

БЕЗОБЪЕКТНЫЕ ЗАКУПКИ

О. БЕЛЯЕВА

Ольга Беляева, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юридических наук.

В статье рассматривается дискуссионный вопрос о сфере регулирования Федерального закона от 18 июля 2011 г. N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее - Закон о закупках, Закон). Многие договорные отношения не охватываются понятием "закупка". В частности, автор аргументированно доказывает, что под действие Закона не подпадают такие гражданско-правовые договоры, как договор аренды, договор о благотворительности, лизинговый и рамочный договоры.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, услуг, не регламентируя само понятие "закупка" и процедурные вопросы ее осуществления. Системный анализ норм Закона позволяет определить закупку как совокупность последовательных действий заказчика (юридическую процедуру), нацеленных на выбор контрагента для заключения с ним конкретного договора.

Круг отношений, которые регулируются Законом и составляют предмет закупочной деятельности заказчика, можно вывести из названия этого документа: купля-продажа, где заказчик выступает покупателем, а также подряд и возмездное оказание услуг, в которых он занимает позицию заказчика работы или услуги. Весьма распространенное мнение, что Закон о закупках предполагает информационную открытость любых договоров заказчиков, идет вразрез как с его названием, так и с текстом.

Отношения, не подпадающие под действие норм Закона о закупках, прямо перечислены в ч. 4 ст. 1 Закона, их перечень является закрытым и оснований для его расширительного толкования нет. Правовые акты заказчика, регламентирующие правила закупки (далее - положение о закупке), регулируют всю закупочную деятельность заказчика без каких-либо изъятий (ч. 1 ст. 2 Закона). При этом заказчики не наделены правом самостоятельно решать, какие виды закупочной деятельности будут регулироваться положением о закупке, а какие - нет.

Казалось бы, все ясно: нужно заключить договор - соблюдай правила, предусмотренные положением о закупке. Однако многие договорные отношения не охватываются понятием "закупка", условно их можно называть "безобъектные закупки". Парадокс заключается в том, что в подобных случаях договор есть, а закупки при этом нет. Таковы, например, сделки по приобретению долей в уставных капиталах ООО, паев в паевых фондах производственных кооперативов, получение прав на использование объектов исключительных прав по лицензионным договорам, договор залога, договор банковского вклада.

Существуют также договоры, которые не находятся в ряду "счастливых" исключений из сферы регулирования Закона о закупках, в частности доверительное управление имуществом, кредитный договор, "вспомогательные" сделки по привлечению субподрядчиков.

Рассмотрим лишь некоторые не подпадающие под действие Закона договоры.

Аренда имущества

Многие заказчики включили аренду в свои положения о закупке, но почти всегда она определяется как один из случаев закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), что представляется неверным. Аренда - это не закупка у единственного поставщика, это вообще не закупка <1>, поскольку она представляет собой самостоятельный вид договорных обязательств наряду с договором купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг.

<1> Некоторые авторы, ссылаясь на практику расширительного толкования Закона проверяющими органами, рекомендуют заказчикам заключать договоры аренды с использованием закупочных процедур. См.: Беспалова Е.С., Вострикова А.А., Исакова В.Р. и др.

Научно-практический комментарий к Федеральному закону "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (постатейный) / Под ред. В.Ю. Панченко. М., 2012.

Среди гражданско-правовых договоров выделяют группу договоров на передачу имущества, при этом классификационным критерием выступает направленность результата договора. В эту группу входят договоры купли-продажи, мены, дарения, ренты и пожизненного содержания с иждивением, аренды (имущественного найма), найма жилого помещения, безвозмездного пользования (ссуды). Ключевой признак, отличающий аренду от купли-продажи (хотя по родовой принадлежности оба договора относятся к договорам на передачу имущества), - отсутствие перехода права собственности, арендатор получает имущество лишь во владение и пользование или только в пользование. В экономическом смысле договор аренды оформляет такие отношения товарообмена, при которых товаром является не вещь, а право пользования ею.

Таким образом, понятия "закупка товара" и "аренда" не совпадают. Кроме того, нельзя отождествлять аренду и "закупку работ": последняя конструкция представляет собой договор подряда, суть которого в том, что подрядчик выполняет по заданию заказчика определенную работу к установленному сроку (ст. 702 ГК РФ).

Наиболее часто на практике приходится иметь дело со смешением аренды и возмездного оказания услуг (хотя справедливости ради скажем, что услуг по аренде российское гражданское законодательство не предусматривает). Однако разграничить эти договорные конструкции нетрудно. Предмет договора аренды состоит в предоставлении арендатору (нанимателю) имущества за плату во временное владение и пользование или во временное пользование (ст. 606 ГК РФ). Предмет же договора возмездного оказания услуг - совершение исполнителем по заданию заказчика определенных действий или осуществление определенной деятельности (п. 1 ст. 779 ГК РФ). Заказчик вполне может временно воспользоваться имуществом исполнителя, однако его интерес сводится не к использованию этого имущества, а к получению услуги как таковой.

Кроме того, обязательства по оказанию услуг изначально ориентированы на временную протяженность, услуги не могут выступать объектом обязательства, построенного на единовременном акте распоряжения (таковы обязательства по передаче имущества в аренду).

Если упростить толкование рассматриваемых договорных конструкций еще больше, то можно сказать, что в центре договора возмездного оказания услуг находятся операция или деятельность исполнителя, а центром договоры аренды выступает конкретное имущество.

Лизинг

Относительно недавно из сферы действия Закона о закупках были выведены лизинговые операции, осуществляемые кредитными организациями <1>. Имеются в виду случаи, когда заказчик - кредитная организация выступает в качестве лизингодателя, т.е. за счет привлеченных и (или) собственных средств приобретает в ходе реализации договора лизинга в собственность имущество и предоставляет его в качестве предмета лизинга лизингополучателю за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и пользование с переходом или без перехода к лизингополучателю права собственности на предмет лизинга.

<1> См.: Федеральный закон от 2 июля 2013 г. N 160-ФЗ "О внесении изменений в статью 1 Федерального закона "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (вступил в силу 14 июля 2013 г.).

Конечно, новая норма вызвала вопросы.

Во-первых, почему речь в ней идет о лизинговых операциях именно кредитных организаций? Далеко не только они одни выступают лизингодателями. Речь должна идти об особенностях предмета договора, а не о субъектах, которые в нем участвуют.

Во-вторых, лизинг вовсе не нужно исключать из сферы действия Закона о закупках, поскольку в нем необходимая норма уже имеется. В ч. 1 ст. 1 перечислены цели регулирования

Закона, в том числе эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков. Ключевые слова - "для нужд заказчиков", в то время как предмет лизинга покупается лизингодателем не для собственных нужд, а для передачи его лизингополучателю.

Лизинг не подпадает под действие Закона о закупках, для заключения таких договоров не следует применять закупочные процедуры <1>.

<1> Такая же позиция нашла отражение в решении Арбитражного суда Республики Татарстан от 22 ноября 2012 г. по делу N А65-20908/2012.

Договоры о благотворительности

Подобные сделки, как и договор аренды, нередко упоминаются в положениях о закупке, в разделе, посвященном закупке у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), что категорически неверно.

Благотворительной считается добровольная деятельность граждан и юридических лиц по бескорыстной (безвозмездной или на льготных условиях) передаче гражданам или юридическим лицам имущества, в том числе денежных средств, по бескорыстному выполнению работ, предоставлению услуг, оказанию иной поддержки (ст. ст. 1, 4 Федерального закона от 11 августа 1995 г. N 135-ФЗ "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях").

Граждане и юридические лица вправе беспрепятственно добровольно заниматься благотворительной деятельностью. Они могут вести ее индивидуально или объединившись, образуя или нет благотворительную организацию. При этом никто не вправе ограничивать свободу выбора целей благотворительной деятельности и форм ее осуществления.

Договор о благотворительности гражданским законодательством не предусмотрен. Отождествлять его с договором дарения нельзя в связи с тем, что ст. 582 ГК РФ, предусматривающая возможность заключения договора дарения в случае пожертвования вещи или права в общепользовательных, в том числе благотворительных, целях, имеет ограниченное действие.

Во-первых, она касается лишь безвозмездных благотворительных пожертвований и не определяет режим благотворительных пожертвований на льготных условиях. Во-вторых, ст. 582 ГК РФ не учитывает специфического характера тех благотворительных пожертвований, которые сделаны в пользу благотворительных объединений. В такой ситуации благотворительные объединения и их благотворители вынуждены заключать между собой не предусмотренные нормами действующего российского законодательства договоры о благотворительности, которые, в отличие от договоров пожертвования, могут определять льготные условия благотворительных поступлений.

Как известно, в российском законодательстве договоры разграничиваются на возмездные и безвозмездные. Так, в ст. 423 ГК РФ проводится различие между этими видами договоров в зависимости от того, должна ли сторона получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей (возмездный договор) либо она не вправе претендовать на это (безвозмездный договор). В п. 3 ст. 423 ГК РФ содержится презумпция возмездности заключенного сторонами договора. Безвозмездность договора может быть предусмотрена законом, другими правовыми актами, содержанием или существом договора.

Понятие "закупка" охватывает возмездные договоры, в то время как в основе благотворительной деятельности лежит бескорыстная передача имущества или денег. Проще говоря, благотворительность не предполагает встречного предоставления в отношениях между благотворителем и благополучателем. Из изложенного следует, что договоры о благотворительности не входят в предмет регулирования Закона о закупках, регламентирующего возмездные отношения заказчика с участниками закупок.

Рамочные договоры

В контексте требований Закона о закупках отношение к рамочным договорам на практике весьма и весьма осторожное. Они нацелены на закупку товаров (работ, услуг) лишь в будущем, но сама по себе закупка в их предмет не входит.

В настоящее время рамочные договоры не имеют законодательного регулирования, хотя планируется включить в ГК РФ специальную норму, посвященную им. В этой связи уместным будет обратиться к имеющимся в современной науке гражданского права наработкам.

Рамочные (организационные) договоры по структуре организации связей и сроку действия делятся на такие, которые предусматривают заключение на их базе только одного основного договора и прекращают свое действие, когда он заключен, и такие, которые предусматривают возможность заключения одного или нескольких основных договоров и действуют в течение срока, указанного в данных рамочных договорах.

Существенными условиями рамочных (организационных) договоров следует считать условия об их предмете и сроке действия, а также о предмете основного договора (договоров). Нецелесообразно согласовывать в них иные существенные условия основного договора (договоров), поскольку на момент заключения рамочного (организационного) договора могут быть неизвестны факторы, определяющие содержание этих условий <1>.

<1> См.: Подузова Е.Б. Организационный договор и его виды: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 7.

Рамочные договоры могут удовлетворить потребности участников гражданского оборота в материальном благе только в связке с заключенными на их основании имущественными договорами, а не сами по себе. Предметом рамочного договора выступают действия сторон по организации потока взаимных гражданских правоотношений в определенной сфере гражданского оборота. Он всегда имеет длящийся характер, поскольку направлен на неоднократное применение его условий в течение долгого времени. Непосредственная цель рамочного договора - создание устойчивых хозяйственных отношений между его участниками.

Рамочный договор порождает двухуровневую систему договорных связей на основе базового договора и заключаемых локальных договоров <1>.

<1> См.: Тюрина С.А. Договор как регулятор организационных отношений в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 24.

Как видно, формирующиеся в результате заключения рамочных договоров устойчивые хозяйственные связи сводят на нет провозглашенные в Законе принципы закупки: здесь уже нет места ни открытости, ни добросовестной конкуренции. Если следовать условиям основного договора, то последующее заключение всех локальных договоров (к примеру, в форме дополнительных соглашений) автоматически превращается в закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), который уже определен в рамочном договоре.

Несмотря на свою убежденность в правильности приведенных рассуждений, все же не станем рекомендовать заказчикам "закрывать" закупочную деятельность рамочными договорами. Иначе это будет выглядеть как настоящий "мятеж" против Закона о закупках.

Предлагаем внедрить в практику рамочные договоры, но с указанием конкретной цены и конкретных видов, сроков, объемов работ. В таких договорах следует оговорить, что условия могут меняться по схеме "заявка заказчика - оперативное изменение условий договора". Это не изменение договора в одностороннем порядке, потому что стороны изначально соглашались, что заявка заказчика признается изменением договора по соглашению сторон. Проще говоря, договор заключается и исполняется по принципу "три пишем - два в уме". Все, что написано в самом договоре, - это "потолок", "рамка"; на самом деле стороны работают по заявкам, не забывая размещать на официальном сайте информацию об изменении объемов товаров, работ, услуг и цены договора (ч. 5 ст. 4 Закона о закупках).

