

**ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**



Правительство Российской Федерации

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ «ИНСТИТУТ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» (ИЗиСП)

УТВЕРЖДАЮ

Первый заместитель директора

д-р юрид. наук

А.Я. Капустин

« » 2017 г.



ПРАВОВОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по договору от «02» мая 2017 г. № 19

по теме:

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ СПОРОВ ПО ДОГОВОРАМ, ЗАКЛЮЧЕННЫМ В
СООТВЕТСТВИИ С ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ ОТ 18.07.2011 Г.
№ 223-ФЗ «О ЗАКУПКАХ ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ ОТДЕЛЬНЫМИ
ВИДАМИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Руководитель темы:

ведущий научный сотрудник
отдела гражданского
законодательства и процесса ИЗиСП
д-р юрид. наук

О.А. Беляева

Москва 2017

**Правовое заключение по теме
«Арбитрабельность споров по договорам, заключенным в соответствии с
Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках
товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»**

Основанием для подготовки правового заключения по указанной теме является техническое задание к договору на оказание консультационных услуг от 02 мая 2017 г. № 19, заключенному между Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (исполнитель) и Общероссийской общественной организацией «Российский союз промышленников и предпринимателей» (заказчик).

В качестве основных источников для подготовки правового заключения были использованы:

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – АПК РФ);

Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – ГПК РФ);

Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая (далее – ГК РФ);

Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе»;

Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках);

Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе);

Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – Закон о третейских судах);

Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Закон об арбитраже);

Алексеев С.С. Общая теория права: М., 2008;

Белов В.Е. К вопросу о понятии публичных закупок: точка зрения // Проблемы применения Федерального закона о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц: материалы круглого стола. М., 2013;

Беяева О.А. Как проводить аудит в рамках Закона № 223-ФЗ? // Аукционный вестник. 2013. № 154;

Беяева О.А. Тенденции развития законодательства Российской Федерации о регламентированных закупках // Журнал российского права. 2016. № 9;

Беяева О.А. Третьская оговорка в договорах, заключаемых по результатам торгов и иных конкурентных процедур // Право и экономическая деятельность: современные вызовы: монография / Е.Г. Азарова, А.А. Аюрова, М.К. Белобабченко и др.; отв. ред. А.В. Габов. М., 2015;

Беяева О.А., Габов А.В. Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок // Журнал российского права. 2017. № 5;

Брайг Б., Мутай И.М. Res publica и res mercatoria в проформах ФИДИК и ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 1;

Варламова Н.В. Публичный интерес как основание ограничения прав человека / Интересы в праве. Жидковские чтения = Interests in Law. Zhidkov's readings: материалы Всероссийской научной конференции (Москва, 25 – 26 марта 2016 г.) / отв. ред. М.В. Немытина. М., 2017;

Гапанович А.В. Арбитрабельность споров, вытекающих из государственных (муниципальных) контрактов // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 6;

Заботина Н.Н. Правовая природа правоотношений, возникающих в связи с заключением контрактов на поставку товаров для государственных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006;

Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография. Отв. ред. А.В. Габов. М., 2016;

Курц Н.А. Заключение договоров о государственных и муниципальных закупках: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013;

Ломаев А.Ю. Публичный интерес как правовая категория: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2012;

Петров Д.А. Публичные закупки как способ государственного воздействия на экономику // Публичные закупки: проблемы правоприменения: материалы Всероссийской практической конференции (Москва, 14 июня 2013 г., МГУ им. М.В. Ломоносова). М., 2013;

Сырых В.М. Публичный интерес – основополагающая категория публичного права / Теория государства и права в науке, образовании, практике/ Ю.Г. Арзамасов, В.М. Баранов, Н.В. Варламова и др.; пред. ред. совета Т.Я. Хабриева. М., 2016;

Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 1995;

Тихомиров Ю.А. Право и публичный интерес // Законодательство и экономика. 2002. № 3 (215);

Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. М., 1999;

Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979;

Черепяхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сборник трудов профессоров и преподавателей Иркутского государственного университета. Иркутск, 1926;

Чиркин В.Е. Личные, частные и публичные интересы в современных конституциях / Интересы в праве. Жидковские чтения = *Interests in Law*.

Zhidkov's readings: материалы Всероссийской научной конференции (Москва, 25 – 26 марта 2016 г. / отв. ред. М.В. Немытина. М., 2017.

В ходе подготовки правового заключения был поставлен вопрос о возможности/невозможности передачи в арбитраж (третейское разбирательство) споров, возникающих из договоров, заключенных по результатам процедур закупок в соответствии с Законом о закупках, в период до и после вступления в силу Закона об арбитраже.

По существу поставленного вопроса необходимо отметить следующее:

1. Законодательство Российской Федерации устанавливает различные порядок и условия заключения гражданско-правовых договоров. Дифференциация различных правовых режимов осуществляется для целей учета различных обстоятельств, имеющих, по мнению законодателя, существенное значение (субъектный состав, цель заключения договора и прочие обстоятельства).

В настоящее время в законодательстве Российской Федерации особо урегулирован порядок заключения договоров, опосредующих удовлетворение государственных и муниципальных нужд, а также нужд некоторых видов юридических лиц.

Данное правовое регулирование касается публичных закупок. Несмотря на то что данное понятие легальной дефиниции не имеет, исходя из анализа современной доктрины можно сделать следующий научно-правовой вывод: это закупки, осуществление которых урегулировано Законом о контрактной системе или Законом о закупках¹. Таким образом, в Российской Федерации имеет место дифференцированное законодательное регулирование

¹ См., например Белов В.Е. К вопросу о понятии публичных закупок: точка зрения // Проблемы применения Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц: материалы круглого стола. М., 2013. С. 49 – 57; Петров Д.А. Публичные закупки как способ государственного воздействия на экономику // Публичные закупки: проблемы правоприменения: материалы Всероссийской практической конференции (Москва, 14 июня 2013 г., МГУ имени М.В. Ломоносова). М., 2013. С. 57 – 64.

публичных закупок: государственные закупки и закупки компаний с государственным участием регламентируются по-разному и на основании разных актов.

Выделение научно-правовой категории «публичная закупка» не означает, что законодатель формулирует одинаковые цели для указанных законов, а также использует тождественные правовые средства для достижения таких целей. Между предметами регулирования указанных законов существует *более чем* значительная разница. Она проявляется уже в том, что круг лиц, закупки которых регламентированы упомянутыми законами, различен. Кроме того, названные законы преследуют и разные цели регулирования.

Так, Закон о контрактной системе (ст. 1) указывает на то, что им регулируются отношения, направленные на *обеспечение государственных и муниципальных нужд* в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

Закон о закупках по-иному формулирует цели: «целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, *создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц*, указанных в части 2 настоящей статьи (далее – заказчики), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также – закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений».

Следует обратить внимание на то, что Закон о закупках, прежде всего, в силу своего предмета ориентирован на интересы конкретных юридических

лиц, а не на удовлетворение публичных интересов в собственном смысле этого слова.

Такое различие между двумя законами проявляется и в масштабе использования различного рода позитивных обязываний и запретов при регулировании соответствующей сферы закупок. Если в ст. 1 Закона о контрактной системе при раскрытии групп отношений («отношений... в части, касающейся...») указано на весь цикл жизни конкретного договора – от планирования до исполнения и анализа (аудита) результатов такого исполнения, то Закон о закупках такой глубины использования позитивных обязываний и запретов не формулирует.

Между двумя законами есть и определенная взаимосвязь. Так, юридические лица – заказчики в рамках Закона о закупках в ряде случаев могут оказаться перед необходимостью соблюдения требований Закона о контрактной системе¹. И наоборот, есть субъекты, которые в общем режиме осуществляют закупки по правилам Закона о контрактной системе, но в перечисленных в законодательстве случаях имеют право воспользоваться нормами Закона о закупках (бюджетные учреждения, унитарные предприятия).

Указанные «пересечения» в части субъектов, подпадающих под действие обоих названных законов, а также ряд пересечений в предметах

¹ Это происходит в следующих случаях:

- заключение договора с аудиторской организацией или индивидуальным аудитором на проведение обязательного аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности по результатам конкурса, проводимого по правилам Закона о контрактной системе (данное правило касается не всех заказчиков, а лишь тех лиц, которые перечислены в ч. 4 ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности», полного совпадения в субъектном составе аудируемых лиц и заказчиков согласно ч. 2 ст. 1 Закона о закупках нет (см. подробнее: Беляева О.А. Как проводить аудит в рамках Закона № 223-ФЗ? // Аукционный вестник. 2013. № 154. С. 1 – 3));
- отсутствие утвержденного и размещенного в единой информационной системе положения о закупке (ч. 4 ст. 8 Закона о закупках);
- невыполнение заказчиком обязанности осуществлять закупки у субъектов малого и среднего предпринимательства в объеме, установленном Правительством РФ (ч. 8.1 ст. 3 Закона о закупках);
- автономное учреждение осуществляет закупки за счет бюджетных средств, полученных на осуществление капитальных вложений в объекты государственной, муниципальной собственности (ч. 4 ст. 15 Закона о контрактной системе).

регулируемого¹, приводят на практике к неверному толкованию и применению положений того и другого законов. Проблема «закупочного дуализма» в законодательстве Российской Федерации становится причиной неясности в вопросе об арбитрабельности споров в сфере закупок.

2. На основании п. 1 ст. 11 ГК РФ защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд). Подчеркнем, что в приведенной норме понятие «суд» *используется в функциональном значении*, для целей гражданско-правового регулирования, и именно для таких целей – для определения тех способов, институтов, посредством которых участники гражданского оборота могут защитить свой юридически значимый интерес, – *охватывает не только государственные суды, но и суды третейские*.

Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что обращение в третейский суд относится к числу общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора, которой наряду с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности обуславливаются диспозитивные начала гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений².

Вместе с тем Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) в постановлении от 28 ноября 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 отверг третейскую юрисдикцию по спорам, возникающим по государственным (муниципальным) контрактам.

¹ См. подробнее: Беляева О.А. Тенденции развития законодательства Российской Федерации о регламентированных закупках // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 22.

² См. постановления Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П и от 18 ноября 2014 г. № 30-П.

В обоснование такой позиции были высказаны следующие основные аргументы:

– контракты имеют публичную основу, преследуют публичный интерес и направлены на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, достигаемого за счет траты бюджетных средств;

– контракты являются договорами присоединения, поэтому лицо, подписывающее контракт с третейской оговоркой, лишено возможности выразить собственное волеизъявление в отношении третейского разбирательства и вынуждено принять это условие;

– наличие у третейских судов компетенции Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» не предусмотрено, оснований для расширительного толкования понятия «суд» не имеется; императивные требования данного закона не допускают возможность рассмотрения в третейских судах не только споров, возникающих при размещении заказов, но и споров, связанных с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью контрактов, несмотря на подчинение последних требованиям гражданского законодательства;

– рассматривать соответствующие споры не позволяют в том числе и принципы третейского разбирательства, к которым относится конфиденциальность.

Исходя из этого был сделан общий вывод о том, что «наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами». При этом в данном акте было конкретизировано, что «императивные требования Закона о размещении заказов (на тот момент. – *прим. авт.*) не

допускают возможность рассмотрения в третейских судах не только споров, возникающих при размещении заказов, но и споров, связанных с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью контрактов, несмотря на подчинение последних требованиям гражданского законодательства».

После формирования соответствующей правовой позиции третейские оговорки в контрактах стали повсеместно игнорироваться судами, суды стали также отказывать в выдаче исполнительных листов по решениям третейских судов.

Изложенная правовая позиция ВАС РФ не основана на законе и не имеет какого-либо научно-правового обоснования¹ в связи со следующим:

Во-первых, при формировании такой позиции использовались понятия «публичный интерес» и «концентрация общественно-значимых публичных элементов».

Понятие «публичный интерес» в отечественном праве очень многозначно. И в момент формулирования ВАС РФ соответствующей позиции, и в настоящее время различные законы, судебные акты и разъяснения (обобщения) судебной практики используют понятие «публичный интерес» в разных значениях, чаще всего функционально (для целей конкретного акта, в котором применяется это понятие). В одних случаях о публичных интересах говорится как о *публичных интересах Российской Федерации*² или в более общем виде о *публичных интересах государства*³, в других случаях публичный интерес понимается как то, что *включает и государственный, и общественный интерес*⁴. В некоторых актах под публичным интересом понимаются вполне конкретные явления, как то:

¹ См.: *Брайг Б., Мутай И.М.* Res publica и res mercatoria в проформах ФИДИК и ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 1. С. 122, 123; Гапанович А.В. Арбитрабельность споров, вытекающих из государственных (муниципальных) контрактов // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 6. С. 57.

² Статья 15.1 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе».

³ См. постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П.

⁴ Статья 152.1 ГК РФ.

*основы конституционного строя, целостности и безопасности Российской Федерации*¹ или *интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды*². Функциональное использование понятия «публичные интересы» в различных контекстах можно наблюдать даже в одном акте. К примеру, приведенные положения п. 75 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», несмотря на кажущийся на первый взгляд общий характер определения публичных интересов³, на самом деле формулируются в соответствии с этим пунктом «*применительно к статьям 166 и 168 ГК РФ*». При этом п. 44 этого же документа дает иное понимание публичного интереса для целей разрешения споров, связанных с обнародованием и использованием изображения гражданина без согласия.

Нет единства в понимании публичного интереса и в доктрине⁴, из которой можно сделать, тем не менее важный вывод: публичность интереса определяется *не по субъекту, участвующему в правоотношении, а по материально-правовому содержанию самого этого правоотношения*⁵.

¹ См. п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 февраля 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности».

² См. п. 75 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

³ Такое понимание публичного интереса в целом соответствует сложившимся в теории представлениям о нем (см.: Тихомиров Ю.А. Право и публичный интерес// Законодательство и экономика. 2002. № 3 (215). С. 4; Ломаев А.Ю. Публичный интерес как правовая категория. автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2012. С. 8 и др. работы).

⁴ См. Сырых В.М. Публичный интерес – основополагающая категория публичного права / Теория государства и права в науке, образовании, практике/ Ю.Г. Арзамасов, В.М. Баранов, Н.В. Варламова и др.; пред. ред. совета Т.Я. Хабриева. М., 2016. С. 170 – 179.

⁵ Относительно публичного интереса уместно привести высказывание Б.Б. Черепихина: «так называемые частноправовые отношения казны или наших государственных предприятий, имея в виду служение публичному интересу, относятся тем не менее к частному праву... Широкое применение частноправового выступления государства не только в отношениях с частными лицами, но и в отношениях между отдельными его

Формулировать какие-либо разъяснения (правовую позицию) в такой ситуации, особенно при отсутствии в Законе о третейских судах, Законе об арбитраже и иных законах, в том числе процессуальных, каких-либо норм, предусматривающих ограничение права на использование механизма третейского разбирательства нельзя. Кроме того, любое ограничения прав и свобод, согласно неоднократно сформулированным Конституционным Судом РФ правовым позициям может быть оправдано публичными интересами, если такие ограничения отвечают требованиям справедливости, являются пропорциональными, соразмерными и необходимыми для целей защиты конституционно значимых ценностей.

Понятие «концентрация общественно-значимых публичных элементов» отличается от понятия «публичный интерес» *еще большей правовой неопределенностью*. Такого определения нигде нет, как нет и понимания того, что понимается под структурной частью этого понятия – «публичным элементом».

Следует дать отрицательную оценку и доводу о том, что такой принцип третейского разбирательства, как конфиденциальность, делает неарбитрабельными споры из отношений по государственным закупкам. Дело в том, что соответствующий принцип в Законе о третейских судах (ст. 22) раскрывался вполне конкретно и в том значении, в котором конфиденциальность понималась в указанной статье (как запрет разглашения сведений третейским судьей, ставших известными ему в ходе третейского разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников, а также запрет допроса третейского судьи в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными в ходе третейского разбирательства), *никоим образом не мог*

органами показывает со всею очевидностью, с одной стороны – чисто формальное значение всего разделения права на частное и публичное, с другой стороны – высокую приспособляемость и гибкость частноправовой формы построения правоотношений... Правоотношение, как мы видели, не теряет своего частноправового характера от того, что в нем участвует государство, в лице своих органов преследующее общественный интерес» (См.: Черпахин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве //X сборник трудов профессоров и преподавателей Иркутского государственного университета. Иркутск, 1926. С. 8 –35).

помешать реализации целей Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», тем более что Закон о третейских судах предусматривал возможность оспаривания решения третейского суда, а также указывал на невозможность его принудительной реализации без участия государства.

Не препятствовали рассмотрению соответствующих споров в третейских судах и иные принципы третейского разбирательства (ст. 18 Закона о третейских судах).

Следует обратить внимание и на то, что в момент формулирования соответствующей позиции ни материальное, ни процессуальное право не создавали для нее оснований. Процессуальное законодательство использовало понятие «дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений». Компетенция третейского суда была изложена в достаточной степени широко, а ее ограничения *должны были быть прямо установлены законом*; решение третейского суда могло быть отменено (ст. 42 Закона о третейских судах) в том числе, если суд устанавливал, что «спор, рассмотренный третейским судом, *в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства*».

Во-вторых, неверным является вывод Президиума ВАС РФ, признающего гражданско-правовой характер контрактных отношений, о невозможности третейской юрисдикции. Отношения сторон в рамках государственного (муниципального) контракта являются строго гражданско-правовыми. Это нельзя опровергнуть ни публичным интересом, ни наличием норм, блокирующих согласование сторонами контрактных условий (запрет переговоров, применение типовых контрактов на основании ч. 11 ст. 34 Закона о контрактной системе, определение Правительством РФ размеров неустоек за нарушение контрактных обязательств и проч.).

Как справедливо отмечает Н.Н. Заботина, правовой статус органа государственной власти как стороны по контракту на поставку товаров для

государственных нужд определяется его гражданской правоспособностью, а не компетенцией как субъекта публичного права; в гражданских правоотношениях неэффективно использование самого понятия «государственный контракт», которое не несет особой смысловой, функциональной нагрузки, но вызывает споры о публично-правовой природе указанного договора¹.

Знак равенства между понятиями «контракт» и «гражданско-правовой договор» поставлен в п. 3 ч. 1 ст. 1 Закона о контрактной системе, ввиду чего рассуждения об административной, публичной, комплексной и тому подобной природе контракта являются надуманными.

Нарастающая практика признания третейских оговорок недействительными и отказов в выдаче исполнительных листов по решениям третейских судов превратилась в итоге в новеллу отечественного процессуального законодательства: с 1 сентября 2016 г. споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда (п. 6 ч. 2 ст. 33 АПК РФ, п. 6 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ).

Вместе с тем *запрет этот носит временный характер* и действует лишь до дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

¹ См.: Заботина Н.Н. Правовая природа правоотношений, возникающих в связи с заключением контрактов на поставку товаров для государственных нужд: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 7, 8. Мнение о гражданско-правовом характере сделок, складывающихся в рамках контрактной системы, разделяется и другими исследователями. См., например: Курц Н.А. Заключение договоров о государственных и муниципальных закупках: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 3, 8, 11.

Таким образом, законодатель принципиально исходит из того, что третейское разбирательство по контрактным спорам возможно и *никакой имманентной невозможности арбитрабельности таких споров третейским судам в силу т.н. концентрации общественно-значимых публичных элементов не существует.*

В-третьих, указание Президиума ВАС РФ на то, что понятие «суд» не должно трактоваться расширительно, заслуживает резкой критики, потому что в данном случае имеет место игнорирование общих положений гражданского законодательства о защите гражданских прав. Как уже отмечалось выше, норма п. 1 ст. 11 ГК РФ использует понятие «суд» в функциональном (для целей данного нормативного акта) значении: под «судом» понимается не только государственный суд, но и суд третейский. Таким образом, буквальное грамматическое толкование (иногда именуемое языковым или филологическим) правовых норм, которое является основным для анализа норм права¹ и предшествует всем остальным способам и во многом предопределяет их результаты², ясно показывает: законодатель предусмотрел возможность разрешения гражданско-правовых споров третейским судом; такая принципиальная возможность закреплена законом, и лишь иной закон (процессуальные нормы) может исключить соответствующую возможность, *такой закон, как было отмечено выше, на момент формирования соответствующей правовой позиции отсутствовал.*

В-четвертых, признание алгоритма заключения государственного (муниципального) контракта тождественным договору присоединения также не ведет к опровержению третейской юрисдикции. Стороны могут достичь

¹ См.: Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 35; Алексеев С.С. Общая теория права: М., 2008. С. 512.

² Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 1995. С. 369 – 370. Хотя и не подменяет другие способы толкования. Как справедливо подчеркивал А.Ф. Черданцев, «толкование конкретной нормы начинается с языкового способа, далее, в зависимости от конкретной истолковательной ситуации, решающее место может занять какой-то другой способ толкования либо используется вся их совокупность» (Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. М., 1999. С. 278 – 279).

третейского соглашения уже после заключения контракта, оформив его не в виде третейской оговорки как одного из контрактных условий, а как отдельный документ (если бы не введенный процессуальным законодательством временный запрет, о котором сказано выше).

Приведенный подробный анализ и аргументация гражданско-правовой природы контрактных отношений, а также необоснованности игнорирования третейских соглашений при отсутствии законодательного запрета на третейское разбирательство по контрактным спорам, при правильном определении компетенции третейских судов позволяют найти решение проблемы арбитрабельности тех споров, которые возникают по договорам, заключенным в результате проведения закупочных процедур по правилам Закона о закупках.

3. Отношения, регулируемые Законом о закупках, являются гражданско-правовыми, поскольку нацелены на определение (выбор) контрагента для заключения с ним договора, то есть перед нами исключительно обязательственные правоотношения.

Согласно ч. 2 ст. 3 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Следовательно, понятие «закупка» охватывает преддоговорные и договорные отношения между заказчиками и участниками закупки. В гражданских отношениях выбор контрагента выступает элементом принципа свободы договора – свободы усмотрения при выборе лица для заключения договора (п. 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ).

Закупка – это процедура поиска (выбора) контрагента, причем такого, который с максимальной вероятностью исполнит условия договора надлежащим образом.

Согласно ст. 2 ГК РФ участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. Закон о закупках распространяет свое действие на определенных юридических лиц, перечисленных в ч. 2 ст. 1 данного закона. Перечень заказчиков имеет закрытый характер и ограничен организационно-правовыми формами соответствующих юридических лиц, осуществлением регулируемых видов деятельности, государственным (муниципальным) участием в уставном капитале¹.

Очевидно, что *договоры, заключаемые по результатам закупочных процедур, к контрактной системе не относятся*, порядок их заключения определяется на основании положений о закупке (локальных актов) конкретных заказчиков, именно положение о закупке служит правовой основой и для проведения самой процедуры, и для последующего заключения договора.

Тем не менее практика корпоративных закупок, в том числе и судебная практика рассмотрения споров в этой сфере, формируется (по не совсем понятным причинам) с учетом положений Закона о контрактной системе.

Более того, в последние годы суды ставят под сомнение допустимость третейского разбирательства по подобным договорам. Причем в судебных решениях, как правило, не приводится каких-либо аргументов для

¹ По организационно-правовой форме субъектами, осуществляющими закупки, являются государственные корпорации, государственные компании, автономные учреждения, а также хозяйственные общества, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в совокупности превышает 50%, бюджетные учреждения и унитарные предприятия (при соблюдении ряда дополнительных условий). Кроме того, заказчиками по смыслу Закона о закупках выступают дочерние хозяйственные общества, в уставном капитале которых более 50% долей в совокупности принадлежит вышеперечисленным юридическим лицам, за исключением бюджетных учреждений (п. 2 ч. 2 ст. 1), а также дочерние хозяйственные общества, в уставном капитале которых более 50% долей в совокупности принадлежит вышеназванным дочерним хозяйственным обществам (п. 3 ч. 2 ст. 1).

опровержения третейской юрисдикции, помимо тех, которые были проанализированы нами ранее в контексте позиции Президиума ВАС РФ¹; нередко суды отмечают, что решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права, не поясняя при этом, какие именно².

Принципы права как его основные идеи демонстрируют наибольший уровень проявления неопределенности в праве. Принципы права в самом общем виде призваны отразить закономерности общественной жизни, преобразовав их в основу содержания права. Однако без типизации и обобщения конкретных жизненных обстоятельств, перевода их на уровень общих и неопределенных нормативных предписаний это сделать невозможно. Данное обстоятельство придает принципам права качество «центров» правового регулирования³.

Вместе с тем апеллирование к принципам имеет и обратную сторону, причем негативную, поскольку открывает весьма широкую дискрецию⁴, в то время как в основу разрешения любого спора должен быть положен закон – и только он один.

Соблюдение принципа автономии воли при заключении договора по результатам закупки не является нерешаемой проблемой.

Во-первых, третейская оговорка может быть сформулирована в виде альтернативного (или вариативного) договорного условия, включение которого в итоговый текст договора санкционируется победителем (третейская оговорка получает юридическую силу ввиду волеизъявления

¹ См. постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2016 г. по делу № А79-11318/2015; постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 2 декабря 2015 г. № 13АП-26140/2015 по делу № А56-41561/2015 и проч.

² См. постановления Арбитражного суда Московского округа от 19 ноября 2015 г. № Ф05-16436/2015 по делу № А40-85008/15, от 6 февраля 2015 г. № Ф05-15280/2014 по делу № А40-77184/14-69-659; постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 25 апреля 2016 г. № Ф06-935/2015 по делу № А72-5927/2015 и проч.

³ Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. Цит. по: СПС «Консультант Плюс».

⁴ См.: Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография. Отв. ред. А.В. Габов. М., 2016. С. 254.

победителя процедуры). Условие договора, содержащее третейскую оговорку, должно позволять победителю торгов (иной конкурентной процедуры) однозначно выразить свое волеизъявление. В таком случае оспаривание третейской оговорки станет невозможным¹.

Во-вторых, законодательного запрета на ведение переговоров в сфере корпоративных закупок нет, на практике довольно распространено использование протоколов разногласий. Уже сам по себе этот факт исключает рассуждения о «навязывании» третейского соглашения победителю процедуры закупки.

Отдельно применительно к Закону о закупках следует проанализировать т.н. публичные элементы в ткани его норм.

Публичный интерес (элементы публичности) проявляются в нормах этого закона в том *и только в том*, чтобы сделать закупки более открытыми, конкурентными, не подверженными коррупции. Это ясно видно из целей регулирования указанного закона (ст. 1), где говорится о развитии добросовестной конкуренции, об обеспечении гласности и прозрачности закупки, о предотвращении коррупции и других злоупотреблений.

Отсюда и соответствующая комбинация запретов и позитивных обязываний в нормах этого закона, которые относятся именно к периоду планирования закупки и заключения договора; остальная динамика обязательственного отношения никакими публичными элементами не корректируется. Цели регулирования указанного закона также в основном состоят в удовлетворении не публичных нужд, а нужд конкретных юридических лиц, соответствующих правовому статусу «заказчик» и перечисленных в ч. 2 ст. 1 указанного закона².

¹ См. подробнее: Беляева О.А. Третейская оговорка в договорах, заключаемых по результатам торгов и иных конкурентных процедур // Право и экономическая деятельность: современные вызовы: монография / Е.Г. Азарова, А.А. Аюрова, М.К. Белобабченко и др.; отв. ред. А.В. Габов. М., 2015. С. 300.

² Это отражено и в некоторых судебных актах, например, в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 16 октября 2014 г. № Ф05-11518/14 по делу № А40-97121/14-25-610).

«Публичность» закупочным отношениям присуща, но только в смысле информационной открытости закупочных процессов (и не более того), которая является отражением целей этого закона, которые изначально ставились при его принятии¹.

Иными словами, «публичными» (в смысле открытыми для всеобщего сведения) являются те документы и информация, которую заказчики обязаны размещать в установленные сроки на официальном сайте в Единой информационной системе (план закупки, план закупки инновационной, высокотехнологичной продукции и лекарственных средств, положение о закупке и вносимые в него изменения, документация о закупке, извещение, протоколы, направление сведений в реестр договоров, заключенных заказчиками, составление ежемесячной отчетности).

Такой подход к комбинации частных и публичных элементов в полной мере отражает конституционные положения о свободе экономической деятельности и необходимости поддержки конкуренции, которые находят свое развитие в правовых позициях Конституционного Суда РФ. В этих позициях неоднократно было указано, что экономическая свобода (в том числе и свобода выбора контрагентов по договору, способа защиты прав – *прим. авт.*) сопряжена с соблюдением запрета на осуществление экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, а также может подвергаться определенным законодательным ограничениям, вводимым в соответствии с конституционно обусловленными критериями, установленными ч. 3 ст. 55 Конституции². Конституционный Суд РФ неоднократно указывал на необходимость поддержки добросовестной конкуренции, на то, что соответствующие меры (ограничения) в таком случае не могут рассматриваться как нарушающие

¹ См. пояснительную записку к проекту федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг государственными корпорациями (компаниями), субъектами естественных монополий, организациями коммунального комплекса», который впоследствии стал Законом о закупках.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 14 мая 2015 г. № 1076-О.

конституционные права субъектов¹. Конституционный Суд отмечал, что «осуществление экономических прав в условиях конституционного правопорядка сопряжено с необходимостью учета иных конституционно одобряемых ценностей *как частного, так и публичного характера*. Реализация экономической свободы не должна противоречить в том числе *публичным интересам общества и государства...*, а федеральный законодатель, руководствуясь целями защиты такого рода интересов, вправе устанавливать определенные условия осуществления и ограничения экономических прав»².

4. За редким исключением, в отечественных законах нет прямого указания на то, что те или иные споры могут быть предметом рассмотрения третейского суда³. Такой юридико-технический прием использован неслучайно. К компетенции третейского суда относятся любые споры, возникшие между любыми участниками гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом. Также федеральным законом могут быть установлены ограничения на передачу спора в третейское разбирательство (ч. 3, 4 ст. 1 Закона об арбитраже). Ровно такой же подход был закреплен и ранее (п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах).

Таким образом, все, что прямо не запрещено законом, и есть компетенция третейских судов. Как видно из предыдущего изложения, *законодательного запрета на рассмотрение споров по договорам, заключенным в рамках Закона о закупках, не существует*.

Более того, такой запрет был бы необоснованным как в силу предмета регулирования Закона о закупках, в котором, как было подчеркнуто, главный

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 619-О.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 5 июля 2011 г. № 924-О-О.

³ Только в ряде нормативных правовых актов, принятых в период становления в России института третейского разбирательства, имеются прямые указания на возможность третейской юрисдикции (ст. 17 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях», ст. 50 Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»).

защищаемый интерес частный – *создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц – заказчиков, прямо указанных в законе, – в товарах, работах, услугах.*

Необоснованным он выглядел бы и с точки зрения результатов телеологического толкования: согласно *Комплексу мер по развитию третейского производства в Российской Федерации*, который был разработан Министерством юстиции РФ¹, устанавливался следующий общий концептуальный подход к арбитрабельности споров: «арбитрабельными являются все виды споров, по которым стороны вправе распоряжаться своими имущественными правами или по которым в соответствии с действующим российским процессуальным законодательством допускается заключение мирового соглашения (предусмотрена возможность совершения распорядительных действий в отношении предмета спора), при этом во всех случаях неарбитрабельными должны являться споры, рассмотрение которых в третейском порядке нарушает публичный порядок, права и законные интересы третьих лиц».

Такой вывод имеет прямое значение для толкования положений ст. 1 Закона об арбитраже, а также иного законодательства, которое появилось после реформы законодательства о третейских судах.

Согласно ст. 1 Закона об арбитраже в арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом, *и только таким законом могут устанавливаться ограничения на передачу отдельных категорий споров в арбитраж (третейское разбирательство).*

Перечень споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов, установлен в основном в настоящее время в ст. 33 АПК РФ. Из этой статьи ясно следует перечень споров с публичной

¹ URL: <http://minjust.ru/ru/press/news/o-komplekse-mer-po-razvitiyu-treteyskogo-sudoproizvodstva-v-rossiyskoj-federacii> (дата обращения: 15 мая 2017 г.).

составляющей, *которые законодатель посчитал нужным исключить из сферы третейских судов.* Как уже было отмечено, входят в этот перечень и споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Именно эти, и только эти, споры в области специальным образом регулируемых закупок законодатель посчитал нужным (временно) исключить из сферы действия третейских судов.

При этом споры, возникающие из договоров, заключенных на основании Закона о закупках, в перечень споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейским судам, *не вошли.*

В статье 33 АПК РФ в качестве исключения споров с публичным элементом сделана специальная отсылка к спорам, предусмотренным разд. III АПК РФ («Производство в арбитражном суде первой инстанции по делам, возникающим из административных и *иных публичных правоотношений*»).

В статье 33 АПК РФ специально подчеркнуто, что иные споры, которые могут быть исключены из сферы действия третейских судов, должны быть указаны «в случаях, *прямо* предусмотренных федеральным законом».

Исходя из этого очевидно, что в настоящее время правовые позиции упраздненного Высшего Арбитражного Суда РФ, всячески сужавшего на основании не имевших никакого законного и научного подтверждения аргументов сферу третейского разбирательства, *применению не подлежат.*

Формулирование на основании таких правовых позиций каких-либо правовых позиций судов различных уровней о неарбитрабельности споров, возникающих из договоров, заключенных на основании Закона о закупках, не только не основано на законе, а прямо ему противоречит.

Использование ранее сформулированных ныне упраздненным Высшим Арбитражным Судом РФ правовых позиций в настоящее время не только прямо противоречит закону, но и не соответствует правовым позициям Конституционного Суда РФ.

В постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П суд отметил право законодателя, исходя из необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов определять перечень видов споров, которые могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, в зависимости от их социальной значимости, конкретных условий развития гражданского оборота и социально-экономической системы в целом, укоренения правовых начал рыночного хозяйства, правовой культуры и других факторов, и вносить в этот перечень изменения.

Однако при этом Конституционный Суд РФ сформулировал очень жесткое ограничение для дискреции законодателя в этом вопросе: *«такие изменения, однако, не могут осуществляться путем произвольного снижения уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства, без учета сложившегося правового регулирования, призванного обеспечивать стабильность и динамизм гражданского оборота, и предсказуемость в использовании процессуальных возможностей для его участников»*.

ВЫВОДЫ

Споры по договорам, заключенным в результате процедур закупки, регулируемых Законом о закупках, являются арбитрабельными, то есть могут рассматриваться третейскими судами в связи со следующим:

– отношения, возникающие в сфере Закона о закупках, являются гражданско-правовыми, а любой гражданско-правовой спор может быть предметом рассмотрения в третейской юрисдикции;

– прямой законодательный запрет на рассмотрение «закупочных» споров третейскими судами отсутствует;

– договоры, заключенные в рамках Закона о закупках, не регулируются Законом о контрактной системе и не могут отождествляться с государственными (муниципальными) контрактами в части распространения на них временного процессуального запрета третейской юрисдикции в контрактной системе;

– публичность в отношениях, складывающихся в сфере регулирования Закона о закупках, сводится к реализации принципа информационной открытости закупки, то есть в определении исчерпывающего перечня документов и сведений, подлежащих раскрытию в Единой информационной системе.