балтийская транспортная компания", товарищества с ограниченной ответственностью "Совместное российско-южноафриканское предприятие "Эконт" и гражданина А.Д. Чулкова"). Конституционный Суд РФ, как правило, упоминает принцип справедливости в одной строке с принципом равенства, так как речь идет об известной проблеме "несправедливого равенства и справедливого неравенства" и принцип равенства должен рассматриваться в единстве с принципом справедливости в значении разумной дифференциации, поскольку сам по себе принцип равенства недостаточен для вынесения обоснованного и справедливого решения. (См.: Пресняков М.В. Конституционная концепция принципа справедливости / Под ред. Г.Н. Комковой. М.: ДМК "Пресс", 2009 // Информационная система "КонсультантПлюс".)

Выделение в самостоятельный принцип "отсутствие дискриминации по отношению к участникам закупки" вряд ли оправданно, поскольку его содержание охватывается принципами равноправия и справедливости - речь идет о недопустимости неравных действий заказчика в отношении тех или иных участников закупки, которые приводят к разным правовым последствиям для них.

Принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки является новеллой. Понятие "необоснованное ограничение конкуренции" до принятия комментируемого Закона не было известно российскому праву <1>. Напротив, ограничение конкуренции законодательством рассматривается как неправомерное действие.

--------------------------------

<1> Сам термин "недопустимость необоснованных ограничений конкуренции участников (товаров)" впервые встречается в Бюджетном послании Президента РФ Федеральному собранию от 29 июня 2011 года "О бюджетной политике в 2012 - 2014 годах" (Парламентская газета. N 32. 2011. 1 - 7 июля).

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" в ст. 4 определил признаки ограничения конкуренции, отнеся к таковым:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;

- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;

- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;

- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;

- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Согласно ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции", в которой установлены антимонопольные требования к торгам, требования к торгам, запросу котировок цен на товары, при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок) запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе:

- координация организаторами торгов, запроса котировок или заказчиками деятельности его участников;

- создание участнику торгов, запроса котировок или нескольким участникам торгов, запроса котировок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;

- нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок;

- участие организаторов торгов, запроса котировок или заказчиков и (или) работников организаторов торгов, запроса котировок или работников заказчиков в торгах, запросе котировок.

Вместе с тем из п. 2 комментируемой части, закрепляющего принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции, следует, что действия заказчика, содержащие в себе перечисленные выше признаки ограничения конкуренции, могут быть признаны и обоснованными.

Для признания ограничения конкуренции обоснованным потребуется наличие определенных обстоятельств (причин, условий), исходя из которых допустимо ограничение конкуренции. Однако данные обстоятельства ни в комментируемом Законе, ни в каких-либо действующих в настоящее время иных нормативных правовых актах не раскрываются.

К таким обстоятельствам, по-видимому, могут быть отнесены закупки в особых условиях (закупки, необходимость которых вызвана действием непреодолимой силы, закупки при обоснованной необходимости приобретения (разработки) уникального оборудования и т.п.). При этом обязанность "обосновать обоснованность" ограничения конкуренции лежит на заказчике.

Принцип отсутствия необоснованных ограничений конкуренции в отношении участников закупки носит явно выраженный оценочный характер и требует конкретизации в виде стандартов оценки, выработанных судебной практикой. Вместе с тем закрепление рассматриваемого принципа (при том, что запретов и ограничений, связанных с требованиями к участникам, указанию товарных знаков и т.д., характерных для размещения государственных и муниципальных заказов, комментируемый Закон не содержит) означает появление правового средства для борьбы с "формальными закупками", победитель которых тем или иным образом определен заранее.

В связи с этим нельзя не отметить технико-юридический недостаток в самом текстуальном закреплении принципа, который выражен в словах "в отношении участников закупки". Языковое толкование такой формулировки может привести к ограничительному результату - запрету только на установление ограничивающих конкуренцию требований к участникам закупки (квалификации, опыта, наличия финансовых и других ресурсов), но не к предмету закупки (конкретному товару, работе, услуге, при формировании лотов из нескольких видов товаров, работ, услуг) либо к иным формулировкам документации о закупке, которые в своей совокупности могут свидетельствовать о "формальном характере" закупки, легализующем уже принятое заказчиком решение о закупке конкретных товаров, работ, услуг конкретного поставщика (исполнителя). Толкование же данного принципа в его системной связи с целями правового регулирования, закрепленными в комментируемом Законе, целями и принципами антимонопольного законодательства, функциональное толкование с учетом современных потребностей общества и государства в преодолении коррупционных составляющих в процессе осуществления закупок не дают оснований для сужения действия принципа отсутствия необоснованных ограничений конкуренции только требованиями к участникам закупки. Законодателю в комментируемой части статьи 3 Закона следовало бы после слов "необоснованных ограничений конкуренции" либо исключить слова "в отношении участников закупки", либо дополнить словами "в отношении участников закупки путем установления требований к участникам закупки, к товарам, работам, услугам, формированию лотов, а также любым иным способом". Насколько эффективным правовым средством будет рассматриваемый принцип в действующей формулировке, покажет практика его применения.

4. Принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика (далее - принцип целевого и экономически эффективного расходования денежных средств), своим содержанием имеют два требования - целевое и эффективное расходование.

Характеризуя содержание первого требования, следует отметить, что требование целевого расходования денежных средств адресовано бюджетным законодательством субъектам правоотношений при использовании бюджетных средств. На сегодняшний момент в законодательстве нет понятия "целевое использование бюджетных средств", оно может быть выведено путем толкования "от противного" ст. 289 Бюджетного кодекса РФ, которая определяет понятие "нецелевое использование бюджетных средств" как направление и использование бюджетных средств на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом, бюджетной росписью, уведомлением о бюджетных ассигнованиях, сметой доходов и расходов либо иным правовым основанием их получения.

Понятие "целевое расходование денежных средств", аналогичное "целевому использованию бюджетных средств", неприменимо в полной мере к расходованию средств заказчиков, указанных в комментируемом Законе, поскольку субъекты правоотношений, указанные в его ч. 2 ст. 1, денежные средства в большинстве случаев получают не в виде бюджетных ассигнований, а по иным правовым основаниям, либо зарабатывают самостоятельно, и условия их расходования определяются документами (бизнес-планами, сметой расходов и т.п.), которые утверждаются либо самим заказчиком (как правило, его коллегиальным органом управления), либо учредителем, вышестоящей организацией. Кроме того, в отличие от получателей бюджетных средств, заказчики, указанные в ч. 2 ст. 1 Закона, не несут административной и уголовной ответственности за нецелевое использование денежных средств. Таким образом, целевым расходованием денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг следует признавать расходование на цели, определенные самим заказчиком, санкционированные учредителем, вышестоящей организацией, нецелевым - расходование на явно выходящие за определенные в таком порядке цели.

Требование экономически эффективного расходования денежных средств предполагает, что при приобретении товаров, работ, услуг заказчик должен минимизировать свои издержки. Основным критерием экономической эффективности выступает цена договора, как начальная максимальная, так и итоговая, определенная по результатам закупки, а также порядок ее формирования - в цену договора должны закладываться все издержки заказчика (связанные с доставкой товара, выполнением работ, оказанием услуг, налоги, сборы, таможенные платежи, страхование, транспортные расходы, монтаж, ввод в эксплуатацию, обучение персонала, разгрузка транспортного средства и т.п.). Кроме того, в документации о закупке с точки зрения экономически эффективного расходования денежных средств в ряде случаев целесообразно предусмотреть дополнительные обязательства, возлагаемые на победителя, но не оплачиваемые отдельно заказчиком. Так, при поставке оборудования в качестве дополнительного обязательства поставщика (не оплачиваемого заказчиком) могут быть монтаж и ввод в эксплуатацию оборудования, обучение работе с оборудованием персонала заказчика и оплата не по получении товара (подписания сторонами акта приема-передачи), а после монтажа и ввода в эксплуатацию оборудования, что будет подтверждаться соответствующим актом ввода в эксплуатацию.

Требование экономически эффективного расходования денежных средств предполагает нахождение заказчиком золотой середины между ценой и неценовыми характеристиками закупки, такими, как качество товара, работы, услуги, срок и объем предоставляемых гарантий, эксплуатационные затраты (затраты, которые необходимы для поддержания работоспособности продукции, "стоимость жизненного цикла" продукции), сроки поставки товара, выполнения работ, оказания услуг и т.д.

В целях обеспечения требования экономически эффективного расходования денежных средств в комментируемый Закон следовало бы включить нормы, аналогичные предусмотренным в ст. 19.1 Закона N 94-ФЗ об обязанности заказчика обосновывать начальную максимальную цену договора, а также с учетом судебной практики, научных исследований попытаться разработать и законодательно закрепить критерии экономической эффективности расходования денежных средств.

До установления таких критериев эффективности при оценке экономической эффективности расходования денежных средств заказчики могут ориентироваться на содержание принципа результативности и эффективности использования бюджетных средств, закрепленного в ст. 34 БК РФ, согласно которому при составлении и исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий должны исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств.

5. Принцип отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки. Ключевым в содержании указанного принципа является понятие "неизмеряемые требования". Комментируемый Закон, в отличие от Закона N 94-ФЗ, не регламентирует обязательные требования к участнику заказа, предоставляя право заказчику устанавливать их при условии их измеримости.

Из формулировки комментируемой части следует, что законодатель выделяет два вида требований - измеряемые и неизмеряемые.

В п. 9 ст. 3 Межправительственного соглашения Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках", ратифицированного Федеральным законом от 11 июля 2011 г. N 176-ФЗ "О ратификации Соглашения о государственных (муниципальных) закупках", установлен запрет на включение в национальное законодательство государств - участников Соглашения, в условия закупок любых неизмеряемых количественно и (или) неадминистрируемых требований к поставщикам и потенциальным поставщикам, а также запрет на произвольный допуск потенциальных поставщиков к закупкам <1>. Что имеется в виду под "неадминистрируемыми" требованиями, не вполне понятно. По-видимому, речь идет о таких требованиях, содержание которых неопределенно, неформализованно либо в принципе не поддается формализации (размытых, неточных), из которых участнику закупки неясно, что от него требуется. Поскольку комментируемый Закон, в отличие от Соглашения от 9 декабря 2010 г., не делает оговорки "количественно" применительно к неизмеряемым требованиям, термин "неизмеряемые" требования применим в отношении как качественных, так и количественных характеристик.

--------------------------------

<1> Термин "неадминистрируемые" требования использован и в пояснительной записке к законопроекту наряду с термином "неизмеряемые".

Неизмеряемыми требованиями в контексте комментируемого Закона могут быть те требования, которые не могут быть в достаточной степени формализованы и (или) не могут быть документально подтверждены и (или) не могут применяться в равной степени ко всем участникам заказа (прежде всего, это относится к формулировке заказчиком требований к деловой репутации участника, его финансовым, трудовым ресурсам, производственным мощностям и т.п.). Думается, что принцип недопустимости установления неизмеряемых требований должен толковаться расширительно - охватывать не только требования к участнику, но и требования к товарам, работам, услугам, а также требования к критериям оценки и сопоставления заявок участников (см. [комментарий к ч. 6 настоящей статьи](#Par602)).

Комментарий к части 2

В комментируемой части для целей настоящего Закона определены такие способы закупки, как конкурс и аукцион, а также установлен срок размещения на официальном сайте извещений об их проведении.

1. Нормы комментируемой части ст. 3 Закона основаны на положениях ГК РФ, устанавливающих правила проведения торгов, предметом которых является право на заключение договора (ст. 447 - 449 ГК РФ). В соответствии с ч. 2 ст. 448 ГК РФ, предусматривающей, что в извещении о предстоящих торгах должен быть указан предоставляемый для этого срок, в комментируемой части статьи 3 Закона регламентирован срок размещения извещений о проведении конкурса или аукциона - не менее чем за двадцать дней до дня окончания подачи заявок на участие (этот срок является специальным и отличается от установленного ч. 3 ст. 448 ГК РФ 30-дневного срока).

Толкование данного положения в системной связи с ч. 5 ст. 4 Закона приводит к выводу о том, что не менее чем за двадцать дней на официальном сайте должен быть размещен и проект договора, заключаемого по результатам конкурса или аукциона, поскольку он является неотъемлемой частью извещения о закупке (см. [комментарий к ч. 5 ст. 4](#Par745)).

При этом Законом не устанавливается минимальный срок размещения извещений в отношении иных, кроме конкурса и аукциона, способов закупки. На практике это может приводить к злоупотреблениям со стороны недобросовестных заказчиков в виде установления неразумно коротких сроков размещения извещений (1 - 2 дня до дня окончания подачи заявок). В то же время, поскольку информационная открытость закреплена в качестве правового принципа закупки, явное сокращение сроков размещения извещений должно рассматриваться как существенное нарушение правил проведения торгов и влечь признание судом торгов недействительными по иску заинтересованного лица, применение иных мер к недобросовестным заказчикам.

2. Конкурс - это такой способ закупки (торгов), при котором победитель определяется по совокупности условий исполнения договора, которые должны быть лучшими по сравнению с совокупностью таких условий, предложенных иными участниками закупки.

Конкурс как способ закупки целесообразно применять для закупки технически сложной продукции (технологического оборудования, сложных приборов и т.д.), для товаров, изготавливаемых под конкретный заказ, а также работ и услуг по индивидуальным потребностям заказчика.

Условиями исполнения договора (в широком смысле <1>) при проведении конкурса могут быть:

--------------------------------

<1> Из ч. 6 настоящей статьи (см. [комментарий к ней](#Par602)) следует, что законодатель употребляет термин "условия исполнения договора" и в узком смысле, не включая в них требования к участникам закупки и требования к закупаемым товарам, работам, услугам.

- функциональные характеристики (потребительские свойства) или качественные характеристики товара;

- качество работ, услуг, которое оценивается, как правило, на основе качества технического предложения участника закупки (описания участником закупки процессов и (или) результатов его будущей деятельности по выполнению работ (оказанию услуг));

- расходы на эксплуатацию товара, результата работ;

- расходы на техническое обслуживание товара, результата работ;

- сроки (периоды) поставки товара, выполнения работ, оказания услуг;

- объем предоставления гарантий качества товара, работ, услуг, т.е. виды и объем обязанностей поставщика (исполнителя) в течение срока предоставления гарантий качества, связанных, как правило, с устранением возможных недостатков;

- срок предоставления гарантии качества товара, работ, услуг;

- цена, которая может быть как ценой договора (товара, работы, услуги в целом), так и ценой за единицу продукции, единицу работы или услуги;

- условия оплаты товара, работ, услуг (право или обязанность уплатить аванс, применение различных коэффициентов-дефляторов в течение срока выполнения работ, поэтапная оплата или оплата по факту поставки (выполнения) всего объема товаров (работ, услуг) и т.д.);

- квалификация участника закупки и другие условия.

Перечень условий исполнения договора при проведении конкурса является открытым, однако Закон предъявляет к таким условиям ряд формальных и содержательных требований:

- условия исполнения договора должны быть предусмотрены в положении о закупке (конкурсная документация не должна включать условия, возможность установления которых не установлена положением о закупке);

- условия исполнения договора должны соответствовать критериям и порядку оценки и сопоставления заявок, которые установлены в конкурсной документации (если какое-либо условие не является критерием оценки и сопоставления заявок, то предложения участников закупки по этому условию не могут влиять на определение победителя);

- условия исполнения договора должны быть измеряемыми, т.е. в достаточной степени формализованными.

Например, требование измеримости применительно к критериям, которые связаны с квалификацией участника закупки, означает, что обеспеченность материально-техническими, кадровыми ресурсами, опыт и репутация участника закупки и другие показатели его квалификации должны иметь установленные в конкурсной документации единицы измерения (проценты, баллы и пр.), присуждаемые заявке участника в зависимости от конкретных показателей. Участнику закупки из конкурсной документации должно быть понятно, каким образом будет производиться оценка его квалификации. Так, при установлении подкритерия "опыт работы" в конкурсной документации должны определяться значения (вес) того или иного срока деятельности участника на рынке (например, свыше 10 лет - 100% (баллов), от 5 до 10 лет - 50% (баллов) и т.д.), при установлении подкритерия "репутация" - конкретные ее показатели (например, отсутствие судебных дел, где участник выступает в качестве ответчика, отсутствие приостановлений и отзывов лицензий, иных специальных разрешений и т.д.). Если какие-либо критерии (подкритерии) в конкурсной документации конкретно не установлены, показатели участников по ним должны оцениваться как равные.

3. В отличие от конкурса, аукцион представляет собой такой способ закупки, при котором все условия исполнения договора, кроме цены, императивно установлены заказчиком в документации о закупке (она может быть названа по аналогии с Законом N 94-ФЗ документацией об аукционе, хотя комментируемый Закон этот термин не употребляет). Отступление участником закупки от установленных в документации об аукционе условий исполнения договора есть бесспорное основание для отказа в допуске к участию в аукционе, возможность участников закупки дать заказчику свое предложение одна - предложение по цене договора.

Закупки путем проведения аукционов целесообразно осуществлять в отношении товаров, работ, услуг, которые производятся, выполняются, оказываются не по конкретным заявкам заказчика, для которых есть функционирующий рынок и сравнивать которые можно только по их ценам.

Аукцион проводится на понижение цены договора - победителем на аукционе признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора, а если цена договора снижена до нуля, аукцион проводится на повышение - победителем признается участник, предложивший за право заключить договор наибольшую цену. Процедура аукциона на понижение цены в практике иногда именуется редукционом.

В отличие от размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд установление перечня товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется исключительно путем проведения аукциона, комментируемым Законом не предусмотрены.

4. И конкурс, и аукцион как способы закупки налагают соответствующий объем прав и обязанностей на участников. При проведении конкурса извещение и конкурсная документация являются офертой (предложением заключить договор на указанных в них условиях) заказчика, подача заявки на участие в конкурсе является акцептом (безусловным согласием заключить договор на указанных заказчиком условиях) оферты заказчика со стороны потенциального участника конкурса. В то же время сама заявка, допущенная к участию в конкурсе, является новой офертой потенциального участника конкурса, поскольку содержит предложение такого участника об условиях исполнения договора, а выбор победителя конкурса является акцептом оферты участника конкурса. При проведении аукциона извещение и документация об аукционе являются предложением делать оферты, заявка и предложение по цене - офертой, которая при отсутствии других предложений ниже минимально предлагаемой цены акцептируется заказчиком путем фиксации в протоколе аукциона и выступает основанием для заключения договора с победителем.

Комментарий к части 3

Комментируемая часть предоставляет заказчикам в лице его органов и должностных лиц, в круг полномочий которых входит утверждение положения о закупке, право самостоятельно определять ее способы.

1. Современной практике закупок товаров, работ, услуг известен достаточно широкий перечень способов закупок, подробное изложение всех особенностей которых потребует сотни страниц текста.

Межправительственное Соглашение Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках" предусматривает, что закупки проводятся любыми из следующих способов: конкурс (открытый); запрос ценовых предложений (запрос котировок); аукцион (открытый); биржевые торги; закупки из одного источника, либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), либо с применением особенностей размещения конкретной закупки на основании акта правительства, в случае если это предусмотрено национальным законодательством.

В проекте Национального стандарта Российской Федерации "Организация закупочной деятельности" <1> в качестве таковых поименованы конкурс, запрос предложений, запрос цен, конкурентные переговоры, прямые закупки (у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)) и другие.

--------------------------------

<1> http://www.nszakupki.ru

Крупные российские заказчики в своей деятельности используют различные наборы способов закупок:

- в соответствии с Положением о порядке проведения регламентированных закупок для нужд ОАО "Интер РАО ЕЭС" от 24 декабря 2010 г. <1> применяются конкурс, ценовой конкурс, запрос предложений, запрос цен, конкурентные переговоры;

--------------------------------

<1> http://www.interrao.ru/custom

- ОАО "РОСНАНО" согласно Регламенту закупочной деятельности от 31 мая 2011 г. <1> использует запрос предложений, конкурс, "аукцион покупателя", конкурентные переговоры, простую процедуру закупки (по сути, изучение предложений), прямые закупки (у единственного источника);

--------------------------------

<1> http:// www.rusnano.com/ Section.aspx/ Show/ 24662

- Единый отраслевой стандарт закупок Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом" в ред. от 14 июля 2011 г. <1> предусматривает выбор поставщика (исполнителя, подрядчика) с помощью процедур конкурса, редукциона (аукциона на понижение), редукциона в электронной форме, запроса ценовых котировок, запроса предложений, конкурентных переговоров, закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика);

--------------------------------

<1> http:// zakupki.rosatom.ru/ ?mode= CMSArticle&action= siteview&oid= 68&returnurl= &node=af23

- по Положению о порядке размещения заказов на закупку товаров, выполнение работ, оказание услуг для осуществления основных видов деятельности ОАО "РЖД", утвержденному распоряжением от 31 июля 2010 г. N 1661р, способами закупки выступают открытый конкурс, конкурс с предварительным квалификационным отбором, закрытый конкурс, открытый и закрытый аукцион, запрос котировок цен, размещение заказов у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

Этот перечень можно продолжать - различные способы закупок, как упомянутые выше, так и иные, используются иными заказчиками. Так, ОАО "НК "Роснефть" проводит закупочные процедуры в основном только среди аккредитованных субъектов и часто прибегает к предварительной квалификации для участия в конкретных закупках.

Отметим, что комментируемый Закон, в отличие от Закона N 94-ФЗ, не устанавливает приоритет того или иного способа закупки перед другими.

Остановимся кратко на основных, наиболее распространенных способах закупки.

2. Конкурс и аукцион как способы закупки рассмотрены выше (см. [комментарий к ч. 2 ст. 3](#Par476)). В комментируемом Законе в качестве способов закупки наряду с конкурсом и аукционом также названы открытый конкурс и открытый аукцион (ч. 8 и п. 1 ч. 9 ст. 4 Закона), но нет запрета на проведение закрытых конкурсов и аукционов. В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели (ч. 1 ст. 448 ГК РФ).

3. Кроме конкурсов и аукционов, наибольшее распространение получили следующие способы закупки.

Запрос ценовых котировок (запрос котировок, запрос цен) - способ закупки, при котором информация о потребностях в товарах, работах, услугах сообщается неограниченному кругу лиц путем размещения на официальном сайте о размещении заказов извещения и документации и победителем признается участник, предложивший наиболее низкую цену договора. Запрос цен можно назвать упрощенной формой аукциона, которая обычно проводится в небольшие сроки (4 - 7 дней), не предполагает, как правило, комплекта документов - от участников требуется только подача заявки, в которой выражается согласие с условиями договора и дается предложение о его цене. Предпочтительной сферой применения запроса ценовых котировок является закупка простых товаров, работ, услуг на типовых условиях поставки и оплаты на сложившихся рынках на относительно небольшую сумму.

Запрос предложений - способ закупки, при котором на основании критериев и порядка оценки, установленных в извещении и документации, победитель определяется исходя из лучших условий исполнения договора. Запрос предложений может представлять собой упрощенную процедуру конкурса (если применяются неценовые критерии) или аукциона (если критерием выступает только цена). Для этого способа также характерен, как правило, незначительный, по сравнению с конкурсом и аукционом, промежуток времени с момента размещения извещения и документации и даты окончания подачи заявок (обычно от 5 до 10 дней, хотя встречаются и более длительные сроки).

Конкурентные переговоры - переговоры не менее чем с двумя участниками процедуры закупки с целью обеспечения эффективной конкуренции, применяемые обычно в случаях, когда предполагается заключение договора в целях получения информационных или консультационных услуг, проведения научных исследований, экспериментов или разработок, когда заказчику затруднительно сформулировать подробные спецификации продукции или определить характеристики услуг или если в силу технических особенностей продукции необходимо провести переговоры с поставщиками.

На практике применяются и другие способы закупки.

Перечисленные, а также иные способы закупки товаров, работ, услуг могут быть классифицированы в зависимости от особенностей процедуры на открытые и закрытые; процедуры с предварительным отбором и без такового; с проведением и без проведения переторжки; одноэтапные и многоэтапные процедуры.

Комментируемый Закон, определяя общие цели и принципы закупки, подробно не регламентирует ее процедуры, оставляя их на усмотрение органов и лиц заказчика, утверждающих положение о закупке, в частности условия применения того или иного способа закупки (см. [комментарий к ч. 2 ст. 2](#Par329)). В ряде случаев определенность в правовом регулировании представляется просто необходимой. Так, об основаниях и порядке проведения закрытых конкурсов и закрытых аукционов (как, впрочем, и других способов закупки) в Законе ничего не сказано, что создает неопределенность в правовом регулировании. Прежде всего неясно, когда заказчики вправе проводить закрытые конкурсы и аукционы, а также иные закрытые виды процедур. Исходя из общедозволительного типа правового регулирования, при котором "все, что прямо не запрещено, дозволено", положением о закупке могут быть определены любые условия применения закрытых процедур. В то же время из принципа, закрепленного в ч. 1 комментируемой статьи, следует, что проведение закрытых процедур должно быть обоснованным, иначе действия заказчика могут и должны оцениваться как необоснованное ограничение конкуренции. Думается, что нет оснований для расширения случаев проведения закрытых торгов при закупках в порядке комментируемого Закона по сравнению с законодательством о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд (ст. 20, 32 Закона N 94-ФЗ). Аналогичные требования должны быть установлены (хотя бы рамочно) на законодательном уровне и в отношении обоснованности применения процедур с предварительным отбором, закупкой только у аккредитованных участников рынка и т.д.

4. Особо следует остановиться на закупке у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), которая упомянута в Законе. Исходя из результатов языкового, функционального и целевого способов толкования, поименованная в Законе "закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)" (п. 2 ч. 19 ст. 4) - это особый вид (прием, метод) в закупочной деятельности, но не способ закупки как предмет правового регулирования Закона. Требования к извещению и документации, установленные Законом к способам закупки, к такому виду закупки абсурдны и неисполнимы, поскольку закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) по своей природе предполагает обращение заказчика к единственному участнику соответствующего рынка с предложением заключить договор и может регулироваться положением о закупке лишь в части условий ее применения (ч. 2 ст. 2 Закона, см. также [комментарий к ч. 15 ст. 4](#Par880)).

5. Процедуры проведения закупок детально Законом не регулируются. Порядок их проведения устанавливается в положении о закупке и в документации о закупке и может отличаться у конкретных заказчиков (например, предусматривать или не предусматривать при конкурсе публичную процедуру вскрытия конвертов, применение аудиозаписи и т.д.).

Особенностью конкурса как способа закупки является коллегиальное рассмотрение заявок - итоги подводит конкурсная комиссия, которая должна быть заранее (как правило, до публикации извещения или одновременно с ней) назначена организатором торгов (ч. 4 ст. 447 ГК РФ).

Форма подведения итогов для разных способов закупки может быть различной. Спецификой конкурса является подведение итогов в форме оценки и сопоставления заявок, т.е. выбор победителя по лучшим условиям исполнения договора (п. 11 ч. 10 ст. 4), результаты которого также оформляются протоколом, размещаемым на официальном сайте (ч. 12 ст. 4). Для аукциона подведением итогов является собственно процесс определения цены договора.

Технико-юридической неточностью являются сформулированные в Законе общие требования к содержанию документации о закупке для всех ее способов. К аукциону вряд ли применимы положения п. 12 - 13 ч. 10 ст. 4 Закона - сложно представить, каким образом при проведении аукциона заказчик будет устанавливать критерии и порядок оценки и сопоставления заявок, если критерий один - цена.

Поскольку Закон не предусматривает последовательности действий по рассмотрению предложений и подведению итогов закупки, возможна их различная расстановка во времени. Так, на практике оправдала себя такая процедура, когда сначала проводится сам аукцион, в котором участвуют лица, подавшие заявки, определяется минимальная цена договора, а затем определяется победитель. Для определения победителя аукциона рассматривается заявка участника, предложившего самую низкую цену, на соответствие требованиям, установленным документацией об аукционе, и проверяется соответствие такого участника требованиям, установленным документацией об аукционе. В случае, если заявка такого участника или сам участник не отвечают какому-либо из требований, установленных документацией об аукционе, его заявка подлежит отклонению. В случае, если заявка такого участника или сам участник соответствует всем требованиям, установленным документацией об аукционе, данный участник признается победителем аукциона, заявки остальных участников не рассматриваются. Если участник аукциона, предложивший самую низкую цену, не признан победителем, аналогичная процедура проверки проводится относительно участника, предложившего следующую цену в порядке увеличения цены договора. Такой порядок уменьшает вероятность сговора участников аукциона в силу меньшей вероятности распространения информации о круге участников аукциона.

6. Новеллой в правовом регулировании закупок является установление Законом юридической обязанности заказчика заключить договор по результатам осуществления любого способа закупки.

Технико-юридическое выражение этой обязанности в Законе вряд ли можно назвать удачным, но она следует из системного толкования ряда его положений:

- ч. 2 ст. 3, предусматривающей обязанность определять в положении о закупке "порядок заключения и исполнения договоров";

- ч. 5 ст. 4, рассматривающей проект договора как неотъемлемую часть извещения и документации о закупке и предписывающей информировать об измененных условиях договора;

- п. 3 ч. 9 и п. 5 ч. 10 ст. 4, устанавливающих требования к извещению и документации о закупке в части указания на предмет и цену договора;

- ч. 6 ст. 5, определяющей правовые последствия уклонения участника от заключения договора.

Использование такого приема толкования, как рассуждение "от противного", приводит к выводу о том, что, если допустить отсутствие обязанности заключить договор по результатам реализации способа закупки, пропадает сам предмет регулирования настоящего Закона (если заказчики будут вольны в любое время дать "обратный ход" закупке, тем самым не будут достигнуты цели и реализованы принципы правового регулирования, закрепленные в комментируемом Законе).

Поэтому действующие положения о закупках с момента вступления в силу комментируемого Закона должны быть приведены в соответствие с ним, а распространенное в настоящее время деление способов закупок по правовым последствиям - возникновению (при проведении конкурса и очень часто аукциона) или отсутствию (как правило, в иных способах закупки) юридической обязанности заключить договор по результатам закупки - должно быть приведено в соответствие с Законом - любой способ закупки независимо от ее процедуры должен влечь обязанность заключить договор по ее результатам, при этом заказчик вправе определять только порядок, но не саму возможность его заключения.

Распространенные ныне в практике закупок оговорки о том, что та или иная процедура не является торгами, публичным конкурсом, и не регулируется соответствующими статьями ГК РФ, и не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств по обязательному заключению договора с победителем запроса предложений или иным его участником, должны быть исключены.

Положением о закупке могут предусматриваться способы, которые являются или не являются торгами, от этого будет зависеть технология закупки, в частности порядок внесения изменений в извещение и документацию о закупке (см. [комментарий к ч. 11 ст. 4](#Par852) Закона), срок подписания договора (он должен быть подписан сторонами не позднее двадцати дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола (ч. 5 ст. 448 ГК РФ)), но не обязанность заключить договор по ее результатам.

Отдельный вопрос - вопрос о возможности и правомерности включения в положение, извещение, документацию о закупке тех или иных условий, при которых заказчик имеет право, а в некоторых случаях и обязан отказаться от заключения договора. Бесспорно то, что все эти случаи должны быть отражены в положении о закупке и в документации о закупке и доведены до всеобщего сведения участников, но в отношении содержания этих возможностей (или обязанностей) комментируемый Закон, к сожалению, молчит.

Не вызывает сомнений обоснованность включения в положение, извещение, документацию о закупке таких норм (аналогичных нормам Закона 94-ФЗ), согласно которым в случае установления недостоверности сведений, содержащихся в документах, представленных участником закупки, установления факта проведения ликвидации участника - юридического лица или принятия арбитражным судом решения о признании участника - юридического лица или индивидуального предпринимателя банкротом и об открытии конкурсного производства, факта приостановления деятельности такого участника в порядке, предусмотренном КоАП РФ, факта наличия у такого участника задолженности по начисленным налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты любого уровня или государственные внебюджетные фонды за прошедший календарный год, размер которой превышает двадцать пять процентов балансовой стоимости активов такого участника по данным бухгалтерской отчетности за последний завершенный отчетный период, при условии, что участник не обжалует наличие указанной задолженности в соответствии с законодательством Российской Федерации, заказчик (уполномоченный орган, комиссия) обязан отстранить такого участника от участия в торгах на любом этапе их проведения. Эти и иные случаи отстранения участников, отказа от заключения договора следовало бы урегулировать законодательством, а до такого регулирования установление их в положении и документации о закупке должно тщательно обосновываться заказчиком с позиций целей и принципов правового регулирования настоящего Закона.

Комментарий к части 4

Комментируемая часть наделяет Правительство РФ правом устанавливать перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме. Межправительственное соглашение Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации от 9 декабря 2010 г. "О государственных (муниципальных) закупках" определяет электронную форму (формат) закупок как процедуру закупок, осуществляемую с использованием сети Интернет, веб-портала и (или) электронной торговой площадки (электронной площадки), а также программно-аппаратных средств.

Норма комментируемой части понятие электронной формы закупки не раскрывает (нет соответствующих положений об электронной форме и в других статьях комментируемого Закона) и в этой связи вряд ли удовлетворительна как с технико-юридической точки зрения, так и с позиций целей и принципов правового регулирования закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

Однако без установления достаточно подробного порядка закупки в электронной форме перечень может носить только характер рекомендации. Даже в случае установления Правительством РФ указанного перечня заказчики могут использовать бесконечное количество вариантов электронной формы при общем дозволении ее применения и отсутствии регулирования самой процедуры закупки в электронной форме (от приема в электронной форме только запросов о разъяснении по электронной почте до электронных торгов, аналогичных предусмотренным Законом N 94-ФЗ).

Представляется, что законодатель должен установить основные процедурные положения об электронной форме закупки либо в настоящем Законе, либо предоставить Правительству РФ наряду с правом устанавливать перечень товаров, работ, услуг, закупка которых осуществляется в электронной форме, право определять порядок закупки в электронной форме.

Комментарий к части 5

Комментируемая часть определяет субъектный состав потенциальных участников закупки.

1. Прежде всего необходимо определить, с какого момента то или иное лицо становится участником закупки, поскольку приобретение статуса участника влечет определенные правовые последствия. Согласно ч. 9 - 10 ст. 3 Закона именно участник закупки вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика в антимонопольном органе, в суде. Аналогичные положения содержатся и в Законе N 94-ФЗ, согласно ст. 57 которого участник размещения заказа вправе обжаловать действия (бездействие) заказчика и иных лиц, если они нарушают его права и законные интересы.

Комментируемый Закон не решил достаточно острую в практике применения Закона N 94-ФЗ проблему определения момента приобретения статуса участника закупки (размещения заказа).

Судебная практика по этому вопросу достаточно обширна и в ряде случаев противоречива. Так, суды полагают, что лицо становится участником размещения заказов с того момента, когда оно в установленном порядке открыто изъявило желание заключить государственный или муниципальный контракт (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 марта 2011 г. N КА-А40/1970-11 по делу N А40-79764/10-119-441; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 9 декабря 2009 г. по делу N А44-2548/2008).

При этом уточняется, что только участник, подавший заявку на участие в конкурсе (аукционе) или котировочную заявку, вправе обжаловать действия (бездействие), которые совершены после начала соответственно вскрытия конвертов на участие в конкурсе (аукционе) либо после начала рассмотрения и оценки котировочных заявок (Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 декабря 2010 г. по делу N А79-13739/2009). Организация, не подавшая заявку на участие в конкурсе, его участником не становится, несмотря на действия, которые произведены для того, чтобы участвовать в конкурсе (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14 марта 2008 г. N КА-А40/1519-08 по делу N А40-34772/07-120-180). Лицо, обратившееся за разъяснениями положений конкурсной документации, является участником размещения заказа, поскольку, направляя такой запрос, оно тем самым выразило свое согласие на участие в размещении заказа (Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 сентября 2009 г. по делу N А46-6690/2009).

Судами признается статус участника размещения заказа и с момента публикации (размещения на сайте) извещения о проведении торгов. С указанного момента и до даты подачи предложения (заявки) на участие в конкурсе (аукционе) поставщик, имеющий намерение претендовать на заключение государственного (муниципального) контракта, является потенциальным участником размещения заказа, поскольку он может подать или не подать предложение (заявку) на участие в торгах (Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 октября 2006 г. N Ф08-4902/2006).

Такой широкий подход к признанию за тем или иным лицом статуса участника размещения заказа получил поддержку в судебных актах Высшего Арбитражного Суда РФ.

По смыслу положений ст. 8 Закона N 94-ФЗ претендующим на заключение государственного или муниципального контракта является лицо, публично заявившее о своих намерениях бороться за право заключить контракт на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые могут быть выражены в обращении с заявлением о предоставлении документации, сопровождающей соответствующую процедуру размещения заказа (при проведении торгов), в подаче заявки, в требовании о разъяснении положений документации (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 сентября 2008 г. N 11828/08 по делу N А46-8097/2007).

Норма ч. 1 ст. 8 Закона N 94-ФЗ не содержит указаний на то, что статус участника размещения заказа лицо приобретает после совершения каких-либо действий. Законом N 94-ФЗ предусмотрено, что документация должна содержать формы, порядок, даты начала и окончания предоставления участникам размещения заказа разъяснений положений документации, а также то, что участник размещения заказа подает заявку на участие в конкурсе или аукционе в отношении определенного лота. Отсюда следует, что запрос разъяснений положений документации об аукционе, а равно подача заявки осуществляется участником размещения заказа. Следовательно, лицо уже обладает названным статусом на момент совершения упомянутых действий (Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 июля 2011 г. N 6274/11).

Для целей комментируемого Закона такое широкое понимание общего правового статуса участника закупки (статус участника при обжаловании действий (бездействия) заказчика является специальным правовым статусом (см. [комментарии к ч. 9](#Par648) - [10 настоящей статьи](#Par679))) является оправданным. Подтверждением такой позиции являются нормы комментируемого Закона о праве обжаловать не только действия (бездействие) заказчика по конкретной закупке, но также и неразмещение положения о закупке, закупки при отсутствии этого положения (ч. 10 ст. 3 Закона) и др. При этом волеизъявление лица на участие в конкретной закупке не требуется. В связи с этим вызывает сомнение в практической применимости (именно в плане признания общего статуса участником закупки) указание в комментируемой части на такой признак участника закупки, как "соответствие требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке".

2. Участниками закупки могут быть любые юридические лица и любые физические лица, включая индивидуальных предпринимателей.

Юридическим лицом согласно ч. 1 ст. 48 ГК РФ признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. Юридические лица должны иметь самостоятельный баланс и (или) смету.

Участником закупки может быть любое юридическое лицо независимо от:

- организационно-правовой формы (гл. 4 ГК РФ предусмотрено деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации, а также организационно-правовые формы, в которых указанные организации могут создаваться);

- формы собственности (согласно ч. 2 ст. 8 Конституции и ст. 212 ГК РФ в Российской Федерации признаются частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности);

- места нахождения (юридическое лицо может находиться как на территории Российской Федерации, так и за ее пределами);

- места происхождения капитала (учредителем или инвестором организации могут быть как российские, так и иностранные юридические или физические лица).

Согласно ст. 11 НК РФ физические лица - это граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства, а индивидуальные предприниматели - это физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, главы крестьянских (фермерских) хозяйств.

Комментируемая часть статьи 3 Закона регламентирует две ситуации участия в закупке - индивидуальное участие лиц и участие нескольких лиц на стороне одного участника закупки. Если в первом случае (индивидуального участия) субъектный состав участников достаточно традиционен и не вызывает неясностей, то в части участия нескольких лиц на стороне одного участника закупки комментируемая часть вызывает достаточно много проблемных вопросов в плане реализации ее положений.

3. Участие нескольких лиц на стороне одного участника закупки согласно положениям комментируемой части возможно в форме участия:

- нескольких юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки;

- нескольких физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе нескольких индивидуальных предпринимателей.

При этом все лица, участвующие на стороне одного участника закупки, должны соответствовать требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке (например, требованиям о наличии лицензий, иных разрешений, квалификации и т.д.).

Не совсем ясна общая логика нормы о множественности участия на стороне одного из участников. Норма о множественности лиц на стороне одного участника закупки является новеллой в законодательстве о закупках, такой институт неизвестен размещению государственных и муниципальных заказов - по ч. 1 ст. 8 Закона N 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 (в единственном числе).

Комментируемая норма не устанавливает предельной численности субъектов на стороне одного участника закупки. В то же время несколько юридических лиц на стороне физического лица, и наоборот, выступать не могут, поскольку законодатель, определяя участниками закупки "юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки", далее указывает "независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала", т.е. перечисляет признаки, которые присущи только юридическим лицам.

Однако несколько физических лиц без статуса индивидуального предпринимателя могут выступать на стороне индивидуального предпринимателя, и наоборот, поскольку в комментируемой части после слов "в том числе" при определении физического лица не указывается "без статуса индивидуального предпринимателя".

На практике при участии нескольких лиц на стороне одного участника закупки у заказчика могут возникнуть значительные затруднения, поскольку порядок такого множественного участия законодательно не регламентирован.

Каким образом несколько физических или юридических лиц должны будут подтвердить, что они участвуют в закупке на стороне другого физического или юридического лица? В какой форме должно быть выражено их волеизъявление для заказчика? Думается, заказчик должен предусмотреть это в документации о закупке (например, путем установления определенной формы заявки для участников, в которой несколько лиц могли бы посредством проставления подписей уполномоченных лиц засвидетельствовать, что они участвуют в закупке на стороне конкретного участника, подавшего заявку).

С кем из юридических (физических) лиц будет заключаться договор, если на стороне одного участвуют несколько? Один из возможных путей решения данной проблемы для заказчика - предусмотреть в документации о закупке (в том числе в форме заявки) пункт о том, что среди нескольких юридических (физических) лиц должно быть названо (самими участвующими лицами) одно лицо, с которым и будет в дальнейшем заключен договор, и именно оно будет нести ответственность перед заказчиком за неисполнение, ненадлежащее исполнение его условий.

Все сказанное приводит к обоснованному сомнению в целесообразности законодательного закрепления множественности лиц на стороне одного участника закупки. Кроме того, представляется, что данная норма фактически легализует сговор участников рынка на торгах, запрещенный антимонопольным, административным и уголовным законодательством, и будет использоваться недобросовестными участниками в целях заключения договоров по начальным максимальным ценам, а также устранению конкуренции, вытеснению с рынка иных лиц, особенно при наличии на том или ином товарном рынке в пределах определенной территории немногих компаний - поставщиков определенных видов продукции, исполнителей определенных видов работ и услуг.

Комментарий к части 6

Комментируемая часть запрещает предъявлять требования, не указанные в документации о закупке, а также конкретизирует закрепленные в ч. 1 настоящей статьи принципы равноправия и справедливости.

1. Исходя из требований правовой определенности (участник закупки должен ясно и четко представлять, по каким параметрам будет рассматриваться и оцениваться его заявка), комментируемая часть запрещает рассматривать и оценивать заявки по требованиям, критериям и в порядке, которые не предусмотрены в документации о закупке.

Требования - это установленные заказчиком в документации о закупке и обязательные для исполнения участниками закупки предписания, которые основаны на представлении заказчика о потребности в товарах, работах, услугах определенного качества и количества, о потенциальном поставщике (подрядчике, исполнителе) с определенной квалификацией, опытом, ресурсами и т.д., а также об условиях исполнения договора (здесь, в отличие от ч. 2 комментируемой статьи, термин "условия исполнения договора" употреблен в узком значении и включает все иные условия, кроме условий о товаре (работе, услуге) и об участнике закупки).

Последствием несоблюдения участником закупки требований является отказ в допуске к участию в закупке независимо от ее способа на стадии рассмотрения заявок.

Критерии - это установленные заказчиком в документации о закупке параметры, по которым предполагается оценивать каждую заявку в отдельности и сопоставлять по результатам такой оценки заявки между собой.

Критерии могут различаться в зависимости от способа закупки (наиболее сложная система критериев используется при проведении конкурса) и представляют собой, в отличие от требований, не обязательные показатели, а пожелания заказчика. Если при несоблюдении требований участнику должно быть отказано в допуске до участия в закупке, то при непредставлении (предоставление неполной, противоречивой) информации по критерию - показатель не должен учитываться при оценке заявки (по данному критерию участнику выставляется 0 баллов, 0 процентов и т.д., согласно установленному в документации порядку оценки).

Порядок оценки и сопоставления заявок - это установленная заказчиком в документации о закупке процедура как совокупность действий заказчика (закупочной комиссии и (или) должностных лиц) по определению степени соответствия критериям показателей каждой заявки в отдельности и выбора лучших условий исполнения договора путем сравнения поступивших заявок между собой.

Установление порядка оценки и сопоставления заявок исходя из положений комментируемой части является обязанностью заказчика. Исходя из принципа недопустимости установления неизмеримых требований, закрепленного в ч. 1 комментируемой статьи, порядок оценки и сопоставления заявок должен быть достаточно формализованным, как правило, допускать возможность математического вычисления показателей, в противном случае обязанность заказчика по установлению порядка оценки и сопоставления заявок нельзя считать исполненной. Например, вряд ли можно считать установленным порядок оценки и сопоставления заявок, если в документации о закупке указано "заявки оцениваются членами закупочной комиссии по своему усмотрению" или "по внутреннему убеждению".

2. Положение комментируемой части о равном применении (применении в равной степени) требований, критериев и порядка оценки ко всем заявкам (участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора) означает, что определение степени соответствия каждой заявки требованиям и критериям должно осуществляться на основании принципов равноправия и справедливости - "то, что не будет считаться нарушением у одного участника размещения заказа, не считается нарушением для всех участников размещения заказов, и наоборот". Рассмотрение, оценка и сопоставление заявок должны опираться только на их содержание без учета каких-либо внешних факторов, при этом могут не приниматься во внимание несущественные погрешности, несоответствия или неточности заявки, которые приемлемы для заказчика и не влияют на определение победителя.

Комментарий к части 7

Комментируемая часть предусматривает правовое средство защиты заказчиков от потенциально недобросовестных поставщиков (исполнителей, подрядчиков) - право устанавливать требование об отсутствии сведений о них в реестрах недобросовестных поставщиков и соответственно (хотя это прямо не закреплено Законом, но вытекает из его смысла) отказывать таким участниками в допуске к участию в закупке.

1. Комментируемый Закон предполагает формирование второго реестра недобросовестных поставщиков наряду с уже имеющимся реестром недобросовестных поставщиков, предусмотренным Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (подр. см. [комментарий к ст. 5](#Par934)). При этом норма о праве устанавливать требование об отсутствии сведений об участниках в них сформулирована альтернативно - заказчик может установить его как в отношении наличия сведений в одном из реестров, так и в отношении обоих. Безусловно, рассматриваемое требование должно быть закреплено в документации о закупке, в то же время логичным будет определить закупочную политику в отношении применения этого требования нормативным способом регулирования - в положении о закупке.

2. В реестр недобросовестных поставщиков, предусмотренный Федеральным законом от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (ст. 19), включаются сведения об участниках размещения заказа:

- уклонившихся от заключения контракта;

- с которыми контракты по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими контрактов.

Реестр недобросовестных поставщиков ведется в соответствии с Положением о ведении реестра недобросовестных поставщиков и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 15 мая 2007 г. N 292.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 20 февраля 2006 г. N 94 "О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд" федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов, является Федеральная антимонопольная служба (ФАС РФ), она же осуществляет ведение реестра недобросовестных поставщиков в порядке, предусмотренном Приказом ФАС РФ от 27 августа 2007 г. N 267 "О ведении реестра недобросовестных поставщиков, включении и исключении сведений из реестра недобросовестных поставщиков, проведении проверок фактов уклонения участника размещения заказа от заключения государственного или муниципального контракта, осуществлении внеплановых проверок при рассмотрении сведений о недобросовестных поставщиках".

Комментарий к части 8

Комментируемая часть наделяет Правительство РФ возможностью установления изъятий из национального режима к товарам, работам, услугам иностранного происхождения и установления особенностей участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства.

1. Согласно ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (принят в г. Нью-Йорке 31 мая - 17 июня 1994 г. на 27-й сессии ЮНСИТРАЛ) поставщики (подрядчики) допускаются к участию в процедурах закупок независимо от государственной принадлежности, за исключением тех случаев, когда на основаниях, указанных в подзаконных актах о закупках или в других правовых нормах, закупающая организация решает ограничить участие в процедурах закупок на основании государственной принадлежности.

По общему правилу на территории Российской Федерации к товарам, происходящим из иностранного государства или группы иностранных государств, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами, применяется национальный режим. Национальный режим в соответствии со ст. 29, 34 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" означает, что к товарам, происходящим из иностранного государства или групп иностранных государств, к иностранным исполнителям услуг предоставляется режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый аналогичным товарам российского происхождения или непосредственно конкурирующим товарам российского происхождения (режим, предоставляемый аналогичным российским исполнителям услуг и оказываемым ими на территории Российской Федерации услугам).

Отсюда товары, происходящие из иностранного государства или группы иностранных государств, работы, услуги, выполняемые, оказываемые иностранными лицами, допускаются для закупок на равных условиях с товарами российского происхождения, работами, услугами, выполняемыми, оказываемыми российскими лицами.

Если в Законе N 94-ФЗ вопросы об исключениях из этого общего правила достаточно подробно урегулированы на законодательном уровне, то применительно к закупкам товаров, работ, услуг субъектами, которые не являются государственными или муниципальными заказчиками, комментируемый Закон предоставляет право Правительству РФ определять такие изъятия и ограничения путем установления приоритетов для российских товаров, работ, услуг. Данное право Правительства РФ ограничено только международными договорами, которые в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и Федеральным законом от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты (подр. см. [комментарий к ч. 1 ст. 2](#Par269)).

Одним из таких международных договоров является Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве, подписан в г. Москве 26 февраля 1999 г. Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой, Российской Федерацией, Республикой Таджикистан, по которому стороны предпринимают необходимые усилия для устранения на своих территориях административных, фискальных препятствий, затрудняющих нормальное функционирование режима свободной торговли товарами, устанавливают режим свободной торговли, национальный режим доступа на рынок услуг. Содействовать реализации единой торговой политики Таможенного союза призван и Договор о Таможенном кодексе Таможенного союза от 27 ноября 2009 г., заключенный между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией.

До принятия Правительством РФ соответствующего нормативного акта заказчики не вправе каким бы то ни было образом ограничивать допуск товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами.

2. В комментируемой части, в отличие от Закона N 94-ФЗ, который прямо предусматривает меры, направленные на оказание государственной или муниципальной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, расширение возможностей участия таких субъектов в размещении заказов и стимулирование такого участия, Правительству РФ предоставлено право устанавливать особенности участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупке товаров, работ, услуг.

Субъекты малого и среднего предпринимательства - хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными Федеральным законом от 24 июля 2007 г. N 209-ФЗ "О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации", к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям (ст. 3 - 4).

Согласно ст. 4 указанного Закона к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в Единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и коммерческие организации (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий), а также физические лица, внесенные в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее - индивидуальные предприниматели), крестьянские (фермерские) хозяйства, соответствующие следующим условиям:

- для юридических лиц - суммарная доля участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, иностранных юридических лиц, иностранных граждан, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов в уставном (складочном) капитале (паевом фонде) указанных юридических лиц не должна превышать двадцать пять процентов (за исключением активов акционерных инвестиционных фондов и закрытых паевых инвестиционных фондов), доля участия, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства, не должна превышать двадцать пять процентов (данное ограничение не распространяется на хозяйственные общества, деятельность которых заключается в практическом применении (внедрении) результатов интеллектуальной деятельности (программ для электронных вычислительных машин, баз данных, изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, селекционных достижений, топологий интегральных микросхем, секретов производства (ноу-хау)), исключительные права на которые принадлежат учредителям (участникам) таких хозяйственных обществ - бюджетным научным учреждениям или созданным государственными академиями наук научным учреждениям либо бюджетным образовательным учреждениям высшего профессионального образования или созданным государственными академиями наук образовательным учреждениям высшего профессионального образования);

- средняя численность работников за предшествующий календарный год не должна превышать предельных значений средней численности работников для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства - от ста одного до двухсот пятидесяти человек включительно для средних предприятий и до ста человек включительно для малых предприятий. Среди малых предприятий выделяются микропредприятия - до пятнадцати человек;

- выручка от реализации товаров (работ, услуг) без учета налога на добавленную стоимость или балансовая стоимость активов (остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов) за предшествующий календарный год не должна превышать предельных значений, установленных Правительством РФ для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства (устанавливаются один раз в пять лет с учетом данных сплошных статистических наблюдений за деятельностью субъектов малого и среднего предпринимательства) <1>.

--------------------------------

<1> В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 22 июля 2008 г. N 556 "О предельных значениях выручки от реализации товаров (работ, услуг) для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства" (СЗ РФ. 2008. N 30. Ч. 2. ст. 3642), которое распространяется на правоотношения, возникшие с 1 января 2008 г., установлены следующие предельные значения выручки от реализации товаров (работ, услуг) за предшествующий год без учета налога на добавленную стоимость для следующих категорий субъектов малого и среднего предпринимательства: микропредприятия - 60 млн. рублей; малые предприятия - 400 млн. рублей; средние предприятия - 1000 млн. рублей.

Вновь созданные организации или вновь зарегистрированные индивидуальные предприниматели и крестьянские (фермерские) хозяйства в течение того года, в котором они зарегистрированы, могут быть отнесены к субъектам малого и среднего предпринимательства, если их показатели средней численности работников, выручки от реализации товаров (работ, услуг) или балансовой стоимости активов (остаточной стоимости основных средств и нематериальных активов) за период, прошедший со дня их государственной регистрации, не превышают предельных значений по средней численности работников и по выручке.

До установления Правительством РФ особенностей участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства заказчики не вправе каким бы то ни было образом ограничивать либо, наоборот, предоставлять преимущества при участии в закупке названных субъектов. Такой подход получил поддержку в судебной практике в отношении субъектов закупочной деятельности, попадающих в сферу регулирования настоящего Закона, которая сформировалась до принятия комментируемого Закона.

Так, 4 марта 2010 г. на официальном сайте Пермского края в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг "Госзаказ Пермского края" в разделе "Закупки вне системы" Государственным автономным учреждением "Управление автомобильных дорог" Пермского края (ГАУ "Управтодор") опубликованы извещение о проведении открытого конкурса на выполнение работ по нанесению горизонтальной разметки проезжей части на автомобильных дорогах Пермского края, а также конкурсная документация и проект контракта. В соответствии п. 2 извещения о проведении открытого конкурса участниками размещения заказа являются субъекты малого предпринимательства.

Установив, что конкурс на выполнение работ по нанесению горизонтальной разметки проезжей части на автомобильных дорогах Пермского края проводился не в рамках Закона N 94-ФЗ, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что ГАУ "Управтодор" было не вправе устанавливать ограничение по участию в конкурсе только субъектов малого предпринимательства со ссылкой на п. 1 ст. 15 Закона N 94-ФЗ без применения иных положений, предусмотренных ст. 15 Закона N 94-ФЗ, и Закона N 94-ФЗ в целом.

Установление в конкурсной документации условия об участии в конкурсе исключительно хозяйствующих субъектов, обладающих статусом субъекта малого предпринимательства, ограничило число потенциальных участников размещения заказа - хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на конкурентном рынке капитального строительства, ремонта и обслуживания автомобильных дорог общего пользования на территории Пермского края, что является нарушением ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда N 17АП-13378/2010-АК от 2 февраля 2011 г. по делу N А50-18519/2010).

Комментарий к части 9

Комментируемая часть конкретизирует предусмотренное ст. 46 Конституции РФ право на судебную защиту применительно к отношениям, возникающим при закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

1. Судебная защита - одно из основных правовых средств защиты прав и законных интересов участников закупки, в равной степени гарантированное Конституцией РФ всем субъектам права во всех сферах общественных отношений, подверженных правовому регулированию. В то же время содержание нормы о праве на судебную защиту, закрепленной в комментируемой части, вызывает ряд вопросов, связанных с ее реализацией на практике.

2. Согласно ст. 27 АПК РФ дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, подведомственны арбитражным судам. Арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, а в случаях, предусмотренных АПК РФ и иными федеральными законами, с участием Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных