

## ПОНЯТИЕ И ФОРМЫ ТОРГОВ

М. ПРИСЯЖНЮК,

старший преподаватель Хмельницкого национального университета

### SUMMARY

In the article the legal nature of the bidding as the way of concluding treaties by the business entities is investigated. The special attention is given to the main forms of the bidding: an auction and a contest. The directions of legal regulation improvement of public relations during conducting the bidding are determined. Trades are a way of writing contract that combines the active behavior of the organizer and the bidders to ensure the most favorable terms for them on the basis of race organizer offers from several participants, and the organizer of the sale in advance determine their terms and conditions, the basic terms of the future agreement, the criteria and the application procedures and the selection of the winner, and the bidders are making the application, make suggestions for the future of the terms of the contract and commit other actions under the terms of trade.

**Key words:** bidding, auction, contest, tender, competitive bidding, treaty.

\* \* \*

В статье исследуется правовая природа торгов как способа заключения договоров хозяйствующими субъектами. Особое внимание уделяется основным формам торгов: аукциону и конкурсу. Указываются направления совершенствования правового регулирования общественных отношений во время проведения торгов. Торги являются способом заключения договора, что объединяет в себе активное поведение организатора и участников торгов с целью обеспечения наиболее выгодных условий сделки для их организатора по принципу состязания предложений от нескольких участников, при этом организатор торгов наперед определяет условия их проведения, основные условия будущего договора, критерии и процедуры подачи заявок и выбора победителя, а участники торгов вносят заявки, делают предложения по условиям будущего договора и совершают иные действия, предусмотренные условиями торгов.

**Ключевые слова:** торги, аукцион, конкурс, тендер, конкурсные торги, договор.

*Постановка проблемы. Вопросам правового регулирования конкурентных способов заключения хозяйственных договоров в юридической литературе постоянно уделяется повышенное внимание. Над этой проблематикой работали такие известные учёные как: Е. Беляневич, М. Брагинский, С. Братусь, В. Витрянский, С. Денисов, Г. Знаменский, Н. Клейн, В. В. Лаптева, В. Луц, В. Мозолин, И. Недужий, Л. Новоселова, Б. Пугинский, О. Садикова, К. Скловский, М. Телюкина, Е. Харитонова, Е. Харитонов и другие. В то же время, несмотря на наличие существенных научных результатов, вопросы совершенствования правового регулирования торгов были и остаются недостаточно исследованными.*

**Актуальность темы.** Несмотря на широкое применение торгов в хозяйственной практике, в научной литературе и законодательстве так и не сформулировано универсальное определение понятия «торги». Большинство учёных рассматривают торги с точки зрения раскрытия их сущности и правового режима, давая порой не всегда однозначное их толкование. В свою очередь, определение универсального понятия торгов требует немедленного решения, поскольку это позволит снять разногласия, вызванные именно различными подходами к определению данного понятия.

**Новизна темы** исследования состоит в исследовании сущности торгов на основании разграничения и анализа их отдельных форм и определения в связи с этим понятия торгов с целью усовершенствования законодательства.

**Целью статьи** является формули-

рование понятия торгов, а также разграничения их отдельных форм, на основе рассмотрения существующих подходов в юридической литературе и анализа законодательства.

**Изложение основного материала исследования.** Ограничение государственного регулирования экономических процессов, свободное движение капиталов, товаров и услуг на территории Украины и обеспечение свободы предпринимательской деятельности способствует совершенствованию механизмов возникновения договорных отношений между хозяйствующими субъектами. В условиях рыночных, конкурентных отношений большой популярностью пользуется заключение хозяйственных договоров на биржах, аукционах и конкурсах. В свою очередь функционирование биржевой торговли, проведение аукционов и конкурсов имеет специфические особенности, ко-

торые, с одной стороны, обусловлены их разным правовым регулированием и деловыми обычаями, а с другой, - имеют существенные общие черты, что дают возможность объединить их в общее понятие «торги» [1, с. 126].

Несмотря на широкое применение торгов в хозяйственной практике, в научной литературе и законодательстве так и не сформулировано универсальное определение понятия «торги». Большинство учёных рассматривают торги с точки зрения раскрытия их сущности и правового режима, давая порой не всегда однозначное их толкование. В свою очередь, определение универсального понятия торгов требует немедленного решения, поскольку это позволит снять разногласия, вызванные именно различными подходами к определению данного понятия.

Для исследования понятия торгов необходимо, в первую очередь, обратиться к этимологии слов «торг», «торги». Они происходят от праславянской формы \*тъгъ, что родственно словам «рынок», «торговля» [2, с. 482]. Анализируя эту информацию, можно сделать вывод что, слово торги связано своим происхождением с такими понятиями, как торговля и рынок. Словарь русского языка С. И. Ожегова указывает на два значения слова торги: с одной стороны – это то же, что аукцион, а с другой – это состязательный порядок сдачи



подряда тому, кто предложит более выгодные условия [3, с. 714]. В свою очередь, в толковом словаре В. Даля торги определяются как «торг или торги, вызов и сход в урочный день, и час купцов или подрядчиков и поставщиков, торгующихся на заявленный предмет, понижая друг перед другом цену» [4, с. 429]. Согласно энциклопедическому словарю Ф. Брокгауза и И. Ефрона торги публичные - особая форма отчуждения имущества или сдачи казенных подрядов и поставок [5, с. 678]. Таким образом, можно отметить, что торги рассматривались как облеченные в особую форму действия лица/лиц имеющего намерение продать имущество или сдать казенный подряд или поставку, по реализации этого намерения.

В законодательстве Украины термин торги (публичные торги) встречается как Хозяйственном кодексе Украины, так и в Гражданском кодексе Украины, что указывает на его частно-правовую природу. Так, статья 185 Хозяйственного кодекса Украины предусматривает заключение хозяйственных договоров на публичных торгах на основе свободного волеизъявления сторон [6]. В Гражданском кодексе Украины конструкция «публичные торги» используется как механизм справедливой реализации имущества должника [7]. Дальнейший анализ действующего законодательства Украины даёт возможность сделать вывод, что понятию торги придается несколько смысловых значений, а именно:

- способ приватизации государственного или муниципального имущества;
- процедура размещения заказов на закупки продукции для государственных нужд, то есть, по существу, способ закупки;
- способ заключения хозяйственного договора;
- способ выявления поставщика (исполнителя) товаров (работ, услуг);
- способ продажи залогового имущества.

Несмотря на неоднозначное употребление данного понятия в тексте нормативных актов, их анализ даёт возможность определить сущность торгов как способа заключения договора. К характерным особенностям такого способа заключения договора можно отнести:

1) выбор организатором будущего контрагента по договору состоит в определении соответствующей процедуры подачи заявок и критериев выбора победителя торгов;

2) организатор торгов выбирает контрагента, который, с точки зрения интересов организатора, предложил наиболее оптимальные условия будущего договора и признан победителем торгов в установленном законом и извещением о проведении торгов порядке;

3) во время проведения торгов организатор не только выбирает наиболее привлекательное предложение от потенциальных контрагентов по договору, но и формирует условия будущего договора с лицом, который будет признан победителем;

4) необходимо отметить и активное поведение участников торгов, которые также совершают ряд действий, направленных на заключение договора по их результатам, а именно: вносят заявки и задаток либо иное обеспечение, делают предложения по условиям будущего договора и совершают действия по оформлению договорных отношений;

5) целью проведения торгов является заключение договора с лицом, признанным победителем, поэтому все действия, совершаемые как организатором, так и участниками, будут направлены именно на заключение договора.

Сказанное подтверждается и в юридической литературе. Так, например, В. А. Белов даёт следующее определение торгов: «Торги представляют собой процесс выбора организатором торгов (одним из контрагентов будущего договора) другого контрагента, участие которого в договоре наилучшим образом отвечало бы интересам организатора» [8, с. 543] В целом, с предложенным определением торгов можно согласиться, но с рядом уточнений.

Обобщая сказанное выше, торги можно определить как способ заключения договора, что объединяет в себе активное поведение организатора и участников торгов с целью обеспечения наиболее выгодных условий сделки для их организатора по принципу состязания предложений от нескольких участников, при этом организатор торгов наперёд определяет условия их проведения,

основные условия будущего договора, критерии и процедуры подачи заявок и выбора победителя, а участники торгов вносят заявки, делают предложения по условиям будущего договора и совершают иные действия, предусмотренные условиями торгов.

Заслуживает внимания и правовая природа торгов. Так, в юридической литературе сложилось мнение, что торги (аукцион, конкурс) представляют собой в каждом случае их организации самостоятельную сделку (договор между организатором и участниками), довольно распространено в современной юридической литературе [9, с. 227]. Так, Н. И. Клейн отмечает, что конкурс и аукцион по продаже движимых и недвижимых вещей и имущественных прав являются односторонней гражданско-правовой сделкой, порождающей право победителя требовать заключения договора [10, с. 431]. Т. И. Сачук и В. Е. Майков определяют торги как сложный юридический состав, длящееся юридическое действие, совершаемое по предусмотренной законом и иными нормативными актами процедуре, влекущее определенные правовые последствия [11, с. 23]. По мнению О. А. Беляевой, торги – это сложный юридический состав, воплощенный в комплексе последовательно сменяющих друг друга односторонних сделок, в совокупности влекущих правовые последствия [12, с. 16].

Таким образом, торги являются способом возникновения договорного обязательства, который состоит из последовательно взаимодействующие юридических фактов: односторонней сделки организатора торгов (извещение о проведении торгов); односторонней сделки участника торгов, совершенной под отлагательным условием (заявку); юридический поступок организатора торгов (проведение торгов как процедуры выявления победителя и содержания будущего договора); договора (заключение договора между организатором торгов и их победителем). При этом необходимо отметить, что правовые отношения на стадии организации и проведения торгов по своему содержанию являются организационно-правовыми, поскольку имеют специфическую направленность: организовать, упорядочить отношения

на стадии заключения итогового договора.

К основным формам проведения торгов относят аукцион и конкурс. Они во многом схожи, но все же самостоятельны, а различие состоит лишь в принципе определения победителя. Победителем аукциона (лат. *auctio* – приумножение, прибавление) является лицо, предложившее «лучшую цену». На таком аукционе победитель определяется путем повышения цены на товар (имущество). Аукционная продажа может быть принудительной, организованной для реализации имущества нерадивого должника, и добровольной, которую организует сам продавец или которая осуществляется через организацию, специально на это уполномоченную [1, с. 135].

Видами аукциона являются активный аукцион и аукцион с пассивной конкуренцией. Активный аукцион используется там, где необходимо получить в наибольшую сумму. Активные аукционы являются распространенным способом приватизации государственного и муниципального имущества и способом продажи арестованного имущества должника. Вместе с тем на практике огромное количество торгов проводится не только на продажу, но и на приобретение товаров, работ или услуг. В этом случае заказчик торгов, наоборот, заинтересован в получении минимальной цены. Победитель подобного аукциона (редукциона) определяется путем пошагового (при устном соревновании) понижения начальной (стартовой) цены. Этот вид аукциона называется «аукцион с пассивной конкуренцией», «голландский аукцион» (*Dutch auction*) или «обратный аукцион». Такой вид аукционов активно применяются при размещении государственных и муниципальных заказов, поэтому наличие в заявке участника размещения заказа предложения о цене государственного (муниципального) контракта, превышающей его начальную (максимальную) цену, заведомо означает проигрыш в аукционном или конкурсном соревновании.

Конкурс означает соревнование с целью выявить наилучших участников, наилучшие работы; конкуренцию, соперничество или состязание в торговле и промыслах, соискательство, сорев-

нование. Понятию «конкурс» в гражданском праве придается различное смысловое значение: конкурс – это не только механизм заключения договора (конкурсные торги), но и вид публичного обещания вознаграждения. На конкурсных торгах победителем считается лицо, предложившее лучшие условия исполнения договора, использования имущества. Критерии отбора устанавливает заранее сформированная конкурсная комиссия, в которую могут входить лица, имеющие научный авторитет, профессиональную репутацию, считающиеся специалистами в определенной области. Торги в форме конкурса являются удобным способом для их инициатора выбрать контрагента с наиболее оптимальными условиями сделки.

Различия между аукционом и конкурсом несущественны, по своей сути аукцион – это тот же конкурс, но лишь с одним критерием отбора, в качестве которого выступает цена. Допустимо дать и определение конкурса через понятие аукциона, ведь конкурс – это тот же аукцион, участники которого прошли определенный квалификационный отбор и по заключению конкурсной комиссии удовлетворяют всем заявленным требованиям (критериям). В целом предложение лучшей цены на аукционе следует считать частным случаем предложения лучших условий на конкурсе.

Тем не менее на практике постоянно происходит совмещение аукционов и конкурсов в различных формах. Как отмечает Н. В. Лавочкина, в одних случаях в качестве условия конкурса называются разовые и регулярные платежи за пользование недрами, в других – аукцион используется при проведении второго тура конкурса, если в первом не удалось выявить победителя [13, с. 264]. Зачастую заказчик торгов устанавливает смешанные (и аукционные, и конкурсные) требования к победителю, который должен одновременно предложить и лучшие условия исполнения договора, и лучшую цену (например, приватизационные конкурсы). В таком случае конкурс и аукцион практически идентичны друг другу [14, с. 43]. С. В. Савина причину смешения конкурса и аукциона как форм торгов видит в отсутствии законодательного определе-

ния конкурса [15, с. 4], Ю. С. Турсунова предлагает выделить третью форму торгов, назвав ее «субконкурс» [16, с. 5], С. В. Матияшук считает, что в основе проведения конкурса в отличие от аукциона лежит идея состязательности, направленная на достижение наилучшего результата [17, с. 60]. На наш взгляд, идея состязательности присуща и аукциону, и конкурсу, так как является общим признаком любых торгов вне зависимости от их формы.

Оценивая нормы действующего законодательства, посвященные проведению торгов, можно сделать вывод, что приоритет сейчас отдан аукционным торгам, на которых победитель определяется только по цене. Даже при проведении конкурсов цена зачастую может иметь главенствующее значение. При этом уместно привести высказывание М. Позняка: «Заказчик не обязан оставить подряд (поставку) за соревнователем, предложившим самую низкую цену, но имеет право руководствоваться, кроме предложенных соревнователями цен, также и кредитоспособностью, опытом и т.п. данными, могущими в совокупности обеспечить максимальную для заказчика выгоду». Он отмечал, что данное правило «может способствовать насаждению категорий излюбленных поставщиков, что создает известное сближение с учреждением, которое они обслуживают, способствует снисходительности в интересах контрагента, иногда идущих в ущерб государственным интересам» [18, с. 551].

Кроме того, необходимо признать, что использование аукциона в некоторых областях хозяйственной деятельности не всегда оправдано. К примеру, заключение договоров строительного подряда возможно только путём проведения конкурсов, которые предусматривают оценку предложений претендентов на основе показателей стоимости, времени выполнения подряда, качества работ, технического обеспечения предприятия, опыта работы, репутации и т. д.

В международной практике торги обычно называются тендерами, такая терминология встречается и в отечественных нормативных актах. Так понятие «тендер» широко применяется в законодательстве Республики



Казахстан, которое регламентирует различные виды тендеров наряду с аукционами и конкурсами. В частности, различаются закрытый тендер (с ограниченным кругом участников), коммерческий тендер (побеждает наиболее высокая цена), инвестиционный тендер (побеждает лучшая инвестиционная программа) [19]. В тоже время законодательство ряда зарубежных стран (Алжир, Марокко, Сирия и проч.) не отождествляет процедуры заключения контрактов по результатам торгов и путем объявления тендера. Хотя различия между ними могут быть незначительными. Так, выбор подрядчика (поставщика) на торгах проходит на открытом заседании, а при проведении тендера - в закрытом порядке без приглашения участников [20, с. 43]. В Украине хозяйствующие субъекты тендером зачастую именуют запрос коммерческих предложений (приглашение делать предложения по заключению договора, сбор ofert и т. п.), тем самым стремясь подчеркнуть отличие подобной процедуры сбора ofert и выявления лучшей из них от механизма организации и проведения торгов.

Принимая во внимание указанные выше аргументы, можно сделать следующие **выводы**:

1. Торги являются способом заключения договора, что объединяет в себе активное поведение организатора и участников торгов с целью обеспечения наиболее выгодных условий сделки для их организатора по принципу состязания предложений от нескольких участников, при этом организатор торгов наперед определяет условия их проведения, основные условия будущего договора, критерии и процедуры подачи заявок и выбора победителя, а участники торгов вносят заявки, делают предложения по условиям будущего договора и совершают иные действия, предусмотренные условиями торгов.

2. Разделение в законодательстве торгов на аукционы и конкурсы должно быть сохранено, при этом выделение промежуточных форм между ними вряд ли оправданно.

3. Отказ от проведения конкурсов в пользу аукционов не всегда удовлетворяет интересы заказчиков торгов.

4. С учетом сложившейся зарубежной и отечественной практики тен-

дером следует считать любые способы заключения договора, имеющие в своей основе состязательность между потенциальными контрагентами независимо от того, используются ли при этом какие-либо формализованные процедуры. Таким образом, понятие «тендер» очень многоплановое, что затрудняет его правовую регламентацию. Доказательством этому, на наш взгляд, есть отказ от термина «тендер» в новой редакции Закона Украины «О совершении государственных закупок».

#### Список использованной литературы:

1. Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання : навчальний посібник / О. А. Беляневич. – К. : Наукова думка, 2002. – 280 с.
2. Фасмер М. Этимологический словарь русского языка : В 4-х т.: Пер. с нем. = Russisches etymologisches Wörterbuch / Перевод и дополнения О. Н. Трубачёва / М. Фасмер. – 4-е изд., стереотип. – М. : Астрель, 2004. – Т. 4. – 860 с.
3. Ожегов С. И. Словарь русского языка / [Под ред. Н. Ю. Шведовой] / С. И. Ожегов. – 17-е изд. – М. : Русский язык, 1985. – 797 с.
4. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка / [Репринт. изд.: М.: СПб. : Изд. М. О. Вольфа, 1882. В. И. Даль]. – М. : Русский язык, 1990. – 556 с.
5. Энциклопедический словарь. В 86 т. / [Репр. воспр. изд. «Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона»]. – СПб. : Фирма «ПОЛПРАДИС», АО «Иван Фёдоров», 1993–1998. – 40 726 с.
6. Хозяйственный кодекс Украины. – К. : Изд-во «Одессей». – 2013. – 80 с.
7. Гражданский кодекс Украины. – К. : Изд-во «Одессей». – 2013. – 352 с.
8. Белов В. А. Гражданское право: Общая часть : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – 960 с.
9. Брагинский М. М., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. М. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 2000. – 848 с.
10. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части

первой / [Отв. ред. О. Н. Садиков]. – М., 1995. – 448 с.

11. Сачук Т. Н., Майков В. Е. Недействительность торгов: отдельные вопросы судебной практики / Т. Н. Сачук, В. Е. Майков // Экономическое правосудие на Дальнем Востоке России. – 2004. – № 1. – С. 21–34.

12. Беляева С. В. Предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности / С. В. Беляева // Законодательство и экономика. – 2005. – № 10. – С. 15–18.

13. Лавочкина Н. В. Основания и порядок проведения торгов на право пользования недрами в российском праве / Н. В. Лавочкина // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – Пермь, 2008. Вып. 6 (22). – 383 с.

14. Петров И. С. Приватизационные торги : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 37 с.

15. Савина С. В. Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – 23 с.

16. Турсунова Ю. С. Торги как способ заключения договора : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. С. Турсунова. – СПб, 2004. – 17 с.

17. Матящук С. В. Оценка и сопоставление заявок на участие в конкурсе: проблемы и возможные пути их решения / С. В. Матящук // Законодательство и экономика. – 2008. № 10. – С. 57–62.

18. Позняк М. Производство публичных торгов на государственные подряды и поставки по новому положению // Еженедельник Советской юстиции. – 1928. – № 18.

19. Правила продажи объектов приватизации, утв. постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 июня 2000 г. № 942 (подп. 10–13 п. 1).

20. Грибанов В. Правовые вопросы проведения торгов (тендеров) за рубежом / В. Грибанов // Внешняя торговля. – 1983. – № 8. – С. 41–45.