Коллапс судебной практики в спорах о корпоративных закупках

БЕЛЯЕВА Ольга Александровна, ведущий научный сотрудник, заведующая кафедрой частноправовых дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор РАН

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: civil@izak.ru

Опираясь на современные позиции ученых в области теории права, автор анализирует Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 мая 2018 г. По мнению автора, данный Обзор не привносит какую-либо ясность в вопросы адекватного разрешения спорных ситуаций в сфере корпоративных закупок и, более того, содержит немало оценочных понятий, толкование которых затруднительно.

Автор разделяет понимание важности правотворческой функции судебной власти, необходимости судебного усмотрения, главенствующей роли судебного прецедента. Однако задача практики, особенно на уровне обобщенного судебного прецедента высшей судебной инстанции, состоит в поиске единообразия, устранения оценочных категорий, и главное — позиции не могут быть сформированы без должной аргументации. Судебный прецедент должен формироваться с учетом прогнозирования рисков, которые возникнут при его мультиплицировании в правоприменительной практике. Причем прогноз должен иметь глобальный характер не только в контексте конкретных споров, но и в макроэкономическом масштабе.

В статье констатируется недопустимость формулирования позиций без учета интересов корпоративных заказчиков, дачи разъяснений, в частности на основе интересов участников закупок и в целом задач развития конкуренции.

Ключевые слова: закупки, судебная практика, единообразие законодательства, Верховный Суд Российской Федерации, судебный прецедент, банкротство, публичная информация.

Collapse of Judicial Practice in Disputes on Corporate Procurements

O. A. BELYAEVA, leading research fellow, head of the Department of private law disciplines of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences, RAS professor

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: civil@izak.ru

In the center of attention of the author is the Review of judicial practice on the questions connected with application of the Federal law of 18 July 2011 No. 223-FZ "About procurements of goods, works, services by certain types of legal entities", adopted 16th May, 2018 by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation. Based on the positions of modern scholars in the field of theory of law the author analyzes the Review, coming to the conclusion that this document does not bring any clarity on the issues of adequate resolution of disputes in the field of corporate procurements. On the contrary, the Review is replete with a large number of evaluative concepts, the interpretation of which is very difficult.

The author shares the understanding of the law-making function of the judiciary, the need for judicial discretion, the dominant role of judicial precedent. But the task of practice, especially at the level of generalized judicial precedent of the highest court, is to find uniformity, eliminate evaluation categories,

finally, the main thing is that positions can not be formed without proper reasoning. According to the author the judicial precedent should be formed taking into account forecasting of risks which will arise at its multiplication in law-enforcement practice. Moreover, the forecast should be global not only in the context of specific disputes, but in general on a macroeconomic scale.

The author states the inadmissibility of formulating positions without taking into account the interests of corporate customers, it is unacceptable to give explanations, guided by the interests of procurement participants, in particular, and the objectives of competition development in general.

Keywords: procurement, judicial practice, uniformity of legislation, the Supreme Court of the Russian Federation, judicial precedent, bankruptcy, public information.

DOI: 10.12737/art_2018_10_3

Законодательная регламентация корпоративных закупок действует в России уже семь лет, при этом Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках) и принятые в развитие его положений подзаконные акты характеризовались относительной стабильностью. Однако эта призрачная стабильность правового воздействия на закупочные отношения с лихвой обесценивалась крайне противоречивой практикой рассмотрения споров как в административном, так и в судебном порядке. В свое время это дало нам повод утверждать о наличии качественных изъянов этого законодательства с точки зрения оценки его эффективности¹. Другие исследователи на этом основании метко именовали Закон о закупках «экспериментальным» законом, воплощающим несвойственный российскому законодательству метод регулирования — сочетание государственного и корпоративного воздействия на одни и те же отношения².

¹ См.: *Беляева О. А.* Тенденции развития законодательства о регламентированных закупках // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 26—27; *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 См.: *Казанцев Д. А.* «Белые пятна» Закона № 223-ФЗ и правоприменительная практика // *Публичные закупки: проблемы правоприменения. Материалы V Междуна-*

2018 год ознаменовался, казалось бы, из ряда вон выходящим событием — изданием Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16 мая 2018 г. (далее — Обзор). Появление этого Обзора заставляет задуматься о нескольких системообразующих проблемах:

какова роль высшей судебной инстанции в деле формирования единообразной практики разрешения споров по определенной категории дел;

каким образом определить адекватные пределы судейского усмотрения в толковании существующих законодательных предписаний, и может ли толкование породить новую норму, идущую вразрез с позитивными предписаниями;

должен ли суд прогнозировать общие последствия своих руководящих предписаний, транспарируя их и на те практические ситуации, которые носят пограничный характер по отношению к примерам, приведенным в Обзоре, а также с учетом общего вектора развития закупочных отношений не только на национальном рынке, но и в глобальной геополитической проекции?

Предваряя критический анализ конкретных положений Обзора, обратимся к тем теоретическим воззрениям, которые господствуют

родной конференции (9 июня 2017 г., МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2017. С. 112.

среди современных ученых-юристов относительно роли и значения судебной практики в целом для нашего правопорядка. Это небольшое исследование необходимо для того, чтобы продемонстрировать отсутствие у нас каких-либо необычных (нестандартных) ожиданий от позиций Верховного Суда РФ, а потому и неопечного разочарования в том, что мы наблюдаем теперь.

Судебный прецедент предопределен необходимостью конкретизации оценочных понятий и преодоления пробелов в праве, по мнению В. В. Лазарева, он должен получить нормативное закрепление³. Ученый совершенно справедливо отмечает, что судебные решения суверенно главенствуют в правопорядке в силу богатства их содержания, в них материализуется полнокровная интеграция права⁴.

Принятие судебного решения по любому делу невозможно без судейского усмотрения, которое является одним из свойств судейского мышления. Под судейским усмотрением понимается предоставленное судье право свободного анализа и выбора единственно возможного варианта решения, способного урегулировать отношения при разрешении правового спора в определенном виде судопроизводства и установлении юридического факта с закреплением результата выбора в судебном акте. Судейское усмотрение должно всегда ограничиваться определенными пределами во избежание произвола⁵.

³ См.: Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 94—95, 97.

⁴ См.: Лазарев В. В. Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 7.

⁵ См.: Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 14.

Отметим, что сегодня в юридической науке не ставится под сомнение правотворческая функция судебной власти. Так, в ряде случаев положение законодательства, которое должен применить суд, требует уточнения, и суды, разрешая споры, вынуждены выходить за рамки буквального прочтения текста закона. Такие ситуации возникают, в частности, когда в законе содержатся открытые перечни, оценочные понятия, а также при наличии пробелов в законодательном регулировании и его отставании от развития соответствующих отношений. Выбор из допускаемых нормой вариантов ее толкования и применения относится на усмотрение суда. Стремление к правовой определенности требует, чтобы решение, однажды принятое судом по его усмотрению, воспроизводилось в аналогичных случаях, т. е. стало правилом, общей нормой. Поэтому признание судебного правотворчества и необходимости нижестоящих судебных инстанций ориентироваться на позиции, выработанные высшими судами, способствует обеспечению единообразия понимания и применения закона в судебной практике⁶.

Судебная практика не является областью только правоприменения, ей свойственны и правотворческие функции⁷. Судебное правотворчество не ведет к нарушению принципа разделения властей, поскольку не претендует на узурпацию прерогатив законодательной власти по установлению абстрактных общеобязательных правил поведения⁸. Противоположная позиция высказана С. Б. По-

⁶ См.: Корнев А. В. Разъяснения высших судов по вопросам судебной практики как форма судебного правотворчества в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 9—10.

⁷ См.: Войтович Е. П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006. С. 7.

⁸ Там же. С. 10.

ляковым, полагающим, что судебное правотворчество в России существует как факт действительности вне правового регулирования. В российской правовой системе судебный прецедент существует, но не столько как форма права, сколько как форма произвола, фактор неопределенности в праве. Фактическое судебное правотворчество, не связанное никакими законами, нарушает равновесие властей⁹.

Безусловно, толкование права и правотворчество в деятельности судебных органов не исключают друг друга и могут пересекаться. Если рассматривать деятельность суда, обращенную к тексту законодательного акта и направленную на познание заложенного в нем смысла, то перед нами толкование права. Если акцентировать внимание на последующем издании судом интерпретационного акта, представляющего собой письменный документ, исходящий от компетентного государственного органа и содержащий новые положения, обязательные к исполнению, то речь идет о правотворчестве¹⁰.

Общеобязательность судебной практики высших судебных органов позволяет снизить риски в толковании и применении норм права в ущерб правам и свободам физических и юридических лиц, обеспечивает единство судебной практики, выработанной высшими судебными органами, создаст последовательность в применении норм права нижестоящими судами. Единая обязательная судебная практика высших инстанций — эффек-

тивное средство правового регулирования, обеспечивающее безопасность и защиту нормы права при ее применении. В целях оптимизации российской правовой системы П. А. Гук предлагает юридическое закрепление принципа обязательности судебной практики высших судебных органов¹¹.

В обзорах Президиум ВС РФ на основе обобщения судебной практики может поддержать или, наоборот, отвергнуть позицию, занятую нижестоящим судом по какому-либо спорному правовому вопросу. Фактически в обзорах судебной практики содержатся рекомендации судам, как разрешать аналогичные ситуации в будущем. Таким образом, вывод нормативного характера, сформулированный судом в решении по конкретному делу, становится ориентиром для всех судов при разрешении сходных дел, приобретая, по сути, прецедентный характер¹².

Верховный Суд РФ, руководствуясь в своей деятельности преимущественно Конституцией РФ и общеправовыми принципами, прямо выраженными в ней или вытекающими из системного толкования ее норм, на этой основе правомерно и зачастую своевременно наполняет более четким содержанием посредством техники правоинтерпретационной конкретизации общие, отраслевые и межотраслевые принципы законодательства либо существенным образом уточняет их смысл. В результате обеспечивается необходимый уровень единства судебной практики по наиболее сложным участкам правового регулирования общественных отношений¹³.

Итак, все приведенные позиции ученых-теоретиков обоснованны и не могут быть, на наш взгляд, ка-

⁹ См.: Поляков С. Б. Судебное правотворчество: проявление демократизма или отступление от принципа разделения властей? // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 348.

¹⁰ См.: Рулев А. И. Судебное толкование права в механизме защиты прав и свобод человека: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 6.

¹¹ См.: Гук П. А. Указ. соч. С. 15.

¹² Там же. С. 19.

¹³ См.: Петрунина А. А. Единство судебной практики как фактор совершенствования российского законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2016. С. 17.

ким-либо образом опровергнуты. Судебный прецедент важен, тем более бесспорно важен обобщенный судебный прецедент, исходящий от Президиума ВС РФ и имеющий благую цель — обеспечение единообразия, что, в свою очередь, гарантирует стабильность гражданского оборота в целом. В этом ключе разумными выглядят и предложения о нормативном закреплении прецедента, об обязательности руководящих разъяснений для нижестоящих судов, об определении пределов судебного усмотрения, без которого, увы, затруднительно сообразное норме разрешение спора.

Все так. И в связи с этим попробуем сопоставить текст Обзора с безусловно правильными теоретическими воззрениями, имеющими место в отечественной юридической науке, с тем чтобы понять, к чему пришла судебная практика в спорах о корпоративных закупках, выполняет ли Обзор хотя бы одну из приписываемых судебной практике функций, и, главное, ответить на вопрос, касающийся прогнозирования далеко идущих вслед за данными разъяснениями последствий: можно и должно ли обходиться без него при подготовке обобщенных судебных прецедентов?

1. В Обзоре справедливо разъяснено, 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 мысль детализируется в разъяснении о закупке работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объекта капитального строительства, согласно которому проектная документация подлежит размещению в составе документации о закупке.

Принцип информационной открытости, провозглашенный в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, представляет собой оценочное понятие, ко-

торое конкретизировано в Обзоре. Вместе с тем простота этой конкретизации весьма обманчива, потому как она не учитывает серьезную коллизию Закона о закупках с другими положениями отечественного законодательства¹⁴. Речь идет об информации, обладающей действительной или потенциальной коммерческой ценностью (коммерческой тайне). На сегодняшний день механизмы, позволяющие защитить коммерческую тайну корпоративных заказчиков, отсутствуют¹⁵. И вместо того, чтобы попытаться найти оптимальный баланс между реализацией принципа информационной открытости и интересами корпоративных заказчиков, установив разумные пределы информационного наполнения извещения о закупке, Верховный Суд РФ постановляет, что нужно раскрывать все.

Между тем закупочной практике известен удачный, на наш взгляд, прием размещения документации о закупке в два этапа: частично — для всех желающих, полностью — для претендентов, заключивших с заказчиком соглашение о соблюдении конфиденциальности¹⁶. Также

¹⁴ См.: Правовое воздействие на экономику: методы, результаты, перспективы: монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М., 2018. § 3.1 (автор параграфа — О. А. Беляева).

¹⁵ В судебной практике последних лет встречались единичные постановления, в которых суд отдавал приоритет защите интересов заказчика в пику целесообразности соблюдения каких-либо принципов. См., например, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22 мая 2018 г. № Ф09-1890/18 по делу № А60-38463/2017, постановление 17-го ААС от 26 января 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.

¹⁶ См.: Беляева О. А. Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования: науч.-практ. пособие. М., 2018. С. 119—120.

подобная процедура известна под условным названием «подача предварительных заявок». И мы можем проиллюстрировать целесообразность применения таких процедур простым примером — работы на магистральных нефтепроводах. Размещение в открытом доступе проектной документации ставит под угрозу террористической атаки систему магистрального транспорта нашей страны в целом, а следовательно, затрагивает права и законные интересы неопределенного круга лиц. Другие примеры: это закупка охранных услуг, при которой раскрытие информации о расположении постов охраны по меньшей мере неразумно; закупка инкассаторских услуг, раскрытие информации о которой позволяет злоумышленникам просчитать маршруты следования инкассаторских машин; и др.¹⁷

В целом «публичность» корпоративных закупок можно понимать по-разному: и как наличие в потребностях заказчика пресловутого публичного интереса (хотя мы последовательно отрицаем наличие такового), и как открытость информации обо всем закупочном цикле (от планирования потребности до ее удовлетворения посред-

ством исполнения договорных обязательств).

Транспарентность (открытость) закупочного цикла провозглашается в качестве одного из ключевых принципов законодательства о закупках. И это не случайно, поскольку с открытостью информации сопряжено противодействие коррупции и другим злоупотреблениям при осуществлении закупок. На протяжении последних лет увеличивается функционал Единой информационной системы в сфере закупок, причем на полную мощность она еще не заработала.

Однако информационная открытость имеет и обратную сторону: она делает заказчика уязвимым с точки зрения его позиций в конкурентной среде. Сейчас в условиях серьезного обострения санкционной политики стало очевидно, что информационное обеспечение сферы публичных закупок требует концептуальных изменений. Частично эти изменения уже начали вводиться в области государственного оборонного заказа. Главный вопрос состоит в определении оптимального баланса между уменьшением публично раскрываемой информации и борьбой со злоупотреблениями.

За время, прошедшее с момента внедрения специального законодательства о закупках кардинально изменилась политическая ситуация во всем мире. Следует признать, что идет война, только не в виде вооруженного конфликта, а в виде экономических санкций, и в условиях такой войны на первый план выходит не борьба с «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 ключе-

¹⁷ Нами раньше предлагались и другие способы соотнесения подобных опасных ситуаций с реализацией принципа информационной открытости, среди которых проведение закрытых процедур закупки и предварительных отборов претендентов (см.: *Беляева О. А. Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования*. С. 120). Однако ввиду появления в Законе о закупках ст. 3⁵, допускающей возможность проведения закрытых закупочных процедур исключительно по причине наличия в документации сведений, составляющих государственную тайну, либо по решению Правительства РФ, наше предложение потеряло всякий смысл. Причем еще раз уместно подчеркнуть, что мы не считаем такое жесткое законодательное ограничение оправданным, о чем идет речь далее.

вые хозяйствующие субъекты нашей страны, и защита их экономических интересов — это не частная, а публичная проблема.

Поэтому разъяснения, содержащиеся в Обзоре, не только представляются нам «однобокими», данными с позиции защиты интересов участников закупки, а не заказчиков, но и банально не укладываются в русло текущей геополитической ситуации в мире, что видится недопустимым, поскольку вся судебная практика отныне будет формироваться в ошибочном направлении.

Нельзя не вспомнить известную римскую сентенцию “*Audiatur et altera pars*”. Основная тенденция нашей правоприменительной практики — это оголтелое стремление 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? На наш взгляд, практика демонстрирует обратное, а потенциал неконкурентных закупок просто не оценен на сегодняшний день. И мы всегда подчеркивали, что обойтись без неконкурентных закупок объективно невозможно¹⁸. Причем мы ранее не-

однократно поднимали вопрос о целях регулирования корпоративных закупок и о том, что пора решить, какая из этих целей является приоритетной в случае спорной ситуации: удовлетворение потребностей заказчиков или борьба со злоупотреблениями?¹⁹

2. В. В. Лазарев приводит в одной из своих работ поддерживаемое им мнение С. А. Халатова о том, что большая часть позиций Президиума ВС РФ представляет собой весьма незамысловатое логическое толкование права, а не его (права) развитие²⁰. К сожалению, приходится констатировать, что анализируемый в настоящей статье Обзор изобилует примерами толкования очевидного.

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 очевидной.

3. Судебная практика нацелена на устранение правовой неопределенности, восполнение пробелов и конкретизацию оценочных понятий. Противоположным образом в анализируемом Обзоре мы наблюдаем внедрение совершенно новых, не имеющих каких-либо смысловых рамок понятий и терминов. К примеру, в Обзоре говорится о «достаточной степени» детализации по-

¹⁸ См., например: *Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика: новации контрактной системы // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 5—9; Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика в контексте толкования законодательства // Законодательство. 2013. № 9. С. 10—17; Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика: вопросы адекватного толкования законодательства // Публичные закупки: проблемы правоприменения: матер. всерос. науч.-практ. конф. (14 июня 2013 г., Москва, МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2013. С. 19—31; Беляева О. А. Осуществление закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) в рамках контрактной системы // Законы России: опыт, анализ, практика.*

2013. № 11. С. 31—38; *Беляева О. А. Единственный поставщик в контрактной системе: новые возможности или новые проблемы? // Тендер. 2013. № 34. С. 12—17.*

¹⁹ См.: *Беляева О. А. Нужна ли нашему порядку конструкция «нерушимого» договора? // Аукционный вестник. 2017. № 349. С. 2.*

²⁰ См.: *Лазарев В. В. Указ. соч. С. 96.*

рядка и критериев, оценки, сопоставления заявок; о «причинах объективного и разумного характера», детерминирующих установление требований к участникам закупки; об установлении «невыполнимых» требований; о «нивелировании условий аукциона» и проч.

Возникает вопрос: каково содержательное наполнение этих прекрасных слов, кто в итоге будет определять, имело ли место нивелирование, достаточной ли была детализация? Впрочем, крен наших рассуждений понятен: Обзор не только ничего не разъясняет, но, наоборот, делает ориентиры должного поведения заказчиков безнадежно туманными.

Другой пример, ранее подробно разобранный нами в других работах²¹, — 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 смысл коллективного участия. Но тут возникает вопрос совершенно практического свойства: допустим, мы не ставим под сомнение данную позицию, но как этих участников оценивать? Почему суд дает половинчатое указание, ведь все самое непонятное именно вследствие него и начинается? 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 оценки: 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, а как конкретно?

4. Большую озабоченность вызывают пункты Обзора, в которых высшая судебная инстанция в буквальном смысле попирает нормы позитивного права, причем никак не обладающие ни признаками правовой неопределенности, ни характеристиками оценочных категорий.

Во-первых, речь идет о судьбе обеспечения заявки. Заметим, что с 1 июля 2018 г. действует норма ч. 26 ст. 3² Закона о закупках, устанавливающая всего 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). Интересно, что данная норма была принята значительно раньше²², т. е. на момент подготовки Обзора ее содержание было общеизвестно, просто норма была «спящей»²³. По какой

²² См. Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 505-ФЗ.

²³ Г. Ф. Шершеневич указывал на практическую важность определения начального момента, с которого закон начинает применяться. Он выделял два условия, придающие жизнь закону: обнародование юридической нормы и вступление юридической нормы в действие. Закон получает обязательную силу только с момента введения его в действие, а время после обнародования до введения в действие — это период

²¹ См.: Беляева О. А. Коллективные участники в корпоративных закупках: pro et contra // Аукционный вестник. 2017. № 347. С. 1—2.

же причине в Обзоре дается разъяснение, которое расходится с текстом принятой, но не вступившей в силу нормы? Выходит, что мы имеем дело с созданием 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, столь же критично следует высказаться по поводу позиции о недопустимости заключения договора до истечения срока на обжалование процедуры закупки в административном порядке. Мы не будем углубляться в существо этой позиции, дело в другом — на момент подготовки Обзора уже имела «спящая» норма, заключенная в ч. 15 ст. 3² Закона о закупках и вступившая в силу с 1 июля 2018 г. Правильно ли разъяснять ситуацию, которая уже имеет нормативное закрепление? Верно ли называть ее злоупотреблением правом, когда право вот-вот исчезнет, и буквально спустя месяц после выхода Обзора это уже будет не злоупотреблением, а нарушением конкретного законодательного установления.

В-третьих, нельзя обойти вниманием и еще одно «открытие» Обзора — соотношение норм Закона о закупках и Федерального закона от 27 октября 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. По-

чему? Какова здесь аргументация? Она (аргументация, хотя вряд ли это слово здесь уместно) выходит за грань допустимого и разумного, так как сводится к признанию приоритетного характера законодательства о банкротстве (естественно, без каких-либо ссылок на нормы), проведению банкротных процедур под контролем суда (контроль суда, вероятно, означает отсутствие необходимости соблюдать какие-либо законы), но главное — к *нецелесообразности* применения Закона о закупках ввиду затягивания банкротных процедур и дополнительного расходования денежных средств должника или заявителя.

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 никоим образом не устраняет применение Закона о закупках, ведь контрагенты по таким договорам могут быть любыми, и даже если рынок соответствующих услуг является низкоконтурным, ничто не мешает арбитражному управляющему провести закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Подчеркнем, что приведенная позиция не имеет под собой никаких правовых оснований и, к сожалению, Верховный Суд РФ уже не первый раз осуществляет выбор применимого закона исходя из «целесообразности», а не системного толкования законодательства²⁴. Мы всегда

бездействия закона. Такой «период бездействия» закона или срок, до которого «действие закона приостанавливается», необходим для того, чтобы у каждого была возможность ознакомиться с содержанием закона (см.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Рига, 1925. С. 401—402).

²⁴ См.: Беляева О. А. Отбор страховщика // Аукционный вестник. 2013. № 164. С. 2; Беляева О. А. Заключение договора банковского сопровождения контракта в сфере государственного оборонного заказа // Аукционный вестник. 2018. № 381. С. 4.

занимали принципиальную позицию о недопустимости подобного произвольного судебного усмотрения, в противном случае — это путь в никуда, вернее сказать, попросту в хаос.

Мы не случайно начали эту статью с обзора теоретических воззрений на роль и функционал судебной практики в нашем правовом порядке и намеренно привели мнения как маститых ученых-юристов, так и начинающих молодых исследователей, с тем чтобы поставить риторический вопрос: а нужна ли нам сейчас подобная практика, представленная в

анализируемом Обзоре? Она не содержит даже намека на единообразие в разрешении споров по корпоративным закупкам, воплощает неаргументированные позиции, а часть разъяснений и вовсе «отстала» от новелл законодательного регулирования в данной сфере общественных отношений.

Вывод из всего изложенного только один: судебная практика находится в глубоком кризисе, разрешить который выпуском очередного Обзора, да еще и столь туманного, никак нельзя.

Библиографический список

Беляева О. А. Единственный поставщик в контрактной системе: новые возможности или новые проблемы? // Тендер. 2013. № 34.

Беляева О. А. Заключение договора банковского сопровождения контракта в сфере государственного оборонного заказа // Аукционный вестник. 2018. № 381.

Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика в контексте толкования законодательства // Законодательство. 2013. № 9.

Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика: вопросы адекватного толкования законодательства // Публичные закупки: проблемы правоприменения: матер. всерос. науч.-практ. конф. (14 июня 2013 г., Москва, МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2013.

Беляева О. А. Закупка у единственного поставщика: новации контрактной системы // Конкуренция и право. 2013. № 4.

Беляева О. А. Коллективные участники в корпоративных закупках: pro et contra // Аукционный вестник. 2017. № 347.

Беляева О. А. Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования: науч.-практ. пособие. М., 2018.

Беляева О. А. Нужна ли нашему порядку конструкция «нерушимого» договора? // Аукционный вестник. 2017. № 349.

Беляева О. А. Осуществление закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) в рамках контрактной системы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11.

Беляева О. А. Отбор страховщика // Аукционный вестник. 2013. № 164.

Беляева О. А. Тенденции развития законодательства о регламентированных закупках // Журнал российского права. 2016. № 9.

Войтович Е. П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006.

Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012.

Казанцев Д. А. «Белые пятна» Закона № 223-ФЗ и правоприменительная практика // Публичные закупки: проблемы правоприменения. Материалы V Международной конференции (9 июня 2017 г., МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2017.

Корнев А. В. Разъяснения высших судов по вопросам судебной практики как форма судебного правотворчества в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

Лазарев В. В. Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда // Журнал российского права. 2017. № 7.

Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. № 4.

Петрунина А. А. Единство судебной практики как фактор совершенствования российского законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2016.

Поляков С. Б. Судебное правотворчество: проявление демократизма или отступление от принципа разделения властей? // Юридическая техника. 2014. № 8.

Правовое воздействие на экономику: методы, результаты, перспективы: монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М., 2018.

Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / отв. ред. О. А. Беляева, В. А. Вайпан, К. В. Кичик. М., 2017.

Рулев А. И. Судебное толкование права в механизме защиты прав и свобод человека: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009.

Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Рига, 1925.