ПУТЕВОДИТЕЛЬ ПО СПОРАМ В СФЕРЕ ЗАКУПОК

**Включение в государственный (муниципальный) контракт третейской оговорки**

**Подробнее о правовой проблеме**

В третейский суд может передаваться по соглашению сторон любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом (п. 2 ст. 1 Федерального закона от 24.07.2002 N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации"; далее - Закон о третейских судах).

Действовавший до 1 января 2014 г. Федеральный закон от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон N 94-ФЗ) не содержал норм, напрямую запрещающих или ограничивающих рассмотрение споров, которые связаны с государственным (муниципальным) контрактом, в третейском суде (арбитрабельность данных споров). Таких запретов и ограничений не установлено и вступившим в силу Федеральным законом от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон N 44-ФЗ).

В связи с этим нередко в проекте государственного (муниципального) контракта можно встретить условие о рассмотрении споров в третейском суде. Отсутствие единообразия в практике разрешения споров, связанных с правомерностью данного условия контракта, вызвано рядом факторов:

- контракты заключаются заказчиками от имени публично-правовых образований, а не от имени частных лиц;

- участник размещения заказа на этапе его размещения имеет право обратиться за разъяснениями положений документации либо обжаловать такие положения;

- участник обязан заключить контракт в редакции, изложенной в документации и извещении о закупке.

В связи с изложенным актуальным является вопрос: вправе ли заказчики включать в контракты третейские оговорки и правомерно ли рассмотрение возникающих споров в третейских судах?

Необходимо отметить, что суды и антимонопольные органы не принимают во внимание формулировки третейских оговорок. При разрешении споров, связанных с включением третейской оговорки в проект контракта, рассматривается правомерность третейских оговорок в целом.

**Примечания:**

1. Данный вопрос рассматривался Конституционным Судом РФ. Суд отметил, что в его компетенцию не входит проверка обоснованности решений арбитражных судов о том, что невозможно включить третейскую оговорку в государственные и муниципальные контракты, заключенные на основании Закона N 94-ФЗ. Подробнее см. Определение Конституционного Суда РФ от 05.02.2015 N 233-О.

2. На рассмотрении в Госдуме находится проект федерального закона N 788159-6. Согласно законопроекту предлагается установить в Арбитражном процессуальном кодексе РФ и Гражданском процессуальном кодексе РФ запрет на включение в контракты третейской оговорки.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Карточка вопроса | | |
| 1. Правомерно ли включать в государственный (муниципальный) контракт условие о возможности рассмотрения связанных с ним споров в третейских судах (третейскую оговорку)? >>> | Подход ФАС России | Включение третейской оговорки неправомерно >>> |
| Подход судов 1, в том числе Верховного Суда РФ | Включение третейской оговорки неправомерно >>> |
| Подход судов 2 | Включение третейской оговорки правомерно, если от участника закупки не поступало возражений >>> |
| Возможные последствия признания действий заказчика неправомерными >>> | | |

**1. Правомерно ли включать в государственный (муниципальный) контракт условие о возможности рассмотрения связанных с ним споров в третейских судах (третейскую оговорку)?**

**Подход ФАС России:** Включение третейской оговорки неправомерно.

*Решение ФАС России от 19.02.2014 по делу N К-313/14*

**Обстоятельства дела:** В проект государственного контракта включено условие, согласно которому любой спор, возникший в связи с контрактом, подлежит рассмотрению в третейском суде. Его решение является окончательным.

**Вывод и обоснование:** Действия заказчика неправомерны.

В соответствии с ч. 8 ст. 9 Закона N 94-ФЗ расторгнуть контракт допустимо исключительно по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

Согласно ст. 4 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" третейские суды не входят в судебную систему РФ, а следовательно, не имеют полномочий рассматривать подведомственные арбитражному суду дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, разрешение подобных споров третейским судом не предусмотрено законодательством РФ о размещении заказов, поэтому данное условие контракта является нарушением Закона N 94-ФЗ.

**Аналогичные выводы содержат:**

Решение ФАС России от 20.06.2013 по делу N К-858/13

Решение ФАС России от 28.03.2013 по делу N К-403/13

Решение ФАС России от 25.02.2013 по делу N К-238/13

Решение ФАС России от 19.10.2012 по делу N К-1993/12

Решение ФАС России от 17.09.2012 по делу N К-1774/12

**Подход судов 1, в том числе Верховного Суда РФ:** Включение третейской оговорки неправомерно.

Обзоры Верховного Суда РФ >>>

Определения Верховного Суда РФ >>>

Постановления Президиума ВАС РФ >>>

Постановления ФАС Московского округа >>>

Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда >>>

*Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 2 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.06.2015)*

Споры, которые возникают из контрактов, заключенных на основании Закона N 94-ФЗ, являются неарбитрабельными, а третейские соглашения о передаче подобных споров в третейские суды - недействительными.

*Определение Верховного Суда РФ от 03.03.2015 по делу N 305-ЭС14-4115, А41-60951/13*

**Требования поставщика:** выдать исполнительный лист на принудительное исполнение решения третейского суда о взыскании с подрядчика неустойки по государственному контракту.

**Обстоятельства дела:** Поставщик обратился в третейский суд с иском о взыскании неустойки, который был удовлетворен. Заказчик выплатил не всю сумму по данному иску, в связи с чем поставщик обратился в арбитражный суд.

**Вывод и обоснование суда:** В удовлетворении требований отказано. Споры, возникающие из контрактов, не могут быть рассмотрены в третейском суде.

Правоотношения, возникающие в рамках применения положений Закона N 94-ФЗ, отличает совокупность следующих особенностей. Контракт заключается в публичных интересах, специальным публичным субъектом, цель заключения контракта состоит в удовлетворении государственных (муниципальных) потребностей, их финансирование осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов.

Таким образом, наличие данных общественно-значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по указанным контрактам, спорами исключительно частного характера. Споры по государственным (муниципальным) контрактам не могут рассматриваться в частном порядке - третейскими судами.

Кроме того, рассмотрение такой категории споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

Следовательно, третейские суды не обладают полномочиями рассматривать споры, связанные с государственными (муниципальными) контрактами.

При рассмотрении дела суд принял во внимание Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13.

*Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13 по делу N А40-148581/12, А40-160147/12*

**Требования заказчика:** выдать исполнительный лист на принудительное исполнение решения третейского суда о взыскании с подрядчика неустойки по государственному контракту.

**Обстоятельства дела:** По результатам открытого аукциона в электронной форме заключен государственный контракт, который содержал третейскую оговорку в отношении всех связанных с ним споров. Третейский суд постановил взыскать с подрядчика неустойку по контракту, после чего заказчик обратился в арбитражный суд первой инстанции с требованием исполнить это решение.

**Вывод и обоснование суда:** В удовлетворении требований отказано. Решение третейского суда признано недействительным. Споры, возникающие из контрактов, не могут быть рассмотрены в третейском суде, третейские оговорки в контрактах недействительны.

Положения Закона N 94-ФЗ не допускают возможность рассмотрения в третейских судах споров, возникающих при размещении заказов, изменении, исполнении, расторжении контрактов. Предусмотренный названным Законом судебный порядок рассмотрения споров не дает оснований для расширительного толкования понятия "суд".

Государственный контракт является публичным, следовательно, передача вытекающих из него споров на рассмотрение третейского суда нарушает ч. 2 ст. 1 Закона о третейских судах. Указанный Закон допускает рассмотрение споров, которые связаны исключительно с гражданскими правоотношениями. Процедура заключения государственного контракта не предусматривает возможности для подрядчика выразить свое волеизъявление относительно третейской оговорки, что противоречит п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах.

Кроме того, необходимо учитывать, что принципы рассмотрения споров в третейских судах несовместимы с принципами законодательства о госзакупках (прозрачность, открытость, противодействие коррупции и др.). Вместе с тем рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

*Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.08.2015 N Ф05-10206/2015 по делу N А40-155009/14*

**Требования подрядчика:** признать третейскую оговорку недействительной.

**Обстоятельства дела:** В государственный контракт включена третейская оговорка о передаче всех споров, связанных с выполнением обязательств, в третейский суд.

**Вывод и обоснование суда:** Третейская оговорка признана недействительной.

Третейские суды не обладают полномочиями на рассмотрение споров, которые связаны с государственными и муниципальными контрактами, заключенными на основании Закона N 94-ФЗ.

Такие споры являются неарбитрабельными, а третейские соглашения о передаче подобных споров в третейские суды - недействительными. Рассмотрение данных споров третейскими судами нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции).

*Постановление ФАС Московского округа от 17.02.2014 N Ф05-18076/2013 по делу N А40-78153/13-21-432*

**Требование заказчика:** признать незаконным отказ антимонопольного органа включить сведения об участнике размещения заказа в реестр недобросовестных поставщиков.

**Обстоятельства дела:** Третейский суд принял решение расторгнуть контракт в связи с существенным нарушением его условий. Заказчик обратился в антимонопольный орган с просьбой включить сведения об участнике в реестр недобросовестных поставщиков. Антимонопольный орган отказал заказчику в связи с отсутствием оснований для такого включения.

**Вывод и обоснование суда:** Действия антимонопольного органа правомерны. Третейская оговорка, включенная в договор, признана недействительной.

Согласно п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах третейское соглашение о разрешении спора по договору присоединения действительно только при условии, что такое соглашение заключено после того, как возникли основания для предъявления иска. При возникновении данных оснований третейское соглашение не заключалось, так как было предусмотрено в контракте, обязанность подписания которого у поставщика возникает в силу Закона N 94-ФЗ.

Третейские суды не осуществляют государственные (судебные) полномочия и не входят в судебную систему РФ, состоящую из государственных судов (п. 3.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 N 10-П, Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 N 1789-О-О). Таким образом, расторжение контракта в связи с существенным нарушением его условий по решению третейского суда не является основанием для того, чтобы включать сведения об участнике в реестр недобросовестных поставщиков в соответствии со ст. 19 Закона N 94-ФЗ.

*Постановление ФАС Московского округа от 04.02.2014 N Ф05-17073/2013 по делу N А40-113326/12-43-1066*

**Требование участника:** признать недействительной третейскую оговорку и условия контракта, связанные с ее исполнением.

**Обстоятельства дела:** По результатам открытого аукциона в электронной форме заключен государственный контракт, содержащий условие о возможности рассмотрения связанных с ним споров в третейском суде. Его решение является для сторон окончательным.

**Вывод и обоснование суда:** Третейская оговорка и связанные с ее исполнением условия контракта признаны недействительными.

Споры, связанные с контрактами, не могут рассматриваться третейскими судами, так как правоотношения в сфере размещения заказа являются публичными. Принципы третейского разбирательства и законодательства о госзаказе несовместимы.

Проект государственного контракта является частью документации о торгах и на стадии размещения заказа может быть оспорен совместно с ней. Не оспоренный на стадии размещения заказа проект подлежит безоговорочному подписанию победителем (ст. 38, ч. 1 ст. 41.12, ст. 57 Закона N 94-ФЗ).

Закон N 94-ФЗ запрещает переговоры между участником и заказчиком (ст. ст. 20, 32, 41.1, 46, 53). Кроме того, участник не имеет возможности направить протокол разногласий с возражением против третейской оговорки. Следовательно, лицо, подписывающее контракт с третейской оговоркой, лишено возможности выразить собственное волеизъявление и вынуждено принять это условие путем присоединения к контракту. Таким образом, включая в проект контракта заведомо недействительное условие, от которого победитель аукциона не может отказаться, заказчик нарушает закон.

**Аналогичные выводы содержат:**

Постановление ФАС Московского округа от 05.11.2013 по делу N А40-159394/12-152-1169

Постановление ФАС Московского округа от 14.10.2013 по делу N А40-159389/12-21-1544

Постановление ФАС Московского округа от 12.09.2013 по делу N А40-159392/12-94-222

*Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.04.2014 N 09АП-10194/2014-ГК по делу N А40-151952/13*

**Требования участника:** признать третейскую оговорку недействительной.

**Обстоятельства дела:** В государственный контракт включена третейская оговорка о передаче всех споров, связанных с выполнением обязательств, в третейский суд.

**Вывод и обоснование суда:** Третейская оговорка признана недействительной.

Проект государственного контракта является неотъемлемой частью аукционной документации. Менять его условия недопустимо, а следовательно, заключаемый государственный контракт является договором присоединения (Определение ВАС РФ от 29.11.2013 N ВАС-11535/13). Третейская оговорка является недействительной, поскольку была предусмотрена в государственном контракте (обязанность подписания которого у участника возникает в силу закона), а третейское соглашение при возникновении оснований для предъявления иска не заключалось.

**Подход судов 2:** Включение третейской оговорки правомерно, если от участника закупки не поступало возражений.

**Примечание.** Данный подход был выработан до формирования позиции Верховного Суда РФ по рассматриваемому вопросу. Она отражена в Определении от 03.03.2015 по делу N 305-ЭС14-4115, А41-60951/13.

*Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.05.2014 N 09АП-12428/2014 по делу N А40-169852/13*

**Требование участника:** признать третейскую оговорку, включенную в контракт, недействительной.

**Обстоятельства дела:** Между заказчиком и победителем аукциона в электронной форме заключен контракт на выполнение подрядных работ. В контракте предусмотрено условие, согласно которому все связанные с ним споры подлежат разрешению в третейском суде, решение которого является окончательным.

**Вывод и обоснование суда:** Третейская оговорка действительна.

Суд пришел к выводу о том, что пункт контракта, содержащий третейскую оговорку, не устанавливает обременительные условия для участника. Участник подписал контракт без возражений и не воспользовался правом представить следующие документы:

- запрос о разъяснении положений документации, по результатам рассмотрения которого заказчик вправе внести изменения в документацию (ч. 3, 7 ст. 41.7 Закона N 94-ФЗ);

- протокол разногласий при заключении контракта в случае несоответствия его извещению о проведении открытого аукциона, документации об открытом аукционе и заявке на участие в открытом аукционе (п. 4.1 ст. 41.12 Закона N 94-ФЗ).

Следовательно, заключив спорный контракт, участник выразил свое волеизъявление и принял его условия.

**Аналогичные выводы содержат:**

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.03.2014 N 09АП-3935/2014-ГК по делу N А40-60040/13

*См. также:* Возможные последствия действий заказчика (уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации >>>

**Возможные последствия действий заказчика**

**(уполномоченного органа) в зависимости от их квалификации**

**Внимание!** О порядке применения норм Кодекса РФ об административных правонарушениях при привлечении к административной ответственности за нарушения законодательства РФ о размещении заказов, допущенные как до 1 января 2014 г., так и после этой даты, см. Письмо ФАС России от 23.01.2014 N ИА/2111/14.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Квалификация действий заказчика | Возможные последствия при установлении нарушения | |
| ФАС России <1> | арбитражным судом |
| Включение в государственный (муниципальный) контракт третейской оговорки и ее применение может быть признано нарушением одной или нескольких из следующих норм Закона N 94-ФЗ:  - ч. 8 ст. 9;  - ч. 2 ст. 29;  - ч. 13 ст. 41.12;  - ч. 7 ст. 47 | 1. Выдача предписаний о внесении изменений в документацию о закупке, извещение о проведении запроса котировок.  Обязанность: исполнение предписания.  2. Привлечение к административной ответственности по ч. 4.2 ст. 7.30 КоАП РФ должностного лица заказчика, утвердившего документацию, которая не соответствует требованиям законодательства РФ.  Наказание: штраф в размере 3000 руб. | 1. Признание заключенного контракта недействительным в части третейской оговорки, применение последствий недействительности сделки в части третейской оговорки (ст. 180 ГК РФ).  2. Направление споров, связанных с государственным (муниципальным) контрактом, на рассмотрение в государственный суд.  3. Отказ в выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда |

--------------------------------

<1> Данные последствия выявлены исходя из анализа норм Закона N 94-ФЗ и положений Кодекса РФ об административных правонарушениях, устанавливающих ответственность за нарушение законодательства о размещении заказов.