

ОЖИДАНИЕ И РЕАЛЬНОСТЬ: СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО КОРПОРАТИВНЫМ ЗАКУПКАМ



БЕЛЯЕВА
Ольга Александровна,

д. ю. н., профессор РАН, ведущий научный сотрудник, зав. кафедрой частноправовых дисциплин ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

За семилетний период существования Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), регулирующего корпоративные закупки, можно отметить период относительной стабильности, когда в Закон о закупках и подзаконные акты, принятые в развитие его положений, не вносилось сколько-нибудь серьезных изменений, требующих кардинального пересмотра закупочных практик заказчиков. Впрочем, стабильность регулирования была с избытком девальвирована запутанной практикой рассмотрения споров, которая давала основания говорить о качественных изъянах законодательства с точки зрения оценки его эффективности¹.

2018 год для корпоративных закупок оказался примечателен не только бессмысленным и тупиковым, на наш взгляд, разрушением Закона о закупках (я имею в виду поправки, внесенные Фе-

деральным законом от 31.12.2017 г. № 505-ФЗ), но и еще одним нетривиальным событием — выходом Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018 г.² (далее — Обзор). Но появление этого Обзора заставляет задуматься о нескольких вечных как мир вопросах:

- должна ли высшая судебная инстанция формировать единообразную практику разрешения споров?
- каковы соразмерные пределы судейского усмотрения в толковании существующих законодательных предписаний?
- может ли судебное толкование породить новую норму, идущую вразрез с позитивными предписаниями?
- обязан ли суд давать руководящие разъяснения, прогнозируя их глобальные последствия в геополитической проекции?



¹ См. Беляева О.А. О некоторых вопросах эффективности российского законодательства о закупках //Аукционный вестник. 2016. № 279. С. 3.; Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / Отв. ред. О.А. Беляева, В.А. Вайпан, К.В. Кичик. М., 2017. С. 727, 728.

² <http://www.vsrp.ru/documents/thematics/26757/>

В Обзоре излагается позиция о том, что для целей информационного обеспечения закупки в документации о закупке должны содержаться достаточные сведения, в том числе об объекте закупки, позволяющие потенциальному участнику сформировать свое предложение. Эта идея конкретизируется далее в отношении закупки работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объекта капитального строительства, согласно которому проектная документация подлежит размещению в составе документации о закупке.

Принцип информационной открытости (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках) — оценочное понятие, которое конкретизировано в Обзоре. Только вот легкость такой конкретизации весьма эфемерна, т. к. она игнорирует серьезную коллизию Закона о закупках с другими положениями отечественного законодательства. Речь идет об информации, обладающей действительной или потенциальной коммерческой ценностью (коммерческой тайне). Механизмы, позволяющие защитить коммерческую тайну корпоративных заказчиков, сейчас отсутствуют³. Однако вместо того, чтобы попытаться определить оптимальный баланс между реализацией принципа информационной открытости и интересами корпоративных заказчиков, установив разумные пределы информационного наполнения извещения о закупке, высшая судебная инстанция постановляет, что нужно раскрывать все.

В то же время закупочной практике известен удачный, на мой взгляд, пример размещения документации о закупке в два этапа: частично — для всех желающих, полностью — для претендентов, заключивших с заказчиком соглашение о соблюдении конфиденциальности⁴. Также подобная процедура известна под условным названием «подача предварительных заявок». Целесообразность ее применения можно продемонстрировать на простом примере — выполнение работ на магистральных нефтепроводах. Предоставление проектной документации в открытом доступе ставит под угрозу террористической атаки систему магистрального транспорта нашей страны в целом, а следовательно, затрагивает права и законные интересы неопределенного круга лиц.

Аналогичные примеры: закупка охранных услуг, при которой раскрытие информации о расположении постов охраны, по меньшей мере, неразумно; закупка инкассаторских услуг, владение

информацией о которой позволяет злоумышленникам просчитать маршруты следования инкассаторских машин, и проч.

В целом, «публичность» корпоративных закупок можно интерпретировать по-разному: и как наличие в потребностях заказчика пресловутого публичного интереса (хотя я отрицаю наличие такового), и как открытость информации обо всем закупочном цикле (от планирования потребности до ее удовлетворения путем исполнения договорных обязательств).

Открытость закупочной деятельности декларируется как один из ключевых принципов законодательства о закупках, поскольку с открытостью информации сопряжено противодействие коррупции и другим злоупотреблениям. Между тем информационная открытость имеет изнанку: она делает заказчика уязвимым с точки зрения его позиций в конкурентной среде. В условиях серьезного обострения санкционной политики очевидно, что информационное обеспечение сферы публичных закупок требует концептуального пересмотра. Главный вопрос состоит в определении оптимального баланса между уменьшением публично раскрываемой информации и борьбой со злоупотреблениями.

На наш взгляд, за время, прошедшее с момента внедрения специального законодательства о закупках, кардинально изменилась политическая ситуация во всем мире. Идет война, просто не в форме вооруженного конфликта, а в форме экономических санкций, и в условиях такой войны на первом плане должна быть не борьба со «внутренними» злоупотреблениями, а защита публичных интересов. Причем эти интересы могут быть обусловлены не только требованиями обороны страны и безопасности государства, они могут быть детерминированы необходимостью защиты прав и законных интересов граждан Российской Федерации, а также защитой экономики в целом. Ведь компании с государственным участием — это ключевые хозяйствующие субъекты нашей страны, поэтому защита их экономических интересов — это не частная, но публичная задача.

По причине вышеизложенного разъяснения данные в Обзоре не только являются «однобокими» данными лишь с позиции защиты интересов участников закупки, но не заказчиков, они попросту не соответствуют текущей геополитической ситуации в мире.

Основная тенденция нашей правоприменительной практики — это безмерное стремление

³ В судебной практике имеются немногие постановления, в которых суд отдавал приоритет защите интересов заказчика в пику целесообразности соблюдения каких-либо принципов. См. постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22.05.2018 г. № Ф09-1890/18 по делу № А60-38463/2017; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2018 г. № 17АП-18757/2017-АК по делу № А60-36919/2017. В этих делах судебные инстанции обратили внимание на необходимость защиты коммерческой тайны предприятия атомной отрасли.

⁴ См. Беляева О.А. Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования: научно-практическое пособие. М., 2018. С. 119, 120.



к развитию конкуренции везде и всюду, в то время как интересы конкретных хозяйствующих субъектов (в частности, корпоративных заказчиков) проигнорированы. Кто и когда сказал, что конкуренция суть безусловное благо? Почему мы отталкиваемся от этого постулата как от аксиомы. Ведь практика повсеместно демонстрирует обратное, а потенциал неконкурентных закупок просто не оценим на сегодняшний день, обойтись без них объективно невозможно.

В противоположность этому в Обзоре высказана мысль которая открывает «ящик Пандоры» — закупка у единственного поставщика на конкурентном рынке является недопустимой. Верховный Суд РФ пошел еще дальше, отметив, какими причинами обусловлена экономическая эффективность такой закупки. Во-первых, в этих разъяснениях очевидно полное непонимание сущности неконкурентной закупки, поскольку она не связана с наличием или отсутствием конкурентного рынка как такового. «Единственный» поставщик — это известный заказчику контрагент, заказчик его не ищет среди многих, а лишь ему «единственному» делает предложение о заключении договора. Во-вторых, каким бы конкурентным ни был рынок, при наличии, скажем, срочной потребности (вовсе необязательно обусловленной чрезвычайной ситуацией) проведение конкурентных закупок лишено экономической целесообразности и эффективности. И принимать решение

о надлежащем способе закупки в каждой конкретной ситуации должен вовсе не суд, а руководитель заказчика.

Анализируемый Обзор изобилует примерами незамысловатого толкования совершенно очевидных вещей.

Так, в Обзоре разъясняется, что описание предмета закупки может содержать ссылки на государственные стандарты, санитарные нормы и правила, технические условия или их отдельные положения без раскрытия их содержания. Какую проблему призвано разрешить такое пояснение? Допустимость описания чего бы то ни было с использованием отсылки к информации, имеющей общедоступный и тем более нормативно установленный характер, представляется само собой разумеющимся.

Или возьмем указание на то, что при рассмотрении требований о признании недействительными закупки и заключенного договора судам в каждом случае необходимо устанавливать наличие негативных последствий для лица, обратившегося в суд с соответствующими требованиями. Какую неопределенность призван разрешить этот довод? Это вообще процессуальное правило (определение заинтересованности лица, обратившегося за судебной защитой), соблюдение которого

никак не связано со спецификой корпоративных закупок. Данное правило должно соблюдаться судом при рассмотрении любых требований.

Принято считать, что судебная практика нацелена на устранение правовой неопределенности, восполнение пробелов и конкретизацию (интерпретацию) оценочных понятий. Однако в анализируемом Обзоре мы наблюдаем совершенно вольное оперирование новыми, не имеющими каких-либо смысловых рамок понятиями и терминами. Так, в Обзоре говорится о «достаточной степени» детализации порядка и критериев оценки сопоставления заявок; о «причинах объективного и разумного характера», детерминирующих установление требований к участникам закупки; об установлении «невыполнимых» требований; «нивелировании условий аукциона» и проч.

Звучит увлекательно, но у любого специалиста неизбежно возникнет вопрос, каково содержательное наполнение этих прекрасных слов, кто в конечном итоге будет определять, имело ли место нивелирование и была ли детализация достаточной. Так что Обзор не только ничего не разъясняет, но, наоборот, делает ориентиры должного поведения заказчиков безнадежно туманными.

Еще один пример, ранее подробно разобранный нами в других работах⁵, — оценка коллективных участников закупки. Высшая судебная инстанция разъяснила, что коллективный участник оценивается в совокупности, требованиям документации участники коллективного объединения могут по отдельности и не соответствовать. По мнению Верховного Суда РФ, в этом состоит сам смысл коллективного участия. Хорошо, я не ставлю под сомнение данную позицию, но как конкретно этих участников оценивать? Именно после подобной позиции и начинается все самое непонятное. Если заказчик установил в документации требование относительно опыта работы участника закупки по аналогичным предмету закупки обязательствам, то как посчитать этот опыт в отношении коллективного участника? Сложить опыт работы участников коллективного образования по отдельности? Но тогда в неравном положении оказываются те лица, которые изначально обладают приемлемым для заказчика опытом работы. Такие же сомнения следует высказать о сложении и оценке в совокупности требований и по другим параметрам: суммировать по отдельным позициям, складывать разные позиции? Например, один участник коллективного образования проходит

барьеры по наличию персонала, другой — по финансовой устойчивости, но по отдельности они требованиям документации о закупке не соответствуют. Правильно ли это?

Оцениваем соответствие в совокупности, хорошо, а как конкретно? Казалось бы, задача судебных разъяснений должна состоять в том, чтобы сделать закупочную практику понятной. На деле же это выглядит иначе: камень брошен, а круги по воде считайте как хотите...

Нужно остановиться и на совсем «тревожных» пунктах Обзора, в которых высшая судебная инстанция буквально попирает нормы позитивного права, причем нормы эти не обладают ни признаками правовой неопределенности, ни характеристиками оценочных категорий.

Во-первых, речь идет о судьбе обеспечения заявки. С 01.07.2018 г. действует норма ч. 26 ст. 3.2 Закона о закупках, устанавливающая всего лишь два основания для удержания обеспечительных денег: уклонение или отказ участника закупки от заключения договора; непредоставление или предоставление с нарушением условий, до заключения договора заказчику обеспечения исполнения договора. Причем данная норма была принята значительно раньше, т. е. на момент подготовки Обзора ее содержание было общеизвестно, просто норма была «спящей». По какой же причине в Обзоре дается разъяснение, расходящееся с текстом принятой, но не вступившей с силу нормы? Налицо создание новой нормы на уровне судебного правотворчества, поскольку Верховный Суд РФ указывает на возможность удержания обеспечительных денег по основанию, не предусмотренному Законом о закупках (предоставление заведомо недостоверных сведений), что видится совершенно недопустимым.

Во-вторых, в таком же критическом ключе нужно высказаться по поводу позиции о недопустимости заключения договора до истечения срока на обжалование процедуры закупки в административном порядке. Опять же на момент подготовки Обзора уже появилась «спящая норма», заключенная в ч. 15 ст. 3.2 Закона о закупках и вступившая в силу с 01.07.2018 г. Зачем разъяснять ситуацию, которая уже имеет нормативное регулирование? Допустимо ли называть ее злоупотреблением правом, когда право вот-вот исчезнет, и буквально спустя месяц после выхода Обзора это уже не злоупотребление, а нарушение конкретного законодательного установления?

В-третьих, нельзя обойти вниманием и еще одно «открытие» Обзора — соотношение норм Закона о закупках и Федерального закона от 27.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». По мнению высшей судебной инстанции, нахождение заказчика в конкурсном производстве освобождает его от обязанностей по соблюдению требований Закона о закупках. Почему? Какова аргументация? Она (аргументация, хотя вряд ли это слово здесь уместно) сводится к признанию приоритетного характера законодательства о банкротстве (само собой, без каких-либо ссылок на нормы), проведению банкротных процедур под контролем суда (контроль суда, вероятно, означает отсутствие необходимости соблюдать какие-либо законы), но главное — нецелесообразности (выделено мной — О.Б.) применения Закона о закупках ввиду затягивания банкротных процедур и дополнительного расходования денежных средств должника или заявителя.

Причем из Обзора следует двойственный правовой режим договоров банкрота: текущие расходы оформляются по общим правилам, т. е. Закон о закупках на них распространяется, а вот договоры, заключение которых является для арбитражного управляющего обязательным, из данного правового поля исчезают. Сама по себе обязательность вступления должника в договорные отношения никак не устраняет применение Закона о закупках, ведь контрагенты по таким договорам

могут быть любимыми, и даже если рынок соответствующих услуг является низкоконкурентным, ничто не мешает арбитражному управляющему провести закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Приведенная позиция не имеет под собой никаких правовых оснований и, к сожалению, Верховный Суд РФ далеко уже не первый раз осуществляет выбор применимого закона исходя из «целесообразности», а не в результате системного толкования законодательства. Полагаю, и вряд ли можно эту мысль опровергнуть, что подобное произвольное судебское усмотрение недопустимо, это путь в никуда.

В заключение — риторический вопрос: а нужна ли нам сейчас такая практика, которая представлена в анализируемом Обзоре? Есть ли в ней хоть какое-то подобие единообразия в разрешении споров по корпоративным закупкам? Нет, напротив, она воплощает в себе неаргументированные позиции, а часть разъяснений даже «отстала» от новелл законодательного регулирования в данной сфере общественных отношений.

Вывод из всего изложенного только один — судебная практика находится в глубочайшем кризисе, выйти из которого выпуском очередного Обзора, да еще и такого сомнительного свойства, невозможно. ■



⁵ См., например: Беляева О.А. Коллективные участники в корпоративных закупках: pro et contra // Аукционный вестник. 2017. № 347. С. 1, 2.