

ПРЕДДОГОВОРНЫЕ ПЕРЕГОВОРЫ —

ПРАКТИКА КОНТРОЛЯ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ЗАКУПОК ОТДЕЛЬНЫМИ ВИДАМИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ¹



ЕФИМОВ
Андрей
Рудольфович,

к. техн. наук ФГБОУ ВО
«НИУ „МЭИ“», г. Москва



КОЗЛОВА
Ирина Викторовна,

директор Специализированного центра — конкурсные торги (тендеры) ФГБОУ ВО «НИУ „МЭИ“», г. Москва

¹ Авторы статьи выражают благодарность А.Ю. Иванову — ведущему консультанту ООО «РТ-комплектимпекс», внесшему ряд важных идей и предложений.

Как известно, Федеральный закон от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее в тексте настоящей статьи также — Закон № 223-ФЗ) устанавливает только общие правила проведения конкурентной процедуры: минимальный срок на подачу заявок, порядок разъяснения положений документации, оформление протоколов. В остальном этапы закупки и критерии оценки заявок заказчик устанавливает на свое усмотрение. При этом некоторые заказчики предусматривают и включают в положения о закупке такой этап, как преддоговорные переговоры.

Можно отметить, что в Законе № 223-ФЗ прямого указания на понятие «преддоговорные переговоры» не содержится. Упоминание о подобных по смыслу переговорах встречается в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее в тексте настоящей статьи также — ГК РФ) — статья 434.1 «Переговоры о заключении договора». Любопытно, что термин «преддоговорные переговоры» и в данном случае отсутствует (не стоит путать с положениями статьи 446 «Преддоговорные споры», имеющими отличия по существу).

Вероятнее всего, это словосочетание продолжает использоваться на практике благодаря Международному институту унификации частного права, УНИДРУА (фр. UNIDROIT, 1926) и Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 года, CISG), которые ввели его в обращение.

Теоретически русский язык позволяет заметить словосочетание «преддоговорные переговоры» на термины «трактация» либо «прелиминарии», однако в реальной практике закупок в соответствии с Законом № 223-ФЗ такого их использования нами не было обнаружено. А вот «преддоговорные переговоры» признаны правовой практикой и часто встречаются.

Поскольку это словосочетание в настоящее время используется на практике при соблюдении или, как будет видно, попытке соблюдения заказчиками норм Закона № 223-ФЗ, это приводит к определенным последствиям.

Приведем примеры результатов рассмотрения споров, затрагивающих преддоговорные переговоры, в арбитражных судах².

Первый случай прямого отношения к положениям 223-ФЗ не имеет, однако дает воз-

можность рассматривать практику многих заказчиков и подрядчиков под интересным углом (Постановление от 29 июля 2019 г. по делу № А40–217261/2018). Ответчик обратился в Девятый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой **без приведения каких-либо доводов**. В числе прочего, истец вел электронную переписку с уполномоченными лицами ответчика (к делу приложена распечатка). Суд правомерно определил, что **из указанной электронной переписки** сторон следует, что ответчик имел интерес к заключению договора, поскольку **вел преддоговорные переговоры**.

Другой пример. Третий арбитражный апелляционный суд (постановление от 23.08.2019 г. по делу № А33–22571/2018) при рассмотрении жалобы акционерного общества «Морские навигационные системы» (далее — АО) отказался принять во внимание изменение условий договора **после проведения преддоговорных переговоров**. АО оспаривало размер начисленной неустойки, ссылаясь на изменение договора в процессе заключения и считая его окончательный текст новой офертой.

Суд указал, что все существенные условия поставки товара были определены посредством размещения на сайте zakupki.rosneft.ru совокупности установленных Законом № 223-ФЗ и Положением о закупке документов. В техническом задании было указано условие, что покупатель оставляет за собой право корректировать потребность в продукции на любом этапе. Покупатель, подавая заявку на участие в закупке и на этапе преддоговорных переговоров, против данного условия не возразил (следовательно, согласился с ним). Таким образом, направленный поставщику на подписание договор поставки **не может быть квалифицирован в качестве новой оферты**.

Еще одно дело, рассмотренное Арбитражным судом Тульской области (решение от 27.08.2019 г. по делу № А68–5730/2019), касалось **отказа заказчика от проведения преддоговорных переговоров** с ООО «СибирьЭнергоСпецСтрой». Победитель аукциона настаивал на снижении размера обеспечения исполнения договора в обмен на снижение суммы договора. Суд указал, что хотя возможность проведения преддоговорных переговоров была предусмотрена Положением о закупке, у заказчика АО «АОМЗ» **отсутствовала обязанность их проводить**. Кроме того, отмена заказчиком требования о предоставлении обеспечения договора на этапе его заключения

² Все приведенные в этой статье выдержки из судебных и административных решений, а также выводы, сформулированные авторами, имеют исключительно ознакомительный характер. При осуществлении реальной деятельности следует пользоваться только текстами актуальных нормативных документов, полученными из официальных источников.

влечет нарушение статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», поскольку такое условие ставит ООО «СибирьЭнергоСпецСтрой» в более выгодное положение по сравнению с другими участниками проведенного аукциона.

Иногда на первый план выходит вопрос сроков проведения преддоговорных переговоров. Акционерное общество «Красноярская тепло-транспортная компания» (далее — АО) нарушило сроки исполнения предписания Енисейского управления Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору. При рассмотрении дела в Арбитражном суде Красноярского края (решение от 11.07.2018 г. по делу № А33-1647/2018) АО указывало на то, что предписанием установлен **срок, в течение которого невозможно устранить выявленные нарушения** (то есть предписание является неисполнимым).

При этом АО ссылались на то, что для выполнения предписания необходимо было заключить договор на услуги по выполнению экспертизы промышленной безопасности трубопроводов тепловых сетей. Заключение договоров осуществляется на основании Положения «О порядке проведения закупок товаров, работ, услуг для нужд АО „Красноярская тепло-транспортная компания“», которое регламентирует закупочную деятельность, в том числе, в соответствии с Законом № 223-ФЗ. Услуги по выполнению экспертизы промышленной безопасности трубопроводов приобретены у единственного поставщика путем заключения дополнительного соглашения. При этом АО указывает следующие этапы заключения дополнительного соглашения: составление плана исполнения предписания, обоснование и подтверждение финансирования закупки услуг по экспертизе, составление сметы, **согласование и преддоговорные переговоры с исполнителем**. Суд указал, что **такие процедуры не регламентированы и не предусмотрены действующим законодательством**. Положение о закупке АО не устанавливает какой-либо срок для их проведения. Суд пришел к выводу, что АО имело возможность согласовать с экспертным учреждением срок проведения экспертиз в рамках установленного срока исполнения предписания. Доказательства отсутствия возможности заключения такого соглашения в более сокращенные сроки после получения предписания об устранении нарушений в области промышленной безопасности АО не представлено. **Ссылки на ведение переговоров документально не обоснованы.**

Авторы провели анализ контрольной практики Федеральной антимонопольной службы РФ (далее в тексте настоящей статьи также — ФАС

России) в 2019 году при рассмотрении различных жалоб, в которых так или иначе возникала тема преддоговорных переговоров. Сразу можно сказать, что в большей части случаев, если переговоры проводятся, когда победитель конкурса уже определен, но договор еще не подписан, это не находит одобрение у контрольного органа.

Например, ПАО «ФСК ЕЭС» при проведении открытого запроса предложений на право заключения договора на оказание услуг по комплексной уборке ПС и РПБ Самара филиала ПАО «ФСК ЕЭС» — Самарское ПМЭС (извещение № 31807366290) установило в документации о закупке право заказчика и победителя **вступить в преддоговорные переговоры**, направленные на снижение цены заявки признанной лучшей. Ход переговоров и достигнутые результаты должны фиксироваться в соглашении о результатах преддоговорных переговоров. Комиссия ФАС России пришла к выводу, что возможность заказчика проводить преддоговорные переговоры может применяться **не в равной степени к участникам закупки**, что, в конечном счете, может повлечь ограничение количества участников запроса предложений. Кроме того, право организатора проводить преддоговорные переговоры не способствует выявлению лучших из предложенных условий исполнения договора (решение ФАС России от 01.02.2019 г. № 223ФЗ-116/19). Комиссия ФАС России пришла к выводу, что это противоречит законодательству, и предписала, в числе прочего, не учитывать пункт документации о закупке, содержащий данное условие.

Аналогичное решение было принято при рассмотрении жалобы на действия заказчика ПАО «ФСК ЕЭС» при проведении конкурса на поставку выключателей 220 кВ на ПС Трачуковская (извещение № 31807267021, решение ФАС России от 18.02.2019 г. № 223ФЗ-178/19). В документации о закупке были предусмотрены преддоговорные переговоры, направленные на уточнение **любых условий** технико-коммерческого предложения победителя, и последующее заключение соглашения о результатах преддоговорных переговоров. Заказчику было выдано предписание о внесении изменений в конкурсную документацию.

ПАО «РусГидро» было признано нарушителем из-за того, что в документации о проведении конкурса (извещение № 31807262399) на право заключения договора на реконструкцию гидротехнических сооружений и производственных зданий Эзминской ГЭС **допускалось проведение преддоговорных переговоров** с победителем в отношении снижения цены договора, увели-

чения объема закупаемой продукции, уточнения условий исполнения договора в лучшую для организатора сторону (сокращение сроков, отказ от аванса, увеличение сроков гарантии). Нарушения зафиксированы в решении ФАС России от 12.03.2019 г. № 223ФЗ-274/19. Заказчику было выдано обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

Такое же решение было принято Северо-Осетинским управлением ФАС России 15 марта 2019 года по делу № АМЗ12-03/19 в отношении филиала ПАО «РусГидро». Филиалом в документации о проведении конкурса **допускалось** проведение преддоговорных переговоров с победителем конкурса.

По результатам рассмотрения жалобы на действия АО «Загорская ГАЭС-2» при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение комплекса работ по выравниванию здания станционного узла (извещение № 31907546950) решением ФАС России от 29.04.2019 г. № 223ФЗ-468/19 материалы дела были переданы для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях. Согласно документации, проведение преддоговорных переговоров между заказчиком и победителем допускалось только в отношении прямо указанных вопросов. Кроме того, согласно другому пункту перед окончательным определением победителя организатор вправе потребовать от любого участника, занявшего одно из верхних мест в ранжировке, прохождения процедуры **постквалификации**. В рамках постквалификации организатор вправе запросить у участников предоставление дополнительных документов и/или информации, а также провести дополнительную проверку достоверности. ФАС России пришла к выводу, что возможность заказчика проводить **преддоговорные переговоры**, а также осуществлять допросы информации у участников закупки может применяться не в равной степени к участникам закупки; кроме того, право заказчика проводить преддоговорные переговоры не способствует выявлению лучших из предложенных условий; ФАС пришла к выводу, что это противоречит Закону № 223-ФЗ.

Выводы:

- положения в части проведения преддоговорных переговоров фактически никак не регламентируются Законом № 223-ФЗ, но косвенно — статьей 434.1 ГК РФ, и в некоторых случаях органы власти в своих решениях указывают, что преддоговорные переговоры

не регламентируются и не предусмотрены действующим законодательством;

- проведение преддоговорных переговоров или возможность их проведения рассматривается судами наряду с другими доводами сторон;
- результаты преддоговорных переговоров могут иметь существенные правовые последствия;
- суд может рассматривать результаты преддоговорных переговоров как уже имеющуюся оферту без необходимости новой;
- сам факт инициирования преддоговорных переговоров может рассматриваться как нахождение в более выгодном положении по сравнению с другими участниками проведенной процедуры;
- электронной переписки, по мнению суда, может быть достаточно для доказательства проведения преддоговорных переговоров;
- в отдельных случаях преддоговорные переговоры могут быть основанием для взыскания убытков;
- включение в извещение о закупке (публикация) каких-либо условий, в том числе права корректировать потребность, может считаться отсутствием возражений на этапе преддоговорных переговоров;
- постквалификация или допросы информации у участников закупки также могут, по мнению ФАС, рассматриваться как противоречие Закону № 223-ФЗ;
- подача жалоб на результаты судебного или административного рассмотрения спора без приведения каких-либо новых доводов (или вообще без каких-либо доводов) резко снижает вероятность принятия решения в пользу инициатора жалобы.

Заказчик может включить преддоговорные переговоры в процедуру заключения договора с победителем, поскольку прямого запрета на них в законодательстве не содержится. Преддоговорные переговоры могут касаться, например, уточнения графика выполнения работ или поставки оборудования. При этом нельзя допускать изменения первоначальных условий проекта договора и нельзя требовать от победителя изменения условий, указанных в его конкурсной заявке. Проведение переговоров должно укладываться в сроки, предусмотренные Законом № 223-ФЗ для заключения договора.

Однако практика работы контрольных органов и рассмотрения судебных споров демонстрирует неочевидность и иногда даже опасность их внесения в документацию и проект договора. Еще раз заметим, что ни ГК РФ, ни 223-ФЗ такого понятия не содержат. ■