

Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение
ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕ-
ДЕНИЯ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

На правах рукописи

Баранникова Екатерина Сергеевна

**ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук
Беляева Ольга Александровна

Москва
2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Принятые сокращения	3
Введение	4
Глава 1. Теоретические и методологические основы гражданско- правового регулирования торгов	13
§ 1. Международные торги: понятие, сущность и содержание	13
§ 2. Предмет и основные принципы международных торгов	47
§ 3. Классификация торгов	69
Глава 2. Правовые проблемы международных торгов	89
§ 1. Нормы, регулирующие порядок организации и проведения междунаро- дных торгов	89
§ 2. Злоупотребления правом в международных торгах	119
Глава 3. Определение правового режима международных торгов	164
§ 1. Совершенствование гражданско-правовых норм Российской Федерации о закупках	164
§ 2. Регулирование международных торгов в международном частном праве	174
Заключение	194
Библиографический список	202

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Нормативные правовые и иные акты

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации:

часть первая от 30.11.1994 с последними изменениями, внесенными Федеральным законом от 28.03.2017 № 39-ФЗ;

часть вторая от 26.01.1996 с последними изменениями, внесенными Федеральным законом от 28.03.2017 № 39-ФЗ;

часть третья от 26.11.2001 с последними изменениями, внесенными Федеральным законом от 28.03.2017 № 39-ФЗ.

Закон о закупках – Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ и услуг отдельными видами юридических лиц».

Закон о защите конкуренции – Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Закон о контрактной системе – Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Единый отраслевой стандарт – Единый отраслевой стандарт закупок Госкорпорации «Росатом».

Прочие сокращения

СЗ РФ – Собрание законодательства Российской Федерации

ТНК – транснациональная корпорация

ФАС – Федеральный арбитражный суд

ВВЕДЕНИЕ

В связи с глобализацией и активным участием российских юридических лиц во внешнеэкономической деятельности, увеличением злоупотреблений при организации международных торгов на закупку, а также частым применением во внешнеторговых договорах российских юридических лиц с иностранными контрагентами английского права, анализ проблем и предложения по их решению в диссертации представляют актуальный научный и практический интерес. Так, с возрастающей динамичностью делового оборота (в том числе переходом на проведение закупочных торгов в электронном формате), консолидацией в одном тендере крупномасштабных потребностей юридических лиц, зарегистрированных в разных странах, но относящихся к одной транснациональной корпорации, важность правового регулирования международных торгов с целью обеспечения надлежащей защиты прав участников и организаторов торгов, а также недостаточная исследованность данной проблемы определяют **актуальность темы диссертации.**

Степень теоретической разработанности темы: комплексные исследования правовых проблем международных торгов отсутствуют. Частично проблемы закупочных отношений с участием транснациональных корпораций представлены в экономической науке. Публичные торги, как правило, исследованы в таких отраслях науки, как административное и уголовное право (вопросы коррупции), тогда как торги без государственного участия рассматривались в гражданском праве в части преддоговорных споров.

Теоретические и методологические вопросы правовой природы торгов поднимались в трудах отечественных классиков М. И. Брагинского, С. Н. Братуся, В. В. Витрянского, Г. Ф. Шершеневича, а также в работах таких российских и зарубежных ученых, как Л. В. Андреева, В. В. Безбах, О. А. Беляева, В. С. Ем, К. В. Кичик, Р. Линдерс, Р. Льюис, А. Несбаум, В. В. Пономарев, А. В. Романовский, С. Шунер, Е. Фарнсворт и многих других. При этом правовые проблемы международных торгов изучались, как

правило, в экономической науке в отношении международных закупок с участием государства.

Научные исследования гражданско-правового регулирования торгов, как правило, охватывают вопросы регулирования публичных закупок¹. Диссертационные исследования, посвященные проблематике торгов в целом, также были выполнены В. В. Балакиным², С. А. Бордуновой³, А. Н. Кучер⁴, Ю. С. Турсуновой⁵ и др. Однако сущность именно международных торгов не изучалась до настоящего времени российскими учеными, а работы, посвященные международным аспектам закупочной деятельности, как правило, посвящены экономическим, но не юридическим вопросам⁶. Следует также отметить кандидатскую диссертацию В. В. Богданова «Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве»⁷, однако в этой работе проводится анализ правоотношений на стадии заключения договора, но не тендерного процесса как такового.

Эстоппель в международном публичном праве исследовали Т. К. Дмитриева, Р. А. Каламкарян, И. И. Лукашук, С. В. Шульга и др., тогда как вопросы применения эстоппеля в международном частном праве, в том числе в отношении регулирования международных торгов, подробно не изучались.

¹ См.: Шмелева М. В. Гражданско-правовое регулирование контрактных отношений при государственных и муниципальных закупках в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013; Борисов Д. Ю. Гражданско-правовая регламентация торгов на размещение заказов для государственных и муниципальных нужд: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011; Юшкевич П. П. Правовое регулирование подготовки и заключения государственного контракта на поставку продукции для государственных нужд военными организациями: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002; Заботина Н. Н. Правовая природа правоотношений, возникающих в связи с заключением контрактов на поставку товаров для государственных нужд: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006.

² См.: Балакин В. В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

³ См.: Бордунова С. А. Правовое регулирование государственных и муниципальных заказов по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

⁴ См.: Кучер А. Н. Заключение договора в соответствии с Венской конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

⁵ См.: Турсунова Ю. С. Торги как способ заключения договора: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

⁶ См.: Босин Е. И. Формирование и развитие системы международных торгов в России: дис. ... канд. экон. наук. М., 2007; Ладыгин А. Н. Международные тендеры в современных мирохозяйственных отношениях: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

⁷ См.: Богданов В. В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

В настоящей работе особое внимание уделено изучению трудов по коллизионным привязкам в международном частном праве (М. М. Богуславский, Л. А. Лунц) и анализу правосубъектности транснациональных корпораций (П. Бакли, А. М. Городисский, Д. Даннинг, Н. Ю. Ерпылева, М. И. Кулагина, В. П. Мозолин, Дж. Моррмс, С. Рамеллу, С. Д. Уоллес и др.).

Диссертационное исследование было бы неполным без анализа трудов ученых, посвященных правовой природе правоотношения, а также общим вопросам обязательственного права (С. С. Алексеев, О. С. Иоффе, Е. Б. Пашуканис, Е. А. Суханов, Г. Ф. Шершеневич) и трудов по экономической науке (И. И. Недужий, В. И. Потапов, Д. Уитэкер).

Научная новизна диссертации состоит в том, что автором определены основные правовые проблемы международных торгов и разработаны предложения по их решению на основе сравнительно-правового и системного анализа действующего гражданско-правового регулирования публичных и коммерческих закупок (на примере Российской Федерации, Англии, США и Канады), положений о закупках международных организаций и установления правосубъектности транснациональной корпорации (далее по тексту – ТНК) как одного из основных субъектов международных торгов. В России подобные исследования на сегодняшний день отсутствуют.

Теоретической основой диссертации являются фундаментальные исследования отечественных и зарубежных ученых, изучающих проблемы правового регулирования торгов, и сравнительно-правовой анализ ключевых англо-американских прецедентов по рассматриваемой проблематике.

Методология исследования основана на сравнительно-правовом анализе с применением исторического метода и метода правового моделирования.

Эмпирической базой диссертации является нормативное регулирование торгов международными организациями; гражданское право Англии, США и Канады в части регулирования публичных торгов; нормативные акты Российской Федерации, регулирующие закупки для государственных нужд;

акты судебной практики, фактический материал (регламенты по закупкам, тендеры) некоторых ТНК; материалы, полученные автором в ходе работы в закупках ТНК International Paper, Carlsberg, Kimberly-Clark, Diageo, Metro Cash & Carry.

Целью исследования является разработка эффективного гражданско-правового регулирования международных торгов в Российской Федерации на основании сравнительно-правового анализа нормативного регулирования закупочных отношений в Англии, США, Канаде и интеграции лучших практик прецедентного регулирования в законодательство РФ, а также совершенствование норм международного частного права по регулированию закупочных отношений с участием ТНК.

Для достижения цели исследования поставлены и решены следующие **задачи:**

- сформулировать определение «международных торгов» и обосновать целесообразность их регулирования в гражданском праве РФ и международном частном праве;
- конкретизировать классификацию торгов для их эффективного правового регулирования;
- проанализировать теоретические основы правового регулирования международных торгов;
- определить текущие пробелы в регулировании международных торгов в международном частном праве;
- выработать рекомендации по совершенствованию нормативного регулирования международных торгов на основании прецедентного права Англии, США и Канады.

Объектом исследования выступает сфера гражданско-правовых отношений по организации и проведению международных торгов, участию в них и последующем исполнении сторонами принятых по итогам торгов обязательств по гражданскому праву Российской Федерации и международном частном праве.

Предметом диссертационного исследования являются нормы гражданского права Англии, США, Канады и Российской Федерации, регулирующие закупочные отношения.

Теоретическая значимость работы состоит в том, что по итогам диссертационного исследования определен понятийный аппарат закупочных отношений, проанализированы и решены научные проблемы правовой неопределенности международных торгов, сформулированы предложения по совершенствованию действующего гражданского законодательства РФ, а также ряда норм международного частного права.

Практическая значимость диссертации: сформулированные выводы могут быть использованы для углубления существующих познаний в области регулирования международных торгов, имеют прикладное значение для оптимизации локального регулирования закупочных отношений, могут быть применены в договорной практике хозяйствующих субъектов во внешнеторговом обороте. Выводы автора могут быть использованы в практической деятельности российских транснациональных корпораций, планирующих выход на международные рынки и применяющих международные торги при закупках товаров, работ, услуг.

Выводы автора также могут быть использованы для совершенствования действующего гражданского законодательства РФ, дальнейших научных исследований в рамках международного частного права, в том числе для комплексного анализа и разработки нормативного регулирования деятельности ТНК в мире. Также результаты диссертации могут использоваться в процессе преподавания учебных дисциплин по специальности 12.00.03.

На защиту выносятся следующие положения, содержащие теоретическую и практическую значимость.

1. Закупочное правоотношение (закупка) – это гражданско-правовое относительное обязательственное отношение, складывающееся между имуществом и организационно обособленными организатором торгов, участниками торгов и при необходимости третьими взаимосвязанными лицами по

поводу права на заключение договора на закупку между организатором и одним из участников торгов и (или) третьим взаимосвязанным лицом на условиях, согласованных сторонами на торгах.

2. Международные торги – это форма закупочного правоотношения, особенность которого заключается в том, что коммерческие предприятия организатора и (или) участников торгов находятся в разных государствах, а следовательно, оно прямо не соотносится с нормами законодательства одной юрисдикции.

Субъектами международных торгов являются организатор торгов или лицо, действующее по его поручению, участники торгов и третьи взаимосвязанные лица. Предмет международных торгов – закупочная деятельность, осложненная иностранным элементом, наиболее распространенным примером которой являются закупки транснациональных корпораций.

Объектом международных торгов является право на заключение субъектами международных торгов договора о передаче вещи или иного имущества, включая имущественные права; осуществлении работ и (или) оказании услуг; передаче интеллектуальных прав. Объектом закупочных правоотношений является действие по заключению договора между организатором и победившим на торгах участником на условиях, согласованных сторонами на торгах.

3. Закупочное (торговое, процедурное) и договорное отношения тесно взаимосвязаны, первое возникает по поводу имущественного интереса, а второе – по поводу имущественных прав и, дополняя друг друга, эти отношения имеют похожую, но не единую сущность. При этом без последующего договорного отношения закупочное отношение теряет смысл. Поэтому закупочное отношение носит вспомогательный характер и служит предпосылкой для возникновения договорного отношения. Закупочное отношение следует понимать в узком смысле как процедуру, опосредующую заключение договора.

4. Экономическая эффективность торгов (а равно и других процедур закупок) измеряется результативностью основного договора, его фактиче-

ским исполнением по качеству, срокам и цене. По этой причине особую значимость приобретает имплементация в российский правовой порядок английской доктрины тендерного договора – строгого соблюдения условий торгов при заключении и исполнении договора.

Справедливость, разумность и добросовестность суть общие принципы закупочных отношений, которые должны быть положены в основу противодействия злоупотреблениям на международных торгах. В связи с этим необходимо расширение практики применения института обязательственного эстоппеля в закупочных спорах по аналогии с американским *promissory estoppel*.

5. Международные торги основаны на замещении переговоров, основанных на свободе воли сторон, справедливой конкуренцией. Конкурентный отбор происходит на условиях, устанавливаемых организатором торгов в его пользу. Поэтому в случае если организатор торгов изменяет условия отбора после начала торгов, заключает договор с участником, коммерческое предложение которого не соответствует первоначальным условиям международных торгов, он нарушает права остальных участников и ограничивает конкуренцию.

Такие злоупотребления должны иметь следствием признание международных торгов недействительной сделкой в соответствии с п. 2 ст. 168 ГК РФ.

6. Есть необходимость разработать Типовой закон ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках, который будет способствовать гармонизации законодательства о международных торгах на уровне разных стран. Несмотря на то, что подобный акт будет носить рекомендательный характер, можно прогнозировать, что по аналогии с унификацией законодательства о публичных закупках, он позволит оптимизировать и найти единообразные подходы к регулированию международных торгов в разных юрисдикциях. Кроме того, на базе ЮНСИТРАЛ целесообразно создание специального органа по рассмотрению тендерных споров с участием транснациональных корпораций.

Структура диссертации обусловлена кругом обозначенных проблем, целью и задачами исследования, состоит из введения, трех глав, подразделенных на параграфы, заключения, библиографии и приложений.

Апробация результатов исследования отражена в публикациях, выступлениях на профессиональных и научных конференциях, а также в ходе преподавания студентам и подготовке экспертных комментариев для специализированных организаций.

Основные положения диссертации отражены в публикациях автора общим объемом более 20 печатных листов.

Положения диссертации были представлены в выступлениях на профессиональных конференциях The Moscow Times «Форум директоров по закупкам» (21.02.2014), 3-й ежегодной Конференции «Стратегическое управление закупками и цепями поставок» (09.10.2014), 4-й ежегодной Конференции «Эффективные закупки» (27.05.2015), 5-й Всероссийской конференции «Управление корпоративными закупками – 2015», бизнес-конференции «40 миллиардов для малого бизнеса. PRO Сделки», «3-м Всероссийском форуме директоров по закупкам» АН Conferences (01.10.2015), Форуме директоров по закупкам РБК (29.10.2015), VI Всероссийской конференции «Управление корпоративными закупками-2016», конференции РБК «Эффективные закупки» (18.10.2016), а также в докладах на V Всероссийской научно-практической конференции аспирантов, соискателей и молодых ученых «Конкретизация права: проблемы теории и практики» (13.05.2014), Всероссийской межвузовской научно-практической конференции «Актуальные проблемы современного законодательства» (20.05.2014), IV Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы современных общественных наук: диалог общества и власти» (Уфа, Алтайский Государственный Университет, 2–15.06.2014), Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Эволюция права-2014», состоявшейся в МГУ в рамках IX Фестиваля науки в городе Москве (10.10.2014), I Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы гуманитарных наук» (15.12.2014) и др.

С целью апробации результатов диссертационного исследования автором были подготовлены экспертные заключения в Экспертном Совете при

Правительстве РФ по направлению «Повышение эффективности госзакупок».

Результаты исследования применялись в деятельности коммерческих юридических лиц – работодателей автора (крупнейших ТНК Carlsberg, Kimberly-Clark, Diageo, METRO Group и др.) и некоммерческих организаций (Ассоциация содействия развитию закупочных практик «Ассоциация директоров по закупкам», «Ассоциация профессионалов по управлению закупками», «Федерация закупок и управления поставками» и др.). По итогам 2015 г. автор стал лауреатом национальной премии «Лидер конкурентных закупок» в номинации «Профессионал конкурентных закупок».

ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТОРГОВ

§ 1. Международные торги: понятие, сущность и содержание

Приступая к исследованию, следует в первую очередь определить сам понятийный аппарат международных торгов. На наш взгляд, ключевыми терминами, необходимыми для раскрытия сущности и содержания международных торгов, служат такие понятия, как закупочное правоотношение (закупка), заказчик (бенефициар), тендерный запрос, предложение, аукцион, конкурс, тендер, торги, тендерная документация, тендерный договор, основной договор, транснациональная корпорация, глобальные корпоративные закупки ГНК и третьи взаимосвязанные лица.

В настоящем диссертационном исследовании термины «тендер», «конкурс» и «торги» используются как синонимы, потому что, по нашему мнению, они имеют единую сущность. **Торги (тендер, конкурс)** – это конкурентное состязание между участниками за право заключения договора. **Аукцион** – это форма торгов, где конкурентное состязание участников ведется по единственному критерию цены, которую участники имеют право менять в течение установленного времени. Аналогичной позиции придерживается К. В. Звягина, определяя аукцион как частный случай конкурса¹. Интересна позиция С. Е. Барыкина и И. И. Константинова, которые различают «конкурс» и «тендер», определяя первый как регламентированную закупку, а второй как закупку коммерческих юридических лиц в удобной для заказчика форме².

¹ См.: Звягина К. В. Тендеры в коммерческих предприятиях. Ростов н/Д: Феникс, 2009. С. 16.

² См.: Барыкин С. Е., Константинов И. И. Системное моделирование подрядных торгов (конкурсов) в строительстве. СПб.: Политехника-сервис, 2013. С. 14.

В нашей стране законодательному регулированию подвержена в основном область публичных закупок¹. Такой же подход характерен и для большинства стран², а также международного регулирования (например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках). Настоящее исследование нацелено на правовой анализ коммерческих закупок, причем с иностранным элементом. Но поскольку сущность и содержание публичных и коммерческих закупок аналогичны, для исследования коммерческих закупок мы, конечно, будем обращаться к регулированию публичных закупок, применяя аналогию права и предлагая рекомендации по совершенствованию регулирования торгов в целом и международных торгов в частности.

В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках и Законе о контрактной системе, разработанном с учетом его норм, среди допустимых форм закупочных отношений, называемых в законах «методами закупок» (ст. 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках), или «способами определения поставщиков» (ч. 2 ст. 24 Закона о контрактной системе), указаны в том числе запрос котировок и запрос предложений. На наш взгляд, **запрос котировок** – это форма торгов, единственным критерием определения победителя которых является наиболее низкая цена товара, работы или услуги³. Запрос котировок отличается от аукциона тем, что проходит в «один шаг», с однократной подачей ценового предложения. Приводимое нами определение запроса котировок не соответствует значению этого термина, принятому в Законе о контрактной системе, но, на наш взгляд, оно в большей степени способствует построению системного понятийного аппарата, предлагаемого в диссертации.

¹ Подробнее о понятии публичных закупок в отечественной правовой доктрине см.: Беляева О. А., Габов А. В. Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок // Журнал российского права. 2017. № 5. С. 47, 48.

² Подробнее см.: Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / отв. ред. О. А. Беляева, В. А. Вайпан, К. В. Кичик. М.: Юстицинформ, 2017.

³ Мнение о том, что запрос котировок представляет собой упрощенный вид аукциона, ранее было высказано проф. Л. В. Андреевой. Подробнее см.: Андреева Л. В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М., 2009. С. 137.

Запрос предложений – это конкурентный способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), победителем которого признается тот, чье окончательное предложение наилучшим образом соответствует требованиям к объекту закупки, установленным заказчиком (ч. 2 ст. 24, ч. 1 ст. 83 Закона о контрактной системе).

На наш взгляд, конкурс может быть организован в форме запроса (коммерческих) предложений, а запрос котировок может позиционироваться как упрощенная форма запроса предложений. Нам видится, что классификация форм закупочных отношений в Законе о контрактной системе и Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках является по существу классификацией форм торгов, что и следовало определить в законе, минуя излишнюю бюрократизацию закупочных процедур и сложную терминологию (например, термин «победитель определения поставщика», используемый в ч. 11 ст. 31 Закона о контрактной системе).

Итак, конкурс и тендер суть синонимы торгов, а запрос предложений и аукцион – это формы торгов. Запрос котировок – это упрощенная форма запроса предложений. Похожая точка зрения была высказана К. В. Кичиком, который на примере публичных закупок отметил, что к торгам следует относить не только аукционы и конкурсы, но также запросы котировок и запросы предложений, поскольку все эти способы закупок объединяют такие критерии, как состязательность участников и их активная борьба за заказ¹.

Есть и альтернативная точка зрения: разделение закупочных отношений на торги и иные конкурентные процедуры выбора контрагента. Так, О. А. Беляева относит торги к частному случаю конкурентных процедур, основываясь на принципе свободы договора, в том числе свободы определения алгоритма поиска контрагента².

Систематизация форм торгов необходима для повышения эффективности делового оборота в целом. Так, по официальным данным Министерства

¹ См.: Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: правовые вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С.12.

² См.: Беляева О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. М., 2015. С. 55.

экономического развития РФ в Единой информационной системе зарегистрировано более 2000 наименований закупочных процедур, что чрезвычайно затруднительно для участников торгов¹. Для решения рассматриваемой проблемы мы определяем понятийный аппарат в гл. 1 диссертации и приводим классификацию форм торгов в гл. 2 настоящего исследования.

Воспользуемся методом дедукции для определения понятия **закупочного отношения** путем его выведения из определения гражданско-правового отношения и проанализируем предпосылки его возникновения, после чего в рамках закупочного отношения изучим его основные элементы и специфицируем понятие международных торгов.

Как верно отмечает Н. В. Варламова, круг правоотношений «исторически обусловлен и изменчив»². Действительно, необходимость преобразования закупочных отношений в правоотношения возникла сравнительно недавно, когда воздействие глобализации экономических процессов усложнило закупочные торги с иностранным элементом и способствовало возникновению их новых разновидностей и сочетаний, актуализировав потребность в нормативном регулировании закупочных отношений в международном частном праве.

Нормативное регулирование придает новую форму общественным отношениям, но не меняет их сущность, вопреки мнению некоторых авторов. Так, Е. Б. Пашуканис полагает, что нельзя сказать, что отношение между кредитором и должником порождается существующим в данном государстве принудительным порядком взыскания долгов. Этот объективно существующий порядок обеспечивает, гарантирует, но отнюдь не порождает отношения³. Действительно, публичные закупки, урегулированные законодательством, и закупки с участием негосударственных коммерческих юридических лиц с

¹ См.: Доклад Минэкономразвития России о результатах мониторинга применения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» за 2016 год [Электронный ресурс]. URL: http://zakupki.gov.ru/epz/main/public/news/news_preview.html?newsId=18094; Демидова Т.П. Лабиринт Минотавра // Конкуренция и право. 2016. № 1. С. 6.

² Варламова Н. В. Правоотношения: философский и юридический подходы // Правоведение. 1991. № 4. С. 54.

³ См.: Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Наука, 1980.

иностранным элементом (в частности, ТНК), практически не урегулированные в праве, имеют одинаковую квинтэссенцию, хотя и отличаются наличием государственно-принудительных мер для защиты нарушенного права.

Можно поспорить с В. Н. Хропанюком, полагающим, что правоотношение возникает при наличии соответствующих правовых норм, правосубъектности и юридических фактов¹. На наш взгляд, вышеуказанные факторы связаны с действием правоотношения, но они не являются предпосылками его возникновения. Например, российское гражданско-правовое регулирование закупочных отношений с участием иностранных коммерческих юридических лиц не является достаточным, так как действующие нормы ГК РФ (ст. 447–449) не охватывают многообразие закупочных отношений с иностранным элементом, которые развиваются в усложняющемся деловом обороте, поэтому возникает необходимость совершенствования действующих норм для предотвращения злоупотреблений. Но главной предпосылкой возникновения закупочного правоотношения выступает усложняющийся деловой оборот, а не наличие недостаточно совершенной действующей нормы гражданского права.

С. С. Алексеев полагал, что правоотношение стабилизирует общественное и правовое развитие и несет высокую нравственную ценность². Это утверждение логично как для российского, так и зарубежного гражданского права. Так, в гражданском и торговом праве Англии категории справедливости и доброй совести (*good faith*) играют ключевую роль в становлении и развитии закупочных правоотношений при отсутствии в английском праве понятия «правоотношение» как такового. Как заметил Клод де Паскье, в английском праве понятие правоотношения наиболее четко прослеживается в обязательственных отношениях³, к которым относятся и закупочные правоотношения.

¹ См.: Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М.: Омега-Л, 2006.

² См.: Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов / под ред. С. С. Алексеева. М., 1982.

³ См.: Claude du Pasquier, *Introduction a la Theorie generale et a la Philosophie du droit*. Paris, 1967. Pp. 102–106.

Формой правоотношения, по мнению В. Н. Щеглова, являются субъективные права и обязанности, а содержанием – надлежащее поведение субъектов, в котором и применяются данные права и обязанности¹. С данной точкой зрения мы не можем согласиться, так как субъективное право, обязанность наряду с субъектами и объектом правоотношения относятся к его содержанию, а форма является внешним выражением содержания. Так, одной из форм закупочного правоотношения являются торги. В то же время, как заметила О. Ю. Балицка, опираясь на позицию О. А. Красавчикова и Б. Л. Назарова, что правоотношение в целом выступает как форма регулируемого нормами права общественного отношения, а последнее является содержанием правоотношения².

На наш взгляд, наиболее полное определение гражданскому правоотношению дал Е. А. Суханов, отметив, что «гражданское правоотношение – это юридическое отношение, существующее в форме юридической связи равных, имущественно и организационно обособленных субъектов имущественных и личных неимущественных отношений, выражающейся в наличии у них субъективных прав и обязанностей, обеспеченных возможностью применения к их нарушителям государственно-принудительных мер имущественного характера»³.

Субъектами гражданских правоотношений в России могут быть физические лица, юридические лица и публично-правовые образования. В настоящей диссертации рассмотрены закупочные отношения с участием ТНК как наиболее актуальные и содержащие новизну для целей научного исследования.

Международные торги в том числе проводятся и компаниями с государственным участием, такие закупки урегулированы в большинстве стран законодательством о публичных закупках. Например, положения, касающиеся публичных закупок Мексики, включены в ее соглашения с США и Канадой (НАФТА), Европейской ассоциацией свободной торговли, Центральной

¹ См.: Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М.: Юридическая литература, 1966.

² См.: Балицка О. Ю. Влияние правовой социализации на усовершенствование правовых отношений // Теория и практика общественного развития. 2013. № 9.

³ См.: Российское гражданское право: учебник / под ред. Е. А. Суханова. М., 2010.

Америкой (Сальвадор, Гватемала, Гондурас), Израилем, Японией, Чили, ЕС, Никарагуа, Колумбией и Коста-Рикой¹. Российская Федерация также участвует в нескольких соглашениях, в частности в Договоре о Евразийском экономическом союзе², предусматривающем гармонизацию норм регулирования публичных закупок. Однако поскольку нормативное регулирование публичных закупок развито в большинстве стран, мы не будем подробно останавливаться на изучении международных торгов, субъектами которых являются компании с государственным участием.

Консорциумы и стратегические альянсы также являются субъектами международных торгов³, но их правовое положение подробно не рассматривается в рамках настоящего исследования. Также мы не рассматриваем в диссертации и физических лиц, хотя и они гипотетически могут выступать субъектами международных торгов⁴.

Субъектами закупочного правоотношения являются организатор торгов или лицо, действующее по его поручению, участники торгов и третьи взаимосвязанные лица. Анализируя круг субъектов публичных закупок, К. В. Кичик отмечает, что в ряде нормативных актов (в частности, стран СНГ) принято широкое понимание термина «участник торгов», который может называться по-разному (потенциальный поставщик, претендент и др.) и означать потенциальную сторону договора, заключаемого по итогам торгов⁵.

Заказчик (бенефициар) может выступать организатором торгов или поручить их проведение третьему лицу. **Заказчик (бенефициар)** – это лицо, в чью пользу проводятся торги. Анализируя судебную практику, О. А. Беляева подчеркивает, что участником торгов может быть только субъект граждан-

¹ См.: Правила по проведению тендеров с международным участием в рамках Соглашений о свободной торговле [Электронный ресурс]. URL: http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5172684.

² Ратифицирован Российской Федерацией на основании Федерального закона от 03.10.2014 № 279-ФЗ // СЗ РФ. 2014. № 40 (ч. I). Ст. 5310.

³ Критическое мнение по поводу участия консорциумов в закупочных отношениях по праву Российской Федерации высказано О. А. Беляевой. Подробнее см.: Беляева О. А. Коллективные участники в корпоративных закупках: pro et contra // Аукционный вестник. 2017. № 347. С. 1, 2.

⁴ Примеры Интернет-сайтов для торгов с участием физических лиц: www.upwork.com, www.elance.com, www.guru.com, www.мойтендер.рф.

⁵ См.: Кичик К. В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения. М.: Юстицинформ, 2012. С. 106.

ских правоотношений, что, на наш взгляд, доказывает принадлежность закупочных отношений к гражданско-правовым¹. О. А. Беляева также справедливо подчеркивает гражданско-правовую принадлежность закупочных отношений, так как они «нацелены на определение (выбор) контрагента в целях заключения с ним договора (обязательственные правоотношения)»².

Третьи взаимосвязанные лица выступают субъектами закупочного отношения в случае, если в нем в той или иной форме участвует ТНК. **Транснациональная корпорация** – это объединение юридических лиц, зарегистрированных в разных странах, одно или несколько из которых координирует и (или) контролирует операции объединения на региональном и (или) глобальном уровне. Уместно привести определение, которое в свое время дал ТНК классик отечественной цивилистики Л. А. Лунц, – это «конгломерат юридических лиц различной национальности»³.

На наш взгляд, ТНК является самостоятельным субъектом международного частного права в целом и международных торгов, в частности. При этом в закупочном отношении участвует не «штаб-квартира» или ее подразделение, но ТНК как единый хозяйствующий субъект. Данная точка зрения носит дискуссионный характер и имеет как сторонников⁴, так и оппонентов⁵.

Третьи взаимосвязанные лица могут быть взаимосвязаны либо с организатором торгов, будучи членами одной ТНК; либо с одним из участников международных торгов, будучи фактическим исполнителем будущего договора, заключаемого организатором торгов с победившим участником в международных торгах. В первом случае актуален пример, когда «штаб-квартира» ТНК, находящаяся и зарегистрированная в Англии, проводит региональные торги на закупку сырья для использования в производстве на за-

¹ См.: Беляева О. А. Аукционы и конкурсы. Комментарий судебно-арбитражной практики. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 14.

² Беляева О. А. О некоторых вопросах эффективности российского законодательства о закупках // Аукционный вестник. 2016. № 279. С. 1.

³ Лунц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 70.

⁴ См.: Куликов Р. А. Эволюция правовой природы и место транснациональных корпораций в системе международного частного права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 20.

⁵ См.: Манукян М. А. Правовое положение транснациональных корпораций в доктрине международного частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 17.

водах данной ТНК, зарегистрированных и находящихся в 30 странах, включая Российскую Федерацию. Непосредственно не являясь организаторами торгов, данные заводы являются третьими взаимосвязанными с организатором лицами в закупочном отношении. Другой пример: международные торги выиграл участник, зарегистрированный и находящийся в США, а фактической стороной договора с организатором торгов на условиях, согласованных на торгах, выступает юридическое лицо, зарегистрированное и действующее в Российской Федерации и входящее в состав одной ТНК с выигравшим на торгах участником. Это и есть так называемое третье взаимосвязанное с участником лицо.

Как правило, взаимосвязанным лицом в международных торгах выступает «штаб-квартира» или одно из подразделений ТНК. В таких случаях состав субъектов международных торгов и сторон договора, заключаемого по условиям проведенных торгов, не совпадает полностью. Для целей настоящей диссертации мы используем термин «подразделение» ТНК, включающее в себя юридические лица и иные формы объединений (например, консорциумы), осуществляющие экономическую деятельность в рамках одной ТНК.

В российском гражданском праве отсутствует регулирование закупочных отношений с участием третьих взаимосвязанных лиц. Хотя некоторые примеры, касающиеся участия третьих лиц в закупочном отношении, можно найти в российской судебной практике при применении последствий недействительности договора купли-продажи, заключенного на публичных торгах. Так, Президиум ВАС РФ отмечал, что если должник не является стороной в сделке, то в отношении него не могут применяться последствия недействительности сделки, предусмотренные п. 2 ст. 167 ГК РФ¹. Если по условиям признанного недействительным договора купли-продажи покупатель перечислил денежные средства за товар третьему лицу, то они подлежат возврату продавцом по договору.

¹ См. п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства» (Хозяйство и право. 2006. № 4).

На наш взгляд, данный подход вполне может быть использован для решения споров о недействительности договора купли-продажи, заключенного на международных торгах, где организатор торгов (ТНК) не является стороной заключаемого по итогам торгов договора.

Третьи взаимосвязанные лица не следует отождествлять с аффилированными лицами. Так, в английском прецеденте «Либерти Мерсиан против Кадди Сивил Инжиниринг»¹ возник спор между организатором торгов (истец) и аффилированными лицами со стороны победившего на торгах участника. Фактическим исполнителем подрядных работ и победителем торгов явилось юридическое лицо – «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг». При подготовке организатором основного договора и формы гарантии, покрывающей дефекты работ, он ошибочно указал в этих формах аффилированное лицо в рамках «Кадди Груп» – «Кадди Сивил Инжиниринг». Когда возник спор о расторжении договора и применении гарантии для устранения дефектов, по решению суда «Кадди Сивил Инжиниринг» не обязано отвечать по обязательствам «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг», возникшим на торгах, так как «Кадди Сивил Инжиниринг» не участвовало в этих торгах, и фактическим исполнителем работ было «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг». Так как в рамках аффилированности между «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг» и «Кадди Сивил Инжиниринг» отсутствовали отношения подчинения (материнская – дочерняя компания), суд решил дело в пользу ответчика.

Третьи взаимосвязанные лица, в отличие от аффилированных в рассмотренном примере, не участвуя в торгах напрямую, влияют на цены, по которым распределяются поставки по итогам международных торгов. Например, «штаб-квартира» ТНК, используя суммарные объемы потребностей своих иностранных подразделений, договаривается с победителем торгов о минимально низкой цене для рынка X при повышенной цене для рынка Y, что может нарушить справедливую конкуренцию в стране рынка X, где ни один

¹ См.: Liberty Mercian Ltd v Cuddy Civil Engineering Ltd [2013] EWHC 2688 (TCC).

поставщик будет не в состоянии конкурировать с демпинговой ценой, достигнутой за счет объемов рынка другой страны, где оперирует ТНК.

Итак, **третьи взаимосвязанные лица** – это субъекты закупочного отношения, которые, непосредственно не участвуя в торгах, являются выгодоприобретателями по основному договору, заключаемому по итогам торгов, либо иным образом влияют на результаты торгов, будучи связанными с организатором и (или) участником торгов в рамках одной транснациональной корпорации.

Помимо ТНК субъектами международных торгов могут выступать международные организации, закупающие товары, работы, услуги для собственных нужд; контролирующие целевое расходование кредитных средств в закупках государствами-заемщиками, а также непосредственно участвующие в международном деловом обороте (например, Международный союз для продажи угля между Сааром и Лотарингией). Для целей диссертации в качестве эмпирической базы мы изучили регламенты по закупкам международных организаций в части контролирования ими закупок, осуществляемых за счет заемных средств.

Сущность закупочного отношения следует раскрыть через субъективные права и обязанности субъектов правоотношения. Общее определение субъективного права принадлежит С. Н. Братусю — это «обеспеченная законом мера возможного поведения управомоченного»¹. Субъективным правом организатора торгов является проведение торгов на условиях, не противоречащих гражданскому праву, и выбор по своему усмотрению победителя на торгах, предложившего организатору лучшие условия будущего договора. Субъективным правом участника торгов является предоставление коммерческого предложения по своему усмотрению в рамках равных с другими участниками условий торгов.

¹ Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. 1949. № 8. С. 33.

Таким образом, **тендерный запрос (извещение о закупке)** – это оферта организатора торгов заключить договор с участником торгов, предоставившим лучшее предложение, в соответствии с условиями тендерной документации. **Предложение** – это заявка на участие в торгах, согласно условиям тендерной документации, являющаяся акцептом извещения о закупке и формирующая тендерный договор между субъектами торгов. **Тендерная документация** – это условия проведения торгов и заключения последующего договора по их итогам¹.

Интересно, что в российском законодательстве, регулирующем публичные закупки, извещение о закупке всегда является неотъемлемой частью тендерной документации («документации о закупке» в соответствии с ч. 8 ст. 4 Закона о закупках), тогда как в английском праве извещение может не входить в состав так называемого «тендерного договора».

Тендерный договор (или договор о проведении закупки) – это подразумеваемое соглашение сторон, регулирующее их отношения в период от начала тендера до заключения ими основного договора по итогам тендера. **Основной договор** – соглашение, заключаемое субъектами закупочного отношения после проведения торгов на условиях, согласованных на торгах.

В деле «Дэвис Контракторз против Фарехэм»² суд определил, что извещение о закупке в тендере может быть частью переговоров или входить в состав тендерной документации, формирующей тендерный договор между организатором тендера и его участниками, в зависимости от прямого указания на это в рассматриваемом извещении. На наш взгляд, извещение о закупке следует считать частью тендерного договора, если в нем содержатся существенные условия (например, критерии оценки коммерческих предложений участников, сроки предоставления коммерческих предложений). В любом

¹ Отметим, что в строительной отрасли в договоры подряда, заключаемые по итогам международных торгов, иногда в виде отдельного приложения к договору указывается тендерная документация для ее использования при дальнейшем урегулировании споров о дополнительных работах (например, типовые формы договоров Американского Института Архитекторов (AIA) и Ассоциации Генеральных Подрядчиков (AGC)).

² См.: *Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956] APP.L.R. 04/19. *Arbitration, Practice and Procedure Law Reports*, UKHL3, 1956.

случае нежелательно дублирование одинаковых данных и в извещении о закупке, и в тендерной документации, так как это приводит к излишней бюрократизации закупочного процесса.

Руководствуясь субъективными правами, организатор торгов, являющийся коммерческим юридическим лицом без государственного участия, самостоятельно определяет порядок проведения торгов в части сроков, описания тендерного запроса, определения участников торгов, действуя в рамках закупочного регламента, если таковой принят в виде локального нормативного акта юридического лица, обязательного к применению его сотрудниками. Другими словами, организатор по своему усмотрению определяет, кому и в каком виде отправлять извещение о закупке.

В свою очередь, приглашенные для участия в торгах коммерческие юридические лица имеют право отказаться от участия либо предоставить коммерческое предложение в соответствии с тендерным запросом и сохранением свободы воли по формированию коммерческого предложения. Иными словами, договор, впоследствии заключаемый с победившим на торгах участником, основан на условиях коммерческого предложения данного участника, если стороны не предусмотрели иное. Причем если стороны все же предусмотрят иное, то это может нарушить принципы справедливости и равного отношения к участникам торгов.

Если участник торгов после подтверждения своего участия в торгах в требуемый срок не предоставил коммерческое предложение, на которое рассчитывал организатор торгов, организатор может лишь напомнить участнику о таком обязательстве, но не требовать его исполнения, даже если это приведет к несостоявшимся торгам и негативному экономическому эффекту для организатора. В коммерческих закупках участник может подтвердить свое участие, но не предоставить коммерческого предложения впоследствии¹.

¹ Постулат об отсутствии на торгах взаимных прав и обязанностей организатора торгов и их участников в свое время был выдвинут О. А. Беляевой. См.: Беляева О. А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 14, 15, 40.

В то же время организатор в любой момент может отменить уже открытые им торги без несения существенных обязательств перед участниками. Безусловно, п. 3 ст. 448 ГК РФ предусматривает обязательство организатора возместить реальный ущерб участникам в случае отказа от проведения торгов после направления извещения с нарушением требуемого срока. При этом сам отказ по российскому гражданскому праву возможен, что логично для обеспечения свободы воли при заключении договоров. Другими словами, обязательствами по проведению торгов организатор не связан. При нарушении сроков проведения международных торгов применить п. 3 ст. 448 ГК РФ будет затруднительно, так как многие ТНК проводят торги, отправляя извещения по электронной почте без соблюдения указанных в ст. 448 сроков, а участники при этом не вносят задаток, и протокол по итогам торгов не оформляется, а фиксируется в одностороннем порядке со стороны ТНК по электронной почте¹. В английском праве отмена начатых торгов без компенсации затрат возможна при указании в тендерном запросе данного права организатора, за исключением торгов, где участники заведомо понесут затраты при предоставлении своих предложений (научные разработки, проектирование, торги с предоставлением полезных моделей²).

На наш взгляд, если отказ субъекта торгов от ранее подтвержденного им участия в закупочном отношении приводит к экономическому ущербу для другого субъекта, то должна иметь место разумная компенсация.

Недостаточно урегулирован и порядок защиты в случае нарушения прав на интеллектуальную собственность в международных торгах. Так, в ходе торгов организатор передал разработанный первым участником образец полезной модели второму участнику, который, использовав разработку первого участника, предоставил более выгодную для организатора торгов цену и в итоге получил подтверждение заключения договора. Каковы средства защиты нарушенного субъективного права первого участника? Вышеуказан-

¹ Пример из практики автора.

² См.: The Rules of Engagement: Private Sector Procurement and the Common Law; Clifford Chance, April 2012.

ные проблемы подробно рассмотрены в последующих главах диссертации с рекомендациями по их решению. Полагаем, что с учетом разумных предпринимательских рисков и принципа свободы договора необходимо предусмотреть сбалансированное регулирование прав и обязанностей субъектов международных торгов.

Основной обязанностью организатора и победившего на торгах участника является заключение договора на согласованных на торгах условиях. М. И. Брагинский, как и другие ведущие российские ученые-цивилисты, задавался вопросом, является ли приглашение на торги публичной офертой или же приглашением делать оферты участникам торгов¹, и пришел к выводу, что это оферта, обязывающая организатора заключить договор с победившим на торгах участником. Мы также склонны рассматривать приглашение на торги как оферту для заключения тендерного договора, а сами торги как способ последующего заключения основного договора.

Безусловно, у сторон есть и другие обязанности, включающие, в частности, неразглашение полученной в ходе торгов конфиденциальной информации. Субъективными обязанностями организатора торгов, проводимых в интересах коммерческого юридического лица, являются: направление участникам тендерного запроса и тендерной документации, содержащих необходимые условия проведения торгов и заключения основного договора с победителем, и информирование проигравших участников о закрытии торгов в пользу иного участника. К сожалению, зачастую данные обязанности не соблюдаются организаторами торгов, так как юридическая обязанность должна быть закреплена в гражданско-правовых нормах, которые в настоящее время недостаточно развиты для международных торгов. Как точно указывал Г. Ф. Шершеневич, юридическая обязанность – это сознание связанности своей воли². Такая «связанность» пока отсутствует в международных торгах, где организатор может не информировать проигравших участников, а также

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. Кн. 1. М., 1998. С. 226.

² См.: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. М.: Статут. 2003.

держат их предложения «про запас» в течение длительного периода заключения договора с победителем, а причины проигрыша могут не комментироваться, ставя под сомнение соблюдение принципа прозрачности. Нам представляется, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках, разработка которого предлагается нами в гл. 3, может решить обозначенную проблему, так как будет способствовать формированию единообразного регулирования международных торгов на основании ключевых принципов, рассмотренных нами в гл. 1.

В большинстве юрисдикций (например, ст. 430 ГК РФ, ст. 1121 Французского гражданского кодекса¹, ст. 328 Германского гражданского уложения²) договоры могут создавать у третьего лица, не участвовавшего в заключении договора, только субъективные права, но не обязанности, что не соответствует специфике закупочных отношений с участием третьих взаимосвязанных лиц. Поэтому необходимо нормативное закрепление основных прав и обязанностей субъектов торгов с целью защиты прав добросовестных участников закупочного отношения.

Особо следует отметить корпоративное регулирование закупочных отношений ТНК. Регламенты по закупкам (иногда называемые положениями, стандартами, политиками, процедурами и т.п.) не всегда принимаются в российских подразделениях ТНК в виде локальных нормативных актов и в лучшем случае являются принятыми корпоративными стандартами, за нарушение которых даже не предусмотрены дисциплинарные взыскания.

Так, в ТНК Diageo plc (Англия) принят глобальный стандарт по закупкам³, предусматривающий дисциплинарное взыскание для сотрудника, нарушившего его положения в части порядка проведения торгов, и распространяющий свое действие на закупочную деятельность как «штаб-квартиры», так и подразделений ТНК. Однако закупочная деятельность ЗАО «Д Дист-

¹ См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М.: Инфотропик Медиа, 2012.

² См.: URL: https://ru.wikisource.org/wiki/%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B5_%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B5_%D1%83%D0%BB%D0%BE%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5

³ См.: Purchasing Standard for All Goods and Services, January 2014.

рибьюшен» (Российская Федерация), входящего в рассматриваемую ТНК, осуществляется на основании локального аналога глобального стандарта по закупкам (политика по закупкам), принятого при одобрении руководителя отдела закупок и финансового директора ЗАО «Д Дистрибьюшен»¹. Политика по закупкам не принимается в форме локального нормативного акта и не содержит положений о дисциплинарных взысканиях, несмотря на то что в глобальном стандарте по закупкам указано обязательство каждого «рынка», где учреждено подразделение ТНК, действовать в соответствии с глобальным стандартом или иными правилами, если они более строгие.

Регламент по закупкам прежде всего регулирует корпоративные отношения юридического лица и поэтому создает права и обязанности для сотрудников юридического лица, но для не внешних контрагентов закупочного правоотношения (поставщики, подрядчики). Согласование условий торгов происходит сторонами при отправлении тендерного запроса (условия организатора) и ответных коммерческих предложений (условия участников), а регламент по закупкам организатора не может создавать права и обязанности участников, которые могут не знать о внутреннем порядке принятия решений на торгах закупающей стороной. Иными словами, иск проигравшего участника не может быть основан на нарушении организатором торгов внутреннего регламента по закупкам².

Позитивно, что значимость регламента по закупкам отмечена в требованиях к менеджменту качества провайдера, оказывающего услуги по проверке квалификации, в соответствии с «ГОСТ ISO/IEC 17043-2013. Межгосударственный стандарт. Оценка соответствия. Основные требования к проведению проверки квалификации» (введен в действие приказом Росстандарта от 22.11.2013 № 1941-ст), где в п. 5.4.1 указано, что «провайдер проверки

¹ См.: Политика по закупкам, ЗАО «Д Дистрибьюшен», 2014 (внутренний документ).

² В то же время английский суд может обратиться к данному регламенту для оценки соблюдения принципа справедливости ответчиком (нарушение организатором «правил игры», установленных им же, не допускается). См. *Smith Bros & Wilson v British Columbia Hydro* (1997) 30 BCLR (3d) 334 (SCBC).

квалификации должен разработать и поддерживать на должном уровне политику и процедуры для анализа запросов, тендеров и договоров»¹.

Следует отметить, что публичные закупки, в отличие от закупок ТНК, имеют эффективное нормативное регулирование содержания положений о закупке, которые находятся в открытом доступе, согласно ст. 4 Закона о закупках, и заранее известны участникам торгов. Регламенты по закупкам ТНК могут относиться к коммерческой тайне, меняться время от времени по инициативе ТНК и не быть известными участникам международных торгов. Полагаем, что все регламенты по корпоративным закупкам должны находиться в открытом доступе, за исключением информации, относящейся к коммерческой тайне. Необходимость защиты коммерчески ценной информации в Единой информационной системе также отмечается О. А. Беляевой².

Перейдем к определению сущности закупочных правоотношений. Н. Д. Егоров полагает, что обязательство по передаче имущества, выполнению работ или оказанию услуг возникает из сложного юридического состава: проведения торгов и заключенного на основе их результатов договора³. На наш взгляд, закупочные правоотношения, включающие проведение международных торгов, заканчиваются в момент заключения сторонами основного договора. М. И. Брагинский выделяет договор на проведение торгов (в английском праве – «тендерный договор»), обязывающий организатора торгов провести их на определенных условиях и определить победителя на торгах, с которым в последующем будет заключен основной договор⁴. Ю. С. Турсунова полагает, что «путем проведения конкурса заключается предварительный договор, в соответствии с которым стороны (организатор и победитель конкурса) обязуются заключить в будущем договор на условиях, предусмотрен-

¹ ГОСТ ISO/IEC 17043-2013. Межгосударственный стандарт. Оценка соответствия. Основные требования к проведению проверки квалификации // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Беляева О. А. Тенденции развития законодательства Российской Федерации о регламентированных закупках // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 26.

³ См.: Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988.

⁴ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 183, 184.

ных предварительным договором»¹. Данное обоснование раскрывает сущность закупочных правоотношений и подкрепляется нормой п. 5 ст. 448 ГК РФ, в которой указано, что «лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора».

На наш взгляд, мнение Ю. С. Турсуновой требует уточнения, в какой момент возникновения закупочных правоотношений предварительный договор считается заключенным. В случае если таковым считается подтверждение организатором торгов победы одного из участников торгов, то по-прежнему остается неурегулированным вопрос предотвращения злоупотреблений сторонами на момент предварительной квалификации участников, их оценки, соблюдения установленных сроков предоставления коммерческих предложений участниками и т.д. И наконец, в современном деловом обороте юридические лица проводят большое количество торгов, не подписывая формальные протоколы по итогам торгов, и, как правило, ограничиваются электронными сообщениями в свободной форме.

Некоторые ученые считают тендерный процесс не связывающим стороны обязательством, так как его сущность заключается в спекулятивных действиях, направленных на повышение конкуренции и выбор участника на торгах, предложившего наименьшую (закупка) или наибольшую (продажа) цену. И только при условии наличия предварительно установленного минимума (или максимума) цены закупки (или продажи) предложение организатора торгов связывает его обязательством заключить договор с тем лицом, которое предложило начально назначенную на торгах цену².

Отсутствие правовой определенности международных торгов порождает тендерные запросы, объем работ (услуг, товаров) по которым может меняться в ходе проведения торгов, а не сформулированные заранее условия сделки (в частности, отсрочка платежа, использование типового договора ор-

¹ Турсунова Ю. С. Указ. соч. С. 181.

² См.: Федоров А. Ф. Торговое право. Одесса, 1911. С. 607, 608.

ганизатора торгов) приводят к изменению озвученного в торгах коммерческого предложения участника в момент заключения основного договора. Например, организатор торгов на закупку ячменя получил три коммерческих предложения от участников, где второй участник дал наименьшую цену 8000 руб. за тонну. Организатор принял решение в его пользу, и стороны начали переговоры по заключению договора, когда оказалось, что цена предложена при 100%-ной предоплате, а на желаемую организатором тендера отсрочку платежа участник не готов, и в итоге повысив цену до 11 800 руб. за тонну и зафиксировав в договоре отсрочку платежа в 20 дней (вместо требуемых организатором 60 дней), стороны заключили договор. При этом один из проигравших тендер участников предложил цену 9600 руб./тонна с отсрочкой в 25 дней¹.

Таким образом, организатор в итоге заключил договор с участником, который предложил не самые выгодные для него условия, что нарушило как экономическую эффективность торгов, так и права участника, предложившего в торгах более выгодные условия. В международных торгах ситуация и вовсе усугубляется большим количеством субъектов, часть из которых может не знать существенных условий тендерного договора. Так, международные торги проводит «штаб-квартира» ТНК, а основной договор подписывает подразделение данной ТНК, находящееся в иной юрисдикции, лишь примерно зная условия сделки (например, цена, сроки поставки), чем пользуются недобросовестные участники закупочного отношения (победитель торгов), изменяя в свою пользу при подписании договора согласованные в тендере условия (например, условия доставки, гарантийный срок, штрафы).

Вышеописанные проблемы можно решить не столько благодаря конкретизации регулирования международных торгов, сколько повышению профессионализма и компетентности специалистов по закупкам и внедрению большего количества образовательных программ в сфере закупочной деятельности.

¹ Пример из практики автора.

На наш взгляд, объектом закупочных отношений является право на заключение договора о передаче вещи или иного имущества, включая имущественные права; осуществлении работ и (или) оказании услуг; передаче интеллектуальных прав (например, тендер на разработку креативной концепции нового продукта)¹.

Итак, **закупочное правоотношение (закупка)** – это гражданско-правовое относительное обязательственное отношение, складывающееся между имущественно и организационно обособленными организатором, участниками торгов и при необходимости третьими взаимозависимыми лицами по поводу права заключения договора на закупку между организатором и одним из участников торгов и (или) третьим взаимосвязанным лицом на условиях, согласованных сторонами на торгах.

Международные торги – форма закупочного правоотношения, один или несколько субъектов которого находятся в разных государствах. Поэтому данное закупочное правоотношение не подпадает под действие норм законодательства одной юрисдикции. Одним из наиболее интересных с научной точки зрения субъектов международных торгов являются ТНК, которые имеют как общие центры принятия решений («штаб-квартиры»), так специализированные глобальные корпоративные закупки.

Торги, осложненные иностранным элементом, могут называться по-разному (скажем, «трансграничные», «транснациональные» и проч.). Однако нами в диссертационном исследовании отстаивается термин именно «международные торги», поскольку он хотя и не имеет на сегодняшний день легальной дефиниции ни в национальном, ни в международном законодательстве, однако его использование можно считать устоявшимся в обороте².

¹ Для сравнения: в английской доктрине объектом закупочных отношений считается действие по заключению договора между организатором и победившим в торгах участником на условиях, согласованных сторонами в торгах. См.: Nussbaum A. Comparative Aspects of the Anglo-American Offer-and-Acceptance Doctrine // Columbia Law Review. 1936. P. 920–929.

² См.: п. 13 ст. 3 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О банке развития»; раздел 100.110.000 Классификатора правовых актов, утв. Указом Президента РФ от 15.03.2000 № 511; Концепция развития государственной финансовой (гарантийной) поддержки экспорта промышленной продукции в Российской Федерации, утв. распоряжением Правительства РФ от 14.10.2003 № 1493-р; п. 6 постановления

Глобальные корпоративные закупки ТНК (global sourcing) – это стратегическая деятельность ТНК по организации удовлетворения своих нужд в товарах, работах, услугах, в том числе путем проведения международных торгов. Есть мнение, что глобальные корпоративные закупки ТНК представляют собой виртуальную «гибридную организацию»¹ внутри ТНК, включая в себя отделы закупок разных юридических лиц ТНК. Данная позиция представляется нам достаточно искусственной и не вносящей существенной пользы в науку. Проблемы, связанные с неопределенным статусом как «гибридной организации» закупок, так и остальных «гибридных» отделов ТНК, целесообразно решить, определив правосубъектность ТНК. Логичное определение глобальным корпоративным закупкам ТНК дал М. Котабэ – это управление потоками товаров, работ, услуг, необходимыми для удовлетворения нужд подразделений ТНК в разных странах².

Глобальные корпоративные закупки ТНК следует отличать от понятия «международные закупки» (international sourcing), встречающегося в зарубежной научной литературе и предусматривающего наличие внешнеэкономических операций в закупочной деятельности одной компании³ (например, при организации торгов среди национальных и иностранных участников).

В американской научной литературе встречается термин «офшорные закупки ТНК»⁴, применяемый в случаях, когда подразделение ТНК, зарегистрированное в США, закупает товары, произведенные иным подразделением ТНК в другой стране. Данный вид закупочной деятельности не является предметом международных торгов, так как выбор поставщика осуществляется без конкурентной основы, а цены фиксируются в межфирменных соглашениях между подразделениями ТНК.

Правительства РФ от 14.10.1994 № 1166 «О мерах по развитию экономического и технического сотрудничества Российской Федерации с зарубежными странами» и проч.

¹ Turkulainen V., Bals L. Organizing for Global Sourcing: The Hybrid Organization. 24th Annual IPSERA Conference, 2015. P. 1.

² См.: Kotabe M., Murray J. Y. Global sourcing strategy and sustainable competitive advantage // Industrial Marketing Management. 2004. № 3. P. 7–14.

³ См.: Trent R. J., Monczka R. M. Understanding integrated global sourcing // International Journal of Physical Distribution & Logistics Management. 2003. № 33 (7). Pp. 607–629.

⁴ Frear C. R., Metcalf L. E., Alguire M. S. Offshore sourcing: Its nature and scope // International Journal of Purchasing and Materials Management. 1992. № 28 (3). Pp. 2–11.

И в глобальных корпоративных закупках, и в международных закупках проводятся международные торги, хотя в первом случае правовых проблем больше за счет неопределенной правосубъектности ТНК. Поэтому в настоящей диссертации мы сосредоточимся на изучении международных торгов с участием ТНК в той или иной форме.

Особо следует отметить российские ТНК, часть закупочных отношений которых регулируется Законом о закупках, а часть – нет. В п. 7 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд публичного акционерного общества «Современный Коммерческий Флот»¹ указано, что при закупке товаров, работ, услуг заказчик руководствуется в том числе Законом о закупках, однако Положение распространяется на деятельность юридического лица ПАО «Совкомфлот», но не его иностранные подразделения (например, «Совкомфлот (ЮК) Лимитед», Лондон, Великобритания). Решением данной проблемы может стать распространение действия Закона о закупках на закупки иностранных подразделений. Но это, в свою очередь, влечет множество технических сложностей, начиная с языкового барьера. Мы полагаем, что иностранные подразделения российских ТНК с государственным участием могут обладать большей свободой при условии решения коммерческих вопросов в российской «штаб-квартире» с учетом требований Закона о закупках.

Как отмечалось ранее, закупочное правоотношение заканчивается в момент заключения сторонами основного договора по итогам торгов, так как отношения из тендерных переходят в договорные. Закупочное отношение складывается по поводу права на заключение договора на согласованных в торгах условиях, тогда как договор (например, поставки) непосредственно содержит обязательства продавца (поставить товар) и покупателя (принять и оплатить товар). Проблемы регулирования отношений сторон при ведении переговоров о заключении договора носят дискуссионный характер, сочетая свободу договора (ст. 421 ГК РФ) с необходимостью ответственности при нарушении доб-

¹ См.: <http://www.scf-group.com/tenders>.

росовестности сторон в переговорах (ст. 434¹ ГК РФ)¹. В нашем исследовании проблемы преддоговорной ответственности сторон рассматриваются в контексте расхождения условий, ранее согласованных сторонами на торгах, с условиями заключаемого ими договора по итогам торгов. В коммерческих закупках переговоры, как правило, интегрированы в торги, являясь одним из их этапов, а в публичных закупках, наоборот, переговоры не используются вообще².

На наш взгляд, переговоры необходимы в деловом обороте и могут дополнять торги, но только при условии, что этап переговоров заранее обозначен в тендерной документации, а также обеспечены равные условия для всех участников международных торгов.

В силу сложного субъектного состава в международных торгах переговоры могут проводиться многоэтапно: до начала торгов, после получения коммерческих предложений, во время заключения договоров подразделениями ТНК, что требует длительного времени. Например, договор Diageo plc и Virojanglor по итогам международных торгов на регион Европы и СНГ заключался полтора года, с последующим заключением «зеркального» договора между ЗАО «Д Дистрибьюшен» и Virojanglor³. В регулировании международных торгов необходимо обеспечить единообразный переход от закупочных отношений к договорным, без изменения согласованных сторонами на торгах условий. В частности, в рассматриваемом выше примере локального договора ЗАО «Д Дистрибьюшен» и Virojanglor поставщик предусмотрел для российского подразделения ТНК более высокие цены, чем было согласовано на международных торгах, мотивируя это тем, что срок производства товара для российского заказчика не совпадает со сроком производства для остальных подразделений ТНК, что превратило экономию на масштабе, на которую

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступительная статья А. Л. Маковского. М., 2009. С. 26, 31.

² Аналогичной позиции придерживается и Всемирный Банк, так как «переговоры могут нарушить прозрачность торгов и привести к завышению первоначальных коммерческих предложений». См.: Requirements for Local Procurement in Borrowing Countries [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/localproc.pdf>.

³ Пример из практики автора.

рассчитывал организатор торгов, в фикцию. Во избежание подобных ситуаций Д. Левин предлагает согласовывать в ходе торгов оценочную стоимость будущих возможных изменений, относя их в последующем договоре к общим категориям (например, изменение дизайна, неполная спецификация)¹.

На наш взгляд, такое решение является спорным, а проблемы несоответствия условий локальных договоров ТНК согласованным условиям международных торгов могут быть решены с помощью улучшения коммуникаций между организатором торгов и третьим взаимосвязанным лицом, а также фиксации основных условий международных торгов в протоколе, доступном всем необходимым субъектам закупочного отношения.

В одном из своих выступлений американский профессор С. Шунер отметил, что закупочное правоотношение неразрывно связано с договорным, формируя с ним единое целое². В то же время профессор Е. Фарнсворт полагает, что сторона может выйти из переговоров в любой момент до заключения договора, и предприниматели несут по этому поводу необходимый риск в деловом обороте³. Мы склонны согласиться с позицией Е. Фарнсворта, при условии, что переговоры сторон проводятся без торгов, т.е. отсутствует тендерный договор, и это не противоречит гражданскому законодательству РФ.

Итак, закупочное отношение возникает по поводу заключения в последующем договора по итогам торгов, носит обязательственный характер и, казалось бы, едино с договорным правоотношением. Однако закупочное отношение возникает по поводу имущественного интереса, а договорное – по поводу имущественных прав и, дополняя друг друга, эти отношения имеют похожую, но не идентичную сущность. По мнению И. И. Недужего, международные торги являются методом регулирования договорных отношений в

¹ См.: Athey S., Levin J., Seira E. Comparing Open and Sealed Bid Auctions: Theory and Evidence from Timber Auctions. Stanford University Working Paper, September 2004.

² См.: Schooner S. L. Modern public procurement techniques: benefits, concerns and regulation (with emphasis on theoretical issues) // Modern Law for Global Commerce Proceedings of the Congress of the UNCITRAL, Vienna, 9–12 July 2007. P. 315.

³ См.: Farnsworth E. A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation // Columbia Law Review. 1987. Vol. 87. P. 217.

международной торговле¹. Нам представляется, что торги не регулируют последующие договорные отношения сторон, которые реализуются в соответствии с применимым правом к заключенному договору, но оказывают влияние на процесс заключения основного договора и его условия, согласованные на торгах.

На рассматриваемую проблему можно посмотреть, конечно, по-иному, более широко: закупочное отношение состоит из двух составляющих: процедуры (торгов) и договора. Торги – это составная часть закупочного правоотношения, поэтому основной договор должен исполняться на тех условиях, на которых он разыгран.

В английском договорном праве определено, что операции по деловому обороту (в том числе закупочные отношения), в отличие от некоммерческой деятельности, не преследующей извлечение экономической выгоды, всегда предполагают наличие гражданских правоотношений, если не доказано иное². Так, организуя торги и участвуя в них, стороны вступают в правоотношение и намерены заключить договор по итогам торгов. Данное положение вытекает из английской доктрины намерения создать правоотношение, которая появилась в прецеденте «Карлиль против Карболик Смол Компани»³ в 1893 г. и получила дальнейшее развитие в прецеденте «Балфур против Балфур»⁴. При этом истинные намерения субъектов правоотношения устанавливаются судом с помощью анализа фактического состава закупочного отношения⁵.

Несмотря на то что в странах прецедентного права закупочная деятельность развивалась достаточно быстро, благодаря ведущим ТНК, нормативное регулирование закупочных отношений по-прежнему сводится к публичным закупкам, хотя проблемы правового режима торгов коммерческих юридических лиц периодически поднимаются правоведами. Так, в 1982 г. в работе

¹ См.: Недужий И. И. Международные торги. М., 1991. С. 7.

² См.: *Rose & Frank Co. v. JR Crompton & Bros., Ltd.* [1923] 2 KB 261.

³ См.: *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company*, [1893] 1 QB 256.

⁴ См.: *Balfour v. Balfour*, [1919] 2 KB 571.

⁵ См.: Hujo P. The doctrine of «intention to create legal relations». University of Warwick, School of Law, 2005.

«Эмпирическое исследование тендерной практики на примере строительной отрасли» профессор юридического факультета Университета Кардифф Ричард Льюис обосновал необходимость гражданско-правового регулирования международных закупочных тендеров в строительстве¹.

В строительной отрасли Российской Федерации закупочные отношения также играют важную роль, что доказывает разработка Национальным объединением строителей проекта федерального закона «О строительном подряде для государственных и муниципальных нужд, а также нужд отдельных юридических лиц»² с одновременной дискуссией о возможности дополнения Закона о контрактной системе специальными нормами об особенностях закупок в строительстве. Но опять же круг рассматриваемых закупочных отношений ограничен субъектами с государственным участием, тогда как реализации многих крупных строительных проектов предшествует проведение международных торгов.

По мнению профессора Льюиса, при получении тендерных предложений от строительных подрядчиков организатор тендера вправе рассчитывать на них и должен иметь средства правовой защиты в случае возникновения убытков при отказе подрядчика, выигравшего тендер, от своего предложения в момент заключения договора строительного подряда, когда стороны еще не заключили основной договор, но подтвердили взаимные обязательства и условия сделки в тендере. Иными словами, стороны вступили в закупочные отношения, но еще не перешли к договорным, которые детально регулируются английским правом.

Эта ситуация опасна и для участников торгов. Так, крупная компания, реализуя строительный проект, подтвердила сделку с подрядчиком в тендере, отправив ему «гарантийное письмо» о намерении заключить договор на основании подписанного закупающей стороной и представителем подрядчика протокола переговоров. Согласно протоколу подрядчик был обязан начать закуп-

¹ См.: Lewis R. Contracts between businessmen: Reform of the law of firm offers and an empirical study of tendering practice in the building industry // Journal of Law and Society. 1982. № 9. P. 153.

² См: www.nostroy.ru.

ку дорогостоящего оборудования и выйти на строительную площадку через 10 дней с даты получения «гарантийного письма». «Гарантийное письмо» подписывалось инженером, не имеющим полномочий (доверенности) на соответствующие действия со стороны закупающего юридического лица. Без подписанного договора, на основании «гарантийного письма» подрядчик провел мобилизацию на площадке, выполнил основную часть работ и выставил акты на оплату. Заказчик задержал срок оплаты, мотивируя причину отсутствием подписанного договора, после чего подрядчик был вынужден подписать договор на условиях заказчика¹. Безусловно, подрядчику было необходимо проверить полномочия подписанта «гарантийного письма», просто руководствуясь здравым смыслом. Однако на торгах стороны согласовали и указали в протоколе торгов, что начало работ осуществляется на основании гарантийного письма заказчика и до подписания сторонами основного договора. Иными словами, участник торгов выполнил условия тендерного договора, а организатор злоупотребил своим правом, так как срок заключения основного договора не был указан в протоколе, в итоге организатор поставил победившего участника в затруднительное положение, вынудив его заключить договор на менее выгодных условиях.

По приведенному нами примеру нарушения (отказ организатора тендера от оплаты без подписанного договора, но при наличии письма о намерении заключить договор по итогам тендера) спор в деле «Эмкор Дрейк энд Скал против сэра Роберта Макальпина»² был решен английским судом в пользу истца. Однако письмо о намерении заключить договор, направляемое организатором торгов победившему участнику, изначально не регулировалось английским договорным правом³ и рассматривалось как намерение, но не обязательство организатора вступить в договор с победившим на торгах участником. Затем данная норма была конкретизирована, когда письмо о намерении не имело исковой защиты только в случае отсутствия в нем одного

¹ Пример из практики автора.

² См.: *Emcor Drake and Scull v Sir Robert McAlpine* [2004] All ER (D) 81.

³ См.: *Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd* [1971] 9 BLR 20.

из существенных условий договора¹. И наконец, с целью устранения злоупотреблений в закупочных отношениях в связи с неправомерным отказом от договора и (или) затягиванием срока его подписания при наличии принятого письма о намерении последнее получило исковую защиту в общем праве в первую очередь в строительной отрасли. При этом судебная практика не единообразна, так как в части решений (например, «Мицуй Бабкок против Джона Брауна», «Троллоп энд Колз против Атомик Пауэр Констракшен»)² суд руководствовался договорной природой письма о намерении, тогда как по некоторым спорам решение выносилось на основании деликтной ответственности (например, «Бритиш Стил Корпорейшен против Кливленд Бридж энд Инжиниринг»)³.

На наш взгляд, следует исходить из договорной природы письма о намерении. Это подтверждает английский прецедент по международному спору «Вилсон Сифетт энд Кейп против Бангладеш Шугар энд Фуд Индастриз Корпорейшен»⁴, где организатор международных торгов (закупающая сторона из Бангладеш) направил истцу письмо о намерении заключить договор по итогам торгов и указал в данном письме обязательство истца выпустить банковскую гарантию. Истец получил банковскую гарантию и понес по этому поводу определенные затраты. Когда ответчик отказался от заключения договора, суд вынес решение в пользу истца, постановив, что договор был заключен сторонами путем отправления ответчиком письма о намерении и осуществления встречного действия истцом по получению банковской гарантии.

Похожая ситуация наблюдается в отечественных публичных закупках, где банковская гарантия оформляется до заключения договора, и следовательно, победивший участник торгов уже несет затраты на преддоговорном

¹ См.: Courtney and Fairbairn Ltd v Tolaini Bros Hotels Ltd [1975] WLR 295.

² См.: Mitsui Babcock v John Brown [1996] 51 Con LR 129; Trollope and Colls Ltd v Atomic Power Constructions Ltd [1963] 1 WLR 333.

³ См.: British Steel Corporation v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd [1981] 24 BLR 94.

⁴ См.: Wilson Smithett and Cape (Sugar) Ltd v Bangladesh Sugar and Food Industries Corporation [1986] 1 Lloyds Reports 378.

этапе. Исходя из доктрины эстоппеля, участник торгов полагается на обещание организатора заключить договор по итогам торгов, поэтому при отказе от договора затраты на банковскую гарантию должны быть компенсированы¹. Банк России практикует в своих закупках направление писем о намерении заключить договор по итогам торгов, но исключительно по решению председателя или заместителя председателя Банка. Аналогичная практика встречается и у Всемирного Банка.

Остановимся подробнее на гарантийных письмах, покрывающих «разрыв» между закупочным и договорным отношением. Если данное письмо подписано уполномоченным представителем организатора и фиксирует основные условия и сроки, согласованные сторонами на торгах, то данный документ защищает права победителя на торгах. Даже если письмо подписано неуполномоченным лицом, но победитель в торгах добросовестно полагался на данное обещание, то для защиты его прав можно воспользоваться доктриной эстоппель – таким образом будет реализован принцип справедливости.

Получив гарантийное письмо, победитель, как правило, не подписывает его и порой даже не фиксирует факт его получения, поэтому права организатора остаются незащищенными. Если же гарантийное письмо содержит общие условия сделки и подписывается организатором международных торгов (ТНК), а потом подразделение ТНК отказывается от заключения договора, так как победивший участник начинает увеличивать цену, используя «недосказанные» условия на торгах (сертификация, таможенные пошлины, привязка цены к размеру минимальной партии и др.), то какая сторона должна оспаривать предъявленный участником торгов ущерб к возмещению? Из-за отсутствия четких правовых норм в настоящее время подобные споры разрешаются путем переговоров, что не способствует устойчивости делового оборота. В споре по закупочному отношению, регулируемому российским гражданским правом, проблема была бы решена с помощью применения ст. 431² ГК РФ, но субъек-

¹ См.: Постановления Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2015 № 17АП-6707/2015-ГК по делу № А60-49127/2014, Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2014 № 09АП-18855/2014-ГК по делу № А40-183131/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

ты международных торгов прямо не подпадают под действие российской юрисдикции. Полагаем, что спор должен решаться по праву, совпадающему с личным законом ТНК. Поэтому в гл. 3 диссертации мы уделили особое внимание вопросам определения личного закона ТНК и предложили свои рекомендации.

Наличие «гарантийного письма» в первую очередь защищает интересы победившего в торгах участника, но не организатора. Так, организатор торгов выбрал победившего подрядчика и направил ему гарантийное письмо с подтверждением сделки и проектом основного договора. Но подрядчик отказался заключать договор по подтвержденной в ходе торгов цене, направив 07.09.2015 письмо с предложением увеличения цены, несмотря на наличие подписанного уполномоченными лицами протокола переговоров, действующего до 26.11.2015 и подписанного 28.08.2015. В итоге организатор был вынужден заключить договор со вторым участником торгов с ценой сделки в 72 млн руб. без НДС вместо 65 млн руб. Первоначальный победитель торгов направил организатору письмо о возмещении затрат на мобилизацию, где указано сравнение цен по итогам торгов; протокол переговоров, подписанный уполномоченным представителем первоначального победителя, и письмо контрагента с требованием о возмещении затрат).

Таким образом, из-за одностороннего изменения участником торгов условий договора, согласованного сторонами на торгах, организатор потратил на сделку на 7 млн руб. больше, чем рассчитывал по итогам торгов. Возможно, при обращении в суд организатор смог бы добиться заключения договора на условиях торгов, так как очевидно нарушение справедливости и добросовестности со стороны участника торгов, но у организатора не было времени на судебное разбирательство из-за критичности сроков инвестиционного проекта. Иными словами, понуждение к заключению договора в принципе неэффективно и попросту невыгодно организатору торгов, потому что к моменту вынесения судебного решения интереса в самом договоре у организатора уже нет.

Нам представляется, что компенсация убытков является более эффективным инструментом обеспечения прав добросовестного субъекта торгов, когда победивший участник торгов (или сам организатор) недобросовестно уклоняется от заключения договора. В случае если от заключения договора уклоняется победитель торгов, то наиболее удачным решением представляется компенсация конкретных убытков – разницы между ценой сделки, предложенной уклонившимся участником, и ценой другого участника, с которым организатор вынужден заключить договор. Данное решение близко по смыслу ст. 75 Венской Конвенции 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров»¹. Также уместным видится применение ст. 393¹ ГК РФ, хотя изначально рассматриваемая норма относится к возмещению убытков при прекращении договора. Но ведь в рассматриваемом случае как раз и прекращается тендерный договор.

В настоящее время судебная практика ограничена в основном спорами между субъектами публичных закупок, тогда как коммерческие юридические лица предпочитают не обращаться в суд по закупочным спорам. Рассматриваемую проблему, особенно в международных торгах, где ущерб при отказе участника от договора, как правило, существенно выше, может решить применение «тендерной гарантии», если стороны предусмотрели ее применение в тендерной документации.

В соответствии со ст. 2а Унифицированных правил по договорным гарантиям Международной Торговой Палаты тендерная гарантия «означает обязательство, выданное банком, страховой компанией или другой стороной («гарант») по просьбе участника торгов («принципала») или другой стороны, уполномоченной на это принципалом («инструктирующая сторона»), стороне, объявившей торги («бенефициар»), по которому гарант обязуется – в случае неисполнения принципалом своих обязательств, вытекающих из представления предложения, произвести платеж бенефициару в пределах указан-

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1994. № 1.

ной суммы денег»¹. В ст. 448 ГК РФ предусмотрена возможность применения независимой гарантии, а также указан порядок возмещения убытков при отказе от подписания протокола торгов. Однако в коммерческих закупках подобные протоколы подписываются крайне редко, а действующая формулировка статьи («лицо, уклонившееся от подписания протокола, обязано возместить причиненные этим убытки в части, превышающей размер предоставленного обеспечения») направлена на защиту прав организатора торгов, но не победителя. Для решения описанной проблемы мы предложили конкретизацию данной нормы ГК РФ в гл. 3 диссертации.

Если же от заключения договора отказывается организатор торгов, когда победивший участник уже успел поставить часть товара, то отсутствие в товарной накладной ссылки на заключенный между сторонами договор можно считать поставкой по разовой сделке купли-продажи, что подтверждается российской судебной практикой². Однако такой подход полностью не решает проблему защиты прав субъектов закупочного отношения, так как тендер мог проводиться на существенный объем товара, благодаря чему продавец предложил определенный уровень цены, оказавшийся убыточным при разовой сделке, а импортная поставка и вовсе невозможна без договора (таможенное оформление, паспорт сделки и т.д.). И наконец, суд может не усмотреть причинно-следственную связь между торгами и данной разовой поставкой.

«Разрыв» между закупочным и договорным отношением может покрывать протокол о результатах торгов. Однако в коммерческих закупках подобные протоколы подписываются далеко не всегда и могут иметь специфику у каждого заказчика, самостоятельно определяющего порядок проведения торгов.

Так, в ООО «МЕТРО Кэш энд Керри» по итогам технико-экономических переговоров, являющихся частью торгов, как правило, подписываются протоколы. После этого проводится электронный аукцион на

¹ Унифицированные правила по договорным гарантиям (публикация Международной торговой палаты № 325) (с изм. и доп. 1978 г.). // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Определение ВАС РФ от 13.04.2010 № ВАС-4030/10 по делу № А74-95/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

понижение. Таким образом, в протоколах указана более высокая, не финальная цена сделки.

Подчеркивая обязательственную, но не деликтную сущность закупочных отношений, профессор Льюис предложил распространить действие норм английского договорного права на закупочные правоотношения в части обязательности соблюдения организатором торгов условий, указанных им в тендерном запросе, и подрядчиком – в его коммерческом предложении, мотивируя это тем, что договор заключается сторонами на торгах.

Свою позицию профессор Льюис основывает на общих принципах классического английского договорного права, которое «устанавливает абстрактные юридические принципы, применимые ко всем видам договоров, между всеми видами заключающих их сторон, в любое время и в любом месте. Английские юристы XIX в. акцентировали общий характер данных правил, которые основаны на фундаментальных принципах добра и зла, проистекают из естественного и вечного права. Индивидуальный принцип может быть уточнен, в зависимости от конкретного случая, но его сущность останется неизменной»¹. В рамках совершенствования ГК РФ в соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации обновленная редакция Кодекса пронизана канвой принципов справедливости и добросовестности, что, безусловно, является прогрессивным результатом работы законодателя.

Как и Льюис, американский профессор Питер Винсент-Джонс в социоправовом анализе договорных и экономических отношений также обосновал необходимость расширения традиционных границ договорного права, распространив нормы договорного права на закупочные отношения, основанные на ключевых принципах договорного права².

¹ Schwartz A., Scott R. E. Contract theory and the limits of contract law // Yale Law Journal. 2003. № 12. С. 541–619.

² См.: Vincent-Jones P. Contract and Business Transactions: A Socio-Legal Analysis // 16 J. L. & Socy. 1989. № 166.

Действительно, как доктрина тендерного договора, так и обязательственный эстоппель, позволяют регулировать закупочные отношения сторон и устранять злоупотребления в ходе международных торгов, базируясь на соблюдении **принципов** добросовестности, разумности, справедливости.

§ 2. Предмет и основные принципы международных торгов

Закупочные отношения в международном деловом обороте многогранны и постоянно трансформируются под влиянием меняющейся мировой экономики. Правовое регулирование не успевает за развитием экономических отношений, а порой тормозит их, когда процедурные инструкции для публичных закупок превалируют над экономической гибкостью принятия решений, что является проблемой в большинстве стран. Поэтому в современной действительности возрастает значение общепризнанных принципов, регулирующих закупочные отношения.

Некоторые авторы критически оценивают применение принципов разумности и добросовестности при разрешении судебных споров, так как возрастает судебское усмотрение¹. Однако мы склонны придерживаться иной точки зрения. Именно на уяснении основополагающих принципов международных торгов и будет строиться предлагаемая нами система их эффективного правового регулирования. Действительно, как отмечал профессор А. Ловенфельд, общие принципы права объединяют разные правовые порядки², что важно, так как субъекты международных торгов относятся именно к разным юрисдикциям.

Принципы международных торгов формировались вместе со становлением закупочной деятельности ТНК. Рассмотрим более подробно эволюцию предмета международных торгов с целью доказать, что закупочные отноше-

¹ См.: Вердиян Г. В. Реформа гражданского законодательства и принцип добросовестности в общих положениях Гражданского кодекса Российской Федерации // Новый юридический журнал. 2014. № 1. С. 90–98.

² См.: Lowenfeld A. F. *Lowenfeld on International Arbitration: Collected Essays over Three Decades*. Huntington; New York: Juris, 2005. P. 172, 173.

ния в форме международных торгов достигли необходимого уровня зрелости, чтобы перейти из общественных отношений в отношения, регулируемые гражданским правом.

В настоящее время глобализации и высоких технологий продолжается повышение стратегической значимости закупочной деятельности, и увеличивается число комплексных сделок между ТНК и их ключевыми поставщиками по разработке инноваций и построению взаимовыгодных партнерских отношений. Растущий денежный оборот в закупках и их интернационализация позволяют с уверенностью утверждать о необходимости их гражданско-правового регулирования.

Предметом международных торгов является закупочная деятельность «с иностранным элементом». Наиболее распространенным примером такой деятельности являются закупки ТНК. В зарубежной литературе закупочная деятельность обозначается следующими терминами: «sourcing», «procurement», «purchasing». «Sourcing», как правило, применяется для обозначения стратегической закупочной деятельности с географической диверсификацией и наиболее часто встречается в международных торгах. «Procurement» – это классическое определение закупочной деятельности. А «purchasing» – это снабжение, размещение заказов на поставки по уже проведенным торгам. В отечественной литературе встречается использование термина «прокьюремент»: так, К. В. Кичик верно определяет прокьюремент как систему организации закупок для удовлетворения собственных нужд¹.

К. В. Кузнецов определяет предмет закупочных отношений следующим образом: «закупочная деятельность – это совокупность методов, позволяющих максимально эффективно удовлетворять потребности организации (заказчика) в товарах, работах и услугах»². На наш взгляд, можно сформулировать следующее определение: **закупочная деятельность** – это процесс удов-

¹ См.: Кичик К. В. К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупки» // Институты гражданского права и модернизация экономики. Материалы V Ежегодных научных чтений памяти профессора С. Н. Братуся (Москва, 25 октября 2010 г.). М., 2011. С. 265.

² Кузнецов К. Конкурентные закупки: торги, тендеры, конкурсы. СПб.: Питер, 2005. С. 14.

летворения потребности заказчика в товарах, работах, услугах путем выбора поставщиков и дальнейшего управления отношений с ними.

Закупочная деятельность развивалась с ростом торговых отношений внутри стран и между разными государствами, а международные торги начали играть важную роль с развитием колониализма в XVI в. Ост-Индская компания (East India Company) и Торговая Компания Хадсон Бей (Hudson Bay Trading Company) внесли вклад в развитие международных торгов и транснациональных корпораций, оперирующих на нескольких рынках. В современном виде глобальные корпоративные закупки ТНК сформировались в США в XX в.¹ Это связано с постоянным развитием и усложнением глобализированной экономики, а также ростом инновационных технологий, позволяющих «штаб-квартире» ТНК контролировать свои удаленные подразделения.

Параллельно с данным процессом возникла и теория контроля для определения личного закона ТНК для предотвращения экономических отношений с немецкими ТНК. Другими словами, личный закон ТНК определяется той юрисдикцией, которая фактически контролирует зарубежные операции подразделений ТНК. Теории определения личного закона ТНК являются предметом изучения и дискуссий ведущих отечественных правоведов. Так, отмечая достоинства теории контроля, М. М. Богуславский справедливо указывает на сложность ее применения на практике из-за многозвенной и многоуровневой структуры ТНК². Н. Г. Доронина полагает, что динамика международного делового оборота не позволяет использовать одну теорию определения личного закона ТНК, поэтому следует применять несколько критериев, что и осуществляется в современном законодательстве развитых стран (например, сочетание теории инкорпорации и контроля в Англии и США)³.

¹ См.: Callender G. A Short History of Procurement // Supply Chain Management: A Procurement Perspective Melbourne: Hargreen Publishing, 2003. P. 2–9.

² См.: Богуславский М. М. Международное частное право. М., 2011. С. 206.

³ См.: Доронина Н. Г. Правовое регулирование офшорных зон по российскому законодательству // Журнал российского права. 2012. № 6. С. 107–111.

Мы являемся все же сторонниками применения теории контроля при условии повышения прозрачности экономической деятельности ТНК, в первую очередь за счет выработки правовых норм, направленных на защиту конкуренции в международном обороте¹.

В России развитие закупочной деятельности было приостановлено до 1990-х гг. из-за плановой экономики, тогда как в поствоенный период в США уже трансформировались модели закупок ТНК и создавались диверсифицированные региональные центры принятия решений². С конца 1990-х гг. увеличивается интеграция закупок в бизнес, и из поддерживающей функции закупочная деятельность трансформируется в стратегическую в Англии и США, начинают активно развиваться глобальные корпоративные закупки ТНК³.

С 1990-х гг. в России значительно выросло число зарегистрированных юридических лиц с иностранными инвестициями⁴, которые, будучи в составе ТНК, развивают зарубежные закупочные практики в России (например, интеграция положений американского закона Сарбейнса–Оксли в локальные корпоративные регламенты по закупкам в части соблюдения корпоративного контроля и корректной отчетности⁵). В настоящее время отделы по глобальным корпоративным закупкам ТНК управляют расходованием средств ТНК от 50% до 80% годового бюджета⁶. Постепенно закупочная функция корпораций интегрируется в финансовую службу (бюджетирование, управление затратами, экономия), юридическую (договорная и претензионная работа, знание необходимой нормативной базы), логистическую (оптимизация цепочек поставок и ее аудит вплоть до субподрядчиков третьего и последующих

¹ В настоящей диссертации мы не изучаем проблематику международной конкуренции как таковой, сосредоточивая свое внимание лишь на вопросах, относящихся к международным торгам. Полагаем, что проблема международной конкуренции – это достойная тема отдельного научного исследования.

² См.: Hymer S. H. *The multinational corporation and the law of uneven development*. Yale University, 1972.

³ См.: Mol M. J., van Tulder J. M., Beije P. R. *Global Sourcing: Fad or Fact?* Erasmus Research Institute of Management (ERIM). 2002. P. 4.

⁴ См.: Паппэ Я. Ш., Галухина Я. С. *Российский крупный бизнес: первые 15 лет. Экономические хроники 1993–2008 гг.* // Законодательство и экономика. 2013. № 11. С. 18–25.

⁵ См.: Langevoort D. C. *Internal Controls after Sarbanes-Oxley: Revisiting Corporate Law's Duty of Care as Responsibility for Systems* // *J. Corp. L.* 2005. № 31. С. 949.

⁶ См.: *Procurement Leaders Magazine*. 2014. № 50.

звеньев, помимо контрагентов по заключенным договорам) и НИОКР (вовлечение специалистов по закупкам в процесс оценки затрат и формирования базы поставщиков на ранних этапах инновационных разработок).

Закупочная деятельность ТНК осложнена наличием иностранного элемента, так как один или несколько субъектов закупочного отношения относятся к разным юрисдикциям и (или) исполнение основного договора реализуется в иной юрисдикции. Участие ТНК в закупочном отношении в виде одного из субъектов (организатор, участник или третье взаимосвязанное лицо) также трансформирует данное отношение в форму международных торгов, в том числе если ТНК действует как юридическое лицо с иностранными инвестициями. Например, юридическое лицо с иностранными инвестициями (подразделение ТНК), зарегистрированное в России проводит торги среди там же зарегистрированных юридических лиц. Несмотря на то что все субъекты имеют единую юрисдикцию (Российской Федерации), ТНК также подчиняется нормам права зарубежных стран (например, США и Англии, если акции ТНК котируются на соответствующих биржах), а также глобальным стандартам (регламентам, политикам) по закупкам ТНК. Иными словами, американское право распространяется на отношения иностранных подразделений американской ТНК, в случае если ее акции торгуются на американских биржах.

Данные факты доказывают корректность решения, предлагаемого нами в гл. 3, касательно определения личного закона ТНК для целей регулирования международных торгов. Приведем пример: «штаб-квартира» ТНК IBM получила предписание от Комиссии по ценным бумагам и биржам США за нарушение закупочного регламента подразделением данной ТНК в Аргентине, которое привело к существенным злоупотреблениям аргентинского подразделения. В итоге дело было урегулировано мировым соглашением¹.

¹ См.: United States of America before the Securities and Exchange Commission, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 1355 / December 21, 2000, Administrative Proceeding File No. 3-10397 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.sec.gov/litigation/admin/34-43761.htm#>.

К тому же существуют комплексные модели закупок ТНК с участием нескольких ТНК в качестве организатора и (или) участника торгов. Например, в 2015 г. АВТОВАЗ и альянс Renault-Nissan зарегистрировали в Российской Федерации отдельное юридическое лицо ООО «АВТОВАЗ-Рено-Ниссан закупочная организация» для осуществления совместной закупочной деятельности на все заводы объединения в Российской Федерации (ЗАО «Рено Россия», «Nissan Manufacturing Rus», «ИжАвто», «АВТОВАЗ»).

Аналогичной практики придерживается ООО «Газпромкомплектация», проводя консолидированные закупки для юридических лиц группы «Газпром». Создание подобных закупочных агентов позволяет достигать экономии в закупках за счет объединенных объемов потребностей нескольких юридических лиц. В отличие от глобальных корпоративных закупок ТНК, закупочный агент, как правило, является как организатором торгов, так и подписантом основного договора, заключаемого по итогам торгов. Основное же отличие заключается в наличии «иностранного элемента» в закупках ТНК, объединяющих объемы закупок разных юрисдикций, тогда как ООО «АВТОВАЗ-Рено-Ниссан закупочная организация» и ООО «Газпромкомплектация» объединяют закупочные объемы разных юридических лиц одной юрисдикции (Российской Федерации).

Исследование закупочной деятельности начиналось с экономических категорий, когда закупочная деятельность сводилась к поддержанию оптимального запаса товаров на складе и не требовала нормативного регулирования. При этом исследование глобальных корпоративных закупок ТНК не концептуализировано ни в юридической, ни в экономической науке, хотя в последней есть многочисленные труды, посвященные закупочной деятельности ТНК. В частности, в зарубежных научных работах 1990-х гг. основное внимание акцентировано на возникновении глобальных корпоративных за-

купок ТНК и этапах их становления, причем эмпирической основой многих исследований является закупочная деятельность американских ТНК¹.

В более поздних работах стали подниматься вопросы о международной конкуренции при организации закупок ТНК, но не в юридической плоскости (соблюдение справедливой конкуренции), а экономической (поиск выгодных ТНК географических зон для организации закупок)². В своей работе Л. Квинтенс определил закупочную деятельность ТНК как международную интеграцию корпоративных процессов ТНК по НИОКР, маркетингу и цепям поставок³. Действительно, закупки ТНК имеют комплексный характер.

В настоящее время закупочная деятельность ТНК изучается в основном через анализ корпоративной структуры ТНК и построения закупочных стратегий в разных странах для достижения снижения затрат⁴. Однако глобальные корпоративные закупки ТНК преследуют не только цель снижения затрат, но и преодоления национальных норм принимающих государств. Благодаря своему подразделению, зарегистрированному как юридическое лицо в принимающем государстве, ТНК пользуется возможностями национального рынка наравне с локальными предприятиями. А «нити» связи между разными подразделениями ТНК и перераспределение в международных торгах цен по разным рынкам таким образом, чтобы ТНК как единое целое получала бы наиболее выгодный результат на долгосрочной основе, остаются невидимыми. Лоты в международных торгах по странам, где представлены подразделения ТНК, формируются с учетом возможностей доступа на конкретный

¹ См.: Guinipero L. C., Monczka R. M. Organizational approaches to managing international sourcing // *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*. 1990. No. 20 (4). Pp. 3–12; Bozarth C., Handfield R., Das A. Stages of global sourcing strategy evolution: an exploratory study // *Journal of Operations Management*. 1998. No. 16 (2-3). Pp. 241–255.

² См.: Cho J., Kang J. Benefits and challenges of global sourcing: perceptions of US apparel retail firms // *International Marketing Review*. 2001. No. 18 (5). Pp. 542–561; Hartmann E., Trautmann G., Jahns C. Organisational design implications of global sourcing: A multiple case study analysis on the application of control mechanisms // *Journal of Purchasing & Supply Management*. 2008. No. 14 (1). Pp. 28–42; Costinot A., Oldensky L., Rauch J. Adaptation and the Boundary of Multinational Firms // *Review of Economics and Statistics*. 2011. No. 93 (1). Pp. 298–308.

³ См.: Quintens L., Pauwels P., Matthyssens P. Global purchasing: State of the art and research directions // *Journal of Purchasing & Supply Management*. 2006. No. 12 (4). Pp. 170–181.

⁴ См.: Lewin J. E., Donthu N. The influence of purchase situation on buying center structure and involvement: a select meta-analysis of organizational buying behavior research // *Journal of Business Research*. 2005. No. 58 (10). Pp. 1381–1390; Trent R. J. The use of organizational design features in purchasing and supply management // *The Journal of Supply Chain Management*. 2004. No. 40 (3). Pp. 4–18.

рынок и завоевания доли на нем. Поэтому в таких случаях ТНК, как правило, проводит международные торги в форме многоконтрактного тендера, который будет рассмотрен подробнее далее.

Следует отметить, что применимое право для международных торгов в форме многоконтрактного тендера и заключаемых по их итогам основных договоров может отличаться. Данная практика дестабилизирует деловой оборот и усложняет судебные споры, где необходимо устанавливать первоначальную волю сторон в ходе торгов. Учитывая, что закупка носит инструментальный характер и служит предпосылкой заключаемого основного договора, на наш взгляд, следует выбирать единообразное применимое право к тендерным и договорным отношениям¹. Данной позиции в части муниципальных закупок придерживается А. Е. Кирпичев, отмечая, что отношения по размещению заказов (торги) и заключению контрактов взаимосвязаны, и заказ можно считать размещенным только после заключения контракта².

Интересно мнение о том, что международные торги предоставляют подразделениям ТНК возможность использовать для удовлетворения своих нужд в товарах, работах, услугах «ресурсы» победивших в международных торгах поставщиков, являющихся столь крупными, что они не стали бы принимать участие в торгах, организованных подразделением ТНК самостоятельно³. Говоря простым языком, поставщик слишком «большой» для «маленького» подразделения ТНК.

Уровень зрелости российских закупок по-прежнему достаточно невысок по сравнению с глобальными корпоративными закупками ТНК.

¹ В связи с этим можно отметить позицию Иана Макнейла, который разработал релятивистскую теорию контрактов, рекомендовав толковать договоры как элемент отношений сторон. См.: Macneil I. R. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law/72 Nw. U.L. Rev. 854 (1977–1978).

² См.: Кирпичев А. Е. Гражданско-правовое регулирование муниципальных закупок и муниципальных контрактов: монография. М.: Российская Академия Правосудия, 2012. С. 111.

³ См.: Steinle C., Schiele H. Limits to global sourcing: Strategic consequences of dependency on international suppliers. Cluster theory, resource-based view and case studies // Journal of Purchasing & Supply Management. 2008. 14 (1). Pp. 3–14.

Так, К. В. Кичик отмечает, что «закупочная культура» в России пока недостаточно развита¹. При этом «зрелость» предмета закупочных отношений может отличаться не только в странах, но и на уровне разных коммерческих юридических лиц, а также экономических отраслей. Тогда как развитие публичных закупок в Российской Федерации близко, а порой превосходит зарубежные аналоги (например, уровень открытости), корпоративные закупки еще догоняют Англию и США.

Так, категорийный менеджмент, зародившийся в 1980- гг.², и активно применяемый в глобальных корпоративных закупках ТНК, начал рассматриваться российскими компаниями в сравнительно недавнее время. Например, ПАО «КАМАЗ» внедрило категорийный менеджмент только в 2014 г.³

Гармонизации законодательства о публичных закупках во многом способствовала деятельность ЮНСИТРАЛ, в том числе разработка этой организацией типовых законов по закупкам⁴. Данную практику ЮНСИТРАЛ целесообразно перенять и при разработке норм, регулирующих международные торги.

С целью повышения качества российских закупок и совершенствования практики субъектов международных торгов необходимо повышать количество и полноту образовательных программ в сфере закупок, не ограничиваясь лишь изучением публичных закупок. Так, обучение закупкам, как правило, сводится к изучению регулирования публичных закупок: в России это изучение Закона о закупках и Закона о контрактной системе, в остальных странах аналогичным образом изучаются национальные публичные закупки. В международных образовательных программах акцент смещен либо также в сторону публичных закупок (например, курс International Master in Public Procurement, проводимый Римским Университетом Tor Vergata при поддержке ЕБРР), либо общих экономических вопросов (например, с 2014 г. в Уни-

¹ См.: Кичик К. В. К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупки». С. 266.

² См.: <http://www.procurement-academy.com/procurement-competences/category-management>. Категорийный менеджмент – это методика управления закупками, сегментированными по группам и подгруппам, с целью достижения наибольшего экономического эффекта.

³ См.: <http://www.up-pro.ru/library/logistics/systems/kategoriynyj-management.html>.

⁴ См.: Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / отв. ред. О. А. Беляева, В. А. Вайпан, К. В. Кичик. М.: Юстицинформ, 2017.

верситете штата Аризона открыта магистерская программа по управлению цепочками поставок, а с 2013 г. в Университете Южной Калифорнии действует программа по управлению глобальными закупками).

Комплексное изучение закупок в юридических специальностях пока не является распространенным. Вряд ли можно согласиться с позицией О. Ю. Миронюк, полагающей, что в настоящее время нет необходимости в высшем образовании в сфере закупок, так как специальность имеет комплексный характер, и специалисты по закупкам «приходят» в профессию из разных областей¹. Действительно, для специалиста в сфере закупок необходимы навыки из разных областей (договорное право, экономические знания, умение вести переговоры, высокие коммуникационные навыки и т.д.), и образовательные программы должны быть составлены с этим учетом.

В России с октября 2015 г. действуют профессиональные стандарты «Специалист в сфере закупок» и «Эксперт в сфере закупок»². К сожалению, на данном этапе развития контрактной системы закупки воспринимаются как административная функция. В ТНК, как правило, действуют самостоятельно разрабатываемые должностные инструкции для специалистов по закупкам и иным должностям в сфере закупок (категорийный менеджер, менеджер по управлению поставщиками, региональный менеджер по закупкам, глобальный директор по закупкам и др.).

В мире отсутствует наука, изучающая фундаментальную базу закупочных отношений. В некоторых научных работах сущность закупочных отношений и вовсе представляется крайне неопределенно, например как составляющая маркетинга³, с чем мы не можем согласиться, хотя закупочная деятельность действительно тесно связана с экономическими категориями.

Закупочная деятельность включает в себя регламентирование закупок путем принятия локального нормативного акта юридического лица (регла-

¹ См.: Review «Конкурентные закупки» // Коммерсантъ. Приложение № 225 от 07.12.2015. С. 15.

² Приказы Минтруда России от 10.09.2015 № 625н «Об утверждении профессионального стандарта "Специалист в сфере закупок"», № 626н «Об утверждении профессионального стандарта "Эксперт в сфере закупок"» // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Король А. Н. Пути совершенствования управления закупками // Вестник ТОГУ. 2008. № 2. С. 9.

мент, политика, процедура, стандарт по закупкам); организацию и проведение закупочных тендеров или иных форм закупки; предварительную квалификацию участников торгов; заключение и контроль надлежащего исполнения договоров, а также урегулирование претензий с поставщиками.

Заключение и исполнение договоров входят в понятие закупочной деятельности. Но так как договорное право регулирует порядок заключения и исполнения договоров и развито на достаточном уровне в гражданском праве Российской Федерации, мы не рассматриваем в настоящем исследовании данный блок вопросов, делая основной акцент на анализе недостаточно урегулированных в российском гражданском праве вопросов по порядку организации и проведения международных торгов коммерческими юридическими лицами, а также значении локальных нормативных актов по закупочным отношениям для делового оборота покупателя и поставщика и, наконец, определяем точку перехода от «тендерных» отношений к договорным.

В торгах, в том числе международных, активно применяется предварительная квалификация участников тендера. По итогам этой процедуры ряд контрагентов могут быть не допущены к дальнейшему участию в торгах. Так, в деле ООО «Лента» против УФАС по Санкт-Петербургу¹ суд посчитал, что ООО «Лента» препятствовало доступу поставщика ООО «ТД «Алтайская крупа» на торги, так как не предоставило поставщику достоверную информацию о квалификационных требованиях.

Согласно позиции Всемирного Банка для целей обеспечения справедливой конкуренции и предупреждения неправомерного ограничения доступа к торгам, организатор торгов должен по возможности отдавать предпочтение «пост-квалификации»² – оценке технических и финансовых возможностей участников после предоставления ими коммерческих предложений, но до определения победителя в тендере. Полагаем, что применение данной методики Всемирного Банка к проведению международных торгов ТНК будет способ-

¹ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.06.2015 по делу №А56-34028/2014.

² См.: Requirements for Local Procurement in Borrowing Countries [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/localproc.pdf>.

ствовать развитию конкуренции, ведь на данный момент ТНК, как правило, приглашают российских поставщиков к участию в локальных тендерах, проводимых российским подразделением ТНК, тогда как зарубежные контрагенты активно приглашаются в международные торги, проводимые «штаб-квартирой». Доступ российских поставщиков к международным торгам позволит расширить рынок сбыта и участвовать в высокотехнологичных торгах по НИОКР, что помогло бы дальнейшему развитию экономики Российской Федерации.

Рассмотрев предмет закупочных отношений, перейдем к исследованию основных **принципов** международных торгов. Принципы закупочных отношений, применимые для государственных закупок и закрепленные в Многостороннем соглашении о публичных закупках ВТО¹, могут быть отнесены и к закупочным отношениям коммерческих юридических лиц с иностранным элементом: прозрачность закупочных регламентов; конкурентность; обеспечение равных условий участия в тендере; справедливость в организации и проведении закупочного тендера; эффективность закупочной деятельности предприятия.

На наш взгляд, для регулирования международных торгов целесообразно использовать в качестве «фундамента» следующие принципы: конкурентность, справедливость, разумность, добросовестность, корпоративную регламентированность («комплаенс»), прозрачность и принцип «лучшей ценности». Некоторые авторы выделяют и иные принципы, так, В. А. Овчинский отмечает принцип доверия, применимый к отношениям между организатором торгов и участниками².

В некоторых работах по анализу правовых проблем публично-частного партнерства формулируются выводы об обязательности распространения

¹ См.: Hoekman В. М., Mavroidis Р. С. Law and policy in public purchasing: the WTO agreement on government procurement. University of Michigan Press, 1997.

² См.: Овчинский В. А. Основные принципы контрактных отношений // Экономический журнал. 2012. Т. 27. № 3.

принципов публичных закупок на закупочную деятельность частного партнера (справедливость и прозрачная процедура торгов)¹.

Итак, одним из основных принципов международных торгов является *конкуренентность*. Это квинтэссенция любых торгов и исторически устоявшийся принцип². Торги строятся на основании конкурентности и относятся к мерам, стимулирующим конкуренцию³. Злоупотребления в международных торгах особенно опасны, так как негативно влияют на международную конкуренцию.

Взаимодополняющими принципами конкурентности являются справедливость и разумность. При этом особое значение имеет обеспечение организатором торгов равных справедливых условий участия для конкурирующих контрагентов как в ходе предварительной квалификации, так и на протяжении всех торгов. Так, в публичных закупках Англии критерии оценки участников торгов должны быть связаны с предметом заключаемого договора по итогам торгов и должны быть известны участникам до начала торгов. Другими словами, организатор торгов должен быть в состоянии объяснить, как будет приниматься решение по торгам до того, как он получит коммерческие предложения от участников. Изменять квалификационные требования к участникам торгов на финальной стадии выбора победителя не допускается, так как данные требования оцениваются на этапе предварительной квалификации участников и обеспечивают в дальнейшем соблюдение принципа равных условий для участников торгов. Полагаем, что данный принцип в полной мере применим к международным торгам, что доказывают злоупотребления правом, проанализированные нами в гл. 2 исследования.

Изменение согласованного веса каждого критерия, который применяется в английском тендере, после получения коммерческих предложений от участников тендера, не допускается в публичных закупках, тогда как, руко-

¹ См.: Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / под общ. ред. В. Ф. Попондопуло, Н. А. Шевелевой. М., 2015. С. 287.

² Так, еще в Российской империи во время торгов на закупку товаров, работ, услуг для государственных нужд участники торгов могли снижать цены, конкурируя друг с другом, пока горела «суточная свеча». Цит. по: Гончаров Е. Ю. Государевы нужды в допетровскую эпоху // Конкурсные торги. 2000. № 5. С. 28–31.

³ См.: Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 10.

водствуясь отсутствием нормативного регулирования, организатор международных торгов может на свое усмотрение изменить веса критериев после получения коммерческих предложений от участников торгов таким образом, чтобы победителем торгов оказался определенный участник. Потребности ТНК, консолидированные в одном тендере, могут быть «непрозрачны» для участников, когда объемы поставок перераспределяются между странами, указываются организатором индикативно и даже искусственно завышаются, чтобы получить более выгодную цену от участников с последующим заключением основных договоров с тендерными ценами, но более низкими объемами по странам¹. Для решения подобной проблемы возможно применение двухэтапной процедуры закупок, когда на первом этапе «штаб-квартира» ТНК определяет «рамочные» условия сделки на международных торгах, а на втором этапе происходит конкретизация условий по каждому рынку.

С принципом справедливости тесно связан принцип добросовестности или доброй воли (*good faith*). На наш взгляд, емкое определение данного принципа приведено в ст. 1-1-209 (19) Единообразного Торгового Кодекса США: «честность в фактическом поведении или рассматриваемой сделке»². Добрая воля и коммерческая целесообразность определяют философию данного законодательного акта в целом³, принятого во всех штатах Америки, кроме штата Луизиана. В США многие закупочные споры решаются с помощью применения принципа добросовестности⁴. Это также подтверждает принятый в США «Закон о добросовестном проведении закупок», являющийся частью 27 Федерального Закона о Закупках 1988 г. (в ред. Закона Клинджера–Когена 1996 г.). Он также интегрирован в Федеральный Регламент США № 3.104 и предусматривает, в частности, следующие положения: запрет раскрытия конфиденциальной информации организатора тендера; обязанность раскрытия информации о возможном конфликте интересов,

¹ Пример из практики автора.

² Uniform Commercial Code // Uniform Laws. 2014.

³ См.: Farnsworth E. A. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code // U. Chi. L. Rev. 1962. № 30.

⁴ См.: Cox A. The Duty to Bargain in Good Faith // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. No. 8. Pp. 1401–1442.

включая, но не ограничиваясь, контакт организатора тендера с одним из участников и (или) его конкурентом о возможном трудоустройстве¹.

Важную роль в регулировании закупочных отношений играют локальные нормативные акты юридических лиц, устанавливающие порядок проведения торгов и взаимодействия с поставщиками, а также основные принципы закупочных отношений конкретного юридического лица. В рамках ТНК могут приниматься локальные нормативные акты в «штаб-квартире», обязательные для применения подразделениями ТНК в других странах. Однако подобное «обязательство» скорее носит «понятийно-правовой» характер, нежели нормативно-правовой, так как каждое подразделение ТНК зарегистрировано в виде отдельного юридического лица согласно нормам принимающего государства.

В исследовании нарушений локальных нормативных актов (политик и процедур по закупкам), проведенном Гельдерманом, приводится анализ гражданско-правового регулирования публичных закупок. В исследовании указаны результаты опроса 147 субъектов публичных закупок, показавшие, что несоблюдение закупочных процедур (как локальных нормативных актов, так и законодательно установленных) вызвано, как правило, следующими причинами: недостаточное знание и понимание процедур специалистом по закупкам; восприятие процедур как неэффективных; отсутствие ответственности специалиста по закупкам за нарушение регламента по закупкам; готовность поставщиков устранять выявленные нарушения несоблюдения процедур².

Полагаем, что эти выводы можно экстраполировать на проблему несоблюдения внутренних закупочных политик и процедур коммерческих юридических лиц, в частности ТНК.

Еще один принцип международных торгов – это корпоративная регламентированность или «комплаенс» (от англ. «compliance»). С целью соблюдения закона Сарбейнса–Оксли (Sarbanes–Oxley Act 2002) в большинстве

¹ См.: Donaldson S. A. Section Six of the Office of Federal Procurement Policy Act Amendments of 1988: A New Ethical Standard in Government Contracting // *Cumb. L. Rev.* 1989. № 20. P. 421.

² См.: Gelderman C. J., Ghijsen P. W. Th., Brugman M. J. Public procurement and EU tendering directives – explaining non-compliance // *International Journal of Public Sector Management.* 2006. Vol. 19. Issue 7. Pp. 702–714.

подразделений ТНК, «штаб-квартира» которых относится к американской юрисдикции, приняты внутренние регламенты, регулирующие закупочную деятельность и содержащие нормы ряда американских законов (в частности, Закона «О борьбе с практикой коррупции за рубежом»¹). Дисциплинарная ответственность за нарушение таких политик и процедур возможна в Российской Федерации в случае, если они приняты в форме локальных нормативных актов юридического лица.

Корпоративные процедуры и регламенты периодически уточняются, дополняются, бывают достаточно сложными для восприятия обывателем, для обеспечения надлежащего соблюдения корпоративных закупочных процедур необходим четко структурированный, непротиворечивый регламент по закупкам, отвечающий принципу прозрачности. Так, если обыватель, прочитав регламент по закупкам корпорации, может легко ответить на вопрос: «Как выбрать поставщика в тендере?», то в закупочных правоотношениях данной корпорации, вероятно, восторжествовал принцип прозрачности.

Анализ соответствия принципу прозрачности закупочных регламентов ряда ТНК, осуществляющих свою экономическую деятельность в Российской Федерации, уместно проводить по таким критериям, как открытый доступ участников к регламенту по закупкам, соответствие регламента основным принципам закупочной деятельности, соответствие российского регламента по закупкам ТНК глобальной политике по закупкам «штаб-квартиры» ТНК, условия необходимости проведения тендера, порядок согласования исключений из регламента, классификация тендеров, классификация поставщиков и применимых к ним тендеров, порядок предварительной квалификации поставщиков, критерии к содержанию извещения о торгах, порядок изменения извещения о торгах, критерии выбора победителя в тендере, информирование участников о результатах торгов, ответственность за нарушение регламента по закупкам и порядок заключения договора по итогам торгов.

¹ См.: The Foreign Corrupt Practices Act 1977.

Одним из лидеров эффективности и прозрачности положения о закупках является Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом», объединяющая около 400 предприятий и научных организаций, в числе которых все гражданские компании атомной отрасли России, предприятия ядерного оружейного комплекса, научно-исследовательские организации и единственный в мире атомный ледокольный флот¹. Положение о закупке «Росатома» представлено в открытом доступе в том числе на английском языке². Более того, «Росатом» разработал и внедрил «Единый отраслевой стандарт закупок Госкорпорации "Росатом"»³ (далее – Единый отраслевой стандарт). Поскольку «Росатом» осуществляет экономическую деятельность за рубежом, имея подразделения в разных странах, его можно отнести к ТНК. Учитывая позитивное влияние Единого отраслевого стандарта на формирование единообразных правил регулирования закупок в атомной отрасли, целесообразно разработать единый закупочный стандарт ТНК. В отличие от предлагаемого нами Типового закона ЮНСИТРАЛ, который может разработать международная организация, единый закупочный стандарт ТНК разрабатывается одной из авторитетных крупных ТНК в мире с последующим присоединением к данному стандарту большинства остальных ТНК. Данный инструмент относится к саморегулированию и не исключает определенных злоупотреблений – в частности, ущемление прав участников торгов и смещение акцента в пользу разработчиков стандарта.

Безусловно, принятие Закона о закупках и Закона о контрактной системе существенно повышает уровень открытости и прозрачности публичных закупок. В частности, особое внимание уделяется качеству положений о закупке, которое должно содержать требования к закупке, порядку заключения договоров по итогам процедур (ст. 2 Закона о закупках) и соответствовать основным принципам закупочной деятельности: открытость, справедливая конкуренция и экономическая целесообразность. Однако действие вышеука-

¹ См.: <http://www.rosatom.ru/aboutcorporation>.

² См.: http://www.rosatom.ru/en/about/procurement_policy.

³ См.: <http://zakupki.rosatom.ru/?mode=CMSArticle&action=siteview&oid=68&returnurl=&node=af23>.

занных законов не распространяется на закупочные отношения без государственного участия, а положения о закупке коммерческих юридических лиц (в особенности ТНК) имеют достаточный простор для злоупотреблений в силу правовой неурегулированности.

Как в разработке нормативного регулирования публичных закупок, так и при создании регламентов и процедур по контролю корпоративных закупок (вышеуказанный «комплаенс») постоянно идет поиск «золотой середины» между экономической эффективностью и жесткими процедурными требованиями. Последние направлены в том числе на противодействие коррупции. В случае отсутствия или недостаточного нормативного регулирования (на примере международных торгов) возникают злоупотребления правом. А при слишком сложном регламентированном процессе закупки может ухудшаться экономический результат (длительный срок проведения торгов; невозможность реализации комплексных переговоров, которые распространены в корпоративных закупках и проч.).

Данную дилемму удалось решить в Англии при реформировании системы публичных закупок. Полагаем, что английский метод можно применить при разработке норм регулирования международных торгов, а также совершенствовании отечественного Закона о контрактной системе. Так, в 1980-е гг. в Англии был введен порядок гражданско-правового регулирования публичных закупок с некоторыми уточнениями норм договорного права¹. Так как заключение государственного договора в Англии сопровождалось требованием о соблюдении множества административных процедур, некоторые английские юристы² выступали оппонентами применения административных норм в регулировании гражданско-правовых закупочных отношений государственных компаний. Они полагали, что организатор публичных закупок должен принимать решение в тендере, руководствуясь только критерием

¹ См.: McCrudden C. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*. Oxford University Press, 2007.

² См.: Friedmann W. *Law and social change in contemporary Britain*. Stevens & Sons, 1951; Turpin C. *Government contracts*. Penguin, 1972. Pp. 258, 259.

экономической выгоды¹. Чрезмерное же использование административных процедур экономически нецелесообразно, так как усложняет работу специалистов по закупкам и увеличивает их штат². К тому же больше времени и ресурсов уходит на соблюдение закупочных процедур, а достижение наилучшего экономического результата по использованию бюджетных средств переходит на второй план – главное, чтобы были формально соблюдены все регламенты. Под влиянием вышеуказанных факторов нормативное регулирование публичных закупок в Англии в 2000 г. претерпело существенные изменения.

Мы склонны лишь частично согласиться с приведенной позицией о приоритете экономической выгоды над нормативным контролем закупочных отношений, так как, на наш взгляд, наиболее целесообразным является сочетание экономической выгоды и эффективного гражданско-правового регулирования, что соответствует принципу разумности. Трансформация же гражданского регулирования в административное, безусловно, нежелательна.

В 1999 г. в Англии был принят Локальный Акт Правительства, устанавливающий основным принципом закупочного тендера, проводимого государственной компанией, «лучшую ценность» (best value³). «Целью организации, применяющей принцип лучшей ценности, является достижение устойчивого повышения эффективности, сочетающей в себе экономическую выгоду, целевое назначение и качество»⁴.

Тендер, организованный по принципу лучшей ценности, заменил обязательный конкурентный тендер⁵, который был введен в Англии в качестве одного из ключевых инструментов в ходе приватизации публичного сектора в 1979 г. Основным принципом конкурентного тендера было стимулирование

¹ См.: Morris P. E. Legal Regulation of Contract Compliance: An Anglo-American Comparison // Anglo-Am. L. Rev. 1990. No. 19. P. 87.

² См.: House of Commons Parliamentary Papers. Chadwyck-Healey, 2005.

³ См.: The Local Government Act 1999 (Commencement No. 1) Order 1999 No. 2169. P. 53) [Электронный ресурс]. URL: www.bailii.org.

⁴ См.: LGA 1999. Section 3 [1].

⁵ См.: Boyne G. Developments: External Regulation and Best Value in Local Government // Public Money and Management. 2000. Vol. 20. № 3. Pp. 7–12.

конкуренции, которое повышает эффективность и уменьшает затраты по закупкам компаний публичного сектора. Однако поскольку предпочтение отдавалось участнику тендера, предложившему наименьшую цену, а срокам и качеству не отводилось должного внимания, у данного вида тендера появилось много оппонентов. Также на содержание штата специалистов по закупкам английские государственные организации тратили существенную часть бюджета, которая увеличивалась из-за постоянной текучести кадров, которые считали обязательный конкурентный тендер негибким и неэффективным инструментом. Административный элемент в виде обязательности тендера вызывал демотивацию специалистов по закупкам, обусловленную страхом неумышленного нарушения регламента, и приводил к нежеланию контрагентов участвовать в тендере, где вероятность получить прибыль от экономической деятельности была крайне мала. Поэтому основными участниками выступали недобросовестные контрагенты, неустойчивые поставщики.

Таким образом, это является одним из подтверждений неэффективности административного регулирования делового оборота, так как имущественные отношения являются предметом регулирования гражданского права. Извлекая уроки из вышеприведенной английской практики, при разработке норм, регулирующих международные торги, необходимо предусмотреть сохранение достаточной гибкости и свободы в деловом обороте.

В отличие от обязательного конкурентного тендера, который предписывал организатору тендера «что делать», использование принципа «лучшей ценности» указывает организатору тендера «как делать», чтобы достичь эффективного результата закупок¹. С целью соблюдения объективности оценки закупок в Локальном Акте Правительства от 1999 г. принято 90 индикаторов эффективности, которые измеряются по итогам проведенных закупок Аудиторской Комиссией. Данная практика аналогична в России проведению внутренних аудитов для коммерческих юридических лиц, как правило, в составе

¹ См.: Wilson J. From CCT to best value: Some evidence and observations // Local Government Studies. 1999. Vol. 25. № 2. Pp. 38–52.

ТНК¹. Так, если ранее в обязательном конкурентном тендере выбран участник с низшей ценой, то нормативно требуемый результат был достигнут, даже если впоследствии работа выполнена с опозданием и с высоким процентом дефектов, то в случае применения принципа «лучшей ценности» при последующем аудите измеряется финальный результат, включающий экономическую эффективность, качество и соблюдение сроков. Полагаем, что данный положительный опыт английского гражданского регулирования закупочных отношений может быть применен в дальнейшем совершенствовании законодательства о публичных закупках в Российской Федерации. Что же касается международных торгов, то принцип лучшей ценности активно применяется ТНК, которые выбирают победителя в торгах, исходя из лучшего экономического решения для всех подразделений ТНК. На наш взгляд, применение этого принципа к международным торгам следует адаптировать с учетом влияния на международную конкуренцию. Другими словами, лучшая ценность должна достигаться не только в рамках ТНК, но и не ущемлять наличие справедливой конкуренции в принимающей стране.

Итак, при чрезмерной регламентации закупочных отношений и постепенном переходе от их гражданского регулирования к административному теряется эффективность и возможны злоупотребления организаторов и (или) участников торгов, недобросовестно использующих нечеткие многочисленные формальные требования. Однако при полном или частичном отсутствии гражданско-правового регулирования закупочных отношений, как сейчас происходит в отношении международных торгов с участием ТНК, возникают злоупотребления, основанные на отсутствии средств защиты потерпевшей стороны.

Наконец, само понятие «злоупотребление» может не иметь четких границ², поэтому оперируя данным понятием, недобросовестные субъекты закупочных отношений могут в свою очередь осуществлять злоупотребления

¹ См.: Engel R. The impact of Sarbanes-Oxley on supply chain management // Supply & Demand Chain Executive. 2006. Vol. 7. № 3. Pp. 18–20.

² См.: Вердиян Г. В. Концептуальные проблемы реализации общеправового принципа добросовестности при расторжении договора (зарубежный опыт) // Новый юридический журнал. 2013. № 4. С. 40–45.

(например, безосновательно оспаривать результаты торгов). Полагаем, что дух предпринимательства, свобода договора и гибкость в принятии решений должны сохраняться в международных торгах, будучи дополненными нормами-принципами, защищающими права добросовестных субъектов закупочного отношения с учетом наличия в отношении третьих взаимосвязанных лиц. С одной стороны, право на судебную защиту должно быть непререкаемым, а с другой стороны, в самом праве должны отсутствовать ресурсы для злоупотреблений (что происходит при чрезмерной регламентированности закупочного процесса).

В гл. 3 настоящей диссертации сформулированы рекомендации по эффективному гражданско-правовому регулированию международных торгов, основанному на принципах справедливости, добросовестности, разумности, конкурентности. Именно ключевые принципы международных торгов должны стать основой регулирования закупочных отношений с иностранным элементом. В рекомендациях мы стремились по возможности избежать чрезмерного формализма и сбалансировать гибкость принятия решений участниками динамично развивающегося делового оборота с гарантией защиты прав субъектов закупочных отношений. Как отмечено в одном из закупочных регламентов Всемирного Банка, «меры обеспечения регулирования торгов не должны стоять дороже, чем последствия их отсутствия»¹.

Международные торги играют важную роль в торговле, а торговля, по точному определению Л.В. Андреевой, отличается динамичностью и быстротой заключения сделок, что требуется учитывать при разработке гражданско-правового регулирования международных торгов².

¹ Guidance Note for Management of Procurement Responsibilities in Community-Driven Development Projects [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/CDDGUIDANCENOTE.pdf>.

² См.: Правовое регулирование торговой деятельности в России (теория и практика): монография / отв. ред. Л. В. Андреева. М., 2014. С. 68.

§ 3. Классификация торгов

Для раскрытия сущности и содержания международных торгов и последующей разработки рекомендаций по совершенствованию их гражданско-правового регулирования необходимо проанализировать применяемые в деловом обороте формы торгов, их регулирование и сочетание друг с другом при организации закупочной деятельности.

Рассмотренные нами ранее принципы закупочных отношений охватывают все формы торгов, просто принципы эти проявляются в торгах в разной степени. Принцип прозрачности является ключевым для открытого тендера и «краудсорсинга» (crowdsourcing).

Открытый тендер. Данный вид тендера достаточно часто применяется в строительной отрасли и закупках подрядных работ по крупным инфраструктурным объектам. Согласно принятой практике проведения такого тендера, организатор публикует в СМИ, специализированных сайтах в сети Интернет и иных открытых источниках приглашение для участия в тендере и информацию о критериях выбора победителя. Такого рода публикацию можно считать публичной офертой¹.

В крупномасштабных инвестиционных сделках, как правило, участники тендера должны внести депозит в установленном организатором тендера размере в качестве гарантии своих обязательств на торгах. Однако помимо внесенного участником тендера депозита, у организатора тендера отсутствует иная обеспечительная мера, в случае если участник, на которого рассчитывал организатор, откажется на определенном этапе тендера от своего участия. Например, если в строительном тендере в несколько миллиардов рублей, проводимом российским коммерческим юридическим лицом, выигравший участник, внесший депозит, впоследствии откажется от поданного им коммерческого предложения и потеряет депозит, возможный ущерб от про-

¹ См.: Easterbrook F. H. Role of Original Intent in Statutory Construction // The Harv. JL & Pub. Poly. 1988. Vol. 11. P. 59.

срочки начала строительных работ, вызванный вынужденным проведением повторных торгов, может оказаться значительно выше суммы депозита.

В зависимости от применимого к торгам права можно защитить права организатора путем применения доктрины тендерного договора или обязательственного эстоппеля с возмещением организатору конкретных убытков. Однако если торги организованы российским юридическим лицом, а отказался участник-нерезидент, последний может не согласиться с применением норм ГК РФ, например, мотивируя это применимым правом той страны, где планируется реализация инвестиционного проекта.

Поэтому проблемы международных торгов следует решать с помощью наднациональных инструментов, а не только путем конкретизации норм гражданского законодательства РФ. В частности, с помощью разработки Типовых законов ЮНСИТРАЛ, которые хотя и носят рекомендательный характер, но уже привели к гармонизации нормативного регулирования публичных закупок многих стран.

У открытого тендера имеется недостаток в неопределенности порядка акцепта участником тендера оферты организатора. Руководствуясь публичной офертой, участвовать в тендере может пожелать чрезмерное количество контрагентов. Поэтому в публичной оферте целесообразно указывать не только критерии выбора победителя тендера, но и критерии, которым должны удовлетворять потенциальные участники тендера, что позволяет впоследствии отказывать без уплаты штрафа тем компаниям, которые не удовлетворяют озвученным критериям. Однако на практике новые критерии отбора контрагентов могут появляться после принятия первоначальных предложений от участников. В таком случае новый критерий должен быть озвучен всем участникам торгов¹.

Согласно позиции Всемирного Банка международные торги по умолчанию должны проводиться в форме открытых тендеров. Если же круг уча-

¹ См.: Ndekugri I., Turner A. Building procurement by design and build approach // Journal of Construction Engineering and Management. 1994. Vol. 120. No. 2. Pp. 243–256.

стников международных торгов определяется организатором, то данный тендер относится к «ограниченным международным торгам»¹. Аналогичной практики придерживается и Европейский Банк Реконструкции и Развития, ссылаясь на принципы ВТО².

На наш взгляд, к открытым международным торгам можно отнести набирающий популярность особенно в инновационной среде «краудсорсинг» (**crowdsourcing**), когда организатор торгов размещает тендерный запрос, содержащий элемент НИОКР, в открытых источниках (InnoCentive, TekScout, IdeaConnection и др.). Например, в 2007 г. Институт Oil Spill Recovery Institute³ разместил на Интернет-сайте InnoCentive⁴ тендерный запрос о решении по удалению нефтяных загрязнений в Арктике, вызванных разливом нефти Exxon Valdez в 1989 г. Эффективное решение представил Дж. Девис, который получил оплату своей идеи в размере 20 тыс. долл.⁵ Данный пример иллюстрирует возможность физических лиц выступать субъектами закупочных отношений с иностранным элементом.

Позитивно, что инновационная среда динамично развивается, открывая возможности международному обмену опытом и идеями. Однако нормативное регулирование таких отношений почти полностью отсутствует, а международные торги в форме «краудсорсинга» построены на доверии сторон. На наш взгляд, нормативное регулирование «краудсорсинга» в первую очередь необходимо для защиты прав участников международных торгов, которые к тому же часто являются физическими лицами (т.е. более слабой стороной). Что было бы, если бы организатор торгов в рассмотренном выше примере не заплатил Джону Девису, а просто использовал бы его идею? Вероятно, Джон Девис об этом и не узнал бы, полагая, что не выиграл торги... Таким образом, учиты-

¹ Article 3.2 of Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers [Электронный ресурс]. URL: <http://go.worldbank.org/1KKD1KNT40>.

² См.: Article 2.2 of Procurement Policies and Rules for projects financed by the European Bank for Reconstruction and Development. Revised October 2014. P. 6.

³ См.: www.pws-osri.org.

⁴ См.: www.innocentive.com.

⁵ См.: Professional Outsourcing Report. The World's Leading Experts on Global BPO and Sourcing trends. P. 6.

вая, что тендерные запросы в инновационной среде часто сформированы в виде запросов инновационных идей, необходимо предусмотреть порядок защиты интеллектуальной собственности и соблюдения конфиденциальности.

Принцип конкурентности превалирует у следующих форм торгов: конкурсный диалог, конкурентный диалог, аукцион.

Конкурсный диалог – открытый тендер, по итогам которого организатор получает коммерческие предложения от всех желающих участников, с отдельными из которых впоследствии проводятся переговоры.

Конкурсный диалог следует отличать от **конкурентного диалога**. Например, регулируя закупки публично-частных партнерств, Всемирный Банк допускает проведение «конкурентного диалога» (competitive dialogue) с несколькими участниками торгов после завершения международных торгов и до заключения основного договора по проектам публично-частных партнерств в части вопросов оптимизации технических решений, ведущих к снижению затрат по проекту. При этом обозначается высокий риск недобросовестной передачи технического решения, разработанного одним участником, другому¹.

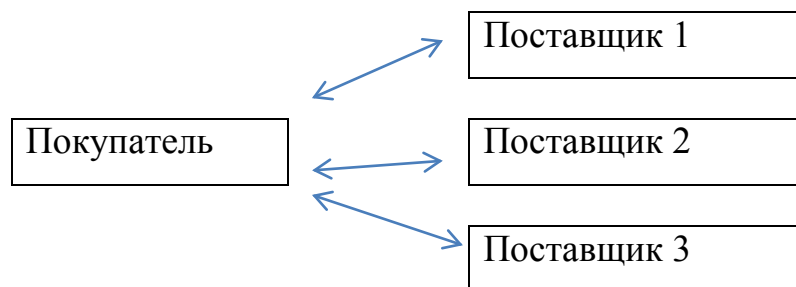
На **аукционах** закупка товаров производится как в открытой, так и закрытой формах. Как правило, аукционы проводятся в электронном виде на специализированных авторизованных электронных площадках. Коммерческие юридические лица используют собственные электронные площадки, которые представляют собой приложения к их стандартизированным электронным системам закупок и (или) учета операций (например, приложения к SAP, Ketera Procurement), или пользуются услугами специализированных электронных площадок (например, B2B, Фабрикант).

Электронные аукционы могут быть организованы тремя способами: модель А (покупатель выбирает поставщика, предложившего наименьшую цену в аукционе); модель В (поставщик выбирает покупателя, предложивше-

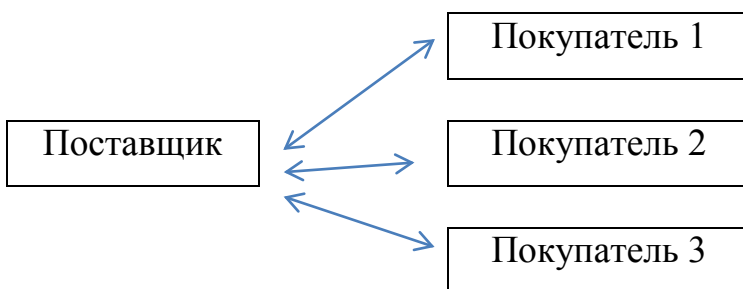
¹ См.: Guidance Note Procurement arrangements applicable to Public-Private Partnerships (PPP) contracts financed under World Bank projects [Электронный ресурс]. URL: http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GuidanceNote_PPP_September2010.pdf.

го наибольшую цену покупки товара) и модель С, в которой совмещается купля-продажа товаров по моделям А и В.

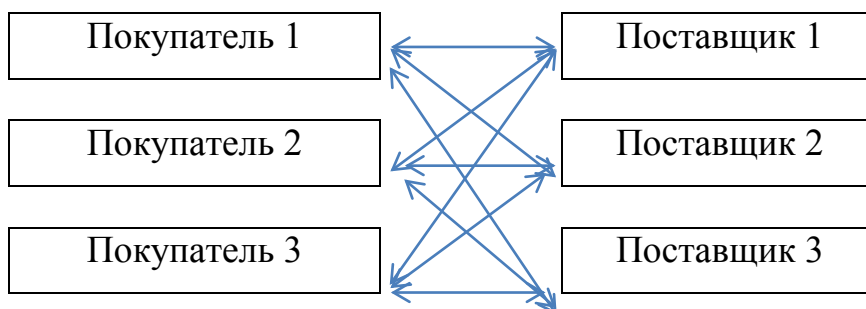
Модель А:



Модель В:



Модель С:



Проблематика аукционов сводится в основном к техническим аспектам их организации для достижения наиболее эффективных результатов закупки. Аукционы существуют в различных формах: открытые, закрытые, частично открытые (доступна информация только о лидирующем участнике на данный момент проведения аукциона), динамические, часовые, с последним раундом удаленных ставок, комбинаторные (выбор участниками лотов на свое усмотрение из доступного списка организатора аукциона) и др.

Принципы «лучшей ценности» и разумности преобладают у таких форм торгов, как селективный (закрытый) тендер, согласуемый тендер (двухэтапный конкурс), международные торги, региональные тендеры, многокон-

трактные тендеры с географической диверсификацией; торги, проводимые по поручению закупающей компании агентом («аутсорсинг»).

Селективный (закрытый) тендер – конкурс на закупку товаров (работ, услуг), организатор которого приглашает к участию компании из выбранного им списка (например, тендер на креативную рекламную кампанию среди действующих поставщиков организатора тендера). По мнению В. Грибанова, «тендер» всегда является закрытым, а «торги» – открытым способом выбора победителя¹. По нашему мнению, это не так: торги и тендер – это синонимы. О. А. Беляева предлагает использовать для обозначения селективного тендера термин, принятый в Законе о контрактной системе (ст. 56), – «конкурс с ограниченным участием»².

Большинство международных торгов проводятся ТНК в закрытой форме. На уровне ТНК часто принимаются списки одобренных глобальных поставщиков, с которыми подразделения ТНК работают во всем мире, приглашая данных контрагентов в торги, организуемые как на уровне «штаб-квартиры», так и отдельных подразделений ТНК. Данные поставщики, как правило, являются ТНК. Так, одним из одобренных глобальных поставщиков ИТ услуг Diageo является IBM.

Селективный (закрытый) вид тендера может формироваться одним из следующих методов:

1) в ответ на рекламу (не публичную оферту, как в случае с открытым тендером) организатора тендера ему присылают свои предложения потенциальные участники, из которых по своему усмотрению организатор формирует список участников торгов;

2) список участников торгов формирует консультант организатора торгов, проводя предварительную квалификацию участников и взимая с организатора вознаграждение за услуги. Так, компания Willis Group³ проводит ана-

¹ См.: Грибанов В. Правовые вопросы проведения торгов (тендеров) за рубежом // Внешняя торговля. 1983. № 8. С. 43.

² Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 80.

³ См.: Сайт компании Willis Group: www.willis.com.

лиз рынка страховых услуг, формирует список участников торгов и представляет его клиенту, который в последующем проводит торги самостоятельно или с привлечением посредника;

3) список участников торгов формируется организатором заранее по каждой категории товаров (услуг, работ). Так, «Пивоваренная компания «Балтика» ежегодно закупает крупные объемы солода для производства пива, и список участников торгов состоит из успешно прошедших предварительную квалификацию новых и действующих поставщиков солода в Россию и СНГ, а также глобальных поставщиков, рекомендованных «штаб-квартирой» Carlsberg.

Как правило, критерии предварительной квалификации новых поставщиков самостоятельно формируются организатором торгов. Но возможно и применение стандартизированных инструментов. Например, британский Национальный Консультационный Комитет по Строительству выработал стандартную письменную форму тендерной квалификационной анкеты¹, которая используется участниками строительного рынка наряду с самостоятельно разрабатываемыми формами квалификации участников торгов по строительным проектам.

Закрытый вид торгов можно отнести к ограничительной деловой практике, что было обозначено еще на многосторонних переговорах ГАТТ в отношении правительственных закупок². Действительно, потенциальные участники, которые в полной мере отвечают квалификационным требованиям организатора торгов, могут быть не приглашены к участию как по объективным причинам (например, организатор не знает компании зарубежного рынка), так и субъективным (намеренное ограничение участников «своими» компаниями). С целью обеспечения принципов прозрачности и конкурентности целесообразно стимулировать открытость международных торгов, осо-

¹ См.: National Joint Consultative Committee for Building. Code of Procedure for Single Stage Selective Tenderin. Royal Institute of British Architects, 1989.

² См.: Multilateral Trade Negotiations, Group Non Tariff Measures. Subgroup Government Procurement // Doc. GATT MTN/MMT/W/174. 1978; Agreement on Government Procurement. GATT. Geneva, 1979.

бенно в закупках ТНК, в том числе с целью обеспечения недискриминационного допуска российских компаний к участию.

В настоящее время распространены проекты по локализации закупок, где ТНК открывают доступ к торгам местным участникам. На наш взгляд, необходим выход на экспортные рынки и полноправное участие российских поставщиков в международных торгах ТНК, а не только в пределах российского рынка. Что касается международных торгов, финансируемых на средства международных организаций, то международный охват таких торгов, как правило, не выходит за пределы СНГ. Так, по статистике Европейского Банка Реконструкции и Развития за 2014 г., в международных торгах с российским организатором преимущественно побеждали российские участники, и будучи участником торгов, российская сторона выигрывала торги, преимущественно проводимые организаторами из стран СНГ, но не других зарубежных стран, т.е. границы таких международных торгов заключены в рамках СНГ¹. Очевидно, у российских поставщиков есть потенциал выхода за рамки рынка России и СНГ при стимулировании большей открытости в деловом обороте – в частности, при повышении открытости международных торгов, организуемых ТНК.

Для проведения тендера по крупным специализированным объектам (например, строительство аэропорта) в США используется **согласуемый тендер** («negotiated tender»)², когда коммерческие предложения участников торгов, как и их возможности (например, технические), значительно отличаются. Поэтому организатор торгов путем индивидуальных переговоров с каждым участником выбирает победителя тендера, исходя из наиболее экономически выгодного предложения и соблюдения ключевых критериев выбора победителя торгов. Поэтому данная практика иногда именуется последовательными конкурентными переговорами.

В данном виде тендера может отсутствовать прозрачность выбора победителя в сочетании с широкими возможностями усмотрения организатора

¹ См.: Annual Procurement Review 2014. European Bank for Reconstruction and Development. June 2015. P. 190.

² См.: Ohno T., Harada Y. A Comparison of Tendering and Contracting Systems for Public Works between Japan, the United States and EU Countries.

торгов. В российских публичных закупках (ст. 58 Закона о контрактной системе) аналогом согласуемого тендера является **двухэтапный конкурс**, который может быть как открытым, так и закрытым.

С усложнением делового оборота возникают новые формы торгов. Так, глобализация вызвала появление и развитие **международных торгов** или тендеров с иностранным элементом. Международные торги – это конкурс, в котором коммерческие предприятия организатора, участников и (или) третьих взаимосвязанных лиц находятся в разных государствах и который прямо не подпадает под действие норм законодательства одной юрисдикции. Приведем пример: для разработки крупного месторождения нефти в России три нефтяные корпорации (одна из которых российская, а две другие из иностранных государств) создали совместное предприятие и проводят тендер на выбор генподрядчика среди российских и иностранных контрагентов. Потенциальные споры в данном случае регулируются внутренними корпоративными актами, а в случае спора между учредителями совместного предприятия по поводу выбора победителя на торгах должно определяться право преимущественного голоса у одного из учредителей. Однако порядок урегулирования международных тендерных споров не всегда прозрачен. Так, на сайте Каспийского трубопроводного консорциума (КТК) размещены «Условия участия в тендере», где указаны лишь общие условия, тогда как положение о закупке остается неизвестным для участников. К тому же в «Условиях участия в тендере» предусмотрено, что организатор тендера «может в любое время отказаться от проведения тендера. КТК не возмещает участникам тендера или предквалификации каких-либо расходов и убытков, возникших в связи с участием или неучастием в предквалификации и/или тендере»¹. Полагаем, что данные положения могут ущемлять права участников торгов, поэтому с целью соблюдения принципа справедливости целесообразно пересмотреть «Условия участия в тендере», как минимум заменив «в любое время» на «заблаговременно». Таким образом, будет обеспечиваться баланс

¹ <http://www.cpc.ru/RU/tenders/pages/terms.aspx>.

предпринимательских рисков и прав участников, а также интересов организатора торгов.

Значимость международных торгов постоянно растет. Так, из всех торгов, проведенных при поддержке Европейского Банка Реконструкции и Развития в 2014 г., 41% составили международные торги. Однако в ЕС в 2014 г. на международные торги пришлось всего 2%¹. Поскольку ЕС – это наднациональное объединение и Единый Рынок включает 28 стран (по состоянию на декабрь 2015 г.)², то торги с участниками из разных стран ЕС, на наш взгляд, можно отнести к международным, несмотря на наличие одной юрисдикции и применимого права ЕС.

Разновидностями международных торгов являются **региональные тендеры**, проводимые ТНК для осуществления закупок для нужд своих подразделений в странах определенного региона, а также **многоконтрактные тендеры с географической диверсификацией**. Данные тендеры наиболее интересны для изучения, так как сочетают проблемы гражданского и международного частного права.

Многоконтрактный (пакетный, многолотовый) тендер – это конкурс, в котором наряду с основным лотом в обязательном порядке рассматривается дополнительный лот или несколько лотов, в совокупности составляющие «пакетную» сделку по итогам тендера в виде заключения нескольких договоров с разными предметами между организатором и победившим в тендере участником. Лот – это единица закупки на торгах. Лоты могут формироваться как из сходных категорий закупки (например, лот 1 – поставка определенного количества упаковки указанной спецификации, лот 2– поставка определенного количества упаковки иной спецификации и т.д.), так и совершенно различных (лот 1 – поставка оборудования в Индию, лот 2– оказание услуг инсталляции и шеф-монтажа в Бангладеш). В терминологии, используемой в регламентах по закупкам Европейского Банка Реконструкции и Развития

¹ См.: Annual Procurement Review 2014. European Bank for Reconstruction and Development. June 2015. P. 2.

² См.: http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm.

(ЕБРР) многоконтрактный тендер именуется «многолотовыми торгами»¹. Так как по итогам таких торгов может заключаться как один, так и несколько договоров, возможно, термин ЕБРР наиболее полно выражает сущность рассматриваемого термина.

Результаты многоконтрактного тендера должны быть выгодны как организатору торгов, так и победившему участнику. В противном случае может быть нарушен п. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции, когда часть пакетной сделки, невыгодная контрагенту, может классифицироваться как «навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него и не относящихся к предмету договора». Тем не менее, действуя на конкурентном рынке, большинству контрагентов интересны и выгодны пакетные сделки, так как они позволяют увеличить оборот и снизить затраты, используя экономию на масштабе. В случае если по итогам торгов подписывается договор с единой ценой (*single price*)², а не за каждый лот отдельно, победивший участник может впоследствии повысить цену на весь комплекс товаров, работ или услуг, мотивируя это дополнительными затратами, дополнительными работами и т.д. Учитывая сложную прослеживаемость исполнения сделки подразделениями ТНК в разных странах и отнесение каждого лота к определенному подразделению ТНК, в деловом обороте ТНК договоры с единой ценой являются скорее исключением, чем правилом.

Если в многоконтрактном тендере происходит неправомерное «навязывание» организатором определенных условий по дополнительным лотам (в частности, демпинг цен на некоторые рынки ТНК), то правовая защита ограничена. В частности, среди допустимых действий, указанных в ст. 13 Закона о защите конкуренции, нет подходящего условия для регулирования закупочных отношений (проведение торгов). Так, в п. 2 ст. 13 данного Закона указано, что действие допустимо, если его результатом является «получение

¹ Типовая документация для предварительного квалификационного отбора участников торгов. Руководство по проведению предварительного квалификационного отбора (предварительной квалификации) участников торгов. М., 2012. С. 7.

² См.: Wolfram C. D. Strategic Bidding in a Multi-Unit Auction: An Empirical Analysis of Bids to Supply Electricity in England and Wales. Working Paper 6269. National Bureau of Economic Research, 1997. P. 5.

покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок». По аналогии права можно предположить, что аналогичная норма может быть разработана и в отношении *продавцов* (участников многоконтрактного тендера).

В зависимости от условий многоконтрактного тендера с географической диверсификацией, заключаемый впоследствии договор между победителем и организатором торгов может иметь вид рамочного соглашения, признаваемого обязательным несколькими юридическими лицами из разных стран (распространено на Едином Рынке ЕС), или пакета отдельных соглашений между различными юридическими лицами, а также сочетать рамочное соглашение и отдельные договоры. Например, по итогам регионального тендера, проведенного Carlsberg S/A (Дания) на закупку солода, победителем выбран китайский поставщик Cofco Limited и заключено рамочное соглашение между организатором и победителем тендера, покрывающее поставки солода на европейские рынки, где представлены заводы Carlsberg, а «Пивоваренная компания «Балтика» по условиям вышеуказанного тендера подписала с Cofco Limited отдельный договор, необходимый для таможенного оформления импортного солода и позволяющий избежать сложной процедуры одобрения сделки с заинтересованностью, которая возникла бы в случае заключения трехстороннего соглашения (поставщик, организатор тендера и третье взаимосвязанное лицо) и (или) дополнительного соглашения о присоединении «Пивоваренной компании «Балтика» к рамочному договору Carlsberg, так как Carlsberg S/A является основным акционером «Пивоваренной компании «Балтика».

При проведении многоконтрактных тендеров, осложненных иностранным элементом и имеющих географическую направленность, следует в том числе учитывать законодательство юрисдикции, в которой будет действовать победивший в тендере контрагент, и международные нормы регулирования

конкуренции (например, ЕС)¹. Так, крупная российская телекоммуникационная компания провела многоконтрактный тендер на поставки телекоммуникационного оборудования и оказание услуг в России (для зарегистрированного в России юридического лица) и ряда стран ЕС (Англия, Италия и Швеция, где зарегистрированы юридические лица, контрольным пакетом акций которых владеет российское юридическое лицо). Так как максимальная выгода по многоконтрактному тендеру получена итальянским юридическим лицом, а российское, английское и шведское юридические лица получили пропорциональные преимущества, и поставщик в целом получил выгоду от пакетной сделки, казалось бы, правовые сложности отсутствуют. Однако ни один итальянский провайдер не в состоянии закупить по аналогичной низкой цене оборудование и услуги, в отличие от конкурента, использовавшего механизм пакетной сделки.

Является ли это нарушением антимонопольного законодательства Италии? Италия, будучи членом ЕС, должна соблюдать Telecoms Package (консолидация директив ЕС 2009 г.) и последующие принятые в рамках Единого Рынка ЕС регламенты и директивы, которые, с одной стороны, открывают перспективы для экономической гибкости на Едином Рынке стран-членов ЕС, но с другой стороны, предусматривают ряд ограничений для стран, не являющихся членами ЕС. Иными словами, если бы в рассматриваемом нами примере участвовали лишь юридические лица, зарегистрированные в странах ЕС (без акционерного участия российской компании), то вопросов бы не возникало, так как закупочное отношение было бы ограничено рамками Единого Рынка ЕС.

Следует отметить, что международные торги в форме многоконтрактных тендеров с географической диверсификацией часто проводятся на выбор долгосрочного стратегического поставщика-партнера², на что оказывают влияние «балансировка» цен по разным рынкам, где представлена ТНК и

¹ См.: Geradin D. *Global Competition Law and Economics*. Hart Publishing, USA, 2007.

² См.: Boonstra R-J. *Global sourcing in international operating companies. Why do international operating companies deploy global sourcing strategies?* Tilburg University, 2010. P. 17.

стоимость «переключения» на другого поставщика в будущем. Например, ТНК Unilever разработала программу интеграции стратегии ТНК со стратегиями ключевых поставщиков¹. И так, через международные торги, ТНК может оказывать долгосрочное влияние на конкуренцию в той или иной юрисдикции, и важно, чтобы права добросовестных более слабых конкурентов на локальном рынке не ущемлялись.

В Стандарте осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц, опубликованном Федеральной антимонопольной службой РФ 21 июля 2015 г.², отмечается нежелательность объединения в один лот технологически и функционально не связанных между собой товаров, работ, услуг. Вероятно, антимонопольный орган опасается ограничения конкуренции, вызванной неспособностью многих участников дать предложение по такому лоту. В многоконтрактных тендерах разноплановые товары (работы, услуги) представлены в виде отдельных лотов, где некоторые из них идут как обязательный «довесок» (например, демпинговая цена) к основному интересному большинству участников лоту. С целью обеспечения справедливой конкуренции возможно имплементировать аналогичное требование в практику проведения международных торгов и закрепить в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, предусмотрев при этом достаточную степень свободы принятия решений в деловом обороте.

Торги, проводимые по поручению закупающей компании агентом (провайдером), иногда именуется «аутсорсингом»³. В зависимости от условий договора между закупающей стороной и провайдером может быть предусмотрен разнообразный перечень услуг провайдера от простого сбора и сравнения коммерческих предложений участников тендера, до полномасштабного регионального тендера на несколько рынков для покрытия заку-

¹ См.: <https://partnersforgrowth.unilever.com>.

² См.: www.fas.gov.ru.

³ См.: Reid-Thomas D., Phillips R. Facilities management outsourcing in the UK: Avoiding elephant traps in the legal jungle // Journal of Facilities Management. 2005. Vol. 3. No. 3. Pp. 254–272.

почных потребностей ТНК с открытием закупающей стороне всей информации, собранной от участников торгов (принцип «открытой книги»¹).

Закупочная деятельность в рамках аутсорсинга может носить комплексный характер, когда заказчик (ТНК) выбирает на основании торгов провайдера, который осуществляет управление поставщиками ТНК и часть корпоративных закупочных бизнес-процессов ТНК по нескольким рынкам. Например, ТНК Diageo plc (Англия) заключила договор по итогам международных торгов с ТНК TAG Worldwide/Williams Lea (Англия) на оказание услуг по аутсорсингу разработки промо-упаковки, управлению поставщиками упаковочных материалов и поставке промо-упаковки подразделениям Diageo на нескольких рынках. В связи с этим на российском рынке был заключен договор между ЗАО «Д Дистрибьюшен» (подразделение ТНК Diageo в России) и ООО «Вильямс Ли» (подразделение Williams Lea в России)², тогда как часть услуг, согласованных на международных торгах, оказывалась на основании договоров между иными лицами в рамках ТНК. Так, поставка упаковки из Пуэрто-Рико в Польшу, где у Diageo представлено контрактное производство, осуществлялась на основании договора между Diageo Scotland Ltd и Williams Lea Ltd³.

Таким образом, принцип «лучшей ценности» превалирует в рассматриваемой форме торгов, однако соблюдение принципа прозрачности международных торгов неочевидно из-за многообразия субъектов закупочного отношения, которые передают друг другу права и обязанности. Так как все принципы взаимосвязаны, нарушение принципа прозрачности в итоге может поставить под вопрос достижение «лучшей ценности», потому что отслеживание истинного фактического экономического результата «штаб-квартирой», организовавшей торги, весьма затруднительно в приведенном примере.

¹ См.: Bolton P., Brodley J. F., Riordan M. H. Predatory pricing: Strategic theory and legal policy // Geo. LJ. 1999. Vol. 88.

² Пример из практики автора.

³ См.: <http://portexaminer.com/trade-data/williams-lea-limited-diageo-scotland-limited/dmallcj037378>.

Наконец, принципы справедливости, добросовестности и корпоративной регламентированности («комплаенс»), как правило, не возникают по умолчанию, но реализуются благодаря необходимости следовать законодательному и (или) корпоративному регулированию.

По **обязательности проведения** торги делятся на:

- 1) **нормативно обязательные**, проведение которых требуется по гражданскому законодательству (например, для публичных закупок);
- 2) **корпоративно обязательные**, проведение которых требуется по локальному нормативному акту коммерческого юридического лица (регламент по закупкам);
- 3) **необязательные**, проведение которых определяется по усмотрению организатора торгов (в случае отсутствия в юридическом лице регламента по закупкам и (или) проведении тендера физическим лицом для личных нужд).

В рамках настоящего исследования мы не рассматриваем иные формы регулируемых торгов. Так, международные торги на биржах имеют четко функционирующий порядок регулирования и достаточно изучены в науке: в американской научной юридической литературе множество публикаций посвящено проблематике тендерного предложения¹, где под тендерным предложением подразумевается публичная оферта купить акции компании по фиксированной цене, действительная в течение ограниченного времени и имеющая целью получение управленческого контроля над компанией. Можно сказать, что это **тендер на закупку акций**, который регулируется законодательством о ценных бумагах.

Также в диссертации не рассматривается регулирование организованных торгов и, в частности, деятельности операторов электронных торговых площадок, так как гражданско-правовые отношения субъектов организованных торгов урегулированы в российском праве².

¹ См.: The Business Lawyer. 1968. Vol. 23. No. 4. Pp. 1091–1114; Notre Dame L. Rev. 241 (1990–1991) Proper Relationship between Federal and State Law in the Regulation of Tender Offers; Cornell L. Rev. 685 (1970–1971) Some Suggestions from a Comparison of British and American Tender Offer Regulation; и др.

² См.: Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) «Об организованных торгах» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6726.

Некоторая часть закупочной деятельности ТНК может быть организована и без торгов. В частности, по причине выгодного налогового режима и (или) низкой стоимости труда ТНК может разместить центр управления общими корпоративными услугами (shared services)¹ в одной из стран (Восточная Европа, Индия, Филиппины и др.). Например, в Восточной Европе размещен центр управления логистическими услугами по внутрифирменным заказам Diageo и служба поддержки закупочной программы E-Sourcing у METRO AG, что косвенно доказывает необходимость единой правосубъектности ТНК, а не только ее подразделений в виде отдельных юридических лиц. Определение правосубъектности ТНК, в свою очередь, решает проблему международных торгов, облегчая процесс определения применимого права к закупочным отношениям ТНК.

Существуют и иные классификации торгов. Так, Ю. С. Турсунова выделяет виды тендеров в зависимости от толкования термина «тендер» и понимания его сущности:

- 1) нотификация участников тендера о его начале;
- 2) комплект тендерной документации, отражающей требования тендерного законодательства;
- 3) формуляр предложения, составленный организатором тендера;
- 4) оферта участника тендера;
- 5) закрытая процедура по выбору победителя в тендере².

На наш взгляд, она ошибочно относит к определению тендера один или несколько его этапов или элементов, смешивая форму и содержание. Так, приглашение к участию в тендере нецелесообразно отождествлять с термином «тендер», который включает весь комплекс закупочных правоотношений, начиная с предварительной квалификации участников в соответствии с корпоративными локальными и нормативными актами и заканчивая переходом к моменту заключения договора, когда закупочные правоотношения пе-

¹ См.: Professional Outsourcing Report. The World's Leading Experts on Global BPO and Sourcing trends. P. 5.

² См.: Турсунова Ю. С. Указ. соч.

реходят в договорные. Мы считаем излишне суженным определение тендера, которое предлагает Ю. С. Турсунова: тендер – процедура выбора претендента на право заключения договора, осуществляемого как в форме конкурса, так и в иных формах, когда одним из условий такого выбора выступает минимальная цена предлагаемых кандидатами товаров (работ, услуг)¹. Некоторые примеры, которые рассмотрены в данной и последующих главах, демонстрируют, что критерий минимальной цены в тендере – не единственный и порой даже не самый главный фактор эффективности закупок.

Итак, мы рассмотрели классификацию торгов, среди которых организатор тендера самостоятельно выбирает наиболее эффективную их форму для определенной категории закупок, в зависимости от ее сложности и основных критериев присуждения будущего договора по итогам торгов. Организатор торгов может применить сочетание нескольких форм: например, открытые международные торги в форме аукциона.

Международные торги занимают особое место в классификации, являясь наиболее сложными и комплексными в реализации. Данная форма торгов представляет особый научный интерес, так как при ее изучении мы сталкиваемся с комплексом проблем: от определения правовой природы закупочного отношения с иностранным элементом до регулирования экономической деятельности ТНК при организации закупок в разных юрисдикциях. Международные торги могут принимать одну из рассмотренных форм торгов либо их сочетание, разделяясь на региональные тендеры и многоконтрактные тендеры с географической диверсификацией. Полагаем, что приведенная классификация не является исчерпывающей и не исключает появления новых форм международных торгов вследствие изменения условий в мировой экономике.

Выводы. Как справедливо полагал О. С. Иоффе, меняющиеся общественные отношения в сфере делового оборота создают предпосылки для создания новых или модификации сложившихся гражданско-правовых отноше-

¹ См.: Там же.

ний¹. Действительно, усложняющийся характер закупочных отношений и влияние глобализации на деловой оборот выступают предпосылками возникновения новых усложненных форм торгов, необходимости их адекватного гражданско-правового регулирования.

Материальная значимость торгов, особенно с «иностранным элементом» возрастает, а потому руководствоваться презумпцией добросовестности организатора и участников торгов недостаточно, только правовые отношения могут обеспечить устойчивость делового оборота и предоставить средства защиты стороне, чьи права нарушены недобросовестным контрагентом.

Возникая из экономических общественных отношений, закупочные правоотношения с иностранным элементом упорядочивают экономические и увеличивают их устойчивость, в чем проявляется обратное воздействие правовых отношений на общественные. «Опосредуя движение общественных отношений, правовые отношения в то же время выступают и в качестве способа конкретизации как субъектного состава этих отношений, так и тех функций, которые их участники должны выполнить друг перед другом»². Данный вывод в полной мере отражает сущность закупочных правоотношений, которые конкретизируют тендерный процесс, а также права и обязанности субъектов данных правоотношений.

В гл. 1 диссертации с целью определения теоретических основ гражданско-правового регулирования международных торгов использованы следующие общенаучные методы: дедукция, анализ и синтез, аналогия, системный анализ, классификация. Для исследования эволюции предмета международных торгов применен исторический метод. Одним из ключевых методов в настоящем исследовании является сравнительно-правовой.

В гл. 1 проанализирована проблема выработки единого терминологического обозначения объекта диссертации и сформулирован понятийный аппарат, необходимый для настоящего исследования и последующего совершенст-

¹ См.: Иоффе О. С. Гражданское право. Избранные труды. М., 2009. С. 653.

² Там же. С. 525.

воления гражданского законодательства РФ в части регулирования международных торгов. В классификации торгов специфицированы и изучены международные торги. Основываясь на материалах научных трудов зарубежных и отечественных правоведов, мы рассмотрели ключевые принципы международных торгов, которые послужат фундаментом для разработки рекомендаций по решению правовых проблем международных торгов, приведенных нами в гл. 3 диссертации.

ГЛАВА 2. ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВ

§ 1. Нормы, регулирующие порядок организации и проведения международных торгов

В настоящее время гражданско-правовое регулирование международных торгов содержит множество пробелов. С целью их устранения, во-первых, проанализируем нормативные акты международных организаций в части регулирования торгов и определим по аналогии права, какие нормы могут носить универсальный характер и распространяться на все субъекты международных торгов, а не только на участников закупок, финансируемых международными организациями.

Во-вторых, рассмотрим наиболее яркие прецеденты по тендерным спорам в Англии, Канаде и США. Несмотря на то, что большинство данных споров относится к публичным закупкам, а также закупкам, регулируемым правом ЕС, по аналогии права возможно выявить ключевые нормы, применимые для решения споров по международным торгам. Почему для анализа выбраны данные юрисдикции? Потому что перенявшая английское право Канада достигла высокого уровня развития публичных закупок, в регулировании которых предусмотрено развитие международных торгов и защита окружающей среды при проведении закупок (green procurement)¹. Большинство «штаб-квартир» крупнейших ТНК зарегистрировано в США и Англии², а в Российской Федерации данные компании осуществляют экономическую деятельность через свои подразделения (зарегистрированные в России юридические лица с иностранными инвестициями). Английское право часто применяется в международных сделках³, и США и Англия лидируют среди стран по количеству сложных международных арбитражных дел⁴. Поэтому нам пред-

¹ См.: <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/Supply-Manual/Supply-Manual-Synopsis>.

² См.: <http://www.forbes.com/global2000/list>.

³ См.: International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration. Queen Mary University of London, 2010. P. 15.

⁴ См.: Global Currents: Trends in Complex Cross-Border Disputes. Hogan Lovells, 2014. P. 10.

ставляется, что целесообразно проанализировать тендерные споры именно этих стран для разработки норм, регулирующих международные торги.

В заключение данного параграфа определим, каков порядок применения коллизионных привязок для установления права, применимого к международным торгам.

При реализации проектов, финансируемых на средства международных организаций, применение международных торгов является предпочтительной формой закупки¹, максимально стимулирующей конкуренцию. Так, Европейский Банк Реконструкции и Развития (ЕБРР) требует использования торгов для выбора «частной» стороны в концессионном соглашении по реализации проекта, финансируемого ЕБРР. Под частной стороной понимается коммерческое юридическое лицо без государственного участия².

Отслеживая расходование своих займов в разных странах, международные организации способствуют гармонизации права, требуя от заемщиков применять при организации международных торгов стандартизированные положения о закупке. Так, с 2003 г. Всемирный Банк и Организация Экономического Сотрудничества и Развития ведут активную совместную работу по разработке рекомендаций по совершенствованию национального законодательства по регулированию закупок в развивающихся странах³. Так, согласно Парижской декларации эффективности займов 2005 г. (Paris Declaration on Aid Effectiveness) была принята международная методология оценки национальной закупочной системы⁴. Полагаем, что данную методологию можно применять не только для гармонизации публичных закупок, но и для оптимизации норм регулирования международных торгов.

Однако юридическая природа актов международных организаций по регулированию торгов связана прежде всего с договорными отношениями

¹ См.: Article 1.3 Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

² См.: Document of the European Bank for Reconstruction and Development. EBRD Financing or Private Parties to Concessions, October 2015 revision. P. 3.

³ См.: <http://go.worldbank.org/G4PAGMS9M0>.

⁴ См.: <http://siteresources.worldbank.org/intprocurement/resources/oece-methodology.pdf>.

между страной-заемщиком и международной организацией-кредитором. Так, в договоре займа Всемирного Банка указывается необходимое требование для получателя займа следовать закупочным регламентам Всемирного Банка. В противном случае Всемирный Банк может аннулировать ту часть займа, которая потрачена на закупку с нарушением необходимых регламентов¹. Но участники международных торгов, не будучи сторонами договора займа, не связаны регламентами международной организации, а рекомендации Всемирного Банка о гармонизации национального законодательства о торгах страны-заемщика² не имеют обязательной силы и относятся к так называемому «мягкому праву»³, которое носит рекомендательный, но не обязывающий характер. «Мягкое право» включает в себя решения международных конференций, органов международных организаций, международных экспертных органов⁴.

К «мягкому праву» относятся и многочисленные типовые формы тендерной документации, применяемой в международных торгах, а также инструкции и рекомендации по проведению торгов, составляемые международными и национальными профессиональными объединениями (Ассоциация британских инженеров-консультантов ACE, Международная федерация инженеров-консультантов FIDIC и др.) и международными организациями (например, «Типовая конкурсная документация», разработанная ЕБРР⁵).

В актах международных организаций предусмотрен механизм обжалования тендерных решений. При этом жалобы участников торгов предоставляются независимому комитету (органу), а не единоличному сотруднику, проводившему закупочную процедуру. В связи с расширением практики общест-

¹ См.: Guidelines Procurement of Goods, Works And Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

² См.: <http://go.worldbank.org/JY987LLCJ0>.

³ Большой юридический словарь. М., 2010.

⁴ См.: Иванов Д. В., Гликман О. В. Международное право: основные понятия. Схемы, таблицы, документы: учебное пособие. М., 2010. С. 47.

⁵ См.: Типовая конкурсная документация. Закупка товаров и сопутствующих услуг. Руководство по применению. ЕБРР. Август 2010.

венного обсуждения публичных закупок¹, возможно, имеет смысл учредить отдельный экспертный совет, состоящий из представителей закупок разных компаний и учреждений, который рассматривал бы жалобы как по коммерческим (в том числе с участием ТНК), так и публичным закупкам. В противном случае эффективность рассмотрения жалобы является спорной, когда рассмотрение жалобы участника осуществляется самим организатором (даже при наличии коллегиального органа по рассмотрению жалоб) или когда в общественном обсуждении не участвуют эксперты, профессионально специализирующиеся в закупках. Привлечение международного экспертного сообщества для решения вопросов по закупочным отношениям, несомненно, будет способствовать гармонизации законодательства в части регулирования международных торгов.

В Международной некоммерческой организации по закупкам² в настоящее время рассматриваются тендерные споры по закупкам международных банков и организаций в рамках ООН. Данные споры рассматривает Омбудсмен по закупкам. Однако решение Омбудсмана по закупкам не имеет силы судебного решения и может использоваться лишь как одно из доказательств в рамках дальнейшего искового производства.

Таким образом, орган по рассмотрению споров о международных торгах должен быть наднациональным и независимым, а его решения должны быть обязательны для субъектов закупочного правоотношения, что, в свою очередь, поможет разгрузить суды и ФАС. В частности, такой орган может быть учрежден на базе ЮНСИТРАЛ, а нормативные положения о порядке урегулирования споров по международным торгам должны быть предусмотрены в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, рекомендуемое содержание которого мы представили в гл. 3 настоящего исследования.

¹ См.: Правила проведения обязательного общественного обсуждения закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. постановлением Правительства РФ от 22.08.2016 № 835 // СЗ РФ. 2016. № 35. Ст. 5352.

² См.: www.procurement.org.

Итак, регулирование торгов международными организациями построено на ключевых принципах, рассмотренных нами в гл. 1 диссертации: конкурентность, справедливость, разумность, добросовестность, корпоративная регламентированность («комплаенс»), прозрачность. Принцип «лучшей ценности» прямо не указывается в регламентах по закупкам международных организаций, но, очевидно, его применение подразумевается, ведь международная организация-кредитор заинтересована, чтобы заемщик провел закупки эффективно и ему было достаточно выделенных средств на качественную реализацию планируемой программы. В международных организациях предусмотрен порядок обжалования решений по торгам, который целесообразно перенять для целей адекватной защиты интересов участников международных торгов и своевременного беспристрастного рассмотрения споров.

Перейдем к рассмотрению прецедентов по тендерным спорам. В усложняющемся деловом обороте периодически возникают споры о правоприменении в закупочных отношениях, особенно в строительной отрасли, где результат торгов имеет большое значение для срока и цены работ подряда. В прецедентном праве, к сожалению, пока не сформировался единообразный подход к разрешению данных споров. Так, в канадском деле «Р. против Рон Инжиниринг энд Констракшен»¹ была сформулирована норма о недопустимости отказа стороны от договора после подтверждения сделки в тендере, а также право участников тендера на справедливую конкуренцию и равные условия тендера, создаваемые организатором.

Однако данный прецедент не был принят во внимание при вынесении решения по делу «Блэк Пул энд Файльд Аэро Клуб против Совета Блэкул»², когда даже возник вопрос о необходимости пересмотра нормы, выработанной в ходе решения дела «Р. против Рон Инжиниринг энд Констракшен».

Почему принципы, сформулированные в деле «Р. против Рон Инжиниринг энд Констракшен» не получили дальнейшего развития в прецедентном

¹ См.: R. in Right of Ontario v Ron Engineering and Construction Eastern Ltd. [1981] S.C.R. [1]; (1981) 119 D.L.R. (3d) 267; 4 Const. L.J. 241.

² См.: Blackpool & Fylde Aero Club v Blackpool Borough Council. [1990] 1 W.L.R. 1195; 3 All. E.R. 25, CA.

праве? Во-первых, не определен момент возникновения закупочного правоотношения, а предоставление участниками тендера своих коммерческих предложений в ответ на недостаточно определенное приглашение организатора тендера к участию, не может определенно считаться акцептом оферты организатора тендера, и в итоге наличие тендерного договора является спорным.

Во-вторых, обязательство организатора тендера заключить договор с участником, предложившим в тендере наименьшую цену в качестве встречного предоставления (*consideration*), также спорно, так как организатор тендера может не подтвердить сделку участнику, предложившему наименьшую цену, если коммерческое предложение последнего не отвечает ряду необходимых дополнительных условий (сроки гарантийного покрытия, сроки реализации строительного проекта, условия оплаты, ответственность и т.д.). Однако если дополнительные условия не были заранее указаны организатором тендера в качестве необходимых, права участников тендера могут быть нарушены.

Решение дела «Блэк Пул энд Файльд Аэро Клуб против Совета Блэкпул» в порядке апелляции доказывает вышеуказанное: право будет дефектным, если позволит организатору тендера, самостоятельно сформировавшему тендерное задание на своих условиях для участников, быть абсолютно свободным от каких-либо обязательств по отношению к участникам тендера, которые своевременно и в озвученном организатором порядке предоставили свои коммерческие предложения, ожидая заключения договора в случае, если предложение участника тендера окажется лучшим для организатора по заявленным в тендере требованиям. Поэтому в ходе проведения тендера стороны вступают в договорное отношение и на них распространяются нормы и принципы договорного права.

Мы не можем с этим полностью согласиться, что было обосновано в гл. 1 настоящей работы (стороны заключают договор после, а не во время проведения торгов), но поддерживаем распространение принципов и норм договорного права на закупочные отношения по аналогии. К тому же в английской доктрине договорного права договор считается заключенным, если

сторона предоставила встречное предоставление. Так как обещание организатора тендера заключить договор с участником, предложившим лучшие для организатора условия сделки по заранее озвученным критериям, является «бесплатным», оно не имеет исковой защиты. На это обращено внимание в деле «Вилльямс против Роффи Брос энд Николс (Контракторс)»¹, однако определено, что наличие обязательств организатора тендера, совершающего действия, направленные на извлечение выгоды (получение наилучшего коммерческого предложения) благодаря действиям участников тендера, не может быть отвергнуто под предлогом отсутствия встречного предоставления.

Интересно, что в практике международных торгов встречается «покупка» тендерной документации контрагентами, желающими принять участие в тендере², а при использовании специализированных торговых площадок для проведения тендеров (например, B2B, Фабрикант) участники торгов оплачивают абонентскую плату за доступ к тендерной документации организаторов торгов и организаторы вносят плату за пользование услугами торговой площадки. Можно считать такие действия встречным предоставлением, что является еще одним аргументом в пользу доктрины тендерного договора.

В деле «Хармон Фасадес против Палаты Общин» истец указал, что ответчик нарушил «обязательства по частному праву, возникающие из подразумеваемого тендерного договора»³. Организатор тендера заявил, что договор строительного подряда будет заключен с тем участником тендера, сумма сделки с которым будет наименьшей и в рамках бюджета организатора тендера. Однако ни одно из полученных коммерческих предложений от участников тендера не укладывалось в рамки бюджета, а следовательно, не соответствовало заявленным в тендере критериям. В общем праве в таком случае тендерный договор не считается заключенным, и организатору тендера следует отказать всем участникам по причине несоответствия их предложений

¹ См.: *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1990] 2 W.L.R. 1153; 1 All. E.R. 512; 48 B.L.R. 75, CA.

² См.: Недужий И. И. Указ. соч. С. 97.

³ 67 Con. L.R. 1. *Technology and Construction Court, England, Judge Humphrey Lloyd, Q.C. October 28, 1999.*

одному из основных критериев тендера. Но вместо закрытия тендера и объявления нового, с целью экономии времени на процедурных вопросах организатор тендера продолжил переговоры с участниками тендера о возможной сделке.

Такая практика часто применима и в коммерческих закупках в России, где озвученный в тендере бюджет может быть заниженным или некорректным. Так как в ходе переговоров после тендера организатор обеспечил участникам равные условия, можно полагать, что стороны продолжили участвовать в закупочном правоотношении на ранее озвученных условиях. Но так как это не было отражено в тендерной документации (отсутствие приглашения участников во второй этап тендера и подведение промежуточных итогов по первому этапу тендера с оговоркой о бюджете), у субъектов правоотношения возникло разное понимание взаимных прав и обязанностей. Так, истец, предложивший во втором этапе тендера наименьшую цену, ожидал, что переговоры будут продолжены только с ним, тогда как ответчик (организатор тендера) решил уточнить рыночные цены, запросив их у новых, не участвовавших в первом этапе тендера, контрагентов. С целью дальнейшего понижения цены организатор тендера упростил критерии качества в техническом задании для запроса цен у новых участников. Данные действия ответчика, по мнению судьи, нарушили обязательства организатора по первому тендерному договору и сформировали второй тендерный договор с новыми участниками. Такие случаи часто встречаются на практике.

Так, в ходе проведения тендера на выбор промо-материалов ранее заявленный организатором бюджет оказался существенно заниженным, и переговоры с некоторыми участниками тендера в итоге свелись к упрощению спецификации вне ведения остальных участников торгов. Договор был заключен по цене выше бюджета и с упрощенной спецификацией, что нарушило критерии тендера, и, к сожалению, у «пострадавших» участников данного тендера не было достаточных средств правовой защиты, так как тендер проводился в закрытой форме подразделением ТНК и участники были не осве-

домлены об упрощении спецификации с победителем торгов, так как результаты торгов не публикуются в открытых источниках, а объяснения причин проигрыша в тендере сводятся к формальному письму общего характера или телефонному звонку организатора торгов.

Анализируя далее факты по делу «Хармон Фасадеc против Палаты Общин», мы видим, что организатор тендера выбирал между предложением истца (первый тендерный договор) и нового участника (второй тендерный договор), что, согласно позиции суда, сформировало третий тендерный договор. На третьем этапе тендера организатор попросил истца и нового участника из второго этапа тендера далее снизить цены по своим предложениям. Однако второй участник уже разработал техническое решение, оптимизирующее затраты, которое было принято организатором тендера за основу обновленного технического задания на втором этапе тендера, несмотря на нарушение прав интеллектуальной собственности разработавшего решение контрагента. В то же время истец снизил цену для технического задания из первого этапа тендера, не увидев обновленного технического задания из второго этапа тендера.

Суд определил действия ответчика как виновные («введение в умышленное заблуждение» истца) на основании прецедента «Ричардсон против Сильвестре»¹.

Так как ответчик сопоставлял на третьем этапе тендера не подлежащие сравнению предложения участников (разные технические решения), он добавил новый критерий выбора победителя в тендере: «управленческие способности», мотивировав это ограничением по времени тендера и необходимостью реализации строительного проекта в запланированный срок, точка отсчета по которому была уже смещена из-за длительного тендерного процесса. Данное изменение тендерных условий не было официально заявлено организатором всем участникам тендера.

¹ См.: Richardson v Silvester (1873) L.R. 9 Q.B. 34.

Таким образом, в ходе тендера несколько раз менялись существенные условия присуждения договора, техническое задание, состав участников. Предложения участников тендера в той или иной мере не соответствовали полностью всем критериям присуждения договора, а сравнение их предложений происходило по разным спецификациям (техническим решениям), критерии выбора «ретушировались» под предложение победившего в тендере участника с более совершенным техническим решением, но более высокой ценой, чем у истца. При этом истец был проинформирован о результатах тендера не в день подписания протокола о намерениях с победившим участником, но спустя месяц после подписания договора строительного подряда между победившим участником и организатором тендера.

По мнению суда, двусторонний тендерный договор был заключен между истцом и ответчиком путем обмена офертой (приглашение в тендер) и акцептом (коммерческое предложение участника). Судья Ллойд определил, что обязательствами организатора по такому договору являются, в частности, неизменность существенных критериев тендера и обеспечение равного положения участников тендера. Так как ответчик нарушил данные обязательства, суд разрешил дело в пользу истца. Таким образом, произошло отступление от принципа равенства участников торгов. Уточнение технического задания, изменение параметров отбора по большому счету допустимы, но об этом должны быть проинформированы все участники торгов. Для данных целей могут использоваться как специальные процедуры (двухэтапный конкурс), так и завершающий этап (например, переторжка).

В деле «Блэкпул энд Файльд Аэро Клуб против Блэкпул»¹ истец (участник тендера) подал коммерческое предложение в последний день приема заявок, указанный в тендерном приглашении организатора (извещении), который не успел передать данное полученное предложение вместе с предложениями других участников торгов в тендерный комитет (комиссия по закупкам) и, следовательно, предложение истца не было рассмотрено в тенде-

¹ См.: Blackpool and Fylde Aero Club v Blackpool BC. (1992) 62 B.L.R. 82.

ре. На основании тендерного договора, подразумеваемого между организатором тендера и его участниками, суд признал нарушенным право истца на равные с другими участниками тендера условия, несмотря на то, что цена другого победившего в тендере участника была ниже, чем предложенная истцом. Организатор обязан рассмотреть все полученные предложения участников тендера, потому что участник может потратить время и деньги на подготовку коммерческого предложения и вправе рассчитывать, что его предложение по крайней мере будет рассмотрено. При этом организатор тендера имеет право не информировать проигравших тендер участников о причинах принятого решения в пользу иного участника.

На наш взгляд, в случае отклонения предложения участники тендера имеют право на информацию о причине отказа, особенно если критерии выбора были не указаны организатором или недостаточно четко обозначены до начала тендера и (или) изменялись после начала торгов. В противном случае возникает риск злоупотреблений со стороны организатора торгов, в частности «адаптация» критериев тендера под определенного участника, предложение которого изначально не отвечало обозначенным параметрам выбора победителя в тендере, что опять же нарушает конститутивный принцип торгов – равенство участников.

Предложение участника торгов может быть отклонено без рассмотрения при наличии достаточно объективных причин – в частности, конфликта интересов. Так, в деле «Фэйрклоф Билдинг против Порта Талбот»¹ иск участника тендера, предложение которого было отклонено без рассмотрения, был решен в пользу ответчика, так как при получении ответчиком коммерческого предложения истца выяснилось, что супруга главного проектировщика истца владела пакетом акций участника тендера. Во избежание споров целесообразно указывать в тендерной документации требование об отсутствии конфликта интересов, чтобы участники были осведомлены и при сокрытии информации одним из участников у организатора были бы основания для от-

¹ См.: Fairclough Building Ltd v Port Talbot BC.

клонения его предложения. В закупочной практике ТНК, как правило, раз в год с действующими и потенциальными контрагентами подписываются документы по принятой в ТНК форме о соблюдении контрагентом деловой этики, бережном отношении к окружающей среде, соблюдении трудовых норм, а также отсутствию конфликта интересов. Эти документы могут быть в форме «кодексов делового поведения поставщика» (Diageo), анкет (METRO Cash and Carry) и иных формуляров.

Рассмотренные нами прецеденты по гражданско-правовому регулированию закупочных отношений содержат основные нормы, построенные на основании доктрины тендерного договора. Следует отметить, что ответчиками по рассмотренным прецедентам являлись публичные образования, к которым применимо регулирование публичных закупок, и в частности право ЕС о публичных закупках. Но благодаря единой сущности закупочных отношений, доктрина тендерного договора применима к решению как споров по публичным закупкам, так и закупкам без государственного участия, включая закупочные отношения с иностранным элементом. Это можно продемонстрировать на примере дела «Джей энд Эй Девелопментс против Эдина Мануфактуринг»¹, в котором организатор торгов нарушил тендерный договор, пригласив трех участников торгов на переговоры по снижению цены после получения от них коммерческих предложений. Хотя в тендерной документации было указано, что торги проводятся в один этап путем получения коммерческих предложений от участников.

В общем праве организатор тендера освобождается от обязательств по тендерному договору в случае появления непредвиденных обстоятельств, объективно препятствующих заключению тендерного договора. В деле «Гленвью Корпорейшен против Канады»² организатор тендера (ответчик) отказался от заключения договора с победившим в тендере участником (истец), так как обнаружил ошибку в своем техническом задании, на которое участники давали це-

¹ См.: J & A Developments Ltd v Edina Manufacturing. BLM. 2007. Vol. 24. No. 7.

² См.: Glenview Corp v Canada. (1990) 34 F.T.R. 292.

ны. Действительно, принудить ответчика заключить договор на заведомо ложных условиях было бы несправедливо. Поэтому суд решил дело в пользу ответчика. Тем более учитывая тот факт, что ответчик провел повторный тендер с корректным техническим заданием, в котором истец не выиграл, действуя в равных конкурентных условиях с другими участниками повторных торгов.

Одно из обязательств, сформулированное нормами прецедентного права¹, – это безотзывность предложения, поданного участником в определенных случаях. К имплементации данного требования в регулировании международных торгов следует подходить с осторожностью. Полагаем, что, следуя принципу свободы договора (ст. 421 ГК РФ), достаточно предусмотреть возмещение реального ущерба организатору торгов в случае отзыва коммерческого предложения победившего участника.

В деле «Новерн Констракшен против Глодж Хитинг энд Пламинг»² спор касался предполагаемого отзыва коммерческого предложения субподрядчика, участвовавшего в тендере, проводимом генеральным подрядчиком, с целью подготовки своего коммерческого предложения на торгах для заказчика. Отзыв субподрядчиком своего предложения поставил в затруднительное положение генподрядчика, рассчитывавшего заключить договор с субподрядчиком в случае своей победы в тендере на заключение генподрядного договора. Однако является ли предложение субподрядчика безотзывным, если заключение договора с организатором может не произойти, если он, в свою очередь, проиграет тендер на генподряд? Ответ суда был положительным, так как субподрядчик был надлежащим образом информирован о проведении тендера на генподряд и условности сделки на субподряд. В американском праве суды придерживаются аналогичной позиции, акцентируя внимание на обязательности подтверждения сделки и (или) информирования субподрядчика об основном договоре подряда, так как использование участником тендера на генподряд коммерческого предложения субподрядчика в

¹ См.: Northern Construction v Gloge Heating & Plumbing (1986), 27 D.L.R. (4th) 265.

² Там же.

своем предложении не является подтверждением субподрядчику сделки¹. Отметим, что О. А. Беляева предлагает решать рассматриваемую проблему путем заключения предварительного договора с отлагательным условием².

Обеспечение равных условий участникам в тендере оценивается судом, исходя из принципов справедливости и разумности. Так, в деле «Бест Клинерс энд Контракторс против Р.»³ ответчик в ходе тендера инициировал переговоры с одним из участников о заключении договора на более длительный срок, чем было указано в тендерном приглашении. Так как в итоге с данным участником был заключен договор на срок, указанный изначально в тендере, суд отклонил иск другого участника, посчитавшего действия организатора тендера нарушающими его право на равные условия с конкурентами.

В то же время в деле «Чинук Агрегейтс против Абботсфорд»⁴ суд признал нарушенным право истца на равные с другими участниками условия тендера. У ответчика был принят внутренний нормативный акт – регламент по закупкам, согласно которому в случае если в тендере участвует поставщик из одинакового с организатором муниципального округа и цена предложения этого поставщика превышает самую низкую в тендере не более, чем на 10%, договор заключается с данным поставщиком. Истцу был не известен данный регламент по закупкам, он предложил самую низкую цену в тендере, что являлось озвученным в тендере критерием выбора победителя, и поэтому был вправе рассчитывать на заключение договора. Этот пример иллюстрирует приоритет принципов справедливости и прозрачности над традиционным регулированием публичных закупок, ведь с целью стимулирования поступления налоговых отчислений в муниципальный бюджет требование о преференциальной закупке у локального поставщика является широко распространенным. Другой вопрос, что данное требование было неизвестно остальным

¹ См.: James A. Kern, *Contracts: Promissory Estoppel*, 43 Marq. L. Rev. 384 (1960).

² См.: Беляева О.А. Консорциумы для участия в торгах: сущность и правовые последствия // Закон. 2009. № 6.

³ См.: *Best Cleaners & Contractors Ltd v R.* in Right of Canada. [1985] 2 F.C.R. 293.

⁴ См.: *Chinook Aggregates Ltd v Abbotsford (Municipal Districts)*. 1989. 35 C.L.R. 241.

участникам торгов. Таким образом, информационная открытость торгов есть предпосылка соблюдения принципа равенства.

Аналогичный спор возник по делу «Эмери Констракшен против Сент-Джонс Роман Католик Скул»¹, где ответчик заключил договор с участником тендера, закупившим сталь у муниципального субподрядчика, так как согласно внутреннему локальному акту по закупкам ответчика преимущественное положение в тендере имели поставщики из муниципального округа. В данном деле суд разрешил спор в пользу ответчика, так как внутренний локальный акт являлся частью тендерного договора, потому что был анонсирован вместе с тендерной документацией и, следовательно, был известен всем участникам, в отличие от дела «Чинук Агрегейтс против Абботсфорд».

В приглашении к тендеру может предусматриваться освобождающее условие для организатора: «предложение с самой низкой ценой или иное предложение в тендере не обязательно будет принято организатором с целью заключения договора»². Имеет ли данное положение преимущественную силу перед положением об обязательном приеме организатором в тендере только тех предложений, которые соответствуют озвученным в тендерном задании условиям? Нет, так как освобождающее условие совместимо с обязательством организатора принимать только соответствующие тендерным критериям предложения участников и не создает у организатора обязательства принять только предложение с самой низкой ценой. Это проистекает из природы торгов, которые путем стимулирования конкуренции участников позволяют организатору заключить договор на самых выгодных для него условиях. Низкая цена, что указывалось ранее, не гарантирует надлежащего качества, а порой участником торгов и вовсе предлагается демпинговая цена, что в итоге приводит к невыполнению данным участником условий договора (например, у участника не оказалось достаточно оборотных средств, чтобы осуществить строительные работы в требуемый срок) и влечет негативный

¹ См.: *Emery Construction v St John`s (City) Roman Catholic School Board*.

² См.: *MJB Enterprises Ltd v Defense Construction (1951) Ltd et al.* [1999] 1 S.C.R.619; 170 D.L.R. (4th) 577. Supreme Court of Canada, reversing Alberta Court of Appeal, 22.04.1999.

экономический эффект для организатора. Поэтому понятие «самая низкая цена» в тендере может толковаться расширительно в соответствии с принципом «лучшей ценности».

В деле «Акме Билдинг энд Констракшен против Ньюкасл»¹ организатор заключил договор с участником, который предложил самый короткий срок реализации строительного проекта, но за бóльшую цену, чем иные участники. Так как организатор за счет этого смог раньше начать эксплуатировать объект и быстрее начиналась окупаемость инвестиций, совокупный экономический эффект был выгоднее организатору в предложении участника с большей ценой.

Таким образом, «лучшая ценность» торгов экстраполируется на результативность основного договора. Вместе они образуют закупочное правоотношение, включающее процедуру заключения договора и сам договор. Экономическая эффективность закупки складывается из двух юридических составов – торгов и договора. Невозможно полноценно измерить «лучшую ценность» торгов без учета фактического исполнения договора по качеству, срокам и цене.

Суд оценивает применимость освобождающего условия, исходя из анализа каждого дела, поэтому в ряде дел², где организатор торгов не предоставил участникам достаточной информации о предмете будущего договора, заключаемого по итогам торгов, освобождающее условие было признано ничтожным.

В отношениях с участием ТНК достаточно часто встречаются торги с неполным и (или) нечетким тендерным заданием, что особенно распространено в закупках рекламных услуг. Например, в тендерном задании на разработку и производство подарочной упаковки одной из крупных компаний пищевой отрасли (ТНК) было озвучено: «разработать и произвести инновационную упаковку»³. По итогам торгов было выбрано предложение участника со стандартным конструктивом упаковки из гофрокартона. Маловероятно, что данный тип упаковки является «инновационным», однако участники тор-

¹ См.: Acme Building & Construction Ltd v Newcastle (Town). (1992) 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.).

² См.: Kenkor Holdings Ltd v Saskatchewan [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask QB); Fred Welsh Ltd v BGM Construction Ltd [1996] 10 W.W.R. 400 (BCSC); Marselos Services Ltd [1994] 3 W.W.R. 73.

³ Пример из практики автора.

гов оказались фактически в неравных условиях, так как одни разрабатывали инновационные модели, тогда как победивший в тендере участник предложил классическое решение упаковки. При этом участники, представившие инновационные, и как следствие, более дорогие решения упаковки, понесли затраты по использованию персонала (дизайнеры) и изготовлению эталонных образцов.

В ряде крупных судебных дел суд присуждал возмещение участнику торгов не только реального ущерба, но и упущенной выгоды – прибыли, которую бы получил участник торгов в случае заключения с ним договора по итогам тендера¹. Нам представляется, что многие проблемы международных торгов на оказание маркетинговых услуг необходимо решать прежде всего на уровне коммуникаций и повышения профессионализма, нежели чем в правовом поле путем установления повышенной ответственности организатора торгов вплоть до возмещения упущенной выгоды. Так, из-за недостаточной эффективности в конце 2015 г. ТНК PepsiCo закрыло направление маркетинговых услуг в глобальных корпоративных закупках, передав полномочия в отдел маркетинга².

Поэтому необходимо сначала устранять причины неэффективных закупок, в том числе вызванные недостаточным профессионализмом персонала или несовершенством внутренних процессов ТНК, и лишь потом переходить в юридическую плоскость регулирования международных торгов. «Слепое наложение» юридической ответственности на действия, вызванные неюридическими причинами, не решит правовых проблем международных торгов, но ограничит гибкость делового оборота.

Согласно позиции суда, сформулированной в деле «М-Джи-Би Энтерпрайзес против Дефенс Констракшен»³, договор может быть заключен сторонами в ходе тендера на условиях, указанных в тендерном запросе и ответе на него; при-

¹ См.: *MJB Enterprises Ltd v Defense Construction (1951) Ltd et al.* [1999] 1 S.C.R.619; 170 D.L.R. (4th) 577. Supreme Court of Canada, reversing Alberta Court of Appeal, 22.04.1999.

² См.: <http://adage.com/article/cmo-strategy/pepsico-eliminates-marketing-procurement-department/301327>.

³ См.: *MJB Enterprises Ltd v Defense Construction (1951) Ltd et al.* [1999] 1 S.C.R.619; 170 D.L.R. (4th) 577. Supreme Court of Canada, reversing Alberta Court of Appeal, 22.04.1999.

чем эти условия носят иной характер, нежели чем условия договора строительного подряда, заключаемого сторонами впоследствии по итогам торгов. Другими словами, торги – это способ заключения договора, но не сам договор.

Как уже отмечалось нами ранее, при решении закупочных споров в прецедентном праве суды часто обращаются к доктрине тендерного договора (например, решения по делам «Хью Айркрафт Системс Интернэшенел против Айрсервисес Австралия», «Пратт Контракторс против Палмерстон Норф»¹). Однако они по-разному интерпретируют понятие «тендерный договор» как двусторонний, создающий права и обязанности для организатора и участников тендера, так и односторонний – создающий обязательство организатора заключить договор с победившим в тендере участником. В отечественной литературе высказываются разные точки зрения о тендерном договоре – от его принадлежности к договору присоединения с множественностью лиц на одной стороне² до отказа от существования такого договора³.

На наш взгляд, тендерный договор имеет право на существование, является двусторонним и создает права и обязанности обеим сторонам договора, так как организатор формирует условия торгов, а участник предоставляет коммерческое предложение. Таким образом, может создаваться феномен «двойственного договора присоединения»⁴.

Вернемся к рассмотрению прецедента «Пратт Контракторс против Палмерстон Норф», в котором сформулированы две нормы регулирования закупочных отношений:

- 1) организатор тендера самостоятельно определяет условия проводимого им тендера и должен следовать им;
- 2) гарантирует при этом равное отношение ко всем участникам тендера.

¹ См.: Hughes Aircraft Systems International v Airservices Australia (1997) 146 A.L.R. 1, FC; Pratt Contractors Ltd v Palmerston North CC ([1995] 1 N.Z.L.R. 469, HC).

² См.: Каган Е., Суходольский Г. Правовая природа конкурса // Хозяйство и право. 2001. № 2. С. 50.

³ См.: Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 166.

⁴ Беляева О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 169.

В частности, организатор торгов нарушает тендерный договор в случае проведения им переговоров с одним из участников тендера по иным условиям, чем те, на которые остальные участники предоставили свои коммерческие предложения.

На наш взгляд, тендерный договор является двусторонним, и организатор вправе рассчитывать на определенные действия победившего участника торгов (например, заключение договора на условиях и в сроки, озвученные участником в тендере).

В Англии тендерный договор может быть заключен путем обмена тендерным запросом (оферта) и предоставлением соответствующего тендерным критериям коммерческого предложения (акцепт оферты организатора торгов). В случаях простых закупок (на малые суммы, стандартные категории товаров др.) тендерный договор, как правило, не заключается: рассматривается простой сбор коммерческих предложений организатором торгов, не требующий от него заключения основного договора и не обязывающий возмещать какие-либо убытки участников, так как подготовка коммерческих предложений не требует существенных денежных или иных вложений от участников¹. Также суд определяет, заключен ли тендерный договор, исходя из анализа намерений и воли сторон по конкретному закупочному правоотношению. Так, в деле «Маст Электрикал Сервисез против Кендал Кросс Холдингс»² тендерный запрос истца, коммерческое предложение ответчика и последующая корреспонденция между ними не содержали ряда существенных условий договора, поэтому суд признал отсутствие заключенного тендерного договора между ними.

Обратимся к предварительной квалификации участников торгов, рассмотренной нами в гл. 1 диссертации как части закупочного правоотношения. Анализируя прецедент «Хармон Фасадес против Палаты Общин», можно прийти к выводу о равноправной предварительной квалификации участников торгов и защите добросовестной конкуренции. Если в ходе предвари-

¹ См.: Gregory v Rangitikei DC [1995] 2 NZLR 208.

² См.: Mast Electrical Services v Kendal Cross Holdings Ltd [2007] EWHC 1296 (TCC).

тельной квалификации у одного из участников выявлены слабые стороны, но он может быть допущен к торгам, для данного участника возможно установление дополнительных требований по сравнению с остальными участниками. Этот подход не нарушает принцип равного отношения к участникам торгов¹, но должен осторожно применяться организатором тендера во избежание неумышленных злоупотреблений.

В регулировании международных торгов такие нормы отсутствуют, впрочем, как и само регулирование как таковое. Например, ТНК пригласила в тендер несколько крупных поставщиков, отвечающих всем параметрам предварительной квалификации, а также ряд поставщиков, не соответствующих некоторым квалификационным критериям (финансовая стабильность, надежность, репутация, срок существования на рынке и т.д.). Тендер был организован в форме динамического аукциона, в котором участники в режиме реального времени видят ценовые предложения друг друга, но не видят наименования своих конкурентов. Полагаясь на добросовестную конкуренцию равноправных участников, крупные надежные поставщики предложили цены заведомо ниже, чем планировали, чтобы конкурировать с меньшими ценами, предложенными сомнительными участниками аукциона. Организатор заключил договор с одним из надежных поставщиков, что изначально и планировал, используя не отвечающих квалификационным требованиям участников как рычаг снижения цен у надежных поставщиков. В другом примере организатор использовал внутреннюю электронную площадку аукционов, где зарегистрировался под видом поставщика и активно участвовал в аукционе, понижая цены (участники полагали, что идет конкурентная борьба с другим поставщиком, а не с самим организатором). Отвечают ли такие действия принципам добросовестности, прозрачности и справедливости? Ведь участники аукциона в рассматриваемом примере, руководствуясь свободой волеизъявления, согласились принять участие в аукционе и предлагали цены на

¹ См.: State Transit Authority of NSW v Australian Jockey Club [2003] NSWSC 726.

свое усмотрение, а в деловом обороте всегда есть риск и дух предпринимательства.

Полагаем, что вопрос дискуссионный, и решение находится в «золотой середине» между экономической эффективностью для организатора торгов и защитой прав добросовестных участников. Согласно ч. 4 ст. 17 Закона о защите конкуренции рассматриваемые в примере действия организатора торгов не допускаются. Но в приведенном примере организатор торгов находился в Германии, а потому распространение норм Закона о защите конкуренции на его действия было проблематично, хотя международные торги и затрагивали в том числе российское подразделение ТНК.

В сложных тендерах (например, на генподряд) с многочисленными квалификационными требованиями для участников и соблюдаемой формальной процедурой выбора победителя в тендере организатор направляет две оферты участникам: на заключение тендерного договора и последующего основного договора по итогам торгов, заключаемого с победившим в тендере участником. Предоставляя коммерческие предложения, соответствующие тендерным условиям, участники принимают оферту организатора торгов. Встречное предоставление, необходимое в английском праве для заключения договора, выражается в том, что тендер предполагает выгоду его организатору.

Международные торги основаны на замещении конкуренцией переговоров, основанных на свободе волеизъявления сторон. Конкурентный отбор происходит на условиях, устанавливаемых организатором торгов в его пользу (или в пользу третьих взаимосвязанных лиц). Поэтому организатор торгов нарушает права участников в случае изменения тендерных условий после начала торгов и заключения основного договора с участником, коммерческое предложение которого не соответствует первоначальным условиям торгов.

Как правило, в английском праве при подобном нарушении прав участника торгов организатор должен возместить пострадавшей стороне фактически понесенные затраты на участие в торгах. Упущенная выгода компенсиру-

ется, согласно принципу, выработанному в деле «Хадли против Баксендейл»¹, когда организатор заключает основной договор с участником, коммерческое предложение которого не соответствует озвученным тендерным условиям. В таком случае пострадавший участник, коммерческое предложение которого соответствует тендерным условиям, вправе рассчитывать на возмещение упущенной выгоды, равной его прибыли, если бы основной договор был с ним заключен. При этом предполагается, что организатор, принимая решение в пользу не соответствующего тендерным условиям предложения, в состоянии оценить размер компенсации упущенной выгоды участнику, право которого нарушено.

В отличие от английского права, в США на федеральном уровне отсутствует единообразный подход к необходимости компенсации упущенной выгоды, а иногда и фактически понесенного ущерба. Так, согласно законодательству штата Вашингтон участник торгов имеет право исковой защиты в случае нарушения принципа конкурентности, но без права возмещения фактически понесенных затрат на участие в тендере, а также упущенной выгоды. По законодательству штата Аляска пострадавший участник торгов имеет право на компенсацию ущерба при условии доказательства причинно-следственной связи между понесенным ущербом и нарушениями, допущенными при проведении тендера².

В свою очередь, ст. 15 ГК РФ предусматривает возмещение пострадавшей стороне убытков, включая неполученные доходы, а п. 1 ст. 1064 ГК РФ предусматривает для пострадавшей стороны компенсацию сверх возмещения вреда. Также в п. 1 ст. 1064 ГК РФ предусмотрено, что обязанность возмещения вреда может быть возложена на лицо, не являющееся причинителем вреда, если это установлено законом. Данное решение может быть актуальным для третьих взаимосвязанных лиц в рамках ТНК.

¹ См.: *Hadley v Baxendale* ((1854) 23 L.J. Ex.179; 9 Exch. 341; [1843-60] All. E.R. 461).

² См.: *Alaska Statutes – Section 36.30.585: Protest remedies.*

В США одной из основных доктрин, применяемых для регулирования закупочных отношений, является обязательственный эстоппель¹, и, в отличие от английского тендерного договора, закупочное отношение относится к «соглашению», имеющему несколько иную сущность. Так, в ст. 440.1201 Sec. 1201 (3), (11) Единообразного Торгового Кодекса штата Мичиган дано следующее определение: «Соглашение – это торг сторон в деловом обороте, выраженный в форме заведенного порядка, торгового обычая или иных фактических отношений сторон, имеющих исковую защиту, если это предусмотрено законом. Договор – это юридически значимое соглашение сторон»². Иными словами, закупочное отношение относится к «соглашению», а по итогам тендера стороны подписывают основной договор, в полной мере регулируемый нормами гражданского права. При необходимости толкования основного договора и (или) уяснения воли сторон, могут приниматься во внимание предшествующие закупочные отношения сторон. Для определения справедливости условий основного договора необходимо принимать во внимание и предшествующее поведение сторон в ходе торгов³.

Сущность американского обязательственного эстоппеля заключается в восстановлении нарушенного права субъекта закупочного отношения, который положился на данное ему другим субъектом правоотношения обещание и из-за этого потерпел ущерб. Для английского права данная доктрина не характерна, так как обещание без встречного предоставления не имеет исковой защиты, но применяется в виде исключения в ряде случаев. В США интерпретируют правовую природу обязательственного эстоппеля как альтернативу встречному предложению⁴, а именно: покупатель (организатор торгов) обещает купить товар у продавца (участник торгов), а тот, в свою очередь, обещает за это приемлемую для покупателя цену, таким образом создавая встречное предоставление.

¹ См.: Restatement, Contracts § 90 (1932).

² 440.1201 Sec. 1201 (3), (11) UCC Michigan.

³ См.: McLean A. Unfair Contract Terms: An Interim Report / British Columbia Law Institute. Report № 35. P. 4.

⁴ См.: Kessler F. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*. 77 Harv. L. Rev. 401 (1963–1964).

Статья 431² ГК РФ о заверениях об обстоятельствах преследует ту же цель, что и американский обязательственный эстоппель. Помимо доктрины эстоппель, одним из способов защиты прав добросовестных субъектов купного отношения является конвалидация. Например, английский суд «исцелил» оспоримую сделку на основании деловой переписки сторон, где организатор торгов не только ссылался на проект будущего договора, но и разместил заказ на поставку угля в рамках данного договора, от которого в последующем хотел отказаться как от незаключенного соглашения¹. Эстоппель и конвалидация преследуют единую цель восстановления нарушенных прав пострадавшей стороны, но отличаются по применимой методике. Таким образом, конвалидация основывается на наделении добросовестной стороны правом на признание потенциально ничтожной сделки действительной, а эстоппель лишает недобросовестную сторону права ссылаться на недействительность сделки, которая исполнена добросовестной стороной, положившейся на обещание недобросовестной стороны². Иными словами, эстоппель и конвалидация – это две стороны одной медали.

Рассмотрим применение обязательственного эстоппеля на примере решения по делу «Фрахт Менеджмент против Карибской Цементной Компании»³. Верховный Суд США постановил, что «Карибская Цементная Компания» должна выплатить 330 000 долл. США морскому оператору «Фрахт Менеджмент» за нарушение устного обещания, данного в ходе торгов на морскую перевозку, на которое полагался истец. Ответчик (организатор торгов) сообщил истцу о победе в торгах и обещал заключить договор морской перевозки. При этом к тендеру в качестве одного из необходимых условий соблюдения был прикреплен стандартный договор морской перевозки, разработанный ответчиком. Вместе с коммерческим предложением истец предоставил подписанный стандартный договор, который, в свою очередь, еще

¹ См.: Brogden v. Metropolitan Railway Co (1876-77) L.R. 2 App. Cas. 666.

² См.: Егорова М. А. Конвалидация недействительных договоров на основании принципа estoppel в российском гражданском законодательстве // Юрист. 2014. № 1. С. 13–16.

³ См.: Freight Management Limited v Caribbean Cement Company Limited.

не был подписан ответчиком. Спустя продолжительное время организатор торгов сообщил истцу, что не собирается подписывать договор, так как принял решение использовать для перевозки автотранспорт как более выгодный на тот период времени. Тем не менее к тому времени истец уже понес затраты, так как зафрахтовал судно, основываясь на устном подтверждении победы в тендере, что, однако, отрицалось ответчиком.

С целью защиты прав добросовестного участника торгов в рассматриваемом деле американский суд использовал эстоппель. Предположим, что если бы данное дело решалось английским судом, то, вероятно, решение было бы принято исходя из доктрины тендерного договора. Действительно, истец предоставил коммерческое предложение, полностью отвечающее заявленным критериям тендера, которое было подтверждено организатором торгов, поэтому очевидно, что тендерный договор считается заключенным.

И в первом, и во втором случае основополагающую роль играют принципы справедливости и добросовестности – «фундамент» регулирования всех правоотношений, и в частности международных торгов.

Придание исковой защиты обещанию имеет одинаковый результат как в английской, так и американской судебной практике – восстановление нарушенных прав пострадавшей стороны. Однако основания происхождения правовой защиты отличаются в Англии и США, так как в первом случае рассматривается договор, а во втором – деликт¹. Действительно, в английском праве важно установить права и обязанности сторон по тендерному договору, а в американском – доказать, что действия виновной стороны повлекли ущерб для второго субъекта закупочного правоотношения. На наш взгляд, концепция тендерного договора более эффективна, так как доказывание ущерба (даже при его очевидном наличии) является сложным и долгим процессом.

При решении закупочных споров в Англии предпочтение отдается тендерному договору, а практика применения обязательственного эстоппеля

¹ См.: David V. Snyder. *Mixed Jurisdictions Compared: private Law in Louisiana and Scotland*.

противоречива и имеет определенные отличия от американской доктрины. Впервые в Англии обязательственный эстоппель был использован в решении по делу «Хьюс против Метрополитен Рейлвей»¹, после чего на долгое время забыт и вновь применен в деле «Централ Лондон Проперти Траст против Хай Триз Хаус»².

В английском праве для применения обязательственного эстоппеля в закупочных отношениях необходимо:

- 1) чтобы было дано очевидное обещание, выраженное словами или действиями;
- 2) доказательство изменения положения пострадавшей стороны по сравнению с первоначальным;
- 3) нарушение справедливости при несоблюдении данного обещания.

В Англии возможно применение разновидностей эстоппеля в зависимости от специфики закупочного спора. Например, лишение права на возражение по причине обоюдной ошибки в соглашении сторон (*estoppel by convention*) используется, как правило, для решения споров по тендерам в строительных проектах. Данный вид эстоппеля целесообразен, если в ходе переговоров в тендере или при заключении основного договора стороны допустили ошибку. В таком случае стороны обязаны соблюдать достигнутую в тендере договоренность, если понимание сделки обеими сторонами было одинаково³. А для лишения стороны права на возражение из-за ее предшествовавших действий (*estoppel of representation*) иск пострадавшей стороны по английскому праву должен отвечать следующим четырем условиям⁴:

- 1) установленный факт наличия обещания, выраженного действием или бездействием, устно или в письменной форме (например, объявление победы в тендере участнику);

¹ См.: Hughes v. Metropolitan Railway Co [1877].

² См.: Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] K.B. 130.

³ См.: Chartbrook Ltd and another v Persimmon Homes Ltd and another [2009] UKHL 38.

⁴ См.: Bower, Spencer. The Law relating to Estoppel by Representation. 2004.

2) доказательство, что на такое обещание было разумно полагаться в закупочном правоотношении сторон;

3) ущерб истца вызван тем, что он положился на полученное обещание;

4) принцип справедливости будет нарушен, если обещание не будет выполнено.

Далее суд проверяет наличие недобросовестных действий в фактическом составе дела (*test for unconscionability*), учитывая заведенный порядок отношений сторон и многие другие факторы, ключевыми из которых являются:

1) содержание обещания и каким образом оно было дано;

2) профессионализм сторон;

3) интерес субъектов в закупочном отношении;

4) сущность и цель закупочного отношения сторон;

5) позиция сторон по отношению друг к другу («рынок покупателя или продавца»);

б) действия обещавшей стороны по предотвращению нанесения или уменьшению предотвратимого ущерба пострадавшей стороне.

В американском праве существует лишение стороны права на возражение из-за ее предшествовавших действий (*equitable estoppel*), однако в отличие от английского *estoppel of representation* американский вид данного эстоппеля имеет деликтную сущность. Для применения *equitable estoppel* иск должен отвечать следующим условиям:

– факты умышленно ложно представлены или сокрыты при проведении торгов;

– корректная информация известна виновной стороне;

– намерение необоснованного и несправедливого обогащения за счет пострадавшей стороны закупочного отношения;

– пострадавшая сторона положила на предоставленную в тендере ложную информацию и поэтому понесла ущерб;

– доказательства действий виновной стороны (подразумеваемые факты недопустимы).

Как в американском, так и английском праве ведется дискуссия о том, что имеет преимущественную силу в эстоппеле: действия обещавшего субъекта или восприятие их вторым субъектом правоотношения¹. Полагаем, что целесообразна «золотая середина», когда важное значение имеют как действия, так и их восприятие, на основании которого второй субъект правоотношения полагается на данное ему обещание.

В Российской Федерации также применяется эстоппель, но пока еще не в разрешении тендерных споров. Интересным представляется определение эстоппеля, указанное в одном из судебных постановлений: «Эстоппель запрещает судебную защиту требований, идущих вразрез с соглашениями, достигнутыми сторонами и соблюдаемыми ими длительное время»².

На наш взгляд, эстоппель целесообразно активно применять для регулирования международных торгов. При этом отметим точку зрения Н. Ю. Ерпылевой, которая справедливо указывает, что эстоппель следует использовать для предупреждения лишь существенных злоупотреблений³. В противном случае, возможны «зеркальные» злоупотребления, например неправомерное оспаривание результатов международных торгов проигравшим участником с использованием эстоппеля. Другими словами, с целью оспорить результаты торгов проигравший участник может сослаться на якобы достигнутые сторонами договоренностями, например в ходе переговоров или сложившейся практики делового оборота, если данный участник и организатор уже имели опыт долгосрочного сотрудничества. Фактически же основания для использования эстоппеля отсутствуют, что будет установлено в ходе судебного рассмотрения.

¹ См.: Feinman J. M. The Last Promissory Estoppel Article // Fordham Law Review. 1992. Vol. 61. Issue. 2. P. 303–316.

² Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2014 № 13АП-27162/2014 по делу № А56-25901/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Ерпылева Н. Ю. Понятие, источники и принципы международного гражданско-процессуального права // Законодательство и экономика. 2012. № 3. С. 59–69.

В целом к оспариванию торгов следует подходить весьма осторожно во избежание нарушения прав добросовестного победителя. Поэтому О. А. Беляева верно отмечает, что оспариваться должны не торги, а неправомерные действия организатора торгов¹.

Таким образом, правовая природа эстоппеля вытекает из добросовестной последовательности² в поведении субъекта международных торгов, что способствует стабильности и устойчивости делового оборота. С целью эффективного применения принципа эстоппель в регулировании международных торгов предлагаем выработать универсальный подход на основании правовой сущности эстоппеля, нежели чем дробить его на отдельные виды. Так, в английской судебной практике встречаются дела, в которых истец ссылается на применение одновременно нескольких видов эстоппеля³. Полагаем, что в отношении международных торгов эффективнее ограничиться общим подходом (необходимость добросовестного постоянства в поведении субъектов торгов).

Итак, для разработки норм регулирования международных торгов за основу необходимо взять ключевые принципы торгов, рассмотренные нами в гл. 1 диссертации.

Проанализированная нами судебная практика по тендерным спорам Англии, США и Канады показывает, что торги должны быть конкурентными (дело «Хармон Фасадес против Палаты Общин»), справедливыми (дело «Р. против Рон Инжиниринг энд Констракшен»), а также соответствовать принципу «лучшей ценности» (дело «Акме Билдинг энд Констракшен против Ньюкасл»).

¹ См.: Беляева О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 215.

² См.: Седова Ж. И., Зайцева Н. В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014.

³ См.: England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions // Steria Ltd & Ors v. Ronald Hutchison & Ors [2006] EWCA Civ 1551 (24 November 2006) [Электронный ресурс]. URL: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1551.html.

Принцип добросовестности является основой доктрины эстоппель и тендерного договора (дело «Фрахт Менеджмент против Карибской Цементной Компании»).

Положения о закупках международных организаций также построены на рассмотренных нами ключевых принципах, в частности разумности и прозрачности. Так, Всемирный Банк допускает отклонения от своих закупочных стандартов в публично-частных партнерствах, если такие отклонения целесообразны и разумны для ускорения сроков реализации инвестиционных проектов, а имеющаяся политика по закупкам публично-частного партнерства предусматривает наличие прозрачного тендерного процесса. При этом Всемирный Банк оставляет за собой право проводить проверки закупочной деятельности данных лиц в рамках «комплаенс». Ключевым вопросом для принятия решения о допустимости использования закупочного стандарта заемщика является соответствие этого стандарта основным принципам торгов Всемирного Банка¹.

Следующий инструмент регулирования международных торгов – это коллизионные нормы. Из традиционных критериев формирования коллизионных норм (домицилий субъектов отношения; место возникновения, изменения или прекращения отношения; наиболее тесная связь)², на наш взгляд, для регулирования международных торгов наиболее эффективен субъектный подход – определение применимого права по личному закону организатора торгов. Применение территориального подхода может оказаться затруднительным, так как торги могут быть организованы в электронной форме в сети Интернет и (или) переговоры по торгам могут проводиться в несколько раундов в разных странах. Применение наиболее тесной связи с правоотношением также весьма затруднительно: торги могут проводиться «штаб-квартирой» ТНК, зарегистрированной в юрисдикции X, в стране Y среди участников стран A, B, C для выбора контрагента для реализации работ в стране Z.

¹ См.: Use of Country Systems in Bank-Supported Operations: Proposed Piloting Program. World Bank. 2008.

² См.: Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М.: Статут, 2011. С. 23.

В заключение отметим, что формирование норм регулирования международных торгов должно происходить на наднациональном уровне, а не только в рамках национального гражданского законодательства, с нормами которого могут не согласиться иностранные субъекты закупочного отношения. Так, разработка Типового закона ЮНСИТРАЛ и создание органа по рассмотрению тендерных споров на базе ЮНСИТРАЛ могут быть одним из направлений для решения правовых проблем международных торгов.

§ 2. Злоупотребления правом в международных торгах

Проиллюстрируем примеры злоупотребления правом в международных торгах для доказательства необходимости устранения правовой неопределенности закупочных отношений с иностранным элементом и обеспечения надлежащей защиты прав добросовестных субъектов данных отношений. Рассматриваемые злоупотребления характерны не только для международных торгов, но и публичных закупок, а также закупок коммерческих юридических лиц. Независимо от субъектного состава закупочные отношения имеют единую сущность, а отличия заключаются в нормативном регулировании, которое детально регламентирует публичные закупки и предусматривает некоторые инструменты для защиты прав субъектов коммерческих закупок. К сожалению, на данный момент закупочные отношения, осложненные иностранным элементом, имеют наиболее неопределенный правовой статус. Поэтому, используя аналогию права, в качестве решения проблемы злоупотребления правом в международных торгах в некоторых примерах мы приводим судебную практику Англии, США и Канады, а также некоторые инструменты устранения злоупотреблений в публичных закупках.

Такой подход – имплементация инструментов противодействия злоупотреблениям, выявленным в смежных сферах правоотношений, – видится вполне оправданным.

Итак, рассмотрим разные виды злоупотреблений правом в международных торгах и систематизируем их. Для целей систематизации адаптируем предложенную Р. Иерингом классификацию оснований для наступления преддоговорной ответственности:

- 1) невозможность заключения договора;
- 2) невозможность исполнения договора;
- 3) порок воли стороны при заключении договора¹ следующим образом:
 - а) порок воли при проведении торгов,
 - б) злоупотребления при заключении основного договора²,
 - в) злоупотребления при исполнении основного договора.

Порок воли при проведении торгов содержится в большинстве приведенных нами злоупотреблений правом: нарушение условий о конфиденциальности, промышленный шпионаж, несанкционированное распространение информации при увеличении фактических участников торгов, неравное информирование участников тендера, сокрытие необходимой информации, введение в заблуждение, скрытый процесс выбора победителя в тендере, изменение квалификационных требований для участников тендера после начала тендера, нарушение конкуренции, ограничение конкуренции, манипулирование ценами на торгах, использование недобросовестных посредников, конфликт интересов организатора и участника торгов, конфликт интересов с аутсорсинговой закупочной компанией, нарушение сроков проведения торгов, запрос предложений без цели заключения договора, препятствование проведению торгов, неправомерные повторные торги; злоупотребление получением образцов продукции в тендере; манипуляции с представительством на торгах, затягивание срока заключения основного договора, отказ от заключения договора, несоблюдение паритета в тендерной комиссии организатора тендера, неправомерное оспаривание результатов торгов.

¹ См.: Ihering R. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertragen* // *JherJb* 4 (1861) I-112. Цит. по: Бекленищева И. В. Указ. соч. С. 147.

² Так как получение и предоставление взятки являются уголовными преступлениями (ст. 204, 290, 291 Уголовного кодекса РФ), проблемы коррупции не рассматриваются нами в приведенной системе злоупотреблений.

Рассмотрим подробнее данные злоупотребления.

Нарушение условий о конфиденциальности как организатором, так и участниками международного тендера. Например, до начала торгов соглашение о конфиденциальности еще не подписано, в тендерном процессе стороны обмениваются конфиденциальной информацией, а затем при неправомерном раскрытии конфиденциальной информации одной из сторон у пострадавшей стороны отсутствуют какие-либо инструменты правовой защиты. И это при том, что споры о нарушении конфиденциальности даже при наличии подписанного сторонами соглашения достаточно сложно разрешаются в суде: начиная от оценки понесенного ущерба из-за разглашения конфиденциальной информации и заканчивая доказательствами факта разглашения.

В тендере с иностранным элементом данная проблема усложняется вовлечением в закупочное правоотношение третьих взаимосвязанных лиц. Например, при проведении международного тендера «штаб-квартира» ТНК (организатор тендера) и участники тендера подписали соглашения о конфиденциальности. Однако неправомерное раскрытие конфиденциальной информации было осуществлено третьим взаимосвязанным лицом, не являющимся подписантом вышеуказанных соглашений. Так, российское подразделение ТНК пострадало от раскрытия агентом победившего в международном тендере поставщика конфиденциальной информации об инновационной, но еще не запатентованной разработке организатора торгов. В результате чего конкурент пострадавшей стороны воспользовался идеей и первым выпустил на российский рынок инновационный товар. Основания подачи иска пострадавшей стороной, ответчик (подписант соглашения о конфиденциальности или агент, раскрывший конфиденциальную информацию, с которым отсутствовали договорные отношения) и подсудность дела (инновационный продукт разработала «штаб-квартира» ТНК, а ущерб понесло российское подразделение), к сожалению, не очевидны.

Решением рассматриваемой проблемы может быть включение соглашения о конфиденциальности в тендерную документацию в виде договора

присоединения. Подавая заявку на участие в тендере, участник принимает условия конфиденциальности.

Промышленный шпионаж связан с нарушением сторонами обязательства сохранения конфиденциальности, но усугубляется еще и намеренными действиями одной из сторон по получению конфиденциальной информации с целью дальнейшего ее неправомерного использования. Например, участник торгов подписывает соглашение о конфиденциальности и предоставляет заведомо «непроходное» коммерческое предложение с целью получения доступа к тендерной документации организатора торгов, где содержится информация об инновациях (чертежи, технические задания с описанием разрабатываемой модели, концепции, рецептуры и т.д.). Так как доказать вину такого участника достаточно тяжело, а убытки и упущенная выгода организатора торгов могут исчисляться миллионами долларов, некоторые компании вынуждены сужать конкурентный список участников торгов. Именно по этой причине ТНК Apple проводит торги только среди закрытого списка заранее одобренных долгосрочных поставщиков¹.

Недобросовестное поведение участников – объективная причина для снижения уровня прозрачности и состязательности торгов в целях противодействия рассматриваемому злоупотреблению.

Для недобросовестных участников международных торгов представляет интерес сбор информации о стратегических планах закупок ТНК на нескольких рынках, включая коррекцию цен для усиления конкурентного положения ТНК в определенных странах. Так, закупка на одном рынке может осуществляться с заведомым убытком для ТНК, чтобы компенсировать чрезмерно низкую цену участника торгов на другом рынке. Однако полагаем, что для международных торгов проблематична информационная открытость закупки, которая имеет место при проведении публичных закупок, где организатор обязан размещать в открытом доступе не только информацию о конкретной закупке, но и планы закупок, включая инновационные проекты, что

¹См.: www.apple.com/procurement.

вызвано общественной значимостью публичных закупок и весомой коррупционной составляющей. Поэтому, на наш взгляд, в отношении международных торгов должна быть повышена открытость и прозрачность путем размещения положений о закупках ТНК в открытых источниках. При этом планы закупок размещать не требуется с целью защиты конфиденциальности.

Необходимость разработки механизма обеспечения справедливой конкуренции в международном масштабе по-прежнему остается актуальной. В то же время регулирование международной конкуренции в международном частном праве является комплексной проблемой, достойной отдельного диссертационного исследования.

Несанкционированное распространение информации при увеличении фактических участников торгов. Данный вид злоупотребления связан с выше рассмотренным нарушением условий о конфиденциальности, а также использованием недобросовестных контрагентов в цепочке поставок. Такое злоупотребление, как правило, возникает в маркетинговых закупках, когда организатор торгов приглашает в тендер рекламные агентства, не являющиеся прямыми производителями. Например, организатор тендера разработал маркетинговую программу, которая предполагает использование определенного вида промо-сувениров. Участник данных торгов направил запрос цен (тендер на субподряд) широкому кругу контрагентов, один из которых передал данные конкуренту организатора тендера и распространил на рынке искаженные сведения о маркетинговой программе, нанеся ущерб ее последующей эффективности, потому что конкурент успел реализовать похожую программу раньше организатора торгов, а последующая активность организатора позиционировалась на рынке как копирование идеи лидера (того самого конкурента).

В случае наличия подписанного соглашения о конфиденциальности между организатором торгов и контрагентом, увеличившим фактическое количество участников тендера, что привело к неправомерному раскрытию конфиденциальной информации, организатор вправе рассчитывать на дого-

ворную ответственность виновной стороны, если применяется российское гражданское право.

Неравное информирование участников торгов нарушает справедливую конкуренцию. С целью обеспечения победы определенному участнику тендера организатор может предоставить ему больше информации по сравнению с другими участниками; косвенно или явно обозначить «проходную» цену, тогда как остальные участники будут предоставлять свои предложения «вслепую». Наоборот, участнику, победа которого в тендере нежелательна, организатор может создать сложные условия, преподнося информацию, якобы усугубляющую сделку, и стремясь, чтобы данный участник повысил цену по уже поданному им коммерческому предложению. Другими словами, организатор умышленно дискриминирует участников торгов и создает благоприятные условия желаемому победителю.

Соккрытие необходимой информации связано с рассмотренными выше злоупотреблениями, но в отличие от нарушения конфиденциальности, выражается в несообщении достоверной или сообщении недостоверной информации в ходе проведения торгов, что впоследствии наносит ущерб второму субъекту закупочного правоотношения. В каждом деле английский суд определяет степень необходимого раскрытия информации, учитывая наличие разумного предпринимательского риска у сторон закупочного правоотношения. Так, в решении по делу «Диллингхэм Констракшенс против Даунс»¹ суд не удовлетворил требование истца, руководствуясь прецедентом «Хедли Байн против Хеллер энд Партнерс»². Истец настаивал на возмещении ущерба организатором торгов, так как последний не указал в тендерной документации наличие сложных ландшафтных условий, что повлекло дополнительные затраты у истца при исполнении договора, заключенного по итогам торгов. Суд постановил, что, согласно тендерной документации, ландшафтные условия должны были самостоятельно оцениваться участниками, и, хотя ответчик

¹ См.: *Dillingham Constructions v Downs*.

² См.: *Hedley Byrne v Heller & Partners*.

и знал о сложном ландшафте, сообщение об этом в тендере ослабило бы переговорную позицию организатора торгов и привело бы к более высоким ценам в коммерческих предложениях. Тогда как участник торгов, будучи предпринимателем, осознанно пошел на риск, в достаточной степени не проанализировав условия ландшафта при предоставлении коммерческого предложения, и поэтому не может рассчитывать на возмещение затрат. В российском гражданском праве намеренное умолчание о необходимой к раскрытию информации считается обманом, а сделка, совершенная под влиянием обмана, недействительна (ст. 179 ГК РФ). Если спор по международным торгам решается по российскому праву, то проблема рассматриваемого злоупотребления будет решена путем применения норм ст. 179 ГК РФ, например в случае сокрытия информации организатором торгов с целью получения более низких ценовых предложений от участников тендера.

Введение в заблуждение. Как правило, в строительных проектах при расчете тарифов за единицу при вероятном изменении объема работ в будущем участник торгов намеренно может занижить предлагаемые им тарифы, планируя компенсировать разницу стоимостью дополнительных работ, а также повышенным уровнем тарифов, которые не квотировались в тендере.

«Зеркальное» злоупотребление организатора торгов выражается в представлении фактов таким образом, чтобы участник тендера заключил основной договор, который окажется для него невыгодным¹. В английском праве для защиты своих прав в таких случаях пострадавшая сторона в качестве средства правовой защиты может использовать Акт о введении в заблуждение². Согласно п. 2 (2) данного Акта в зависимости от характера введения в заблуждение (по неосторожности или умышленно) заключенный договор аннулируется или нарушившее лицо компенсирует убытки пострадавшей стороне.

Чтобы проиллюстрировать разницу между умышленным введением в заблуждение и введением в заблуждение по неосторожности, рассмотрим

¹ См.: *Esso v Mardon*.

² См.: *Misrepresentation Act 1967*.

следующий пример. В решении по делу «Бейнс Хардинг Констракшен энд Руфинг против МакКреди Ричмонд энд Партнерс»¹ суд признал вину ответчика (организатора торгов) за понесенные истцом убытки, вызванные отсутствием в тендерной документации одной из страниц спецификации. Данная вина, по определению суда, является солидарной, потому что до предоставления своего коммерческого предложения, руководствуясь здравым смыслом, участнику торгов было необходимо убедиться в корректности и полноте тендерной документации.

В случае конкретизации ст. 153 ГК РФ, предлагаемой нами в гл. 3 диссертации, к закупочным отношениям сторон будет возможно применение ст. 178 ГК РФ с целью защиты от неправомерного введения стороны в заблуждение (например, намеренное сокрытие части информации организатором торгов с целью получения более выгодных предложений от участников торгов).

При применении доктрины тендерного договора решение приведенной проблемы в международных торгах можно получить, применив п. 2¹ ст. 434¹ ГК РФ.

Скрытый процесс выбора победителя в тендере возможен, когда квалификационные критерии, озвученные в тендере, могут толковаться субъектами торгов по-разному, так как их формулировка носит общий характер. Например, «лучшая ценность», рассмотренная нами в гл. 1 настоящего исследования. Так, два участника торгов на строительство моста, проведенного Департаментом Транспорта штата Миннесота (США), МакКроссан и Амес-Лунда подали административный протест на результаты тендера, потому что их коммерческие предложения были самыми низкими по цене и наиболее привлекательными для организатора торгов по предложенным срокам реализации строительного проекта. Однако, согласно присужденным тендерной комиссией баллам за «надежность, эстетичность, качество и общественную вовлеченность»², договор был заключен с участником тендера, предложившим

¹ См.: Bains Harding Construction & Roofing (Aust) Pty Ltd v McCredie Richmond & Partners Pty Ltd.

² I-35W Bidders Question «Best Value» Protocol. Tudor Van Hampton. 24.09.2007.

цену на 57 млн долларов США выше, а срок реализации проекта на 70 дней дольше, что, учитывая техническую экспертизу МакКроссан и Амес-Лунда, не может компенсировать по баллам столь существенную разницу в цене и сроке – по мнению юристов фирмы «Fabyanske, Westra, Hart & Thomson», представлявшей интересы МакКроссан и Амес-Лунда в административном протесте. На наш взгляд, сторонам следовало обратиться в суд вместо действий в административном порядке, которые в итоге не привели к успеху.

Также спорным является решение по делу «Генри Форд, Ниссан Ирландия и Мотор Дистрибьюторс против Офиса публичных работ»¹, где, ссылаясь на скрытый процесс выбора победителя в закрытом тендере, истец требовал предоставить ему все тендерные документы, включая коммерческие предложения других участников. Несмотря на доводы организатора торгов о возможном нарушении конфиденциальности и конкуренции при открытии цен, предоставленных участниками в закрытых торгах, и последующем негативном эффекте в будущих торгах, когда участники не пожелают открывать свои цены конкурентам, а следовательно, откажутся от участия в тендерах, сократив конкурентный выбор ответчика, суд посчитал, что возможный ущерб истца, а также ущемление публичных интересов при непрозрачном тендерном процессе имеют преимущественное значение (§ 93 решения по рассматриваемому делу). Мы не можем полностью согласиться с данным решением суда, так как при проведении закрытых торгов субъекты закупочного отношения рассчитывают на определенную конфиденциальность коммерческих вопросов. Поэтому анализировать коммерческие предложения участников должен не их конкурент, а суд.

Изменение квалификационных требований для участников начатых торгов. Если по каким-либо причинам организатор не желает заключать договор с участником, предложение которого в полной мере отвечает озвученным в начале тендера критериям, он на свое усмотрение меняет критерии

¹ См.: Case 98049, 98056, 98057 – Henry Ford & Sons Ltd, Nissan Ireland and Motor Distributors Ltd and The Office of Public Works.

таким образом, чтобы в тендере победил другой участник. Злоупотребления по определению квалификационных критериев могут происходить и до начала торгов, когда организатор устанавливает критерий выбора победителя таким образом, чтобы победителем оказался единственный участник, который соответствует заданному критерию¹.

Рассмотрим изменение квалификационных требований для участников тендера после начала тендера на примере торгов на разработку и производство подарочной упаковки для пищевой продукции. Каждому озвученному в тендере критерию (цена, срок, качество) был присвоен вес в процентах, и участник № 2 должен был победить в торгах (см. табл. 1). Однако организатор добавил новый критерий «креативность конструктива упаковки», присвоив ему больший вес в процентах и распределив остальные критерии таким образом, чтобы победителем оказался участник № 3 (см. табл. 2).

Таблица 1

Первоначальное распределение результатов тендера

Критерий	Вес критерия, %	Коммерческие предложения		
		Участник 1	Участник 2	Участник 3
Цена	45	100 руб.	150 руб.	200 руб.
Срок поставки	30	1,5 месяца	1 месяц	1,5 месяца
Качество	25	соответствует	выше, чем стандартное	соответствует
Рейтинг		2	1 (победитель)	3

¹ См.: Решение Федеральной антимонопольной службы России от 16.04.2012 по делу № К-616/12 «О нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов» // СПС «КонсультантПлюс».

Измененное распределение результатов тендера

Критерий	Вес критерия, %	Коммерческие предложения		
		Участник 1	Участник 2	Участник 3
Креативность конструктива упаковки	45	стандартный конструктив	стандартный конструктив	конструктив с элементами креатива
Цена	30	100 руб.	150 руб.	200 руб.
Срок поставки	20	1,5 месяца	1 месяц	1,5 месяца
Качество	5	соответствует	выше, чем стандартное	соответствует
Рейтинг		3	2	1 (победитель)

В рассматриваемом нами примере организатор недобросовестно добавил новый критерий, который к тому же носил субъективный характер, а методика распределения весов каждого критерия носила примерный характер и не детализировалась в регламенте по закупкам организатора тендера. В гл. 1 диссертации проанализирована выборка регламентов по закупкам некоторых ТНК с целью уяснения их полноты, прозрачности и эффективности.

Во избежание рассмотренного злоупотребления организатор тендера должен закрепить в тендерной документации критерии выбора победителя и их вес до начала тендера¹ либо вовсе воздержаться от применения балльных оценок для выбора победителя в торгах.

В публичных закупках использование объективно не измеряемых требований является нежелательным. Аналогичной позиции придерживается Всемирный Банк, считая качественную оценку коммерческих предложений в принципе неприемлемой, так как она всегда будет содержать субъективизм².

¹ См.: Letting International Ltd v London Borough of Newham (2008).

² См.: Requirements for Local Procurement in Borrowing Countries [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/localproc.pdf>.

Европейский Банк Реконструкции и Развития публикует в тендерной документации критерии выбора победителя на торгах и порядок их измерения¹.

Так как в закупках существуют категории с субъективной оценкой качества, особенно в сфере услуг и маркетинга, на наш взгляд, оценка данных критериев все же необходима для принятия решения на торгах. Во избежание злоупотреблений критерии должны устанавливаться до начала торгов и до формирования списка участников. В формировании критериев и их бальной оценки следует принимать коллегиальное решение, привлекая независимых экспертов при необходимости.

Интересна точка зрения С. Е. Барыкина и И. И. Константинова о неточном и двусмысленном определении критериев выбора победителя в тендере, что порождает злоупотребления субъектов закупочного отношения². В качестве решения авторами предлагается использовать методы математического моделирования. В случае применения данного решения важно не перейти грань между эффективностью и регулированием и не превратить закупочную деятельность в механическое следование инструкции и математическому алгоритму.

В случае, если организатором торгов не принят локальный нормативный акт о закупках, либо в его тексте отсутствует порядок выбора участников тендера, либо условия данного акта не доводятся до сведения участников торгов, вышеуказанные злоупотребления возможны в деловом обороте, а средства правовой защиты от них почти отсутствуют в отношении международных торгов.

Проводя параллель с публичными закупками, следует обратить внимание, что обеспечение справедливого тендерного процесса, включая определение критериев выбора победителя, является обязанностью организатора торгов³, а в международных торгах организатор по своему усмотрению вполне может провести управляемые торги, прервать или поменять тендерные ус-

¹ См.: Типовая документация для предварительного квалификационного отбора участников торгов. Руководство по проведению предварительного квалификационного отбора (предварительной квалификации) участников торгов. Июнь 2012 г. С. 12.

² См.: Барыкин С. Е., Константинов И. И. Указ. соч.

³ См.: *Martel Building Ltd v Canada* (2000), mentioned in *Tercon Contractors Ltd v British Columbia* (2010).

ловия. В американском праве данная проблема решается путем доказывания нарушения принципа добросовестности закупающей стороной, если нарушены четыре критерия: субъективная честность; следование общепринятым правилам добросовестности в деловом обороте; соблюдение корпоративных стандартов и актов; честность по отношению к работодателю (отсутствие конфликта интересов)¹. Полагаем, что американский подход возможен для применения и в международных торгах.

Рассматриваемое злоупотребление следует отличать от ситуации, когда организатор торгов принимает решение в рамках озвученных участникам параметров и их процентного веса, особенно по неценовым критериям (техническая экспертиза, управленческие навыки и др.). Так, в деле «Пратт Контракторс против Транзит Новая Зеландия»² суд отклонил иск участника торгов, подтвердив, что процесс оценки неценовых критериев организатором был проведен справедливо с должным составом квалифицированной тендерной комиссии. Ф. А. Тасалов отмечает, что в американском законодательстве о закупках удалось достичь баланса между обеспечением справедливой конкуренции и ее допустимым ограничением в необходимых случаях³.

В Руководстве ЮНСИТРАЛ по разработке национальных регламентов в рамках типового закона о закупках видится уместным предусмотреть прозрачный процесс оценки по неценовым критериям коммерческих предложений участников торгов (профессионализм персонала участника в тендере на разработку результата интеллектуального труда, создание рецептуры лекарственного препарата и др.) с возможным применением примеров для понимания методики, так как исчерпывающий список неценовых критериев невозможен, вследствие специфики разных категорий закупки.

Нарушение конкуренции. В случае многоконтрактных тендеров, которые рассмотрены в гл. 1 диссертации, конкуренция может нарушаться органи-

¹ Eisenberg M. A. The Duty of Good Faith in Corporate Law. 31 Del. J. Corp. L. (2006).

² См.: Pratt Contractors Ltd v Transit New Zealand (2002).

³ См.: Тасалов Ф. А. Контрактная система в сфере государственных закупок России и США (сравнительно-правовое исследование): монография. М., 2014. С. 24.

затором торгов путем навязывания участникам торгов обязательного «пакетного» условия, впоследствии нарушающего конкуренцию на одном из географических рынков. Как было сформулировано в американском прецеденте «Албилло против Интермодал Контейнер Сервисез»¹, для установления факта нарушения конкуренции истцу необходимо доказать, что действие ответчика было противоправным, несправедливым (ущерб истца превышает выгоду от сделки) или умышленным нанесением вреда (введение истца в заблуждение).

Рассматриваемое злоупотребление запрещено п. 3 ст. 17 Закона о защите конкуренции, если «пакетное» условие состоит из технологически и функционально не связанных лотов. Проблема лишь в том, что к международным торгам может не применяться Закон о защите конкуренции, если применимо право иной юрисдикции. В гл. 3 диссертации мы предлагаем решения данной проблемы.

Организатор торгов может ограничивать конкуренцию, не допуская к тендеру новых участников. Это может быть обусловлено нежеланием и (или) недостатком времени у организатора на проведение предварительной квалификации новых участников. Поэтому проблему следует решать в рамках трудовых отношений (например, указав в должностной инструкции специалиста по закупкам обязанность по привлечению и оценке потенциальных контрагентов) и корпоративного права (порядок выбора участников тендера и ответственность за его нарушение, указываемые в локальном нормативном акте о закупках юридического лица). При проведении закрытого тендера потенциальный участник, которому отказано в приглашении на торги, не вправе оспаривать решение организатора (см. пример выше о ТНК Apple), даже если в полной мере отвечает квалификационным требованиям, необходимым для участия в тендере.

«Штаб-квартира» ТНК может навязывать своим зарубежным подразделениям определенных контрагентов для участия в тендерах и (или) заключения договоров по итогам международных торгов, проводимых «штаб-

¹ См.: *Albillo v. Intermodal Container Services, Inc.* (2003) 114 Cal.App.4th 190, 206.

квартирой», тогда как определенным подразделениям ТНК выгоднее размещать заказы у локальных поставщиков. Ограничение доступа локальных поставщиков к международным тендерам мотивировано глобальной стратегией по закупкам, разрабатываемой «штаб-квартирой» с целью достижения наилучшего экономического эффекта для ТНК в целом, а не для отдельных подразделений в частности. Так как многие виды отраслей в России перешли под контроль ТНК, и отечественному производителю достаточно тяжело конкурировать с крупными зарубежными гигантами, имеет смысл законодательно предусмотреть необходимый процент закупки у российских производителей по отношению к общему объему закупаемой продукции российскими юридическими лицами с иностранными инвестициями, занимающимися в России производственной деятельностью. Или более мягкий вариант – разработать налоговые льготы при размещении заказов у отечественных производителей. Другими словами, законодательные изменения такого плана должны стимулировать заказчиков организовывать закупки у отечественных производителей и (или) малого и среднего предпринимательства, так как это дает экономические выгоды, а не страх нарушить закон.

Организатор торгов может намеренно или по неосторожности раскрыть информацию об одном участнике торгов другому участнику, являющемуся конкурентом первого (например, о запуске нового, еще не анонсированного на рынке продукта, покупке или продаже определенных активов), которая, хотя и не имеет отношения к тендеру, но может нанести вред одной из сторон (например, конкурент выйдет на рынок с новым продуктом первым, хотя идея продукта была разработана другой компанией).

Наконец, организатор может своими незаконными действиями способствовать признанию торгов несостоявшимися, чтобы иметь возможность заключить договор с единственным поставщиком или иным образом скорректировать критерии выбора под желаемого победителя.

Не только организатор, но и участники закупочных отношений могут нарушать конкуренцию. Так, в ходе открытого аукциона на закупку подряд-

ных работ участники договорились о подаче предложений с завышенными ценами и последующем перераспределении прибыли между победившим в аукционе контрагентом и другими участниками, координируя предоставление цен в тендере в согласованном диапазоне (cover price)¹.

Также возможна подача коммерческих предложений разными участниками, которые связаны через одно физическое лицо (учредитель или иное лицо, управляющее активами неформально).

И наконец, участник торгов может предложить заниженную (убыточную, демпинговую) цену с целью недопущения заключения договора между организатором и конкурентом данного участника, что выгодно недобросовестному контрагенту даже с учетом потери внесенного задатка из-за отказа заключать договор. В международных торгах демпинговая цена используется в недобросовестной конкурентной борьбе с локальными поставщиками и (или) для завоевания доли рынка. Поэтому противоядие демпингу следует искать в нормах о защите конкуренции. Однако далеко не во всех случаях пострадавшая сторона может обратиться в Федеральную антимонопольную службу. Так, в соответствии с ч. 10 ст. 3 Закона о закупках возможно обжалование действий заказчика, но не участника закупки, причем по закрытому перечню случаев. В отношении международных торгов российское гражданское законодательство и вовсе может оказаться неприменимым, а решение Федеральной антимонопольной службы – ничего не значащим для иностранного контрагента. Решение данной проблемы мы предлагаем в гл. 3 диссертации.

Ограничение конкуренции. В ряде стран предусмотрен особый порядок регулирования международных торгов с целью контроля иностранных инвестиций и стимулирования национальной экономики. Так, в некоторых странах Азии может требоваться обязательное привлечение местного персонала к выполнению работ иностранным подрядчиком, а в Египте и Омане участие зарубежных компаний в тендерах определенных категорий возможно

¹ См.: Case CE/4327-04: Bid rigging in the construction industry in England, paragraph III. 74. P. 357.

только через местных посредников¹. Полагаем, что если законодательные требования об ограничении конкуренции заранее известны субъектам закупочного отношения, злоупотребление правом отсутствует. Если же организатор международных торгов озвучивает требования (например, о найме местного персонала) после проведения торгов при заключении основного договора, то этим могут нарушаться права победившего в торгах участника, не знавшего об этих требованиях и не учитывавшего их при формировании своего коммерческого предложения на торгах.

Ограничение конкуренции также может происходить на этапе формирования технического задания к торгам. В частности, с привлечением организатором торгов инженерно-консультационных фирм к составлению технических спецификаций последние могут указывать в спецификациях определенные товарные знаки и типы оборудования без допущения их аналогов, стимулируя тем самым последующую закупку у ограниченного круга участников международных торгов. Данная практика встречается в международных торгах на строительство крупных инфраструктурных объектов².

Наконец, в случае если в торгах соревнуется ТНК с локальными участниками, у ТНК возможны более устойчивые деловые связи с иностранными производителями оборудования, нежели чем у российского конкурента. В таком случае ТНК может договариваться с производителями о более высоких ценах для своих конкурентов и (или) затягивании срока предоставления своих предложений, необходимых конкурирующему участнику для формирования своего предложения на международных торгах.

Манипулирование ценами на торгах. С целью победы на торгах участник занижает цену с последующей компенсацией затрат в ходе исполнения договора. Так, в международном тендере на поставку упаковочных материалов английский поставщик дал самую низкую цену, выиграв тендер, а затем компенсировал свои затраты на товарах и услугах, не уточненных в ходе тор-

¹ См.: Бедристова К. Н., Мисинева И. А. Международный опыт регулирования деятельности в сфере закупок // Актуальные проблемы авиации и космонавтики. 2014. Т. 2. № 10.

² См.: Недужий И. И. Указ. соч. С. 53.

гов, но необходимых для реализации договора с российским подразделением ТНК: стоимость и доставка образцов, затраты на сертификацию, доставку, значительное увеличение цены при заказе партии менее минимального размера (при этом минимальный размер партии не обсуждался на торгах) и т.д. В итоге общая стоимость сделки с английским поставщиком обошлась российскому подразделению ТНК существенно дороже, чем отечественный аналог¹. Манипулирование ценами следует отличать от демпинга: демпинг используется для недобросовестного захвата рынка.

Недобросовестному организатору выгодна высокая стоимость закупки с целью извлечения персональной выгоды (получение взятки) с суммы сделки в тендере. Поэтому такой организатор может ограничить доступ к закрытому тендеру профессиональных участников, пригласив непрофильные компании, в результате чего размер сделки будет существенно повышен. Например, средняя стоимость сделки по устройству бетонных полов объекта установленной площади составила 40 млн руб., а при участии неспециализированных компаний 110–130 млн руб., так как последние, будучи генподрядными организациями или строительными компаниями иного профиля, берут в субподряд специализированную компанию, добавляя к цене сделки свою маржу и согласованную с организатором «надбавку» (взятку). Такого рода нарушения следует устранять путем принятия локального нормативного акта по закупкам компании с эффективной процедурой предварительной квалификации потенциальных участников торгов и обеспечения им конкурентного и прозрачного доступа к проводимым торгам².

Использование недобросовестных посредников. В договорных отношениях, в том числе при планировании международных торгов, могут применяться сложные цепочки поставок, когда между организатором и участниками тендера находятся иные контрагенты (прямые производители, перевозчики, таможенные брокеры и т.д.), от действия или бездействия кото-

¹ Пример из практики автора.

² Пример из практики автора.

рых может пострадать организатор или участник тендера. Так, американская компания «Gibson Guitar Corporation» провела тендер на поставку изделий из эбенового дерева, в котором победил немецкий поставщик T.N. GmBH, соответствовавший квалификационным требованиям и предоставивший лучшее коммерческое предложение в тендере. Далее T.N. GmBH закупило эбеновое дерево у индийского оптового посредника, экспортировавшего товар из Индии и Мадагаскара. В результате реализации данного закупочного отношения «Gibson Guitar Corporation» было привлечено к ответственности в виде штрафа за нарушение американского закона Лейси¹, предусматривающего ответственность американского импортера продукции природного происхождения за нарушение законодательства страны экспорта товара, так как экспорт эбенового дерева запрещен в Мадагаскаре².

В современном деловом обороте распространено возложение ответственности на закупающую сторону за нарушения контрагентов в цепочке поставок. На наш взгляд, целесообразно рассматривать солидарную ответственность второго субъекта закупочного отношения – победившего в тендере участника, использующего посредников в цепочке поставок, так как несмотря на предварительную квалификацию контрагентов организатор торгов вправе рассчитывать на их законность и добросовестность в отношениях с посредниками. Как правило, организатор не знает всю цепочку поставок участников тендера, не будучи контрагентом посредников. Так, выбрав T.N. GmBH для поставки эбенового дерева, «Gibson Guitar Corporation» полагало, что данный участник тендера не только разбирается в эбеновом дереве, но и знает и соблюдает необходимые стандарты и нормативное регулирование внешнеэкономической деятельности.

К сожалению, наша точка зрения не является общепринятой, поэтому в договоре рекомендуется предусматривать положения об ответственности победившего в тендере участника и возмещении ущерба организатора торгов,

¹ См.: The Food, Conservation and Energy Act of 2008 amending the US Lacey Act.

² См.: www.justice.gov.

вызванного ненадлежащим действием или бездействием посредников контрагента.

Конфликт интересов организатора и участника торгов возникает в случае, если организатор является одновременно одним из участников проводимых им торгов¹. Так как полное совпадение юридических лиц слишком очевидно, на практике чаще встречается косвенное участие: например, организатор является соучредителем или одним из акционеров компании-участника.

На наш взгляд, оптимальное определение конфликту интересов дал Д. И. Дедов: «противоречие между интересами, которые защищены правом и должны быть удовлетворены действиями другого уполномоченного принципалом лица, и личными интересами этого уполномоченного»².

Мы можем рассмотреть закупочные отношения ТНК через призму представительства, например когда «штаб-квартира» является представителем подразделений, проводя для них торги. Анализируя отношения между представителем и представляемым, Д. И. Дедов привел интересный термин «раздвоение юридической личности»³. Действительно, именно такое «раздвоение» порождает многочисленные конфликты интересов в международных торгах: между учредителями совместного предприятия, являющимися как юридическими, так и физическими лицами из разных юрисдикций; между «штаб-квартирой» ТНК и ее подразделениями в других странах; между сотрудниками разных департаментов организатора торгов (например, между инженером, который разрабатывает техническое задание на закупку, и специалистом по закупкам, который проводит торги) и т.д.

Для решения проблемы конфликта интересов в международных торгах необходимо либо обеспечить единство юридической личности в рамках ТНК, что мы предлагаем в гл. 3 диссертации, либо проводить независимую экспертизу и контроль проводимых торгов с привлечением сторонних экспертов.

¹ См.: Дело Арбитражного суда г. Москвы № А40-17776/07-27-136.

² Дедов Д. И. Конфликт интересов. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 11.

³ Там же. С. 12.

Конфликт интересов с аутсорсинговой закупочной компанией может возникнуть в случае, если ТНК использует услуги сторонней закупочной компании-консолидатора на возмездной основе. Закупочная компания в рассматриваемом случае специализируется на консолидации аналогичных потребностей по категориям закупок разных клиентов и достижении экономии масштаба. Однако данная компания также заинтересована в собственной прибыльности и может намеренно завышать цены закупки в своих предложениях клиентам, которые, в свою очередь, могут считать полученные предложения самыми выгодными на рынке.

Таким образом, как в международном частном праве, так и в российском гражданском праве необходима конкретизация ответственности и порядок обеспечения прозрачности закупочной деятельности аутсорсинговых компаний. Данная проблема обозначена в Руководстве ЮНСИТРАЛ по разработке национальных регламентов в рамках типового закона о закупках¹, но только в отношении публичных закупок. В настоящее время наблюдается тенденция к централизации закупочного процесса. В частности, ст. 26 Закона о контрактной системе предусмотрена возможность создания централизованной закупочной организации, для регулирования которой также будет полезна рассматриваемая рекомендация.

Нарушение сроков проведения торгов может осуществляться организатором, выборочно продлевающим срок принятия коммерческих предложений для некоторых участников, нарушая принцип обеспечения равных условий, или несвоевременно рассматривающим вовремя полученные предложения участников. Вследствие продления принятия решения по тендеру из-за неявки членов тендерной комиссии на заседание или иных причин, вызванных действиями организатора, сделка в тендере подтверждается позднее и основной договор заключается в более позднюю дату, а сроки выполнения

¹ См.: Guidance on procurement regulations to be promulgated in accordance with article 4 of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement.

работы (услуги) участником, требуемой по условиям тендера, остаются при этом без изменений.

Запрос предложений без цели заключения договора. Организатор торгов может инициировать тендер для сбора коммерческой (включая конфиденциальную) информации с рынка, но не с целью последующего заключения договора по итогам тендера, а, например, для составления своего бюджета. Подобная практика носит название маневрирования тендерными предложениями (*bid shopping*) и считается недобросовестной в общем праве¹, если вводит в заблуждение участников. Однако иногда под *bid shopping* подразумевается запрос предложений с целью сравнения цен и установления рыночного уровня цены закупки. В последнем значении *bid shopping* допускается, в частности, Всемирным Банком в исключительных случаях по закупкам на сумму не более 100 тыс. долл.²

Следует отметить точку зрения английских судей о допустимости торгов, не имеющих цели последующего заключения договора (анализ рыночных цен, подготовительный этап перед основным тендером и др.), при условии соблюдения принципа добросовестности организатором торгов. Во избежание введения участников тендера в заблуждение организатору рекомендуется прямо указывать данную информацию в приглашении к тендеру, так как участники рассчитывают по итогам тендера заключить договор и используют время своего персонала на расчет цен и предоставление технических или иных требуемых в тендере решений, которые к тому же могут быть применены организатором после проведения тендера в своих целях. В общем праве запрос цен по простой спецификации не создает обязанности заключить договор в последующем, в отличие от сложных сделок, например в строительных проектах³. Таким образом, ключевыми принципами регулирования в данном случае являются разумность, прозрачность и справедливость.

¹ См.: *Twin City Mechanical v Bradsil (1967) Ltd* (1996) 31 C.L.R. (2d) 210.

² См.: <http://go.worldbank.org/R1JSD9VUV0>.

³ См.: *Pratt Contractors Ltd v Palmerston North CC* [1995] 1 N.Z.L.R. 469, HC.

Препятствование проведению торгов имеет место, если участник не имеет цели выиграть тендер, но стремится помешать добросовестным участникам и (или) организатору торгов. Данная проблема была выделена в опросе «26 актуальных проблем в контрактной системе»¹. Недобросовестные участники, заведомо зная, что не соответствуют требованиям ст. 31 Закона о контрактной системе, могут осуществлять демпинг и не нести за это ответственности, так как будут отклонены после проведения электронного аукциона. Логично предварительную квалификацию, к которой в том числе относится соответствие требованиям ст. 31 Закона о контрактной системе, проводить до начала аукциона во избежание нарушения прав добросовестных участников, которые, вынуждены предлагать свои лоты после «обрушения» начальной цены недобросовестным контрагентом. Однако данное решение может привести к ограничению конкуренции, если недобросовестным окажется организатор торгов.

Повторные торги. В случае если после проведения торгов поступает предложение ниже по цене, чем у победителя торгов, от лица, не участвовавшего в торгах, организатор аннулирует результаты торгов и инициирует новый тендер, устанавливая состав участников по своему усмотрению (при закрытых торгах). Количество повторных «раундов» тендера может быть неограниченным и, несмотря на позитивный экономический эффект для организатора, ставит участников торгов в затруднительное положение. Добросовестный участник торгов должен быть вправе получить подтверждение сделки в ожидаемый срок проведения торгов, если его коммерческое предложение оказалось лучшим на торгах по заранее объявленным критериям. Если же организатор меняет продолжительность торгов и состав участников, то нарушаются основополагающие принципы международных торгов: обеспечение организатором торгов равных справедливых условий участия и принцип прозрачности.

¹ См.: <http://ombudsmenzakupki.ru>.

Рассматриваемое злоупотребление может быть реализовано в виде повторных торгов или безосновательного продления торгов, что в любом случае нарушает права добросовестных участников закупочного отношения.

Злоупотребление получением образцов продукции в тендере. Для оценки качества и сопоставимости продукции, предлагаемой в тендере разными поставщиками, одним из условий участия в тендере может быть обязательное безвозмездное предоставление эталонного образца. При этом стоимость изготовления такого образца, как правило, значительно выше, чем аналогичная цена тиражного экземпляра. Так, при цене упаковки 25 руб./шт., цена эталонного образца 70 тыс. руб., т.е. в 2800 раз дороже¹. Организатор тендера в ходе его проведения может запрашивать дополнительные эталонные образцы (для отправки в другие подразделения ТНК и т.д.), а также без ведома участника торгов, который предоставил лучший образец, передать его образец другому участнику с более низкой ценой и в итоге заключить с ним договор.

В крупных международных торгах организатор может потребовать от участников бесплатной «тестовой» поставки партии товара в качестве своеобразной платы за доступ к участию в торгах. Организатор при этом не обязан заключать договор с участником, даже если товар «тестовой» партии соответствует всем необходимым параметрам качества. Полагаем, что данная практика ущемляет права участников торгов, если требование о поставке бесплатной партии товара озвучивается организатором на переговорах, а не указывается изначально в тендерной документации. Соблюдение таможенного и налогового законодательства также должно приниматься во внимание, ведь таможенные пошлины могут исчисляться от заниженной стоимости «тестовых» образцов, которые фактически идут на производство готовой продукции.

Манипуляции с представительством: как со стороны организатора, так и со стороны участников в ходе международных торгов может поменяться

¹ Пример из практики автора.

состав представителей на переговорах. Со стороны организатора может измениться состав делегации на представителей иных подразделений ТНК, чтобы на заключительном этапе переговоров повторно рассмотреть в свою пользу ранее согласованные на торгах условия. Участник также может поменять представителя, сославшись на недостаточность полномочий прежнего лица, даже если ранее предоставлялась доверенность на данное лицо в переговорах. Ситуация усугубляется отсутствием доверенности или иных формальных полномочий у представителя «штаб-квартиры» ТНК представлять интересы третьего взаимосвязанного лица, которое в итоге будет подписывать основной договор со стороны заказчика по итогам международных торгов.

Несоблюдение паритета в тендерной комиссии организатора торгов происходит в таких случаях, когда:

1) решение по выбору победителя в торгах принимается тендерной комиссией совместного предприятия, члены которой непропорционально представляют интересы учредителей (например, из трех учредителей совместного предприятия в тендерной комиссии участвуют представители только двух учредителей);

2) при принятии решения по международному тендеру не все члены комиссии присутствуют на заседании;

3) тендерная комиссия не исключает конфликт интересов: член(ы) комиссии заинтересован(ы) в принятии решения в пользу конкретного участника тендера из-за личных или иных не связанных с целью тендера причин. Например, во француско-российском совместном предприятии французские члены тендерной комиссии лоббировали принятие решения в тендере в пользу более дорогого предложения французского подрядчика, который реализовывал инвестиционные проекты французской ТНК в других странах, и закупка совместного предприятия была включена в суммарный оборот обсуждаемой ТНК и подрядчиком сделки (без ведома российской стороны).

О. А. Беляева отмечает, что одной из серьезных проблем отечественной судебной практики является установление фактов нарушения правил проведе-

ния торгов без учета «внутренней кухни» организатора торгов – порядка оценки и определения победителя на торгах¹. И это относится в основном к спорам по публичным торгам, тогда как международные торги и внутренние взаимосвязи между подразделениями ТНК остаются «за закрытыми дверями».

Неправомерное оспаривание результатов торгов. В крупной нефтесервисной компании, недавно объединившейся с рядом юридических лиц и находящейся на стадии организационных изменений, одним из подразделений был проведен тендер на закупку спецодежды, на основании которого был выбран поставщик, полностью отвечающий всем критериям, озвученным в тендере. Однако директор по закупкам, приступивший к своим должностным обязанностям до начала проведения вышеуказанного тендера и отвечавший за создание департамента централизованных закупок интегрированных компаний, был не согласен с результатами торгов и поручил центральному отделу закупок аннулировать тендер подразделения и инициировать новый тендер на консолидированную годовую потребность в спецодежде всех юридических лиц, аффилированных с данной компанией. Таким образом, тендерный договор, заключенный подразделением и победившим в первом тендере поставщиком, был нарушен. Опасаясь «поссориться» с крупным потенциальным заказчиком, поставщик, права которого были нарушены, не стал искать средства правовой защиты, приняв новые условия участия в новом тендере.

Отметим, что оспаривание результатов международных торгов может быть правомерным, но порядок оспаривания должен быть определенным по продолжительности времени. Так, по результатам рассмотрения жалобы Европейским Банком Реконструкции и Развития на выбор консорциума в международных торгах «Kyrgyz Republic: Bishkek Solid Waste» жалоба была признана обоснованной, так как организатор торгов выбрал победителя, нарушив критерии квалификации². Но процесс рассмотрения жалобы составил 7 меся-

¹ См.: Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 115.

² См.: Annual Procurement Review 2014. European Bank for Reconstruction and Development. June 2015. P. 31.

цев, что, на наш взгляд, является недопустимо длительным сроком в коммерческом обороте и влечет неблагоприятный экономический эффект как для организации-заемщика, вынужденной аннулировать заключенный договор, так и для участника торгов, который был неправомерно выбран организатором, но выполнил свои обязательства по тендерному договору. Другими словами, организатор выбрал победителем «не того» участника, а добросовестный контрагент, который не должен был победить, пострадает от аннулирования сделки. Поэтому при защите прав пострадавшей стороны (например, проигравший участник торгов) следует также принимать во внимание и права добросовестно выигравшего участника.

Сговор участников торгов, или картельный сговор, квалифицируется как нарушение законодательства о конкуренции в большинстве стран. Одним из решений, предупреждающих возникновение сговора в открытых торгах, является закрытие информации об участниках. Иными словами, доступ к тендерной документации и право подать коммерческое предложение имеют все откликнувшиеся участники, но они «не видят» друг друга, в том числе в аукционе¹.

Интересное решение предлагает В. С. Ем, указывая, что картельный сговор нарушает публичный интерес и права третьих лиц, что влечет ничтожность сделки согласно п. 2 ст. 168 ГК РФ².

Сговор возможен и между организатором и одним или несколькими участниками. Проблема «неконкурентных торгов» и их видов подробно изучена в трудах О. А. Беляевой³.

Злоупотребления при заключении основного договора включают: прекращение переговоров без уважительной причины, изменение существенных условий подтвержденного на торгах договора, навязывание кабальных условий до-

¹ См.: Porter R. H., Zona J. D. Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, Working Paper No. 4013, National Bureau of Economic Research, 1992. P. 8.

² См.: Ем В. С. О критериях ничтожности сделок в новейшем гражданском законодательстве России // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 160.

³ См.: Беляева О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 229. Она же. «Неконкурентные торги»: сущность, формы проявления и правовые последствия // Право и экономика. 2008. № 3.

говора, недобросовестная ссылка на ошибки в тендерной документации, затягивание срока заключения основного договора, отказ от заключения договора.

Прекращение переговоров без уважительной причины после подтверждения участнику победы в тендере, но до подписания основного договора¹. Данное злоупотребление следует отличать от ситуации, когда не выигравший в тендере участник не получает достаточной информации о причине выбора другого участника, так как в закрытом тендере организатор имеет право не объяснять проигравшим участникам причины выбора иного контрагента, если критерии принятия будущего решения были озвучены до начала торгов. В случае если проигравший участник имеет веские основания подачи иска в суд о нарушении организатором условий тендерного договора, английский суд рассматривает доказательства и при необходимости обязывает организатора предоставить документацию и иные сведения, иллюстрирующие принятие решения в пользу иного контрагента. При этом английские суды отклоняют подобные иски в случае их необоснованности и наличия в них злоупотребления правом со стороны проигравшего участника². Рассматриваемое злоупотребление запрещено п. 2² ст. 434¹ ГК РФ.

Изменение существенных условий подтвержденного на торгах договора – наиболее часто встречающееся в деловом обороте злоупотребление, как правило, допускаемое победившим в международном тендере участником. Например, на международных торгах согласована единая цена стандартной упаковки, поставляемой победившим в тендере поставщиком в страны, где расположены подразделения ТНК. Так как российское подразделение ТНК заключает отдельный договор с победившим в международном тендере поставщиком в силу сложности присоединения к «глобальному» рамочному соглашению (сделка с заинтересованностью; юридическая невозможность осуществления в России внешнеэкономической деятельности без конкретизации рамочного соглашения, тогда как на рынке ЕС доста-

¹ Farnsworth E.A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation P. 217.

² Roche Diagnostics Limited v The Mid Yorkshire Hospitals NHS Trust [2013] EWHC 933 (TCC).

точно разместить в электронной системе SAP закупочный заказ в рамках подписанного глобального соглашения; особенности таможенного и валютного регулирования и т.д.), иностранный контрагент начинает в одностороннем порядке менять условия, согласованные в международном тендере, при заключении «локального» договора. Это может выражаться в завышении цены таким поставщиком, за счет добавления затрат, обеспечивающих соблюдение требований импорта в Российской Федерации (сертификация, маркировка и др.), уменьшении гарантийного срока по сравнению с тем, который указан в глобальном соглашении, изменении положений об ответственности и т.д.

К сожалению, такого рода проблемы решаются, как правило, в «понятийно-правовом» русле, нежели чем в нормативно-правовом: пострадавшая сторона обращается к своей «штаб-квартире» (организатор международного тендера) за помощью, и вторая решает возникший спор путем переговоров с поставщиком. Достойное решение данной проблемы международных торгов предложено Всемирным Банком: участники торгов должны предоставлять коммерческие предложения, действительные в течение срока, указанного организатором в тендерной документации и необходимого организатору для проведения формальных процедур, включая подписание договора. Если же организатор не успевает заключить договор в этот срок, то он просит участников продлить срок действия своих предложений, и последние должны либо продлить срок без изменения цен и иных условий предложения, либо отказаться от дальнейшего участия в торгах¹.

На наш взгляд, спор должен решаться в пользу пострадавшей стороны, если в приглашении участникам международного тендера были четко указаны существенные условия (в рассматриваемом примере: «цена включает стоимость доставки до клиента и прочие затраты, обеспечивающие надлежащий импорт в страну назначения»). Однако на практике условия могут ука-

¹ См.: Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

зываться в виде подразумеваемых – «цена с доставкой на каждый рынок»¹, где организатор имел в виду сопутствующие затраты по импорту, а победивший в тендере участник полагал, что на рынке ЕС действует единая цена, а на рынках «третьего мира», включая Россию, повышенная цена. В итоге по результатам международного тендера заключаются два или более договоров (глобальное рамочное соглашение и, например, договор поставки с российским подразделением ТНК), условия которых существенно отличаются и в ряде случаев противоречат друг другу (например, в глобальном соглашении меры ответственности для поставщика строже, чем для покупателя, а в «локальном» российском договоре все наоборот). Всемирный Банк успешно решил рассматриваемую проблему, специфицировав в закупочных регламентах по международным торгам применяемые базисы поставки, порядок учета в сравниваемых ценах таможенных пошлин, затрат на транспортировку, сертификацию и т.д.²

Решением проблемы также может послужить применение доктрины эстоппеля, ведь в ходе торгов стороны полагались на взаимные обещания по условиям основного договора – даже в случае, если одним из субъектов было третье взаимосвязанное лицо. Интересна позиция Е. А. Останиной, которая отмечает, что при применении эстоппеля для устранения злоупотребления правом следует принимать во внимание защиту интересов не только «обманутого» субъекта правоотношения, но и третьих лиц, полагавшихся на действительность сделки и пострадавших в итоге ее заключения иными субъектами³. По мнению А. В. Николаева, эстоппель в первую очередь защищает законные ожидания добросовестного субъекта правоотношения⁴, коим и является субъект международных торгов, рассчитывающий на заключение основного договора по ранее согласованным на торгах условиям.

¹ Пример из практики автора.

² См.: Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

³ См.: Останина Е. А. Эстоппель и подтверждение сделки // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 38 - 45.

⁴ См.: Николаев А. В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // Международное публичное и частное право. 2014. № 4. С. 11 - 15.

К рассматриваемому злоупотреблению относится и существенное изменение заключенного договора с течением времени без проведения повторных торгов. Так, в деле «Пресстекст против Австрии»¹ Европейский Суд сформулировал критерии возникновения нового договора (С-454/06, 2008), применяемые английскими судами при решении споров по публичным закупкам. Организатор должен провести новый тендер, если договор имеет материальные изменения, в следующих случаях:

1) если бы новые условия измененного договора были включены в первоначальный тендер, то победил бы другой участник и (или) количество участников было бы больше;

2) если в договор дополнительно включаются товары (работы, услуги), не указанные в тендере;

3) если экономическая выгода от договора увеличивается для победившего участника (например, добавляется бонусная схема), что не было объявлено в тендере².

При этом критерий времени остается не специфицирован: по истечении года, двух лет? Всемирный Банк ограничивает срок действия рамочных соглашений тремя годами³, поэтому по аналогии права можно предположить, что основной договор продолжает свое действие без проведения повторных торгов, если его срок не более трех лет, порядок ежегодной индексации был учтен в тендерной документации и указан в договоре, а предмет договора остается без изменений.

Иными словами, договор, условия которого согласованы на торгах, может существенно меняться как при его подписании, так и последующем исполнении.

И. В. Башлаков-Николаев и М. А. Кирпичев полагают, что рассматриваемая проблема может быть решена для субъектов публичных закупок пу-

¹ См.: *Presstext v Austria Case*.

² См.: Sarah Hannaford. *Procurement problems in the credit crunch/ Construction Law Review* 2009.

³ См.: *Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*.

тем внесения в Закон о закупках оснований внесения изменений в договор, заключаемый по итогам торгов¹. Однако распространение данных критериев на регулирование международных торгов, на наш взгляд, может негативно отразиться на гибкости делового оборота и скорости принятия решений, открыв дверь недобросовестным проигравшим в тендере участникам спустя определенное время оспаривать изменения к заключенному организатором договору. Единственным исключением следует считать закупочные отношения в строительстве, где участники торгов часто занижают коммерческие предложения, компенсируя затем разницу дополнительными работами.

В связи с рассматриваемым злоупотреблением интересно отметить норму п. 6 ст. 709 ГК РФ, согласно которому подрядчик не вправе требовать изменения цены при исполнении договора подряда, если в момент заключения договора определить полный объем работ было затруднительно. Действительно, даже при наличии проекта строительного объекта тендерная документация, как правило, не содержит исчерпывающее описание объема работ, вследствие чего возможна недобросовестная практика сторон: намеренное занижение предложения подрядчика в тендере с целью компенсации затрат с помощью дополнительных работ в последующем; сокрытие той информации о планируемом строительном объекте, которая может привести к удорожанию предложений участников торгов (например, неблагоприятные условия грунта) и т.д. С целью устранения пробелов в законодательстве в гл. 3 диссертации предложена конкретизация норм гражданского права РФ в части регулирования международных торгов.

Решением обозначенной проблемы может быть конкретизация норм международного частного права, а также указание в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (см. рекомендации в гл. 3 диссертации) критериев, согласно которым изменение условий торгов при заключении договора считается существ-

¹ См.: Башлаков-Николаев И. В., Кирпичев М. А. О некоторых проблемах повышения эффективности системы закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц // Сборник докладов по итогам Второй Всероссийской научно-практической конференции «Публичные закупки: проблемы правоприменения». М.: МГУ имени М. В. Ломоносова, 2014. С. 15.

венным и требует проведения повторных торгов. Эффективное решение указано в Директиве ЕС 2014/25/EU от 26.02.2014, где предусматривается как допустимый стоимостной порог изменений (до 10% от цены договора на оказание услуг и до 15% от цены подрядного договора), так и критерии существенных изменений¹. Действуя по аналогии права и взяв на вооружение позитивный опыт применения рассматриваемой Директивы, при разработке нормативного регулирования международных торгов следует уточнить стоимостной порог, применив процентную разницу между предложением победителя торгов и вторым участником с уточнением «но не более 10%», так как в среднем предложения участников, специализирующихся на одной категории закупок, достаточно близки по ценам.

Навязывание кабальных условий договора. При согласовании основного договора после подтверждения результатов торгов сторона с более сильной позицией начинает навязывать более слабой стороне дополнительные невыгодные условия, не озвученные при проведении тендера², либо иным образом изменяет и (или) добавляет условия договора, которые не были согласованы сторонами в тендере. Пункт 8 ст. 448 ГК РФ не защищает в достаточной степени права пострадавшей стороны, поэтому для решения проблемы рассматриваемого злоупотребления мы предложили конкретизировать некоторые положения ГК РФ, что отражено в гл. 3 диссертации.

Недобросовестная ссылка на ошибки в тендерной документации. При заключении основного договора стороны выясняют, что при расчете коммерческого предложения победивший в тендере участник допустил математическую ошибку и на самом деле имел в виду иную цену, на которой настаивает при заключении договора. При этом новая цена выше, чем предложения иных участников торгов. В силу ограничения по времени и необходимости начала ряда действий сторон (например, проведение совместных

¹ См.: Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.

² См.: Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. М., 2013. С. 88.

технических встреч по строительному проекту) организатор торгов вынужден подписать договор с новой ценой подрядчика, нарушая тем самым права остальных участников, которые не выиграли тендер, но предложили меньшие цены, и не имея достаточных средств правовой защиты по российскому гражданскому праву. В таком случае дезавуируется основной принцип торгов – конкурентность, честное соревнование. На наш взгляд, необходимы эффективные правовые инструменты для защиты прав организатора и добросовестных участников торгов в случае, если победитель торгов уклоняется от подписания договора, мотивируя это допущенной ошибкой в коммерческом предложении или иными причинами. В американском праве в таких случаях применяется обязательственный эстоппель, а в английском – доктрина тендерного договора.

Так, Верховный Суд штата Калифорния постановил в решении по делу «Дреннан против Стар Пейвинг»¹, что ответчик (победивший в тендере участник) обязан возместить истцу (организатор торгов) разницу в цене между его коммерческим предложением и предложением иного подрядчика, которого организатор торгов был вынужден нанять для выполнения работ по более высокой цене, потому что после победы в тендере ответчик отказался подписывать основной договор, мотивируя это допущенной им математической ошибкой при расчете коммерческого предложения. Суд обосновал свою позицию следующим образом: коммерческое предложение («обещание») ответчика является безотзывным, так как на него полагался организатор и, вследствие отказа ответчика, потерпел убыток, разместив заказ у другого подрядчика по более высокой цене. Рассмотренный нами ранее в диссертации пример российской практики полностью повторяет суть дела «Дреннан против Стар Пейвинг» за исключением обращения в суд.

В другом деле «Калгари против Северной Строительной Компании»² суд определил, что ответчик нарушил тендерный договор, отказавшись от за-

¹ См.: *Drennan v. Star Paving Co* (51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958)).

² См.: *Calgary v Northern Construction Company et al.*

ключения основного договора после получения от организатора торгов (истец) уведомления о победе в тендере, ссылаясь на допущенную математическую ошибку при расчете коммерческого предложения в тендере. Суд обратил внимание ответчика на то, что одним из условий тендера была действительность и безотзывность коммерческих предложений участников до момента заключения основного договора с победителем в тендере, предложение которого также должно было быть безотзывным. Ответчик принял данные требования организатора, отправив ему свое коммерческое предложение в ответ на тендерный запрос, в результате чего и был заключен тендерный договор.

В то же время если участник тендера в расчете коммерческого предложения допустил математическую ошибку и это стало очевидно организатору тендера в период его проведения, организатор не имеет права воспользоваться допущенной ошибкой в свою пользу, так как будет нарушен принцип справедливости. Так, в деле «Роберт Гордон против Ингерсоль-Рэнд»¹ истцу не удалось получить компенсацию от ответчика, ссылаясь на тендерный запрос на две единицы оборудования, тогда как в коммерческом предложении ответчика было явно указано, что цена дана за одну единицу.

Затягивание срока заключения основного договора. После подтверждения сделки в международном тендере стороны начинают подписывать основной договор EPC (Engineering, Procurement, Construction – проектирование, поставка, строительство). В силу сложности договора и использования общих формулировок в тендерном задании, при согласовании основного договора у сторон возникло разное толкование первоначальных тендерных условий. Победивший в тендере участник начал затягивать подписание договора, настаивая на своих условиях, которые не были очевидны организатору торгов. Как правило, организатор тендера в таких ситуациях вынужден уступать, так как затягивание срока реализации инвестиционного проекта негативно сказывается на последующей окупаемости. При этом пострадавшая сторона не располагает достаточными инструментами правовой защиты в

¹ Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand, Inc., 117 F. 2d 654 (7th Cir. 1941).

международном частном праве, а в российском гражданском праве отсутствует и понятие договора ЕРС как таковое (согласно ГК РФ это смешанный договор). Проблемы рассматриваемого нами злоупотребления актуальны и для тендеров с иными видами заключаемых договоров, помимо ЕРС. Например, в отношении тендера на поставку товаров стороны затянули переговоры после торгов, и поставщик начал при этом осуществлять поставки, ссылаясь в товарных накладных на номер еще не подписанного договора. В этом случае российские суды рассматривают поставки как разовые сделки купли-продажи, где условия о наименовании и цене товара согласованы сторонами в накладных¹. Полагаем, что более эффективной является английская практика, где суд принимает во внимание весь комплекс отношений субъектов закупки: установление условий тендерного договора и его последующего исполнения, анализ причин поставок без подписанного договора и т.д.²

Отказ от заключения договора. Если по итогам международного тендера должен быть заключен в том числе договор и на российский рынок, покрывающий существенный объем поставок и соответственно повлиявший на расчет цены в коммерческом предложении победившего участника, а российское подразделение ТНК посчитало данный договор экономически не эффективным, разместив заказ у российского поставщика на основании параллельно проведенного локального тендера, то каковы средства правовой защиты пострадавшего иностранного поставщика? Может ли иностранный суд принудить российское подразделение ТНК заключить договор по итогам торгов, организованных другим юридическим лицом («штаб-квартира» ТНК)?

В настоящее время подобные споры решаются путем переговоров и убеждения «штаб-квартирой» ТНК своего подразделения заключить договор с иностранным поставщиком, или же пострадавшая сторона и вовсе постав-

¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 18.01.2010 № КГ-А40/14193-09 по делу № А40-57077/09-128-377 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Brogden v. Metropolitan Railway Co* (1876-77) L.R. 2 App. Cas. 666.

ляет товары по убыточным ценам, предпочитая не портить деловые отношения с крупным клиентом.

В американском праве предоставление коммерческого предложения участником тендера в публичных закупках формирует одностороннее обязательство данного участника выполнить обязательства на предложенных им условиях, в соответствии с тендерной документацией, и заключить двусторонний договор по условиям торгов. Представляя свое предложение в тендере до подтверждения победы в нем, участник разумно полагает, что его предложение может оказаться самым выгодным для организатора и, следовательно, стороны заключат основной договор. Иными словами, односторонний договор, связывающий участника, интегрируется в договор со встречными обязательствами организатора при подтверждении последним победы в тендере данному участнику, вследствие чего стороны заключают двусторонний договор¹.

На наш взгляд, данная форма обоснования излишне запутанна, в отличие от применения доктрины тендерного договора в английском праве. Однако оба подхода имеют одинаковую сущность и служат для защиты прав субъектов закупочных отношений и обеспечения справедливости в деловом обороте.

К сожалению, судебная практика по закупочным спорам в связи с отказом от договора является противоречивой. Так, в деле «Джеймс Бэйрд против Джимбель Брос»² несмотря на сходный фактический состав с делом «Дреннан против Стар Пейвинг», суд принял кардинально противоположное решение. Полагаем, что это может быть связано с более ранним периодом (решение по делу «Дреннан против Стар Пейвинг» было принято позднее) и меньшей зрелостью закупочной деятельности в то время.

Отдельно следует отметить упоминавшийся нами ранее в прецеденте «Новерн Констракшен против Глодж Хитинг энд Пламинг» отказ от договора субподрядчика, который выиграл в тендере, тогда как организатор тендера

¹ См.: *Drennan v. Star Paving Co.*, supra, note 1, at 760.

² См.: *James Baird Co. v. Gimbel Bros.* 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).

(генподрядчик) полагался на предложение субподрядчика, используя его, в свою очередь, для формирования коммерческого предложения в торгах на генподряд. В американских прецедентах прослеживается тенденция необходимости доказывания разумности расчета подрядчика на полученное предложение субподрядчика, что обеспечивается следующими правовыми инструментами: заключение договора между субподрядчиком и генподрядчиком с отлагательным условием вступления его в силу в случае заключения генподрядчиком договора с заказчиком¹; рассмотрение факта использования оферты субподрядчика в тендере на генподряд в качестве встречного предоставления генподрядчика по отношению к субподрядчику; требование предоставить банковскую гарантию или иное обеспечение обязательств субподрядчика до момента заключения договора и т.д. Однако использование данных инструментов спорно, так как генподрядчики на практике используют неформальные тендерные процедуры запроса коммерческих предложений и круг участников подобных «тендеров» может состоять из огромного числа потенциальных субподрядчиков².

Суд штата Калифорния в деле «Дреннан против Стар Пейвинг» придерживается позиции о наличии обязательства генподрядчика заключить с субподрядчиком договор в разумный срок после заключения первым договора с заказчиком, а также применении обязательственного эстоппеля для запрета после тендера проводить дополнительные переговоры о снижении цены и (или) повторный тендер среди субподрядчиков с целью увеличения прибыльности сделки по генподряду.

Согласно Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 (ст. 2.1.15 (2) и (3) Принципов) сторона, недобросовестно прервавшая переговоры, должна возместить пострадавшей стороне понесен-

¹ См.: Frederick Raff Co. v. Murphy, 110 Conn. 234, 147 Atl. 709 (1929).

² См.: Schultz F. M. The Firm Offer Puzzle: A Study of Business Practice in the Construction Industry, 19 U. of Chi. L. Rev. 237. 1952.

ные убытки¹. Однако данные Принципы носят диспозитивный и общий характер, при этом указанное Положение о переговорах охватывает не только закупочные отношения, но и иные отношения сторон (в том числе, когда закупка осуществляется без проведения торгов).

Предположим, что отношения сторон международных торгов регулируются предполагаемым тендерным договором. Статья 310 ГК РФ запрещает односторонний отказ от исполнения обязательства.

При этом обязательства сторон в международном тендере следует рассматривать комплексно. Так, если один из субъектов международных торгов в одностороннем порядке отказывается от заключения договора, согласованного в тендере, а исполнение договора при этом другой стороной еще не начато, но в тендере рассматривался объем закупки на несколько рынков (стран), то отказ от договора одного подразделения ТНК может нарушить принцип добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ), потому что победитель торгов надеялся на получение суммарного объема закупки, представленного на торгах. Другими словами, поставщик рассчитал свою цену, исходя из объема производства на несколько подразделений ТНК, а если одно из подразделений отказалось от договора, то накладные расходы поставщика увеличились, превращая сделку в менее выгодную.

Наконец, *злоупотребления при исполнении основного договора* включают: «дробление» закупок в рамочном договоре; несоблюдение условий, указанных в тендере, при выполнении основного договора; неправомерное требование исполнения после тендера обязательств, вытекающих из основного договора, который еще не заключен сторонами.

«Дробление» закупок в рамочном договоре для использования организатором упрощенного порядка проведения торгов и (или) обоснования закупки у единственного поставщика. Тем не менее, соединяясь, объемы закупок по рамочному договору могут достигать существенных сумм. Во избе-

¹ См.: Принципы европейского договорного права / пер. с англ. О. В. Сироткиной // Сравнительные опыты кафедры гражданского права и процесса СГУ / под ред. С. Н. Медведева, С. О. Звонка. Вып. 2. Ставрополь, 2003.

жание подобных злоупотреблений Всемирный Банк предусматривает обязательное проведение международных торгов на право заключения рамочного договора сроком не более трех лет и оценкой планового объема закупки на период договора¹. Полагаем, что данную практику можно использовать и в международных торгах ТНК.

Несоблюдение условий, указанных в тендере, при выполнении основного договора. Так как объем закупки влияет на распределение постоянных затрат, то как правило, благодаря экономии участники торгов могут предлагать более выгодные организатору цены при большом объеме закупки ТНК. Используя данный рычаг, недобросовестный организатор (подразделение ТНК) озвучивает в тендере, например, объем годовых импортных перевозок в размере 3000 грузовых транспортных средств. Участники торгов (транспортные компании) предоставляют тарифы, учитывая данный объем перевозок. Далее, при подписании основного договора перевозки стороны фиксируют на год озвученные победителем в тендере тарифы, однако без указания планируемого годового объема перевозок. Фактически за год объем перевозок составил 1000 грузовых транспортных средств, вследствие чего транспортная компания понесла убыток. Организатор торгов нарушил тендерный договор, но в основном договоре объем перевозок не указывался, однако был пункт о том, что все предыдущие договоренности сторон теряют силу после подписания договора². Так как закупочная деятельность включает в себя заключение и исполнение договора, целесообразно предусмотреть норму о соблюдении условий тендерного договора при заключении и исполнении основного договора.

Неправомерное требование исполнения после тендера обязательств, вытекающих из основного договора, который еще не заключен сторонами. Данное злоупотребление связано с вышерассмотренным, когда, сместив срок начала исполнения договора по своей вине (например, длительное рассмотрение тендерной комиссией), организатор начинает требовать от

¹ См.: Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

² Пример из практики автора.

победившего участника начинать работы без подписанного договора и (или) соглашения о намерениях. В деловом обороте встречаются крупные сделки, по которым победивший в тендере участник начинает осуществлять действия на основании письма, отправленного по электронной почте специалистом по закупкам, даже не имеющим право подписи.

Рассмотренные нами злоупотребления в международных торгах вызваны в том числе отсутствием норм регулирования закупочных отношений в международном частном праве. Первоначально международный тендер не регулируется правом, но впоследствии данное право создается самими субъектами закупочного отношения. Так, организатор тендера самостоятельно формирует предмет закупки и критерии выбора победителя (что, в каком количестве, когда, как и по каким критериям закупается), участники принимают оферту организатора, согласившись участвовать в торгах и предоставляя коммерческие предложения в рамках условий тендера. Если впоследствии организатор не соблюдает условия, им же созданные в тендере, возникают правонарушения в закупочном отношении. Аналогично, если участник впоследствии отказывается соблюдать условия, сформированные им в своем коммерческом предложении в тендере.

При проведении международных торгов совместным предприятием, с целью предотвращения правовой неопределенности, целесообразно принять локальный нормативный акт по закупкам такого совместного предприятия, где предусмотрен порядок проведения торгов и разрешения споров, в том числе возникающих между учредителями совместного предприятия по итогам торгов. Специфика данного вида международного тендера заключается в наличии двух взаимосвязанных закупочных отношений: между учредителями совместного предприятия по вопросам проведения международного тендера и между организатором тендера (от лица совместного предприятия) и его участниками. Первое из этих правоотношений регулируется корпоративным правом страны регистрации совместного предприятия.

Следует отличать право, применимое к международным торгам (тендерному договору), определяемое согласно нормам международного частного права, и право, которое будет выбрано сторонами в качестве применимого к одному или нескольким основным договорам, заключаемым по итогам проведенного тендера. Так, по итогам международных торгов, проведенных по английскому праву (так как «штаб-квартира» ТНК, проводившая торги, зарегистрирована и действует в Англии), было заключено соглашение между российским подразделением ТНК и победившим поставщиком с применимым правом РФ в договоре¹.

В строительных крупных проектах следует уделять особенное внимание требованиям законодательства страны исполнения договора (таможенные и сертификационные требования, порядок сдачи объекта в эксплуатацию, технические требования и стандарты по безопасности и т.д.). Например, по итогам международного тендера, проведенного Kimberly-Clark Corporation (США) для строительного проекта в Российской Федерации, был выбран финский генеральный подрядчик Quattrogemini Oy и заключен договор подряда (в редакции типовой формы FIDIC) между российским подразделением этого подрядчика и российским подразделением ТНК ООО «Кимберли-Кларк».

Иными словами, фактические стороны основного договора (третьи взаимосвязанные лица) не выступали ни организатором, ни участником торгов, по условиям которых был заключен договор между ними. При этом применимым правом как для международного тендера, так и для договора FIDIC организатор торгов выбрал английское право. В итоге при исполнении договора в России стороны столкнулись со сложностями определения требований, включенных в договор на основании тендерных условий и не учтенных в тендере требований, актуальных для российской стороны (в частности, сдача объекта в эксплуатацию согласно российским нормам).

Выводы. При разрешении закупочных споров по международным торгам по аналогии права (на примере Англии, США) следует обратить внима-

¹ Пример из практики автора.

ние, что набор правовых инструментов по регулированию публичных закупок в английском праве достаточно консервативен и направлен на предсказуемость решения спора в суде, тогда как в американском праве учитывается большее количество нюансов и акцент смещается в пользу «лучших принципов коммерции»¹.

При рассмотрении закупочных споров английские судьи руководствуются применимыми к определенным спорам судебными прецедентами, и прежде всего принципами разумности, справедливости и доброй совести, рассмотренными нами в гл. 1 диссертации. При решении закупочных споров по американскому праву распространено применение реституции, а свобода тендерного договора ограничивается правом субъекта закупочного отношения на возмещение убытков, если таковые возникли по вине другого субъекта, при этом право на получение штрафа/пени исключается. В отличие от английской доктрины об одностороннем тендерном договоре, в американском праве тендерный договор считается двусторонним, обязывая как организатора, так и победившего в тендере участника. При этом если впоследствии при исполнении основного договора победивший участник нарушает тендерные критерии качества и сервиса, организатор имеет средства правовой защиты не только согласно нарушенному основному, но и тендерному договорам.

Справедливость и добрая совесть являются общепринятыми и очевидными принципами закупочных правоотношений и применяются по умолчанию американскими судами при решении споров, но без расширительного толкования данных принципов, принятого в английских судах. Если английский судья решает закупочный спор, устанавливая, добросовестно ли действовали субъекты правоотношения, то американский судья решает аналогичный спор, устанавливая подразумеваемые условия тендерного договора. На наш взгляд, оба подхода не исключают одновременного применения для достижения наибольшей эффективности, так как, например, проанализировав

¹ См.: Perillo J. M. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*. 63 *Fordham L. Rev.* 281 (1994-1995).

подразумеваемые условия тендерного договора, можно установить, добросовестно ли действовал субъект закупочного правоотношения.

Как справедливо отметил американский профессор Иан Макнейл, в частном праве распространена проблема выбора между стабильностью делового оборота и необходимостью законодательных изменений, вызванных меняющимися экономическими отношениями¹. Действительно, современное состояние закупочных отношений и их международный характер требуют совершенствования правовых норм гражданского и международного частного права, в то же время сохраняя достаточную свободу переговоров и необходимую гибкость в принятии решений по закупочным сделкам. Необходимость правового регулирования международных торгов доказана на примерах рассмотренных злоупотреблений, возникающих в деловом обороте.

Определение правового режима международных торгов актуально и необходимо для стабилизации делового оборота как в Российской Федерации, так и мировой экономике в целом. Как правило, субъектами закупочных отношений с иностранным элементом являются коммерческие юридические лица, зарегистрированные в десятках разных стран мира, и нарушение обязательств одним из субъектов может привести к неблагоприятным экономическим последствиям для остальных субъектов закупочного правоотношения (например, отказ победившего в тендере участника от заключения договора может негативно повлиять на все подразделения ГНК–организатора торгов).

В гл. 2 систематизированы и рассмотрены следующие злоупотребления, доказывающие необходимость регулирования международных торгов в международном частном праве:

1) злоупотребления с пороком воли при проведении торгов: нарушение условий о конфиденциальности, промышленный шпионаж, несанкционированное распространение информации при увеличении фактических участников торгов, неравное информирование участников тендера, сокрытие необхо-

¹ См.: Macneil I. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law/72 Nw. U.L. Rev. 854 (1977–1978).

димой информации, введение в заблуждение, скрытый процесс выбора победителя в тендере, изменение квалификационных требований для участников тендера после начала тендера, нарушение конкуренции, ограничение конкуренции, манипулирование ценами на торгах, использование недобросовестных посредников, конфликт интересов организатора и участника торгов, конфликт интересов с аутсорсинговой закупочной компанией, нарушение сроков проведения торгов, запрос предложений без цели заключения договора, препятствование проведению торгов, неправомерные повторные торги; злоупотребление получением образцов продукции в тендере; манипуляции с представительством на торгах, затягивание срока заключения основного договора, отказ от заключения договора, несоблюдение паритета в тендерной комиссии организатора тендера, неправомерное оспаривание результатов торгов;

2) злоупотребления при заключении основного договора: прекращение переговоров без уважительной причины, изменение существенных условий подтвержденного на торгах договора, навязывание кабальных условий договора, недобросовестная ссылка на ошибки в тендерной документации, затягивание срока заключения основного договора, отказ от заключения договора;

3) злоупотребления при исполнении основного договора: «дробление» закупок в рамочном договоре; несоблюдение условий, указанных в тендере, при выполнении основного договора; неправомерное требование исполнения после тендера обязательств, вытекающих из основного договора, который еще не заключен сторонами.

ГЛАВА 3. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВОВОГО РЕЖИМА МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВ

§ 1. Совершенствование гражданско-правовых норм Российской Федерации о закупках

Рассмотрев основные принципы международных торгов и проанализировав необходимость и важность правового регулирования закупочных отношений с иностранным элементом на примерах имеющих в деловом обороте злоупотреблений правом, перейдем к выработке рекомендаций по совершенствованию действующего гражданского законодательства Российской Федерации. Безусловно, мы уделим должное внимание совершенствованию норм ГК РФ, так как именно данный Кодекс должен содержать «систему стабильных правил гражданского оборота в условиях рыночной экономики»¹.

Эффективное регулирование международных торгов должно быть основано на принципах справедливости, добросовестности, разумности, равном отношении к участникам торгов, конкурентности и экономической целесообразности, что свойственно гражданско-правовым отношениям в целом, за исключением личных неимущественных отношений, рекомендуем дополнить гл. 1 ГК РФ статьей «Принципы гражданского законодательства» либо включить второй абзац в п. 1 ст. 1 «Основные начала гражданского законодательства» в следующей редакции: «гражданское законодательство обеспечивает соблюдение принципов справедливости, добросовестности, разумности, конкурентности, экономической целесообразности и защиты конфиденциальности в гражданском обороте. Сделка, не соответствующая данным принципам, может быть признана ничтожной по решению суда».

Новелла о необходимости добросовестных действий участников гражданских правоотношений, принятая в редакции Федерального закона от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой

¹ Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М., 2010. С. 371.

Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, безусловно, положительно уточняет текст ГК РФ по сравнению с предыдущей редакцией, однако не является достаточной, на наш взгляд, потому что упоминаемые в ст. 6 и 10 принципы гражданского права (добросовестность, разумность, справедливость) должны быть четко определены в качестве основных начал гражданского законодательства РФ.

С учетом этого представляется, что редакция первого абзаца п. 1 ст. 2 ГК РФ должна быть уточнена следующим образом: «Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные, *закупочные* и иные *отношения*, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

Предложенное уточнение поможет более эффективно применять положения ст. 10 ГК РФ к международным торгам, так как они явно будут подпадать под действие норм гражданского права. Так, в случае если организатор торгов нарушил принцип равного отношения к участникам торгов, поставив одного из участников в преимущественное положение, предоставив ему больше информации, второй участник, право которого нарушено, может сослаться на п. 1 ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом и ограничении конкуренции. Однако в ГК РФ не указано, что организатор торгов обязан предоставлять равные условия всем участникам тендера, при этом некоторые правоведы обращают внимание на недопустимость преимущественного положения в торгах на продажу².

¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. I). Ст. 7627.

² См.: Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2003. № 11. С. 107.

Аналогично и при применении п. 2 ст. 15 ГК РФ: сможет ли, например, участник международных торгов, права которого нарушены, требовать возмещения упущенной выгоды ввиду незаключения договора с организатором торгов, когда стороны свободны в ведении переговоров в гражданском обороте?

Заметим, что в некоторых правовых актах все же отмечен принцип равного отношения к участникам торгов. Так, Федеральным законом от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О концессионных соглашениях»¹ закреплены принципы запрета дискриминации участников торгов (принцип равного обращения), принцип прозрачности применяемых процедур отбора участников (п. 1 ст. 13). Аналогичные принципы и процедуры предусмотрены в проекте Модельного закона для государств – участников СНГ «О публично-частном партнерстве»² (ст. 4, 15, 23 и др.).

Следует отметить, что в правовой науке высказываются как точки зрения по расширительному толкованию и применению ст. 10 ГК РФ³, так и опасения по широкому усмотрению суда при использовании принципа добросовестности в решении дел⁴. Идеальное состояние было и есть сложно достигаемое, поэтому в регулировании международных торгов необходимо стремиться к «золотой середине», когда обеспечивается надлежащая защита прав добросовестных субъектов закупочного отношения.

Альтернативным решением правовой неопределенности международных торгов можно считать подход, сформулированный Д. В. Ломакиным, предложившим любое правоотношение, обладающее всеми характеристиками гражданского правоотношения, считать гражданским, так как ГК РФ не содержит исчерпывающего перечня правоотношений⁵.

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

² Принят в г. Санкт-Петербурге 28.11.2014 постановлением 41-9 на 41-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ.

³ См.: Щенникова Л. В. Злоупотребления правом (дух и буква закона) // Законодательство. 1999. № 5. С. 20.

⁴ См.: Малеина М. Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства // Государство и право. 2000. № 2. С. 19.

⁵ См.: Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 98, 99.

Перейдем к рассмотрению проблем конкретизации норм гражданского права, отвечающей требованиям современного делового оборота коммерческих юридических лиц в части регулирования закупочных отношений с иностранным элементом. Пункт 2 статьи 153 «Понятие сделки» предлагается изложить в следующей редакции: «2. Сделкой признается действие по согласованию сторонами на торгах права на заключение договора в будущем.»

Признание правообразующего характера за закупочным отношением облегчает применение ст. 10 и п. 5 ст. 166 ГК РФ к случаям злоупотреблений, рассмотренных в гл. 2 диссертации, а также применение п. 2 ст. 307 ГК РФ. Закупка – это «установление обязательства», в гл. 1 диссертации обосновано определение закупки как сделки, преследующей имущественный интерес. Есть и альтернативная точка зрения о соотношении основного договора и торгов, по итогам которых этот договор заключается: основной договор – это результат (сделка), а торги – это метод достижения результата, способ заключения основного договора¹. При этом подходе сделка и метод ее достижения не могут быть разъединены, и достигается тот же результат, который мы стремимся получить, относя торги к сделке, а именно – обеспечивается надлежащая защита прав добросовестных субъектов закупочного отношения.

В Российской Федерации высшие судебные инстанции при признании торгов недействительными руководствуются правилами, установленными для признания недействительными оспоримых сделок², что также, по нашему мнению, доказывает принадлежность торгов и закупочных отношений в целом к сделкам.

ТНК выступают субъектами международных торгов, результаты которых обязывают подразделения ТНК, являющиеся обособленными юридическими лицами, зарегистрированными в разных странах (в частности, в Российской Федерации), а порядок ответственности за действия ТНК при этом

¹ См.: Беляева О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 24.

² См. п. 44 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Российская газета. 2010 № 20.

не предусмотрен в действующем законодательстве РФ. В результате последствия злоупотреблений устраняются в деловом обороте путем переговоров между «штаб-квартирой» ТНК, подразделением ТНК и участником/организатором торгов (в зависимости от субъектного состава) без наличия каких-либо правовых инструментов.

В этой связи, на наш взгляд, ст. 312, 313 ГК РФ следует дополнить указанием на порядок исполнения обязательств третьими взаимосвязанными лицами, а также исполнения обязательств в пользу третьих взаимосвязанных лиц. Например, абзац 1 пункта 3 статьи 308 «Стороны обязательства» ГК РФ может быть изложен в следующей редакции: «3. Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц), за исключением транснациональных корпораций в предусмотренных законом случаях.».

Адаптировав английскую доктрину тендерного договора, предлагаем заменить термин «предварительный договор» на «соглашение, заключаемое на переговорах», так как этот термин в большей степени отвечает требованиям сложившегося делового оборота и имеет более широкое значение, что удобнее в практическом применении. Другими словами, предлагаемый термин включает в себя и «предварительный договор» в его классическом понимании, и тендерный договор, и, возможно, иные договорные конструкции предварительного характера. В этой связи можно предложить следующую редакцию статьи 429 ГК РФ:

«Статья 429. Соглашение, заключаемое на переговорах

«1. По соглашению, заключаемому на переговорах, стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, указанных в соглашении.

2. Соглашение, заключаемое на переговорах, должно быть составлено в письменной форме.

3. Соглашение, заключаемое на переговорах, должно содержать предмет, существенные условия основного договора и срок, в который он должен быть заключен. В противном случае соглашение ничтожно.
4. В случаях, когда сторона, заключившая соглашение на переговорах, уклоняется от заключения основного договора, применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса.
5. Обязательства, предусмотренные соглашением, заключенным на переговорах, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен, за исключением уклонения одной из сторон от заключения основного договора, либо если стороны не согласуют продление срока его заключения.»

Во избежание одностороннего изменения условий, согласованных сторонами в тендерном договоре, и связанного с этим ущерба для пострадавшей стороны, целесообразно уточнить статью 446, действующая редакция которой в основном направлена на защиту прав лиц, вынужденных заключать договоры присоединения и (или) иные соглашения с естественными монополиями. Необходимо подчеркнуть важность анализа фактов и установления воли сторон в ходе переговоров и (или) торгов, так как преддоговорный спор, как правило, возникает при невозможности достичь согласия относительно единой редакции договора. В частности, если при проведении международных торгов типовая форма договора не прилагалась к тендерной документации и спор между сторонами возник после выбора победителя на торгах.

Новелла о сроке исковой давности продолжительностью в шесть месяцев (п. 2 ст. 446 ГК РФ в действующей редакции), на наш взгляд, не сочетается с п. 4 ст. 429 ГК РФ. По нашему мнению, статья 446 ГК РФ может быть изложена в следующей редакции:

«1. В случае если стороны письменно согласовали условия будущего договора на переговорах и (или) по итогам торгов, к отношениям сторон применяются нормы статьи 429 настоящего Кодекса.

2. Условия договора, согласованные в соответствии с п. 1 настоящей статьи, не могут быть изменены в одностороннем порядке.

3. В случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании статьи 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда, которое принимается с учетом фактов по установлению воли сторон в ходе переговоров и (или) торгов.».

На наш взгляд, определение организатора торгов должно иметь общий характер и включать в себя ТНК как одного из возможных организаторов торгов, к примеру, уместной видится следующая редакции пункта 1 статьи 447 ГК РФ:

«1. В качестве организатора торгов может выступать закупающая или продающая сторона, транснациональная корпорация в отношении ее подразделений либо специализированная организация или иное лицо, действующее на основании договора или доверенности от основного организатора торгов.»

Организатор торгов самостоятельно выбирает не только форму торгов, но и порядок их проведения в соответствии с его положением (регламентом) о закупках или законом (если проведение торгов вызвано публичным интересом). Полагаем, что не следует сужать применимые формы торгов, ограничивая их аукционом, конкурсом и формами, предусмотренными законом, так как законодательство далеко не всегда успевает за развитием делового оборота. По аналогии права, помимо указанных в ГК РФ договоров, существуют и непоименованные договоры, активно применяемые в деловом обороте (например, договор ЕРС).

В действующей редакции статьи 448 ГК РФ указаны сроки, соблюсти которые затруднительно для большинства коммерческих юридических лиц и поэтому не применяются ими на практике. Кроме того, нормативное деление торгов на открытые и закрытые без указания остальных форм торгов нецеле-

сообразно. Указать же исчерпывающий список форм торгов затруднительно, так как в деловом обороте могут появляться новые формы и их сочетания.

Безусловно, участникам торгов должно быть обеспечено достаточное время на подготовку коммерческих предложений. Так как разные категории закупок в зависимости от своей сложности могут требовать разное время на подготовку предложений, рекомендуем использовать термин «разумное время». Для закупок стандартных товаров может быть приемлем срок в 5–10 дней. А для международных торгов большой сложности (например, строительные проекты) разумным сроком могут оказаться 6 недель, как предусмотрено в регламенте Всемирного Банка¹.

Особое значение имеет конкретизация порядка подписания протокола о результатах торгов и ответственность за уклонение от его подписания. Согласно действующей редакции статьи 448 ГК РФ в случае уклонения от подписания протокола участник торгов теряет сумму задатка, но на практике среди коммерческих юридических лиц распространены крупные тендеры без их обеспечения задатком, и поэтому в случае отказа победившего на торгах участника от подписания протокола у пострадавшей стороны не остается существенных инструментов для компенсации (ущерб за срыв срока инвестиционного проекта из-за отказа победившего в тендере участника от подписания протокола и вынужденное возобновление торгов может насчитывать миллионы рублей²). Эффективное решение проблемы предлагает О. А. Беляева, указывая, что подписание протокола торгов осуществляется тендерной комиссией организатора, а подпись победившего участника торгов не требуется и правового значения для результатов вовсе не имеет³. Если данное требование будет закреплено законодательно, причем с учетом специфики третьих взаимосвязанных лиц, то проблема отказа от ранее согласованных на торгах условиях будет во многом решена.

¹ См.: Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.

² Пример из практики автора.

³ См.: Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография. С. 195.

Важное значение имеет конкретизация срока возврата задатка проигравшим участникам торгов, что особенно актуально для предприятий малого и среднего бизнеса.

Мы полагаем, что действие задатка должно быть распространено до момента заключения основного договора. Однако срок заключения договора может занимать длительное время, что негативно отражается на интересах субъектов малого и среднего предпринимательства, вложивших оборотные средства в обеспечение тендерных сделок. С учетом стремительно меняющегося делового оборота целесообразно ввести открытый перечень способов обеспечения коммерческих предложений.

Представляется, что установление срока исковой давности продолжительностью один год в действующей редакции п. 1 ст. 449 ГК РФ не совсем логично: в течение года стороны уже могли заключить договор и полностью исполнить его, поэтому применение п. 2 ст. 449 ГК РФ о признании недействительным договора может привести к дестабилизации делового оборота. На наш взгляд, данный срок следует сократить до трех месяцев.

В части второй ГК РФ ст. 507 целесообразно перенести в гл. 28 части первой ГК РФ, распространив ее положения на урегулирование разногласий при заключении договора в целом, нежели чем только договора поставки, изложив статью в действующей редакции, но убрав слово «поставки» из первого и второго пунктов статьи.

Мы рассмотрели в гл. 2 диссертации злоупотребления в международных торгах, связанные с неправомерным раскрытием конфиденциальной информации, и считаем обоснованным перенести ст. 727 ГК РФ в гл. 25, распространив положения данной статьи на обязательства в целом, а не на подряд в частности, так как в век цифровых технологий и активной конкуренции игроков рынка раскрытие конфиденциальной информации, полученной в ходе проведения торгов (концепция рекламной кампании, рецептура нового продукта, IT-решения и т.д.), может привести к существенным убыткам пострадавшей стороны (например, использование идеи конкурентом и его опе-

режение на рынке, тогда как первоначальный заказчик–организатор тендера уже понес расходы по вложению средств в разработки, но еще не успел оформить права интеллектуальной собственности на них). Поэтому предлагаем изложить п. 5 ст. 727 ГК РФ (в виде дополнения к ст. 401) в следующей редакции:

«5. Лицо несет ответственность за неправомерное раскрытие конфиденциальной информации, полученной им при совершении сделки, третьим лицам без предварительного согласия обладателя этой информации.».

Итак, совершенствование гражданско-правовых норм регулирования международных торгов необходимо. При этом должны сохраняться динамичность делового оборота и защищаться права не только участников, но и организатора торгов. Как показывает английская, американская и российская судебная и административная практика по спорам о публичных закупках, количество возможных претензий превышает количество возможных злоупотреблений, ущемляя права организатора торгов и продлевая тендерный процесс, что приводит к неблагоприятному экономическому эффекту. В Концепции развития гражданского законодательства также акцентировалось внимание на устранении проблем, связанных с недобросовестными требованиями контрагентов о признании сделок недействительными, чтобы не исполнять принятые на себя обязательства¹.

Чрезмерное правовое регулирование, как и его отсутствие негативно сказываются на субъектах международных торгов. Например, нормативное требование о запрете запроса генподрядных организаций в публичных торгах штата Нью-Йорк на строительные работы², по расчетам О. Ашенфельтера, приводит к задержке реализации строительных проектов на один календарный год и росту затрат бюджета на 8%³. Заслуживает внимание и его позиция

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

² См.: New York General Municipal Law 1912 (Wicks Law).

³ См.: Ashenfelter O., Ashmore D., Filer R. Contract Form and Procurement Costs: The Impact of Compulsory Multiple Contractor Laws in Construction. Working Paper 5916. National Bureau of Economic Research, 1997. P. 2.

о необходимом участии экономистов в обсуждении законопроектов по торговым¹.

На наш взгляд, предлагаемая в гл. 3 диссертации редакция гражданско-правовых норм содержит сбалансированный подход к решению проблемы регулирования закупочных отношений, в том числе в форме международных торгов.

§ 2. Регулирование международных торгов в международном частном праве

Основными субъектами международных торгов являются ТНК, и порядок регулирования данных торгов напрямую связан с определением правосубъектности ТНК, которая носит дискуссионный характер в науке. Масштаб экономических операций крупных ТНК в мире сравним с ВВП некоторых стран², а фрагментация подразделений ТНК по разным странам постоянно увеличивается³. Однако ни на национальном уровне государств, ни в международном частном праве в настоящее время нет достаточно четких норм регулирования ответственности ТНК, так как свои операции ТНК осуществляют в виде деятельности отдельных юридических и неюридических лиц, зарегистрированных в сотнях стран мира. Например, только 25% экспорта приходится на американские ТНК (зарегистрированные в США юридические лица), тогда как остальные 75% продаж ТНК осуществляют через свои подразделения в разных странах⁴. Как правильно отмечает Н. Г. Вилкова, в деятельности ТНК прослеживается разделение юридической стороны (разные

¹ См.: Там же. С. 3.

² См.: World Investment Report: Non-equity Modes of International Production and Development. UNCTAD, Geneva, 2011.

³ См.: Baldwin R., Lopez-Gonzalez, J. Supply-chain Trade: A Portrait of Global Patterns and Several Testable Hypotheses, NBER Working Paper 18957, 2013.

⁴ См.: Antràs P., Yeaple S. R. Multinational Firms and The Structure of International Trade. Working Paper 18775, National Bureau of Economic Research, February 2013. P. 4.

юридические лица) и экономической стороны (все юридические лица ТНК функционируют как звенья одной системы)¹.

Правовые проблемы международных торгов невозможно решить, не установив правосубъектность ТНК, ведь именно торги с участием ТНК остаются неурегулированными, тогда как публичные закупки регламентированы в большинстве стран мира, а торги, проводимые на заемные средства международных организаций, регулируется положениями о закупках данных организаций. В научной литературе периодически поднимаются вопросы о необходимости регулирования деятельности ТНК, но, как правило, ограничиваются проблемами соблюдения прав человека, защиты окружающей среды и противодействия коррупции². Некоторое регулирование ТНК осуществляется в части обеспечения корпоративной ответственности (защита прав человека, бережное отношение к экологии и т.д.) в форме саморегулирования (деловые кодексы, стандарты поведения ТНК и т.д.). Как указывает Ларри Бэкер, рассматриваемое в рамках ООН правовое регулирование ТНК в части защиты прав человека может быть дополнено нормами международного частного права в отношении регулирования экономической деятельности ТНК³.

Следует особенно отметить Резолюцию комитета по международному гражданскому и коммерческому судопроизводству, принятую на 70-й конференции Ассоциации международного права в 2002 г., – «Принципы установления юрисдикции над корпорациями». Согласно п. 4.1 Резолюции, если ответчиком в суде является корпорация, ее «штаб-квартира» и иные подразделения также могут быть привлечены к процессу по тесно связанным претензиям⁴.

И. Т. Тарасов подчеркивал, что новые формы акционерных компаний могут создавать новые юридические отношения⁵. Каковы правоотношения,

¹ См.: Вилкова Н. Г. Международные коммерческие контракты: теория и практика унификации правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001.

² См.: Blumberg P. I. Corporate Responsibility in a Changing Society, 1972.

³ См.: Backer L. C. Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation`s Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law // Columbia Human Rights Law Review. 2005. Vol. 37.

⁴ См.: Резолюция комитета по международному гражданскому и коммерческому судопроизводству // Журнал международного частного права. 2002. № 1 (35). С. 35.

⁵ См.: Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях. М., 2000. С. 412.

создаваемые ТНК? Английский лорд А. Деннинг предложил эффективное правовое решение проблемы регулирования делового оборота ТНК, рекомендовав суду рассматривать не действия отдельного юридического лица, а «единого экономического субъекта»¹ ТНК. Действительно, при установлении фактов нарушений в международных торгах важное значение имеет именно централизация закупочных потребностей ТНК, выраженная в заключении отдельных договоров по итогам торгов между победителем торгов и подразделениями ТНК разных стран мира. К сожалению, несмотря на логичность идеи А. Деннинга, она не получила широкого распространения ни в английском, ни международном частном праве из-за сложности применения. В отечественной научной литературе теорию А. Деннинга именуют теорией «предприятия»², или «имущественного комплекса»³.

Сходную по смыслу теорию предложил С. С. Занковский, выделив «договор единой цели» – совокупность обязательств, объединенных одной целью. При этом С. С. Занковский акцентирует внимание на двух признаках таких обязательств: взаимосвязанный характер и ключевая роль организатора процесса, отказ которого от исполнения влечет прекращение договора единой цели⁴. Данную концепцию возможно применить к тендерному договору, заключаемому «штаб-квартирой» ТНК.

В своей следующей работе Ларри Бэкер было проведено исследование закупочных отношений на примере ТНК Gap Inc. и сделан вывод о том, что регулирование закупочных отношений осуществляется непосредственно ТНК, а не национальным или международным частным правом⁵. Ронен Шами также придерживается аналогичной точки зрения, полагая, что саморегулирование ТНК эффективно за счет ценности корпоративной репутации, по-

¹ DHN Food Distributors v Tower Hamlets. London Borough Council [1976] 1 WLR 852.

² См.: Манукян М. А. Указ. соч. С. 26.

³ См.: Асосков А. В. Группы коммерческих организаций (транснациональные корпорации) // Международное частное право: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 202–207.

⁴ См.: Занковский С. С. Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 7.

⁵ См.: Backer L. C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation // ILSA Journal of International & Comparative Law. 2008. Vol. 14. No. 2.

этому ТНК справедливо регулирует закупочные отношения со своим участием¹. Мы не можем согласиться с такой точкой зрения, так как субъект не может выступать источником права. К тому же, если регулирование осуществляет лишь один из субъектов закупочных отношений (например, организатор международных торгов), то права второго субъекта (участника торгов) могут ущемляться: разве судья может беспристрастно решить спор, где обвиняемым является он же? Рассчитывать на эффективное саморегулирование международных торгов силами ТНК так же утопично, как и применять принцип доверия в деловом обороте, упоминавшийся нами в гл. 1. Саморегулирование ТНК возможно, но при условии воздействия на него хотя бы нормами «мягкого права», например в виде «кодекса поведения» или рекомендаций международных организаций².

Возможные нарушения конкуренции в географическом масштабе, вызванные международными торгами ТНК и прочие, рассмотренные нами в гл. 2 диссертации злоупотребления, остаются почти без правовой защиты в международном частном праве. Ситуация усугубляется влиянием значительного масштаба экономических операций ТНК на международную конкуренцию и права более слабых конкурентов на локальных рынках, в том числе и российском. Достигая выгодного распределения цен за счет международных торгов, ТНК может экспортировать готовую продукцию из страны, где использовано сырье по демпинговым ценам, в страну конечного сбыта³, достигая в последней конкурентные преимущества по сравнению с локальными производителями. Основные проблемы заключаются в сложности определения применимого права к нарушению в международном тендере и отсутствии исковой защиты против ТНК, так как иск возможно предъявить стороне

¹ См.: Shamir R. Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility. *Law & Society Review*, 38. Pp. 635–664.

² См.: Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Правила для многонациональных предприятий (27 июня 2000 г.) // Журнал международного частного права. 2003. № 3 (41). С. 57–69; Конвенция от 6 апреля 1974 г. «О Кодексе поведения линейных конференций» // Международное частное право: в 2 кн. Кн. 2 / авт.-сост. Н. Ю. Ерпылева, М. В. Касенова. М.: Омега-Л, 2008. С. 489–496.

³ См.: Hanson G. H., Mataloni R. J., Slaughter M. J. Expansion Strategies of Multinational Firms. Working Paper 8433 // National Bureau of Economic Research. 2001. P. 35.

конкретного закупочного отношения, а этой стороной, как правило, является отдельно взятое юридическое лицо (например, юридическое лицо с иностранными инвестициями (ТНК), зарегистрированное и осуществляющее экономическую деятельность в Российской Федерации).

От отсутствия единообразного регулирования международных торгов в международном частном праве страдают и сами ТНК, сталкиваясь с разнообразными нормативными требованиями разных стран при заключении договоров по итогам торгов. В частности, в рассмотренном нами в гл. 1 диссертации примере международных торгов Carlsberg S/A (Дания) организатору потребовалось координировать заключение нескольких отдельных договоров вместо единого соглашения, распространяющего условия на несколько рынков ТНК. Как следствие, поставки на несколько рынков, включая российский, начались на несколько месяцев позже, создав негативный экономический эффект.

С целью устранения вышеуказанных проблем правоприменения по тендерным спорам с участием ТНК предлагаем изложить ст. 53² «Аффилированность» ГК РФ в следующей редакции:

«В случаях, если настоящий Кодекс или другой закон ставит наступление правовых последствий в зависимость от наличия между лицами отношений связанности (аффилированности), наличие или отсутствие таких отношений определяется в соответствии с законом, а в отношении российского подразделения транснациональной корпорации наличием центра принятия решений по координации действий транснациональной корпорации на глобальном или региональном уровне, затрагивающем операции российского подразделения, зарегистрированного в Российской Федерации в форме юридического лица или иной установленной законом форме.»

В международном частном праве целесообразно дать нормативное закрепление термину «транснациональная корпорация». На наш взгляд, определение ТНК, представленное в гл. 1 диссертации, в достаточной степени передает сущность и содержание ТНК.

Далее предлагаем конкретизировать некоторые статьи разд. VI ГК РФ. Обращаем внимание, что мы не стали дополнять нормы положениями о регулировании подразделений ТНК, не являющихся юридическими лицами. В случае закупочного спора с таким субъектом возможно применение аналогии права.

Так, пункт 1 и 4 **статьи 1202 «Личный закон юридического лица»** предлагаем изложить в следующей редакции:

«1. Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо, если иное не предусмотрено законом. Личным законом транснациональной корпорации считается право страны, где учреждено юридическое лицо, имеющее право принимать управленческие решения в отношении иных подразделений транснациональной корпорации, зарегистрированных в других юрисдикциях. К личному закону подразделений транснациональной корпорации субсидиарно применяется личный закон транснациональной корпорации.

...

4. Если учрежденное за границей юридическое лицо осуществляет свою предпринимательскую деятельность преимущественно на территории Российской Федерации, в том числе посредством деятельности подразделений транснациональной корпорации, к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица его учредителей (участников), других лиц, которые имеют право давать обязательные для него указания или иным образом имеют возможность определять его действия, применяется российское право либо по выбору кредитора личный закон такого юридического лица.»

Предлагаемая нами редакция устраняет правовую неопределенность отношений между юридически независимыми зарегистрированными в разных странах подразделениями ТНК и ее «штаб-квартирой», действия которой в международных торгах обязывают подразделения заключить договор, в формировании которого они не участвовали. Таким образом, право страны, регулирующее международные торги, должно совпадать с личным законом

«штаб-квартиры» ТНК. Интересно, что еще в 1938 г. в докладе Департамента Торговли США был использован термин «международные продолжения американского предприятия» (International extensions of American business enterprise)¹, которые определялись путем установления наличия контроля со стороны зарегистрированного в США юридического лица по отношению к предприятиям, зарегистрированным в других странах.

В США гражданские отношения ТНК находятся под экстерриториальным действием американского законодательства², что осуждалось в отечественной правовой науке³, хотя американский подход логичен для регулирования деятельности ТНК, ведь для регулирования правоотношений подразделений ТНК применяется американское законодательство – личный закон зарегистрированной в США «штаб-квартиры».

ТНК может иметь и несколько центров принятия решений, каждый из которых контролирует закупочные отношения на региональном уровне, или сочетать применение отдельно созданного центра для договорных отношений (например, юридическое лицо ТНК в стране с благоприятным налоговым режимом) и «штаб-квартиры» для принятия решений. В последнем случае международный тендер проводится «штаб-квартирой», а договор по итогам тендера заключает юридическое лицо с выгодным ТНК налоговым режимом. Например, «налоговый центр» Royal Dutch Shell зарегистрирован в Нидерландах, а «штаб-квартира» представлена в Англии.

Децентрализация управления достаточно распространена в ТНК⁴. Так, менеджеры по закупкам ТНК Diageo, отвечающие за определенный регион, могут находиться в разных подразделениях ТНК в разных странах. Иными словами, сотрудник физически находится в стране X, получает оплату труда из страны Y или из страны X (в зависимости от условий трудового договора)

¹ См.: American Direct Investments in Foreign Countries, Bureau of Foreign and Domestic Commerce, Economic series. No. 1, Washington, DC, GPO, 1938.

² См.: Bergsten C. F., Horst T., Moran T. American Multinationals and American Interests. Brooking Institution, 1978.

³ См.: Богуславский М. М., Ляликова Л. А., Светланов А. Г. Экспортное законодательство США и международное частное право // Советское государство и право. 1983. № 3. С. 114.

⁴ См.: Фединяк Г. С. Транснациональная корпорация как участник гражданско-правовых договоров с принимающим государством. Киев: Атика, 2011. С. 60.

и управляет закупками в стране Z наравне со своим коллегой, находящимся в иной юрисдикции. Получается, что центр принятия решений по международным торгам, состоящий из физических лиц, «распылен» по нескольким юрисдикциям.

После слияний и поглощений ТНК могут образовываться корпорации с двумя «штаб-квартирами», что также затрудняет поиск применимого права к международным торгам, проводимым такой ТНК. Если среди нескольких центров принятия решений ТНК проблематично выделить основной, то для определения права, применимого к международным торгам, целесообразно рассмотреть личный закон «штаб-квартиры» ТНК, которая организовывала торги или иным образом влияла на выбор победителя в международных торгах. Если международные торги проводила не «штаб-квартира», но отдел глобальных корпоративных закупок, отнесенный к иному юридическому лицу ТНК, то для целей регулирования международных торгов целесообразно использовать личный закон юридического лица, к которому отнесены глобальные корпоративные закупки ТНК. Если глобальные корпоративные закупки «распылены» по нескольким странам, то применяется личный закон юридического лица, в котором работает ключевое лицо, принимающее решение в глобальных корпоративных закупках (например, региональный или глобальный директор по закупкам). Тем самым мы применяем коллизионную привязку «наиболее тесной связи».

В случае если во избежание ответственности ТНК меняет «штаб-квартиру», для решения закупочного спора целесообразно использовать право личного закона «штаб-квартиры», которая действовала на момент возникновения правонарушения. Если установить данный факт сложно, то применяется коллизионная привязка «наиболее тесной связи».

Так как предлагаемые нами положения рассматриваются в рамках ГК РФ, справедливо заметить, что разные страны придерживаются разных подходов к определению личного закона юридического лица. К тому же российское право может затрагивать лишь ту часть ТНК, которая зарегистрирована

на территории Российской Федерации. Поэтому возможны правовые коллизии, если в тендерном споре по международным торгам с участием ТНК у спорящих субъектов в юрисдикциях принят разный порядок определения *lex societatis* для «штаб-квартиры» и подразделений ТНК. Обозначенную проблему может помочь решить снятие корпоративной вуали.

Когда тендер проводится «штаб-квартирой» ТНК в одной стране (страна А), при этом участники из разных зарубежных стран (В, С, D), стороны основного договора находятся в третьих странах (Е, F) и напрямую не участвуют в тендере, а фактическое исполнение происходит в четвертой стране (G), возникает проблема определения применимого права. Ее решение, на наш взгляд, связано и с определением личного закона ТНК, и с необходимостью корректировки абзаца 1 пункта 1 статьи 1209 ГК РФ следующим образом:

«1. Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки, а в сделках с участием транснациональной корпорации и (или) ее подразделений требования личного закона транснациональной корпорации к форме сделки. Совершенная за границей сделка, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки.»

Определение сторонами права, применимого к международному тендеру, по итогам которого фактическими сторонами договора выступают третьи взаимосвязанные лица, имеет первостепенное значение. Р. Кос полагал, что большинство отношений в деловом обороте основано на договоре, поэтому деятельность ТНК не следует регламентировать, ведь любая операция ТНК,

по мнению Р. Коса, урегулирована тем или иным договором¹. Так как договорная природа международных торгов не определена в праве единообразно, и разные авторы могут придерживаться противоположных взглядов на эту тему (вплоть до отрицания доктрины тендерного договора), что мы рассмотрели в гл. 1 диссертации, мы не можем согласиться с позицией Р. Коса, так как «границы» ТНК в международных торгах неочевидны и подчас остаются невидимыми для нормативного регулирования.

На наш взгляд, целесообразно изменить норму п. 5 ст. 1211 ГК РФ, устанавливающую, что в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, применяется право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа, так как аукцион может проводиться организатором из одной точки мира в электронной форме среди участников из разных стран, а переговоры как один из этапов торгов могут проводиться в разных странах в несколько раундов, что затрудняет поиск применимого права к международным торгам. Для реализации данной идеи мы предлагаем следующие изменения в ст. 1211 ГК РФ:

«1. Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору или иному обязательству применяется право страны, где на момент установления обязательства находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания обязательства.

...

5. В отношении договора, заключенного на торгах или в последующем по их результатам, применяется право страны, где зарегистрирован организатор торгов.

...

10. К договору, содержащему элементы различных договоров и (или) одной из сторон которого являются подразделения транснациональной корпорации,

¹ См.: Coase R. H. The Nature of the Firm // *Economica*. 1937. Vol. 4. No. 16., Pp. 386–405.

применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан, если из закона, условий или существа этого договора либо совокупности обстоятельств дела не вытекает, что применимое право подлежит определению для таких элементов этого договора отдельно.»

Злоупотребление доминирующим положением может происходить не только в рамках одной страны, но и региона. Перераспределяя пакетные сделки между разными рынками, ТНК может манипулировать рынком отдельно взятой страны за счет условий международного тендера. Поэтому мы предлагаем дополнить п. 2 ст. 1222 ГК РФ следующей нормой: предлагаем дополнить следующим текстом: «При установлении фактов нарушения конкуренции на определенном рынке транснациональной корпорации принимаются во внимание действия ее подразделений, а также деятельность на других рынках, которая в совокупности могла привести к нарушению конкуренции на данном рынке.»

Развивая проблематику конкуренции в международных торгах, на наш взгляд, необходимо конкретизировать некоторые положения Закона о защите конкуренции, в первую очередь гл. 4 «Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений, особенности заключения договоров с финансовыми организациями и особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества». Действующая редакция данного Федерального закона предусматривает защиту прав участников торгов и регулирует порядок обжалования действий организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии. Однако, как показано в гл. 2 диссертации, участники торгов также могут злоупотреблять правом. Поэтому предлагаем изложить абз. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции следующим образом:

«при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе:

1) координация ценообразования и иные действия, приводящие к недобросовестной конкуренции субъектов торгов».

Под субъектами торгов понимаются не только перечисленные в законе организатор торгов, оператор электронной площадки, конкурсная или аукционная комиссии, но и безусловно участники торгов. Поэтому в гл. 4 рассматриваемого федерального закона рекомендуем указать порядок обжалования действий или бездействия всех субъектов закупочных правоотношений, сохранив надлежащее единство терминологии. Как отмечалось в гл. 1 диссертации, термин «торги» или «тендер» включает в себя и запрос котировок, и запрос предложений, и другие процедуры. Поэтому в соответствующих нормативных актах (например, Законе о защите конкуренции, Законе о контрактной системе, Законе о закупках) рекомендуем использовать общий термин «торги» вместо перечисления понятий, имеющих аналогичную сущность (запрос котировок, запрос предложений, конкурс, аукцион), что проиллюстрировано в предлагаемой редакции абз. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В настоящее время одновременное применение данных терминов затрудняет деловой оборот и несет риск злоупотребления правом. Так, например, требование истца обязать организатора закупки заключить с ним договор было отклонено судом, так как процедура запроса предложений не является торгами, о чем прямо указано в локальных актах ответчика, регулирующих закупки, поэтому ответчик мог в любой момент отказаться от заключения договора¹.

Помимо необходимой конкретизации норм международного частного права в ГК РФ и некоторых законах (в частности, Законе о защите конкуренции) для регулирования международных торгов безусловно необходимы дополнительные правовые решения. Рассмотрим несколько вариантов решения проблемы регулирования международных торгов.

¹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.12.2014 № Ф09-8172/14 по делу № А34-1410/2014.

В январе 2015 г. в Швейцарии на конференции, посвященной 35-летию Венской конвенции 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров», профессором Ц. Перейра была высказана интересная точка зрения о возможном применении этой Конвенции к международным торгам, субъектами которых являются международные организации или лица с государственным участием (в нашем случае субъекты, закупки которых регулируются Законом о контрактной системе и Законом о закупках). На наш взгляд, предлагаемое решение является спорным, так как Венская конвенция применяется к договорным отношениям, а порядок заключения договоров при осуществлении публичных закупок регулируется соответствующими правовыми нормами в большинстве стран мира.

Предположим, что в Венской конвенции можно предусмотреть дополнительный раздел, содержащий нормы регулирования международных торгов. Сколько времени уйдет на ратификацию данного документа странами? Сколько стран присоединятся к измененному разделу Конвенции? Вероятно, процесс будет длительным, и он вовсе не гарантирует большое количество присоединившихся стран.

А вот некоторые нормы другой Венской конвенции можно заимствовать для разработки регулирования международных торгов. Возвращаясь к ранее рассмотренной нами доктрине эстоппель, проведем аналогию регулирования международных торгов в международном частном праве с нормами международного публичного права. Так, согласно ст. 46 Венской конвенции «О праве международных договоров»¹, государство, подписавшее международный договор, утрачивает право признать договор недействительным по причине его противоречия национальному праву данного государства за исключением норм особо важного значения. По аналогии права полагаем, что подразделение ТНК в какой-либо стране не вправе аннулировать сделку, заключенную по условиям международных торгов, проведенных «штаб-квартирой» ТНК, ссылаясь на выгодные для подразделения ТНК нормы со-

¹ Венская конвенция «О праве международных договоров» от 23.05.1969 // СПС «КонсультантПлюс».

ответствующей юрисдикции: это может быть как право страны регистрации «штаб-квартиры», так и право страны, где зарегистрировано подразделение ТНК или право, где зарегистрирован основной иностранный учредитель подразделения. Например, добросовестный участник международных торгов, проведенных в Лондоне «штаб-квартирой» ТНК, зарегистрированной в Англии, должен подписать договор с подразделением ТНК, зарегистрированным в России, где основной акционер – подразделение ТНК, зарегистрированное в Нидерландах. В случае понуждения победившего в тендере участника согласиться на изменения существенных условий договора будут нарушаться его права. Например, на международных торгах озвучивалась стоимость доставки, включаемая в цену товара. По факту контрагент вынужден возмещать закупающей стороне затраты на сертификацию и таможенные пошлины, если не применяется соответствующий базис поставки ИНКОТЕРМС.

Еще одним возможным методом решения правовой проблемы международных торгов, связанной с участием ТНК в закупочных отношениях, является применение доктрины снятия корпоративной вуали. Полагаем, что разные юридические лица, действующие в рамках ТНК, «покрыты одной вуалью». К сожалению, единообразное применение данной американской доктрины на практике спорно, в том числе из-за широкого судебного усмотрения. К тому же по тесту Пауэлла для применения судом снятия корпоративной вуали необходимо в том числе доказать, что дочерняя компания (в нашем случае подразделение ТНК) лишена самостоятельности и экономической обособленности¹. Однако третьи взаимосвязанные лица в международных торгах зарегистрированы в форме самостоятельных юридических лиц, де-юре обладающих экономической обособленностью, а де-факто выступающих как одно целое образование в рамках ТНК. Таким образом, применение доктрины снятия корпоративной вуали в международном частном праве и российском частном праве к международным торгам возможно при оп-

¹ См.: Захаров А. Н. Некоторые вопросы снятия корпоративной вуали: американский опыт и возможности его использования в российском праве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 10. С. 32 - 62.

ределенной модификации доктрины и ее дальнейшем единообразном применении судами.

Интересна позиция А. Н. Захарова, предложившего создать государственно-частное партнерство для регулирования закупочных отношений и эффективного участия Российской Федерации в международных торгах¹. Полагаем, что для ряда проектов данный подход может оказаться успешным. Также подобное решение может быть изучено для целей создания централизованной службы закупок (ст. 26 Закона о контрактной системе).

На наш взгляд, наиболее эффективным решением проблемы регулирования международных торгов является создание Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках. Отметим, что действующий Закон о контрактной системе разработан на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках. На наш взгляд, создание Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках эффективно скажется на современном деловом обороте, нежели чем принятие иными международными организациями рекомендательных норм (guidelines) «мягкого» права или разработка международной конвенции, как правило, требующей длительного времени на принятие и ратификацию и имеющей ограниченное количество присоединившихся к ней стран². Исключение могут составить соглашения о свободной торговле, в которые логично включить положения, касающиеся международных закупок³.

В одном из комментариев к редакции «Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров, работ и услуг» (1994) был выделен раздел «Международные тендеры», однако в основном касавшийся права закупающей стороны организовывать тендеры с участием нерезидентов⁴. Нормы о международных торгах могут быть интегрированы в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публич-

¹ См.: Захаров А. Н. Международные конкурсные торги. 2-е изд., доп. и перераб. М.: МГИМО (У) МИД России, 2011. С. 160.

² Р. А. Куликов придерживается противоположной позиции о приоритетном значении международных договоров для целей регулирования деятельности ТНК. См.: Куликов Р. А. Указ. соч. С. 10.

³ См.: Evenett S. J. The Reform of Public Procurement Practices in an Era of Fiscal Restraint // Law in Transition Online. Autumn 2010. P. 30.

⁴ См.: Procurement: commentary on draft model law on procurement: report of the Secretary-General, (A/CN.9/WG.V/WP.25) // Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law. 1990. Vol. XXI. P. 160.

ных закупках путем уточнения его редакции. Так, под закупающей стороной (ст. 2п (ii)) может пониматься и коммерческое юридическое лицо, если это будет указано при разработке и принятии закона на национальном уровне на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ, а нормы регулирования международных торгов будут приведены в отдельном разделе закона. При этом закон будет распространяться на закупочные отношения в целом – как публичные закупки, так и закупки коммерческих юридических лиц без государственного участия. Данный подход эффективен для государств, еще не принявших закон о публичных закупках на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Так как в Российской Федерации сформирована эффективная система регулирования публичных закупок, на наш взгляд, регулирование закупок коммерческих юридических лиц (в том числе с иностранным элементом) должно рассматриваться отдельно, а не дополнять действующие законы (Закон о контрактной системе и Закон о закупках) во избежание усложнения делового оборота. Поэтому в рамках диссертации предложено решение проблемы регулирования международных торгов в виде отдельного Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках. На наш взгляд, структура модельного закона должна состоять из следующих частей:

Глава 1. Общие положения

Статья 1. Понятия и определения

Статья 2. Закупочные отношения

Статья 3. Принципы закупочных правоотношений

Статья 4. Предварительная квалификация участников торгов

Статья 5. Порядок проведения торгов

Статья 6. Определение лучшей ценности в торгах

Статья 7. Внесение изменений в условия торгов

Статья 8. Конфиденциальность

Статья 9. Ответственность

Глава 2. Международные торги

Статья 10. Применение права страны организатора торгов к закупочным отношениям сторон, осложненным иностранным элементом

Статья 11. Недобросовестная конкуренция и ограничение конкуренции при проведении международных торгов

Статья 12. Право, применимое к закупочным отношениям с участием транснациональных корпораций и их подразделений

Статья 13. Порядок оспаривания результатов международных торгов

Статья 14. Порядок и допустимость изменений условий тендерного договора при заключении рамочного договора и/или договоров третьих взаимосвязанных лиц

Статья 15. Ответственность транснациональных корпораций и третьих взаимосвязанных лиц за нарушения при организации торгов, участии в них и/или контрактации по итогам международных торгов

За основу разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках следует взять Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, снабдив его более гибкими решениями для делового оборота и сделав акцент на регулировании закупочных отношений с участием ТНК. Могут оказаться полезными правовые инструменты, рассматриваемые ЮНСИТРАЛ для регулирования закупочных отношений с участием публично-частных партнерств (public-private partnerships)¹, так как проблемы, возникающие в регулировании закупочных отношений публично-частных партнерств, актуальны и для закупок с участием ТНК: множественность юрисдикций, определение ответственности разных юридических лиц в рамках одной ТНК, нарушение конкуренции и иные злоупотребления при проведении международных торгов. Особенно следует отметить момент перехода от тендерных отношений к договорным, так как это положение не закреплено в рекомендациях по регулированию публично-частных партнерств, однако обозначена проблема дли-

¹ См.: The Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2004.

тельности срока заключения договора по итогам торгов, который может насчитывать несколько месяцев¹.

Нам представляется, что эффективному регулированию международных торгов будет способствовать принятие вышеуказанного Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также более активного взаимодействия международных организаций и государств в части гармонизации норм регулирования как экономической деятельности ТНК в целом, так и международных торгов в частности. Проекты сотрудничества могут быть построены по аналогии с проектами, проводимыми в рамках публичных закупок. Так, Федеральная антимонопольная служба РФ и ЕБРР сотрудничают по вопросам развития публичных закупок в Российской Федерации².

Еще одним решением правовых проблем международных торгов может послужить формирование обычного права на основе обобщения Международной торговой палатой практики регулирования закупочных отношений ТНК, построенной на ключевых принципах торгов. Так, международные правила ИНКОТЕРМС признаны во всем мире и активно используются в международном деловом обороте. По аналогии правила международных торгов могут оказаться весьма эффективными. При использовании такого подхода будет достигаться унификация правового регулирования международных торгов в разных странах за счет единообразного применения ими общих правил.

Итак, на наш взгляд, наиболее эффективным регулирование международных торгов будет при использовании нормотворческой деятельности международных организаций и объединений, имеющих высокую репутацию и значимость на мировом рынке.

Особое место в международных торгах занимают ТНК. ТНК организуют отдельные департаменты по глобальным корпоративным закупкам, которые проводят международные торги, обязывая свои зарубежные подраз-

¹ См.: Balkman C. Comparison of Country PPP Laws with UNCITRAL PFIPs Instruments, March 2014, Crown Agents ref. No. 104342D.

² Memorandum of Understanding. Co-operative Initiative between the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation and the European Bank for Reconstruction and Development to Promote the Development of the Public Procurement Sector in the Russian Federation. Moscow, 16 November 2010.

деления заключать договоры с победителями данных торгов. Следствием этого могут быть злоупотребления доминирующим положением на глобальном рынке и сокращение возможностей сбыта для российских поставщиков. Так, российское подразделение ТНК может приобрести товары (услуги) у российского поставщика, но вынуждено заключать внешнеэкономический договор порой на невыгодных для него (но выгодных в глобальном масштабе для ТНК) условиях. При этом закупочная деятельность ТНК не регулируется правом. Это значимая научная проблема, требующая изучения не только в части закупочных отношений, но и регулирования в международном частном праве экономической деятельности ТНК в целом. Мы предложили решение проблемы регулирования международных тендеров в международном частном праве, а изучение контроля деятельности ТНК может стать предметом последующей научной работы. Как правовое регулирование деятельности ТНК в целом, так и международных торгов в частности носит дискуссионный характер в науке, включая позиции о необходимой либерализации и отсутствии нормативного контроля делового оборота ТНК¹. Нам представляется, что эффективным решением правовых проблем международных торгов является сбалансированное нормативное регулирование, позволяющее защищать права субъектов закупочных отношений разных юрисдикций и обеспечивающее достаточную свободу и гибкость делового оборота.

Выводы. В гл. 3 диссертации предложены решения правовых проблем международных торгов, обозначенных в предыдущих главах, как посредством конкретизации норм гражданского и международного частного права РФ, так и разработки международных документов (Типовой закон ЮНСИТРАЛ).

Адаптировав английскую доктрину тендерного договора, мы предусмотрели ответственность за нарушения обязательств субъектами международных торгов. При разработке предлагаемых изменений учитывались тре-

¹ См.: Cicala S. When does Regulation Distort Costs? Lessons from Fuel Procurement in US Electricity Generation. Working Paper 20109 // National Bureau of Economic Research. May 2014. P. 1.

бования современного делового оборота (в части сроков принятия решений в тендерах, порядка признания их недействительными и т.д.).

С целью построения эффективной системы правового регулирования закупочных отношений предложено перенести релевантные положения о регулировании публичных закупок из ГК РФ в Закон о контрактной системе, который и регулирует данные отношения.

Особенное внимание уделено созданию нормативной базы для регулирования закупочных отношений с участием ТНК, так как масштаб возможных нарушений конкуренции в разных странах за счет злоупотреблений ТНК при организации международных торгов достаточно велик, а эффективные правовые инструменты регулирования недостаточны.

Важно отметить, что, разрабатывая нормативное регулирование международных торгов, проводимых ТНК, требуется учитывать и положительный вклад ТНК в развитие отечественной экономики (инновации, рабочие места, модернизация производства и др.). Поэтому, как справедливо заметила С. Авдашева, законодатель должен ориентироваться на суммарный выигрыш на рынке и влияние на конечных потребителей, а не на интересы отдельного продавца или покупателя¹. При разработке рекомендаций по совершенствованию законодательства о закупках аналогичной позиции придерживался и ЕБРР: правовая эффективность оценивается исходя из легкости достижения цели правовой нормы и максимального экономического результата². Поэтому в настоящем исследовании мы постарались разработать сбалансированный подход к решению правовых проблем международных торгов и следовать «гуманному рационализму»³, как метко выразился А. Л. Маковский.

¹ См.: Авдашева С. Основа применения антимонопольных запретов: ущемление интересов – ущерб – благосостояние? // Конкуренция и право. 2015. № 5. С. 13.

² См.: Dahan F., Simpson J. Legal efficiency of secured transactions reform: bridging the gap between economic analysis and legal reasoning, Secured Transactions Reform and Access to Credit, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008. Pp. 122–140.

³ Маковский А. Л. Указ. соч. С. 368.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В гл. 1 «Теоретические и методологические основы гражданско-правового регулирования торгов» раскрыты понятие, сущность и содержание международных торгов, конкретизирована классификация закупочных тендеров с целью повышения эффективности их правового регулирования, а также установлены основные принципы международных торгов, являющиеся основой правового регулирования публичных закупочных отношений в Англии и США¹.

Субъектами международных торгов являются организатор тендера или лицо, действующее по его поручению, участники тендера и третьи взаимозависимые лица из разных юрисдикций. Третьи взаимозависимые лица, как правило, не выступают непосредственными участниками или организатором международных торгов, но являются фактическими сторонами договора, подписываемого по итогам торгов, будучи членами одной ТНК с организатором или победившим в тендере участником. Данная конструкция, распространенная в международном деловом обороте и не регулируемая международным частным правом, может порождать злоупотребления.

Субъективным правом организатора международных торгов является проведение торгов на установленных им условиях, не противоречащих гражданскому праву, и выбор по своему усмотрению победителя на торгах, предложившего лучшие условия будущего договора. Субъективным правом участника торгов является предоставление коммерческого предложения по своему усмотрению в рамках условий международных торгов.

Обязанностью организатора является обеспечение равных условий для всех участников тендера и заключение договора с участником, который в высшей степени соответствует критериям определения победителя, которые устанавливаются организатором до начала тендера. Участник тендера обязан

¹ См.: Friedmann W. The Uses of «General Principles» in the Development of International Law // The American Journal of International Law. 1963. Vol. 57. No. 2. Pp. 279–299.

заклучить договор с организатором на условиях, указанных в его коммерческом предложении.

Первым этапом международных торгов является предварительная квалификация участников торгов, а завершающим – заключение основного договора. Во время предварительной квалификации организатор выбирает участников к допуску на торги, а в конце торгов определяет среди допущенных участников победителя с наиболее выгодным коммерческим предложением.

Закупочное отношение складывается по поводу права на заключение договора на согласованных в международном тендере условиях, а договор содержит обязательства сторон по существу сделки (например, поставить товар, принять и оплатить его).

В английском праве принято, что операции по деловому обороту, в отличие от некоммерческой деятельности, предполагают наличие гражданских правоотношений, так как имеют своей целью получение экономической выгоды¹. Действительно, организатор тендера стремится выбрать самое выгодное ему предложение участника тендера, а участник, в свою очередь, намерен получить право на заключение договора.

Термины «тендер», «конкурс» и «торги» следует считать синонимами. На наш взгляд, формы закупочных отношений, приведенные в Законе о контрактной системе и Типовом законе ЮНСИТРАЛ о публичных закупках, являются по существу формами торгов, что и следовало определить в законах, избегая чрезмерного усложнения. Для эффективного правового регулирования мы определили следующие виды тендеров: открытый, селективный (закрытый), согласуемый (двухэтапный), международный, а также иные виды, рассмотренные в диссертации.

Наибольший научный интерес представляют международные торги, субъекты которых фактически или юридически находятся в разных государствах. По итогам международных торгов возможно подписание основного рамочного договора между организатором (ТНК) и победившим участником

¹ См.: *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company*, [1893] 1 QB 256.

(или его взаимозависимым лицом) на поставки или оказание услуг, выполнение работ для подразделений ТНК в разных странах, либо ряда отдельных соглашений между подразделениями ТНК и победившим в тендере участником, либо иного основного договора, сторонами которого могут быть субъекты закупочного отношения.

Отдельно следует отметить многоконтрактный (пакетный) тендер, где наряду с правом заключить основной договор обязательно включение в него дополнительных услуг, работ, товаров или заключение отдельного соглашения по этому поводу. Без четкого нормативного регулирования как в российском гражданском, так и международном частном праве, организатор многоконтрактного тендера может легко перейти границу между экономической эффективностью и нарушением конкуренции (навязывание участникам требования о заключении иных договоров в дополнение к основному, который представляет интерес для участников).

Наиболее распространены следующие злоупотребления в международных торгах, вызванные отсутствием достаточных правовых инструментов защиты нарушенных прав: изменение предмета закупки и условий тендера после его начала; адаптация критериев выбора победителя в тендере под определенного участника с целью присуждения ему договора; изменение существенных условий сделки, согласованных в тендере, в момент заключения основного договора; нарушение конфиденциальности; отказ от заключения договора после подтверждения его условий в тендере; введение в заблуждение и сокрытие необходимой информации с целью получения более выгодных коммерческих предложений; затягивание срока заключения основного договора; нарушение конкуренции; проведение тендера при наличии конфликта интересов; изменение условий договора на основании ошибок в тендерной документации; несоблюдение условий, указанных в тендере, при выполнении основного договора; неправомерное оспаривание результатов тендера; прекращение переговоров без уважительной причины; несоблюдение паритета в тендерной комиссии организатора тендера; нарушение сроков

проведения тендера; неправомерное требование исполнения после тендера до заключения основного договора и др.

В странах прецедентного права (США, Англия, Канада) закупочная деятельность развивалась быстрее, чем в России, где применялась плановая экономика. Поэтому за основу правовой базы для совершенствования гражданско-правового регулирования международных торгов в России целесообразно взять некоторые инструменты правового регулирования вышеуказанных стран: тендерный договор и обязательственный эстоппель. В России как предмет закупочных отношений с иностранным элементом, так и их регулирование менее развиты по сравнению с вышеуказанными странами.

Прецедентная система правового регулирования публичных закупочных отношений построена на следующих принципах, близких российскому гражданскому праву (особенно после введения новеллы в ст. 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом): справедливость, разумность, добросовестность, а также конкурентность с обеспечением участникам равных условий в тендере и корпоративная регламентированность (compliance). Данные принципы целесообразно взять за основу для регулирования международных торгов.

Публичные закупки и закупки ТНК имеют единую сущность, но первые урегулированы гражданским правом в большинстве стран, а вторые почти нет. Учитывая усложняющийся характер международных торгов и злоупотребления в закупочных отношениях коммерческих юридических лиц, необходимо развитие российского гражданского и международного частного права с использованием эффективных доктрин тендерного договора и обязательственного эстоппеля, что доказано в гл. 2 «Правовые проблемы международных торгов» диссертации.

Тендерный договор – это соглашение сторон, регулирующее их отношения в период от начала тендера до заключения ими основного договора по итогам тендера. Сущность американского обязательственного эстоппеля заключается в восстановлении нарушенного права субъекта закупочного отно-

шения, который положился на данное ему другим субъектом правоотношения обещание, и из-за этого потерпел ущерб. Иными словами, закупочные отношения имеют договорную правовую природу в Англии и деликтную – в США.

На основе проанализированных в гл. 2 диссертации прецедентов (Англия, США, Канада) по разрешению закупочных споров сформулированы следующие нормы, возможные для применения в регулировании международных торгов:

– организатор тендера самостоятельно определяет условия проводимого им тендера и должен следовать им;

– организатор должен рассмотреть все коммерческие предложения участников, отвечающие заранее установленным тендерным критериям;

– организатор должен обеспечить равные условия тендера для всех участников;

– предложение участника тендера может быть отклонено организатором без рассмотрения при наличии объективных причин, в частности конфликта интересов;

– в условных сделках поданное участником предложение является безотзывным (например, предложение субподрядчика в тендере для его дальнейшего использования организатором в последующем тендере на генподряд, если данные условия озвучены субподрядчику);

– тендерный договор не считается заключенным в случаях простых закупок (на малые суммы, стандартные категории товаров и др.), так как не требует существенных затрат участников на подготовку коммерческих предложений, а следовательно, возможный отказ организатора заключить основной договор не причинит убытки участникам;

– при нарушении прав участника тендера организатор должен возместить пострадавшей стороне фактически понесенные затраты на участие в тендере. Упущенная выгода должна компенсироваться в исключительных случаях, например при заключении организатором основного договора с уча-

стником, коммерческое предложение которого не соответствует озвученным тендерным условиям.

При чрезмерной регламентации закупочных отношений и постепенном переходе от их гражданского регулирования к административному, что наблюдается в публичных закупках, теряется эффективность и возможны злоупотребления организаторов и (или) участников тендера, недобросовестно использующих двоякое толкование сложных формальных регламентов. Злоупотребление правом возможно при недобросовестном использовании формальных правовых конструкций в ущерб духу закона¹. Другая крайность – полное отсутствие должного правового регулирования закупок коммерческих юридических лиц, приводящее к злоупотреблениям и сложностям восстановления нарушенных прав пострадавшего субъекта закупочного отношения.

В гл. 3 «Определение правового режима международных торгов» сформулированы правовые инструменты для устранения злоупотреблений в международных торгах коммерческих юридических лиц, включая отдельные положения о ТНК.

Во-первых, необходимо распространить действие гражданского права на закупочные отношения с иностранным элементом, уточнив соответствующим образом абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Признав правообразующий характер закупочного отношения, облегчается применение ст. 10 ГК РФ для решения споров по международным торгам.

Во-вторых, нормы о предварительном договоре нуждаются в обновлении, согласно обычаям действующего делового оборота.

В-третьих, нормы о порядке организации торгов также нуждаются в адаптации к требованиям современного делового оборота, особенно в части ответственности сторон за нарушения.

¹ См.: Попова И. Ю. О некоторых вопросах квалификации действий в обход закона // Адвокат. 2015. № 6. С. 46-49.

В-четвертых, нормы Закона о защите конкуренции должны применяться не только для восстановления нарушенных прав при осуществлении злоупотреблений в продажах, но и распространяться на международные торги (в частности, регулирование многоконтрактных тендеров).

В-пятых, целесообразно конкретизировать правовой статус ТНК и порядок определения применимого права к закупочным отношениям с их участием. При этом возможно рассматривать «штаб-квартиру» ТНК и ее подразделения в разных странах как «единый экономический субъект»¹ в вопросах исключения злоупотреблений доминирующим положением на мировом рынке и рынках отдельных стран при осуществлении централизованных закупок ТНК.

Безусловно, проблемы регулирования закупочных отношений с участием ТНК должны решаться не только в российском гражданском праве, но и прежде всего в международном частном праве. Предлагаемое нами решение – это создание Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках, который может стать первой ступенью построения эффективного регулирования экономической деятельности ТНК. В настоящее время научные исследования в этой области ограничены, так как ведущие ТНК, оборот которых равен ВВП некоторых стран, активно лоббируют свои экономические интересы, делая акцент на соблюдении национальных законов каждой из стран, где представлены их подразделения, а деятельность ТНК в целом (как «единого экономического субъекта») по-прежнему остается неконтролируемой.

Реализация Типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках безусловно будет осуществляться странами на добровольных основах. Успех реализации во многом зависит от качества разработанного типового закона, авторитета разработчиков и консультационной помощи разработчика государствам².

¹ См.: DHN Food Distributors v Tower Hamlets.

² См.: Маковский А. Л. Указ. соч. С. 679.

Рекомендации, предложенные автором настоящей диссертации, могут использоваться не только для повышения эффективности регулирования международных торгов, но и послужить фундаментом для дальнейшего углубленного изучения проблемы правового регулирования экономической деятельности транснациональных корпораций, а также могут быть полезны для оптимизации их договорных практик в целом.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК**Российские нормативные акты и материалы судебной практики**

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (в ред. от 28.03.2017) // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. от 28.03.2017) // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (в ред. от 28.03.2017) // СЗ РФ. – 2001. – 49. – Ст. 4552.
4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (в ред. от 07.06.2017) // СЗ РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.
5. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) «О защите конкуренции» // СЗ РФ. – № 31 (ч. I). – Ст. 3434.
6. Федеральный закон от 17.05.2007 № 82-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О банке развития» // СЗ РФ. – 2007. – № 22. – Ст. 2562.
7. Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ (в ред. от 07.06.2017) «О закупках товаров, работ и услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. – 2011. – № 30 (ч. I). – Ст. 4571.
8. Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) «Об организованных торгах» // СЗ РФ. – 2011. – № 48. – Ст. 6726.
9. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (в ред. от 07.06.2017) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. – 2013. – № 14. – Ст. 1652.
10. Федеральный закон от 03.10.2014 № 279-ФЗ «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» // СЗ РФ. – 2014. – № 40 (ч. I). – Ст. 5310.
11. Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1412.

12. Классификатор правовых актов, утв. Указом Президента РФ от 15.03.2000 № 511 // СЗ РФ. – 2000. – № 12. – Ст. 1260.
13. Постановление Правительства РФ от 14.10.1994 № 1166 «О мерах по развитию экономического и технического сотрудничества Российской Федерации с зарубежными странами» // СЗ РФ. – 1994. – № 26. – Ст. 2796.
14. Правила проведения обязательного общественного обсуждения закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. постановлением Правительства РФ от 22.08.2016 № 835 // СЗ РФ. – 2016. – № 35. – Ст. 5352.
15. Концепция развития государственной финансовой (гарантийной) поддержки экспорта промышленной продукции в Российской Федерации, утв. распоряжением Правительства РФ от 14.10.2003 № 1493-р // СЗ РФ. – 2003. – № 42. – Ст. 4093.
16. Приказ Минтруда России от 10.09.2015 № 625н «Об утверждении профессионального стандарта "Специалист в сфере закупок"» // СПС «КонсультантПлюс».
17. Приказ Минтруда России от 10.09.2015 № 626н «Об утверждении профессионального стандарта "Эксперт в сфере закупок"» // СПС «КонсультантПлюс».
18. Решение Федеральной антимонопольной службы России от 16.04.2012 по делу № К-616/12 «О нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов» // СПС «КонсультантПлюс».
19. Постановление Конституционного Суда РФ от 24.06.2009 №11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и статей 23, 37 и 51 Федерального закона "О защите конкуренции" в связи с жалобами ОАО "Газэнергосеть" и ОАО "Нижекамскнефтехим"» // СЗ РФ. – 2009. – № 28. – Ст. 3581.
20. Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возни-

кающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Российская газета. 2010. 21 мая.

21. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 101 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства» // Хозяйство и право. – 2006. – № 4.

22. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.06.2015 по делу № А56-34028/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

23. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.12.2014 № Ф09-8172/14 по делу № А34-1410/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

24. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2014 № 09АП-18855/2014-ГК по делу № А40-183131/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

25. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2015 № 17АП-6707/2015-ГК по делу № А60-49127/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

26. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2014 № 13АП-27162/2014 по делу № А56-25901/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

27. Постановление ФАС Московского округа от 18.01.2010 № КГ-А40/14193-09 по делу № А40-57077/09-128-377 // СПС «КонсультантПлюс».

28. Решение по делу № А40-17776/07-27-136 Арбитражного суда г. Москвы.

Международные акты и договоры

29. Венская конвенция «О праве международных договоров» от 23 мая 1969 года // СПС «КонсультантПлюс».

30. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011) // Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). – М.: Инфотропик Медиа, 2012.

31. Конвенция от 6 апреля 1974 г. «О Кодексе поведения линейных конференций» // Международное частное право: в 2 кн. / авт.-сост. Н. Ю. Ерпылева, М. В. Касенова. – М.: Омега-Л, 2008. – Кн. 2. – 2008. – С. 489–496.
32. Конвенция Организации Объединенных Наций от 11 апреля 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров» // СПС «Консультант–Плюс».
33. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (1994) // СПС «КонсультантПлюс».
34. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2011) // СПС «КонсультантПлюс».

Зарубежные нормативные акты и судебная практика

35. 440.1201 Sec. 1201 (3), (11) UCC Michigan.
36. 67 Con. L.R. 1. Technology and Construction Court, England, Judge Humphrey Lloyd, Q.C., October 28, 1999.
37. Acme Building & Construction Ltd v Newcastle (Town). (1992) 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.).
38. Alaska Statutes – Section 36.30.585: Protest remedies
39. Albillo v. Intermodal Container Services, Inc. (2003) 114 Cal. App. 4th 190, 206.
40. Alstom Transport v Eurostar International Ltd [2012] <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/28.html>; 140 Con LR 1, [2013] PTSR 454, [2012] WLR(D) 4, [2012] EWHC 28 (Ch).
41. Bains Harding Construction & Roofing (Aust) Pty Ltd v McCredie Richmond & Partners Pty Ltd.
42. Balfour v. Balfour, [1919] 2 KB 571.
43. Best Cleaners & Contractors Ltd v R. in Right of Canada. [1985] 2 F.C.R. 293.
44. Blackpool & Fylde Aero Club v Blackpool Borough Council. [1990] 1 W.L.R. 1195; 3 All.E.R. 25, CA.
45. Blackpool and Fylde Aero Club v Blackpool BC. (1992) 62 B.L.R. 82.

46. *British Steel Corporation v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd* [1981] 24 BLR 94.
47. *Brogden v. Metropolitan Railway Co (1876-77)* L.R. 2 App. Cas. 666.
48. *Calgary v Northern Construction Company et al.*
49. *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256.
50. *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256.
51. Case 98049, 98056, 98057 – *Henry Ford & Sons Ltd, Nissan Ireland and Motor Distributors Ltd and The Office of Public Works.*
52. Case CE/4327-04: *Bid rigging in the construction industry in England*, paragraph III.74.
53. *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] K.B. 130.
54. *Chartbrook Ltd and another v Persimmon Homes Ltd and another* [2009] UKHL 38.
55. *Chinook Aggregates Ltd v Abbotsford (Municipal Districts)*. 1989. 35 C.L.R. 241.
56. *Constitution Act 1867.*
57. *Courtney and Fairbairn Ltd v Tolaini Bros Hotels Ltd* [1975] WLR 295.
58. *Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956] APP.L.R. 04/19. *Arbitration, Practice and Procedure Law Reports*, UKHL3, 1956.
59. *DHN Food Distributors v Tower Hamlets. London Borough Council* [1976] 1 WLR 852.
60. *Dillingham Constructions v Downs.*
61. Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.
62. Document of the European Bank for Reconstruction and Development. *EBRD Financing or Private Parties to Concessions*, October 2015 revision. – P. 3.
63. *Drennan v. Star Paving Co* (51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958)).
64. *Drennan v. Star Paving Co.*, *supra*, note 1, at 760.
65. *Emcor Drake and Scull v Sir Robert McAlpine* [2004] All ER (D) 81.

66. Emery Construction v St John`s (City) Roman Catholic School Board.
67. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions // Steria Ltd & Ors v. Ronald Hutchison & Ors [2006] EWCA Civ 1551 (24 November 2006). URL: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1551.html.
68. Esso v Mardon.
69. Fairclough Building Ltd v Port Talbot BC.
70. Frederick Raff Co. v. Murphy, 110 Conn. 234, 147 Atl. 709 (1929).
71. Freight Management Limited v Caribbean Cement Company Limited.
72. Glenview Corp v Canada. (1990) 34 F.T.R. 292.
73. Hadley v Baxendale ((1854) 23 L.J. Ex.179; 9 Exch. 341; [1843-60] All. E.R. 461.
74. Harmon CFEM Facades v House of Commons.
75. Hedley Byrne v Heller & Partners.
76. House of Commons Parliamentary Papers. Chadwyck-Healey, 2005.
77. Hughes Aircraft Systems International v Airservices Australia (1997) 146 A.L.R. 1, FC; Pratt Contractors Ltd v Palmerston North CC ([1995] 1 N.Z.L.R. 469, HC.
78. Hughes v. Metropolitan Railway Co [1877].
79. J & A Developments Ltd v Edina Manufacturing [2007] BLM Vol 24 No. 7.
80. James Baird Co. v. Gimbel Bros. 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).
81. Kenkor Holdings Ltd v Saskatchewan [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask QB); Fred Welsh Ltd v BGM Construction Ltd [1996] 10 W.W.R. 400 (BCSC); Marselos Services Ltd [1994] 3 W.W.R. 73.
82. Letting International Ltd v London Borough of Newham (2008).
83. Liberty Mercian Ltd v Cuddy Civil Engineering Ltd [2013] EWHC 2688 (TCC).
84. Martel Building Ltd v Canada (2000), mentioned in Tercon Contractors Ltd v British Columbia (2010).
85. Mast Electrical Services v Kendal Cross Holdings Ltd [2007] EWHC 1296 (TCC).
86. Memorandum of Understanding. Co-operative Initiative between the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation and the European Bank for Reconstruction and Development to Promote the Development of the Public Pro-

curement Sector in the Russian Federation, Moscow, 16 November 2010. Gregory v Rangitikei DC [1995] 2 NZLR 208.

87. Misrepresentation Act 1967. England.

88. Mitsui Babcock v John Brown [1996] 51 Con LR 129.

89. MJB Enterprises Ltd v Defense Construction (1951) Ltd et al. [1999] 1 S.C.R.619; 170 D.L.R. (4th) 577. Supreme Court of Canada, reversing Alberta Court of Appeal, 22.04.1999.

90. MJB Enterprises Ltd v Defense Construction (1951) Ltd et al. [1999] 1 S.C.R.619; 170 D.L.R. (4th) 577. Supreme Court of Canada, reversing Alberta Court of Appeal, 22.04.1999.

91. Multilateral Trade Negotiations, Group Non Tariff Measures. Subgroup Government Procurement // Doc. GATT MTN/MMT/W/174. 1978; Agreement on Government Procurement. GATT. – Geneva, 1979.

92. National Joint Consultative Committee for Building. Code of Procedure for Single Stage Selective Tendering. – Royal Institute of British Architects, 1989.

93. New York General Municipal Law 1912 (Wicks Law).

94. Northern Construction v Gloge Heating & Plumbing, (1986) 27 D.L.R (4th) 265.

95. Pratt Contractors Ltd v Palmerston North CC. [1995] 1 N.Z.L.R. 469, HC.

96. Pratt Contractors Ltd v Transit New Zealand (2002).

97. Presstext v Austria Case.

98. Procurement Policies and Rules for projects financed by the European Bank for Reconstruction and Development. Revised, October 2014. – P. 6.

99. Procurement: commentary on draft model law on procurement: report of the Secretary-General, (A/CN.9/WG.V/WP.25) // Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law. – 1990. – Vol. XXI.

100. R. in Right of Ontario v Ron Engineering and Construction Eastern Ltd. [1981] S.C.R. [1]; (1981) 119 D.L.R. (3d) 267; 4 Const. L.J. 241.

101. Requirements for Local Procurement in Borrowing Countries [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/localproc.pdf>.

102. Restatement, Contracts § 90. 1932.
103. Richardson v Silvester (1873) L.R. 9 Q.B. 34.
104. Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand, Inc., 117 F. 2d 654 (7th Cir. 1941).
105. Roche Diagnostics Limited v The Mid Yorkshire Hospitals NHS Trust [2013] EWHC 933 (TCC).
106. Rose & Frank Co. v. JR Crompton & Bros., Ltd. [1923] 2 KB 261.
107. Smith Bros & Wilson v British Columbia Hydro (1997) 30 BCLR (3d) 334 (SCBC).
108. State Transit Authority of NSW v Australian Jockey Club [2003] NSWSC 726.
109. The Food, Conservation and Energy Act of 2008 amending the US Lacey Act.
110. The Foreign Corrupt Practices Act 1977.
111. The Local Government Act 1999 (Commencement No. 1). Order 1999. No. 2169 [Электронный ресурс]. URL: www.bailii.org
112. The Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2004.
113. Trollope and Colls Ltd v Atomic Power Constructions Ltd [1963] 1 WLR 333.
114. Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd [1971] 9 BLR 20.
115. Twin City Mechanical v Bradsil (1967) Ltd (1996) 31 C.L.R. (2d) 210.
116. Uniform Commercial Code //Uniform Laws. 2014.
117. US Clinger-Cohen Act of 1996.
118. US Federal Procurement Act of 1988.
119. Use of Country Systems in Bank-Supported Operations: Proposed Piloting Program. World Bank, 2008.
120. Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd. [1990] 2 W.L.R. 1153; 1 All. E.R. 512; 48 B.L.R.75, CA.
121. Wilson Smithett and Cape (Sugar) Ltd v Bangladesh Sugar and Food Industries Corporation [1986] 1 Lloyds Reports 378.

Диссертационные исследования

122. Балакин, В. В. Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Балакин Владимир Владимирович. – М., 2004.
123. Беляева, О. А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Беляева Ольга Александровна. – М., 2010.
124. Богданов, В. В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Богданов Владимир Владимирович. М., 2011.
125. Бордунова, С. А. Правовое регулирование государственных и муниципальных заказов по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Бордунова Светлана Анатольевна. – М., 2011.
126. Борисов, Д. Ю. Гражданско-правовая регламентация торгов на размещение заказов для государственных и муниципальных нужд: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Борисов Дмитрий Юрьевич. – Волгоград, 2011.
127. Босин, Е. И. Формирование и развитие системы международных торгов в России: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.14 / Босин Евгений Иванович. – М., 2007.
128. Вилкова, Н. Г. Международные коммерческие контракты: теория и практика унификации правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Вилкова Нина Григорьевна. – М., 2001.
129. Заботина, Н. Н. Правовая природа правоотношений, возникающих в связи с заключением контрактов на поставку товаров для государственных нужд: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Заботина Надежда Николаевна. – Волгоград, 2006.
130. Занковский, С. С. Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Занковский Сергей Сергеевич. – М., 2004.

131. Кичик, К. В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: правовые вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Кичик Кузьма Валерьевич. – М., 2011.
132. Куликов, Р. А. Эволюция правовой природы и место транснациональных корпораций в системе международного частного права. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Куликов Роман Анатольевич. – М., 2006.
133. Кучер, А. Н. Заключение договора в соответствии с Венской конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Кучер Алена Николаевна. – М., 2002.
134. Ладыгин, А. Н. Международные тендеры в современных мирохозяйственных отношениях: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.14 / Ладыгин Александр Николаевич. – М., 2009.
135. Манукян, М. А. Правовое положение транснациональных корпораций в доктрине международного частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Манукян Мушег Аветикович. – М., 2009.
136. Турсунова, Ю. С. Торги как способ заключения договора: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Турнусова Юлия Сансезбаевна. – СПб., 2004.
137. Шмелева, М. В. Гражданско-правовое регулирование контрактных отношений при государственных и муниципальных закупках в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шмелева Марина Владимировна. – Саратов, 2013.
138. Юшкевич, П. П. Правовое регулирование подготовки и заключения государственного контракта на поставку продукции для государственных нужд военными организациями: дис. ... канд. юрид. наук: 20.02.03 / Юшкевич Павел Петрович. – М., 2002.

Монографии и иные научные труды

139. Андреева, Л. В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование / Л. В. Андреева. – М., 2009.

140. Асосков, А. В. Группы коммерческих организаций (транснациональные корпорации) / А. В. Асосков // Международное частное право: учебник / М. М. Богуславский [и др.]. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М, 2010.
141. Барыкин, С. Е. Системное моделирование подрядных торгов (конкурсов) в строительстве / С. Е. Барыкин, И. И. Константинов. – СПб.: Политехника-сервис, 2013.
142. Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М., 2006. С. 166.
143. Беляева, О. А. Аукционы и конкурсы. Комментарий судебно-арбитражной практики / О. А. Беляева. – М.: Волтерс Клувер, 2010.
144. Беляева, О. А. Торги: основы теории и проблемы практики: монография / О. А. Беляева. – М., 2016.
145. Богданов, Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве / Д. Е. Богданов. – М., 2013.
146. Богуславский, М. М. Международное частное право / М. М. Богуславский. – М., 2011.
147. Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1998.
148. Дедов, Д. И. Конфликт интересов / Д. И. Дедов. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
149. Егоров, Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация / Н. Д. Егоров. – Л., 1988.
150. Захаров, А. Н. Международные конкурсные торги / Захаров А. Н. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: МГИМО (У) МИД России, 2011.
151. Звягина, К. В. Тендеры в коммерческих предприятиях / К. В. Звягина. – Ростов н/Д: Феникс, 2009.
152. Иванов, Д. В. Международное право: основные понятия. Схемы, таблицы, документы: учебное пособие / Д. В. Иванов, О. В. Гликман. – М., 2010.

153. Иоффе, О. С. Гражданское право. Избранные труды / О. С. Иоффе. – М.: Статут, 2009.
154. Кичик, К. В. К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупки» / К. В. Кичик // Институты гражданского права и модернизация экономики. Материалы V Ежегодных научных чтений памяти профессора С. Н. Братуся (Москва, 25 октября 2010 г.). – М., 2011.
155. Кичик К. В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения / К. В. Кичик – М.: Юстицинформ, 2012.
156. Кузнецов, К. Конкурентные закупки: торги, тендеры, конкурсы / К. Кузнецов. – СПб.: Питер. 2005.
157. Ломакин, Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах / Д. В. Ломакин. – М.: Статут, 2008.
158. Лунц, Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть / Л. А. Лунц. – М., 1975.
159. Маковский, А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006) / А. Л. Маковский. – М.: Статут, 2010.
160. Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. – М.: Статут, 2011.
161. Недужий, И. И. Международные торги / И. И. Недужий. – М., 1991.
162. Николаев, А. В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения / А. В. Николаев // СПС «КонсультантПлюс».
163. Нормотворческая юридическая техника / под ред. Н. А. Власенко. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013.
164. Останина, Е. А. Эстоппель и подтверждение сделки / Е. А. Останина // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 38 – 45.
165. Пашуканис, Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства / Е. Б. Пашуканис. – М.: Наука, 1980.

166. Правовое регулирование торговой деятельности в России (теория и практика): монография / отв. ред. Л. В. Андреева. М., 2014.
167. Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты / под общ. ред. В. Ф. Попондопуло, Н. А. Шевелевой. – М., 2015.
168. Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / отв. ред. О. А. Беляева [и др.]. – М.: Юстицинформ, 2017.
169. Российское гражданское право: учебник/ под ред. Е.А. Суханова. – М., 2010.
170. Седова, Ж. И. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации / Ж. И. Седова, Н. В. Зайцева. – М.: Статут, 2014.
171. Тарасов, И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. – М., 2000.
172. Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов / под ред. С. С. Алексеева. – М., 1982.
173. Фединяк, Г. С. Транснациональная корпорация как участник гражданско-правовых договоров с принимающим государством / Г. С. Фединяк. – Киев: Атика, 2011.
174. Федоров, А. Ф. Торговое право / А. Ф. Федоров. – Одесса, 1911.
175. Хропанюк, В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк. – М.: Омега-Л, 2006.
176. Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 2003.
177. Щеглов, В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение / В. Н. Щеглов. – М.: Юридическая литература, 1966.

Статьи в периодических изданиях на русском языке

178. Авдашева, С. Основа применения антимонопольных запретов: ущемление интересов – ущерб – благосостояние? / С. Авдашева // Конкуренция и право. – 2015. – № 5. – С. 13.
179. Балицка, О. Ю. Влияние правовой социализации на усовершенствование правовых отношений / О. Ю. Балицка // Теория и практика общественного развития. – 2013. – № 9.
180. Беляева, О.А. «Неконкурентные торги»: сущность, формы проявления и правовые последствия / О. А. Беляева // Право и экономика. 2008. № 3.
181. Беляева, О. А. Коллективные участники в корпоративных закупках: pro et contra / О. А. Беляева // Аукционный вестник. – 2017. – № 347. – С. 1, 2.
182. Беляева, О. А. Консорциумы для участия в торгах: сущность и правовые последствия / О. А. Беляева // Закон. – 2009. – № 6.
183. Беляева, О. А. О некоторых вопросах эффективности российского законодательства о закупках / О. А. Беляева // Аукционный вестник. – 2016. – № 279. – С. 1.
184. Беляева, О. А. Тенденции развития законодательства Российской Федерации о регламентированных закупках / О. А. Беляева // Журнал российского права. – 2016. – № 9. – С. 26.
185. Беляева, О. А. Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок / О. А. Беляева, А. В. Габов // Журнал российского права. – 2017. – № 5. – С. 47, 48.
186. Бедристова, К. Н. Международный опыт регулирования деятельности в сфере закупок / К. Н. Бедристова, И. А. Мисинева // Актуальные проблемы авиации и космонавтики. – 2014. – Т. 2. – № 10.
187. Богуславский, М. М. Экспортное законодательство США и международное частное право / М. М. Богуславский, Л. А. Ляликова, А. Г. Светланов // Советское государство и право. – 1983. – № 3.

188. Братусь, С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1949. – № 8. – С. 33.
189. Варламова, Н. В. Правоотношения: философский и юридический подходы / Н. В. Варламова // Правоведение. – 1991. – № 4.
190. Вердиян, Г. В. Концептуальные проблемы реализации общеправового принципа добросовестности при расторжении договора (зарубежный опыт) / Г. В. Вердиян // Новый юридический журнал. – 2013. – № 4. – С. 40–45.
191. Вердиян, Г. В. Реформа гражданского законодательства и принцип добросовестности в общих положениях Гражданского кодекса Российской Федерации / Г. В. Вердиян // Новый юридический журнал. – 2014. – № 1. – С. 90–98.
192. Гончаров, Е. Ю. Государевы нужды в допетровскую эпоху / Е. Ю. Гончаров // Конкурсные торги. – 2000. – № 5.
193. Грибанов, В. Правовые вопросы проведения торгов (тендеров) за рубежом / В. Грибанов // Внешняя торговля. – 1983. – № 8. – С. 43.
194. Демидова, Т. П. Лабиринт Минотавра / Т. П. Демидова // Конкуренция и право. – 2016. – № 1. – С. 6.
195. Доронина, Н. Г. Правовое регулирование офшорных зон по российскому законодательству / Н. Г. Доронина // Журнал российского права. – 2012. – № 6. – С. 107–111.
196. Егорова, М. А. Конвалидация недействительных договоров на основании принципа estoppel в российском гражданском законодательстве / М. А. Егорова // Юрист. – 2014. – № 1. – С. 13–16.
197. Ем, В. С. О критериях ничтожности сделок в новейшем гражданском законодательстве России / В. С. Ем // Вестник гражданского права. – 2014. – № 6. – С. 160.
198. Ерпылева, Н. Ю. Понятие, источники и принципы международного гражданско-процессуального права / Н. Ю. Ерпылева // Законодательство и экономика. – 2012. – № 3. – С. 59–69.

199. Захаров, А. Н. Некоторые вопросы снятия корпоративной вуали: американский опыт и возможности его использования в российском праве / А. Н. Захаров // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 10. С. 32 - 62.
200. Каган, Е. Правовая природа конкурса / Е. Каган, Г. Сухадольский // Хозяйство и право. – 2001. – № 2. – С. 50.
201. Король, А. Н. Пути совершенствования управления закупками / А. Н. Король // Вестник ТОГУ. – 2008. – № 2.
202. Малеина, М. Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства / М. Н. Малеина // Государство и право. – 2000. – № 2.
203. Овчинский, В. А. Основные Принципы Контрактных Отношений / В. А. Овчинский // Экономический журнал. – 2012. – Т. 27. – № 3.
204. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Правила для многонациональных предприятий (27 июня 2000 г.) // Журнал международного частного права. – 2003. – № 3 (41).
205. Паппэ Я. Ш. Российский крупный бизнес: первые 15 лет. Экономические хроники 1993–2008 гг. / Я. Ш. Паппэ, Я. С. Галухина // Законодательство и экономика. – 2013. – № 11.
206. Попова И. Ю. О некоторых вопросах квалификации действий в обход закона / И. Ю. Попова // Адвокат. 2015. № 6.
207. Резолюция комитета по международному гражданскому и коммерческому судопроизводству // Журнал международного частного права. – 2002. – № 1 (35).
208. Савинов Ю. А. Интернет-аукционы в международной торговле / Ю. А. Савинов, М. О. Алымов // Российский внешнеэкономический вестник. – 2010. – № 4.
209. Скловский К. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве / К. Скловский, М. Смирнова // Хозяйство и право. – 2003. – № 11.

210. Турсунова, Ю. С. Юридическая природа конкурса и правовое положение организатора торгов / Ю. С. Турсунова // Юридическая практика. – 2003. – № 2 (33).
211. Щенникова, Л. В. Злоупотребления правом (дух и буква закона) / Л. В. Щенникова // Законодательство. – 1999. – № 5.
212. Review «Конкурентные закупки» // Коммерсантъ, Приложение от 07.12.2015. № 225.С. 15.

Научные работы и документы международных организаций

на иностранных языках

213. American Direct Investments in Foreign Countries, Bureau of Foreign and Domestic Commerce, Economic Series No. 1. – Washington, DC, GPO, 1938.
214. Annual Procurement Review 2014. European Bank for Reconstruction and Development, June 2015. – P. 2.
215. Antràs, P., Yeaple, S. R. Multinational Firms and The Structure of International Trade. Working Paper 18775, National Bureau of Economic Research, February 2013. – P. 4.
216. Ashenfelter, O., Ashmore, D., Filer, R. Contract Form and Procurement Costs: The Impact of Compulsory Multiple Contractor Laws in Construction. Working Paper 5916. National Bureau of Economic Research, 1997. – P. 2.
217. Athey, S., Levin, J., Seira, E. Comparing Open and Sealed Bid Auctions: Theory and Evidence from Timber Auctions. Stanford University Working Paper, September 2004.
218. Backer, L. C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation // ILSA Journal of International & Comparative Law. – 2008. – Vol. 14. – No. 2.
219. Backer, L. C. Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation`s Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law // Columbia Human Rights Law Review. – 2005. – Vol. 37.

220. Baldwin, R., Lopez-Gonzalez, J. Supply-chain Trade: A Portrait of Global Patterns and Several Testable Hypotheses, NBER Working Paper 18957, 2013.
221. Balkman, C. Comparison of Country PPP Laws with UNCITRAL PFIPs Instruments, March 2014, Crown Agents ref. No. 104342D.
222. Bergsten, C.F., Horst T., Moran T. American Multinationals and American Interests. Brooking Institution, 1978.
223. Blumberg, P. I. Corporate Responsibility in a Changing Society, 1972.
224. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan M. H. Predatory pricing: Strategic theory and legal policy // *Geo. LJ.* – 1999. – Vol. 88.
225. Boonstra, R-J. Global sourcing in international operating companies. Why do international operating companies deploy global sourcing strategies? Tilburg University, 2010. – P. 17.
226. Bower, S. The Law relating to Estoppel by Representation. – 2004.
227. Bozarth, C., Handfield, R., ad Das, A. Stages of global sourcing strategy evolution: an exploratory study // *Journal of Operations Management.* – 1998. – No. 16 (2-3). – Pp. 241–255.
228. Boyne, G. Developments: External Regulation and Best Value in Local Government // *Public Money and Management.* – 2000. – Vol. 20. – No. 3. – Pp. 7–12.
229. Callender, G. A Short History of Procurement // *Supply Chain Management: A Procurement Perspective* Melbourne: Hargreen Publishing. – 2003. – Pp. 2–9.
230. Cho J., Kang J. Benefits and challenges of global sourcing: perceptions of US apparel retail firms // *International Marketing Review.* – 2001. – No. 18 (5). – Pp. 542–561.
231. Cicala, S. When does Regulation Distort Costs? Lessons from Fuel Procurement in US Electricity Generation. Working Paper 20109 // National Bureau of Economic Research. May 2014. – P. 1.
232. Claude du Pasquier, *Introduction a la Theorie generale et a la Philosophie du droit.* Paris, 1967.

233. Coase, R. H. The Nature of the Firm // *Economica*. – 1937. – Vol. 4. – No. 16. – Pp. 386–405.
234. Coffee, J. C., Seligman, J., Sale, H. A. Securities regulation: cases and materials // *Foundation Pr.* – 2007. – Vol. 1.
235. Costinot, A., Oldensky, L., Rauch, J. Adaptation and the Boundary of Multi-national Firms // *Review of Economics and Statistics*. – 2011. – No. 93 (1). – Pp. 298–308.
236. Cox, A. The Duty to Bargain in Good Faith // *Harvard Law Review*. – 1958. – Vol. 71. – No. 8. – Pp. 1401–1442.
237. Dahan, F., Simpson, J. Legal efficiency of secured transactions reform: bridging the gap between economic analysis and legal reasoning, *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008. – Pp. 122–140.
238. David, T. *Construction Law International*. 04 April 2008.
239. Donaldson, S. A. Section Six of the Office of Federal Procurement Policy Act Amendments of 1988: A New Ethical Standard in Government Contracting // *Cumb. L. Rev.* – 1989. – No. 20. – P. 421.
240. Easterbrook, F. H. Role of Original Intent in Statutory Construction // *The Harv. JL & Pub. Poly.* – 1988. – Vol. 11.
241. Eisenberg, M. A. The Duty of Good Faith in Corporate Law. 31 *Del. J. Corp. L.* 2006.
242. Engel, R. The impact of Sarbanes-Oxley on supply chain management // *Supply & Demand Chain Executive*. – 2006. – Vol. 7. – No. 3.
243. Evenett, S. J. The Reform of Public Procurement Practices in an Era of Fiscal Restraint // *Law in Transition Online*. Autumn 2010. – P. 30.
244. Farnsworth, E. A. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code // *U. Chi. L. Rev.* – 1962. – No. 30.
245. Farnsworth, E. A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation // *Columbia Law Review*. – 1987. – Vol. 87.

246. Feinman, J. M. The Last Promissory Estoppel Article // *Fordham Law Review*. – 1992. – Vol. 61. Issue 2. – P. 303–316.
247. Flanagan, R., Norman, G. Sealed bid auctions: an application to the building industry // *Construction Management and Economics*. – 1985. – Vol. 3. – No. 2.
248. Frear, C. R., Metcalf, L. E., & Alguire, M. S. Offshore sourcing: Its nature and scope. *International Journal of Purchasing and Materials Management*, 1992, 28 (3), 2-11.
249. Friedmann, W. *Law and social change in contemporary Britain*. Stevens & Sons, 1951.
250. Friedmann W. The Uses of «General Principles» in the Development of International Law // *The American Journal of International Law*. 1963. Vol. 57. No. 2.
251. Gelderman C. J., Ghijsen P. W. Th., Brugman M. J. Public procurement and EU tendering directives – explaining non-compliance // *International Journal of Public Sector Management*. – 2006. – Vol. 19. – Issue 7. – Pp. 702–714.
252. Geradin D. *Global Competition Law and Economics*. Hart Publishing, USA, 2007.
253. *Global Currents: Trends in Complex Cross-Border Disputes*. Hogan Lovells, 2014. – P. 10.
254. Guidance Note for Management of Procurement Responsibilities in Community-Driven Development Projects [Электронный ресурс]. URL: <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/CDDGUIDANCE NOTE.pdf>.
255. Guidance Note Procurement arrangements applicable to Public-Private Partnerships (PPP) contracts financed under World Bank projects/ http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GuidanceNote_PPP_September2010.pdf.
256. Guidance on procurement regulations to be promulgated in accordance with article 4 of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement.

257. Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers [Электронный ресурс]. URL: <http://go.worldbank.org/1KKD1KNT40>.
258. Guinipero, L. C., Monczka, R. M. Organizational approaches to managing international sourcing // *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*. – 1990. – No. 20 (4). – Pp. 3–12.
259. Hannaford, S. Procurement problems in the credit crunch // *Construction Law Review*. – 2009.
260. Hanson, G. H., Mataloni, R. J., Slaughter, M. J. Expansion Strategies of Multinational Firms. Working Paper 8433 // National Bureau of Economic Research. – 2001. – P. 35.
261. Hartmann, E., Trautmann, G., Jahns, C. Organisational design implications of global sourcing: A multiple case study analysis on the application of control mechanisms // *Journal of Purchasing & Supply Management*. – 2008. – No. 14 (1). – Pp. 28–42.
262. Hoekman, B. M., Mavroidis, P. C. Law and policy in public purchasing: the WTO agreement on government procurement. University of Michigan Press, 1997.
263. Hujo, P. The doctrine of «intention to create legal relations». University of Warwick, School of Law, 2005.
264. Hymer, S. H. The multinational corporation and the law of uneven development. Yale University, 1972.
265. I-35W Bidders Question «Best Value» Protocol. Tudor Van Hampton. 24.09.2007.
266. International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration. Queen Mary University of London, 2010. – P. 15.
267. Jennings, N. R., Parsons, S., Sierra, C., et al. Automated negotiation, Proc. 5th. Int. Conf. on the Practical Application of Intelligent Agents and Multi-Agent Systems (PAAM-2000), Manchester, UK, 2000.
268. Kern, J. A. Contracts: Promissory Estoppel, 43 Marq. L. Rev. 384 (1960).

269. Kessler, F. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*. 77 Harv. L. Rev. 401 (1963–1964).
270. Kotabe, M., Murray, J. Y. *Global sourcing strategy and sustainable competitive advantage // Industrial Marketing Management*. – 2004. – No. 3. – Pp. 7–14.
271. Langevoort, D. C. *Internal Controls after Sarbanes-Oxley: Revisiting Corporate Law's Duty of Care as Responsibility for Systems // J. Corp. L.* – 2005. – No. 31.
272. Lewin, J. E., Donthu, N. *The influence of purchase situation on buying center structure and involvement: a select meta-analysis of organizational buying behavior research // Journal of Business Research*. – 2005. – No. 58 (10). – Pp. 1381–1390.
273. Lewis, R. *Contracts between businessmen: Reform of the law of firm offers and an empirical study of tendering practice in the building industry/ Journal of Law and Society*. – 1982. – No. 9.
274. Lowenfeld, A. F. *Lowenfeld on International Arbitration: Collected Essays over Three Decades*. Huntington; New York: Juris, 2005. – P. 172, 173.
275. Macneil, I. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law/72 Nw. U.L. Rev.* 854. 1977–1978.
276. McCrudden, C. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*. Oxford University Press, 2007.
277. McLean, A. *Unfair Contract Terms: An Interim Report // British Columbia Law Institute. Report № 35*.
278. Mentzer, J. T. et al. *Defining supply chain management // Journal of Business logistics*. – 2001. – No. 2.
279. Mol, M. J., van Tulder, J. M., Beije, P. R. *Global Sourcing: Fad or Fact? Erasmus Research Institute of Management (ERIM)*. – 2002. – P. 4.
280. Morris, P. E. *Legal Regulation of Contract Compliance: An Anglo-American Comparison // Anglo-Am. L. Rev.* – 1990. – No. 19.

281. Ndekugri, I., Turner A. Building procurement by design and build approach // *Journal of Construction Engineering and Management*. – 1994. – Vol. 120. – No. 2.
282. Nussbaum, A. Comparative Aspects of the Anglo-American Offer-and-Acceptance Doctrine // *Columbia Law Review*. – 1936.
283. Ohno, T., Harada, Y. A Comparison of Tendering and Contracting Systems for Public Works between Japan, the United States and EU Countries.
284. Perillo, J. M. Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review. 63 *Fordham L. Rev.* 281. 1994–1995.
285. Porter, R. H., Zona, J. D. Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, Working Paper No. 4013. National Bureau of Economic Research. – 1992. – P. 8.
286. *Procurement Leaders Magazine*. – 2014. – No. 50.
287. Professional Outsourcing Report. The World`s Leading Experts on Global BPO and Sourcing trends. – P. 5, 6.
288. Purchasing Standard for All Goods and Services, January 2014/Diageo plc.
289. Quintens, L., Pauwels, P., Matthyssens, P. Global purchasing: State of the art and research directions // *Journal of Purchasing & Supply Management*. – 2006. – No. 12 (4). – Pp. 170–181.
290. Reid-Thomas, D., Phillips, R. Facilities management outsourcing in the UK: Avoiding elephant traps in the legal jungle // *Journal of Facilities Management*. – 2005. – Vol. 3. – No. 3.
291. Schooner, S. L. Modern public procurement techniques: benefits, concerns and regulation (with emphasis on theoretical issues)/ *Modern Law for Global Commerce Proceedings of the Congress of the UNCITRAL*. Vienna, 9-12 July 2007.
292. Schultz, F. M. The Firm Offer Puzzle: A Study of Business Practice in the Construction Industry, 19 *U. of Chi. L. Rev.* 237. 1952.
293. Schwartz, A., Scott, R. E. Contract theory and the limits of contract law // *Yale Law Journal*. – 2003. – No. 12.

294. Snyder, D. V. Mixed Jurisdictions Compared: private Law in Louisiana and Scotland.
295. Steinle, C., Schiele, H. Limits to global sourcing: Strategic consequences of dependency on international suppliers. Cluster theory, resource-based view and case studies // *Journal of Purchasing & Supply Management*. – 2008. No. 14 (1). Pp. 3–14.
296. *The Rules of Engagement: Private Sector Procurement and the Common Law*/ Clifford Chance, April 2012.
297. Trent, R. J. The use of organizational design features in purchasing and supply management // *The Journal of Supply Chain Management*. – 2004. – No. 40 (3). – Pp. 4–18.
298. Trent, R. J., Monczka, R. M. Understanding integrated global sourcing // *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*. – 2003. – No. 33 (7). – Pp. 607–629.
299. Turkulainen, V., Bals, L. Organizing for Global Sourcing: The Hybrid Organization. 24th Annual IPSERA Conference, 2015.
300. Turpin, C. *Government contracts*. Penguin, 1972.
301. United States of America Before the Securities and Exchange Commission, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 1355 / December 21, 2000, Administrative Proceeding File No. 3-10397 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.sec.gov/litigation/admin/34-43761.htm#>.
302. Vincent-Jones, P. Contract and Business Transactions: A Socio-Legal Analysis // *16 J. L. & Socy*. – 1989. – No. 166.
303. Wilson, J. From CCT to best value: Some evidence and observations // *Local Government Studies*. – 1999. – Vol. 25. – No. 2.
304. Wolfram, C. D. Strategic Bidding in a Multi-Unit Auction: An Empirical Analysis of Bids to Supply Electricity in England and Wales. Working Paper 6269. National Bureau of Economic Research, 1997. – P. 5.
305. *World Investment Report: Non-equity Modes of International Production and Development*. UNCTAD, Geneva, 2011.

Иные источники

306. ГОСТ ISO/IEC 17043-2013. Межгосударственный стандарт. Оценка соответствия. Основные требования к проведению проверки квалификации // СПС «КонсультантПлюс».
307. Доклад Минэкономразвития России о результатах мониторинга применения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» за 2016 год [Электронный ресурс]. URL: http://zakupki.gov.ru/epz/main/public/news/news_preview.html?newsId=18094.
308. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации/ вступ. ст. А. Л. Маковского. – М., 2009.
309. Большой юридический словарь. – М., 2010.
310. Политика по закупкам, ЗАО Д Дистрибьюшен, 2014 (внутренний корпоративный документ).
311. Правила по проведению тендеров с международным участием в рамках Соглашений о свободной торговле [Электронный ресурс]. URL: http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5172684.
312. Принципы европейского договорного права / пер. с англ. О. В. Сироткиной // Сравнительные опыты кафедры гражданского права и процесса СГУ / под ред. С. Н. Медведева, С. О. Звонока. Вып. 2. Ставрополь, 2003.
313. Типовая документация для предварительного квалификационного отбора участников торгов. Руководство по проведению предварительного квалификационного отбора (предварительной квалификации) участников торгов, июнь 2012/EBRR.
314. Типовая конкурсная документация. Закупка товаров и сопутствующих услуг. Руководство по применению, ЕБРР, август 2010.
315. Унифицированные правила по договорным гарантиям (публикация Международной торговой палаты № 325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

Интернет-сайты

316. www.apple.com/procurement
317. www.justice.go
318. www.nostroy.ru
319. www.мойтендер.рф
320. <https://partnersforgrowth.unilever.com>
321. www.procurement.org
322. <http://ombudsmenzakupki.ru>
323. <http://go.worldbank.org/R1JSD9VUV0>
324. <http://go.worldbank.org/JY987LLCJ0>
325. <http://go.worldbank.org/G4PAGMS9M0>
326. <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/Supply-Manual/Supply-Manual-Synopsis>
327. <http://www.forbes.com/global2000/list>
328. <http://www.rosatom.ru/aboutcorporation>
329. http://www.rosatom.ru/en/about/procurement_policy
330. <http://zakupki.rosatom.ru/?mode=CMSArticle&action=siterview&oid=68&-returnurl=&node=af23>
331. <http://www.cpc.ru/RU/tenders/pages/terms.aspx>
332. http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm
333. www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/-254392/tendering-road-passenger-transport-contracts.pdf
334. <http://portexaminer.com/trade-data/williams-lea-limited-diageo-scotland-limited/dmallcj037378>
335. www.pws-osri.org
336. www.innocentive.com
337. www.upwork.com
338. www.elance.com
339. www.guru.com
340. www.fas.gov.ru

341. <http://adage.com/article/cmo-strategy/pepsico-eliminates-marketing-procurement-department/301327>
342. <http://siteresources.worldbank.org/intprocurement/resources/oece-methodology.pdf>
343. <http://www.scf-group.com/tenders>
344. <http://www.procurement-academy.com/procurement-competences/category-management>
345. <http://www.up-pro.ru/library/logistics/systems/kategoriynyj-management.html>