

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-SpV-98-103>

Аналитический обзор правоприменительной практики по установлению нарушений антимонопольного законодательства при проведении закупочных процедур отдельными видами юридических лиц

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2022

Огневская Д.В.,

Ассоциация антимонопольных
экспертов,

ГМК «Норильский никель»,
123100, Россия, г. Москва,
1-й Красногвардейский пр-д,
д. 15

Аннотация

Новые стандарты доказывания по делам о нарушениях антимонопольного законодательства при проведении торгов, сформированные на основе позиций Верховного Суда Российской Федерации, предполагают качественно новый уровень анализа содержания документов, регламентирующих закупочную деятельность заказчиков и способных приводить к ограничению конкуренции. От заказчиков, в свою очередь, требуется проведение регулярного мониторинга собственной закупочной деятельности на предмет обоснованности содержащихся в таких документах требований и, в частности, случаев проведения закупок у единственного поставщика.

Ключевые слова: закупочная деятельность, антимонопольное регулирование, положение о закупках, единственный поставщик, ограничение конкуренции, торги.

Для цитирования: Огневская Д.В. Аналитический обзор правоприменительной практики по установлению нарушений антимонопольного законодательства при проведении закупочных процедур отдельными видами юридических лиц // Российское конкурентное право и экономика. 2022. SpV. С. 98–103, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-SpV-98-103>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Analytical Review of Law Enforcement Practice to Identify Violations of Antimonopoly Legislation During Procurement Procedures by Certain Types of Legal Entities

Darya V. Ognevskaya,

Competition Experts Association,
"MMC "Norilsk nickel",
1st Krasnogvardeysky drive, 15,
Moscow, 123100, Russia

Abstract

New standards of proof in cases of violations of antimonopoly legislation during tenders, formed on the basis of the positions of the Supreme Court of the Russian Federation, imply a qualitatively new level of analysis of the content of documents regulating procurement activities of customers and capable of limiting competition. Customers, in turn, are required to regularly monitor their own procurement activities for the validity of the requirements contained in such documents and, in particular, cases of purchases from a single supplier.

Keywords: *procurement, antitrust regulation, procurement regulations, single supplier, restriction of competition, tenders.*

For citation: Ognevskaya D.V. Analytical review of law enforcement practice to identify violations of antimonopoly legislation during procurement procedures by certain types of legal entities // Russian Competition Law and Economy. 2022;(SpV):98-103 (In Russ.), <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-SpV-98-103>

The author declare no conflict of interest.

Законодательство о закупках отдельными видами юридических лиц — Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»¹ (далее — Закон о закупках) имеет весьма широкую сферу применения, что обусловлено его особым субъектным составом: государственные корпорации и компании с государственным участием, субъекты естественных монополий и организации, осуществляющие регулируемые виды деятельности, бюджетные учреждения и унитарные предприятия, т. е. юридические лица, оказывающие определяющее влияние на экономику страны и формирующие стоимость услуг для конечных потребителей.

В связи с этим наличие эффективных механизмов государственного контроля за расходованием денежных средств обретает особую значимость. Так, на этапе государственного тарифного регулирования при установлении экономически обоснованной стоимости товаров, работ, услуг за основу принимаются уже фактически понесенные организацией затраты. Оценить их корректность не всегда представляется возможным.

В данной ситуации возникла необходимость в формировании понятных и прозрачных «правил игры», направленных на создание единой системы закупок и позволяющих,

¹ СЗ РФ. 25.07.2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571.

с одной стороны, унифицировать и определить базовый подход к ведению закупочной деятельности, а с другой стороны, сохранить экономическую самостоятельность организаций-заказчиков.

Ответом на это стали принятие в 2011 г. Закона о закупках и формирование обширной правоприменительной практики, основанной, в частности, на комбинации требований антимонопольного законодательства и законодательства о закупках.

В рамках настоящего обзора предлагается рассмотреть практику антимонопольных органов по установлению нарушений антимонопольного законодательства (или использования в качестве одного из элементов доказывания) в ситуациях, когда заказчик в рамках законодательства о закупочной деятельности, формально действуя в рамках Положения о порядке проведения закупочных процедур, осуществляет заключение договора с единственным поставщиком.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² (далее — Закон о защите конкуренции) при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений (далее для целей данного раздела — процедуры определения поставщика, процедуры) запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами или заказчиками процедур определения поставщика деятельности их участников, создание участнику (участникам) преимущественных условий участия, нарушение порядка определения победителя, участие организаторов и (или) заказчиков, их работников в процедурах определения поставщика.

Как следует из постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», равным образом, исходя из требований ч. 5 ст. 17 Закона о защите конкуренции, ч. 2—3¹ ст. 3 Закона о закупках в их взаимосвязи, правила ст. 17 Закона о защите конкуренции применяются к конкурентным закупкам товаров, работ, услуг, осуществляемым в соответствии с Законом о закупках (далее для целей данного раздела — конкурентные закупки)³.

Особо в постановлении Пленума ВС РФ отмечено, что действия хозяйствующих субъектов при осуществлении закупки товаров, работ, услуг у единственного поставщика согласно положению о закупке, принятому в соответствии с Законом о закупках, не могут быть рассмотрены на предмет нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Представляется, что подобная позиция Верховного Суда Российской Федерации стала положительным стимулом для антимонопольных органов, который привел к качественному росту стандартов доказывания по такому рода делам.

Ранее Апелляционной коллегией ФАС России уже был обозначен подход, в соответствии с которым Закон о закупках, не ограничивая заказчиков в их правах по выявлению поставщиков товаров, работ, услуг, отвечающих требованиям заказчиков, путем проведения закупки избранным способом, предусматривает в качестве одного из принципов, которым заказчик обязан руководствоваться, — отсутствие ограничения конкуренции при проведении закупки.

Аналогичной позиции придерживается Минэкономразвития России в письме от 15 июня 2016 г. № ОГ-Д28-7314 «О количестве закупок товаров (работ, услуг) стоимостью до 100 тыс. руб. отдельными видами юрлиц»: исходя из целей развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений, а также принципов информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, определенных Законом о закупках, торги являются приоритетным способом закупки⁴.

В такой ситуации непроведение конкурентной процедуры отбора контрагента в тех случаях, когда ее проведение обязательно или возможно в силу развитости конкурентной среды на товарном рынке, является одним из подтверждений наличия негативных последствий в виде ограничения, недопущения, устранения конкуренции.

В свою очередь, при проведении торгов имеет место состязательность участников, конкурирующих между собой за право заключить договор и стремящихся выдвинуть организатору торгов наиболее выгодные условия договора по поставке товаров, выполнению работ или оказанию услуг. Именно торги позволяют максимально использовать механизм конкуренции и состязательности участников, достигая наиболее выгодных результатов, выдвигая более жесткие требования и условия по гарантиям исполнения, что и отвечает юридической природе торгов.

Так, антимонопольный орган при оценке подобных действий заказчика не ограничивается проведением анализа фактических действий заказчика по осуществлению закупки товаров, работ, услуг у единственного поставщика в конкретном случае, а анализирует первопричины такой ситуации: добросовестность заказчика при включении норм, позволяющих осуществлять такие закупки, в Положение о закупках и обоснованность соответствующих условий.

² СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2021. № 5.

⁴ СПС КонсультантПлюс, 2021 (Дата обращения: 30.11.2021).

Указанное приводит к установлению «порочности» самого Положения о закупках как содержащего условия (в т. ч. основания для закупки у единственного источника), оказывающие негативное влияние на конкурентные рынки.

Следует отметить, что принцип отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки является одним из основополагающих принципов Закона о закупках, соблюдение которого, в свою очередь, направлено на обеспечение как прав хозяйствующих субъектов, так и эффективности расходования бюджетных средств, осуществление закупок по обоснованным рыночным ценам, сложившимся в условиях свободного спроса и предложения.

Указанный принцип вне зависимости от способа закупки должен соблюдаться в полной мере.

Кроме того, действия заказчика должны соответствовать целям, указанным в ч. 1 ст. 3 Закона о защите конкуренции, при этом праву заказчика на своевременное и полное удовлетворение потребностей в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности корреспондирует обязанность по обеспечению возможности участия юридических и физических лиц в закупке на конкурентной основе, стимулированию такого участия, развитию добросовестной конкуренции, обеспечению гласности и прозрачности закупки, предотвращению коррупции и других злоупотреблений.

Приведенная правовая позиция нашла отражение также в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 14.08.2015 по делу № А60-47219/2014⁵.

Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 16.05.2018, исходит из того, что для целей экономической эффективности закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконкурентных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы). Кроме того, закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика возможна по результатам несостоявшейся конкурентной закупочной процедуры (п. 9)⁶.

Таким образом, заказчики не наделены абсолютным правом самостоятельно определять случаи закупки у единственного поставщика, и при разработке Положения о закупках заказчиком необходимо руководство-

ваться принципами, установленными Законом о закупках и Законом о защите конкуренции.

В такой ситуации на антимонопольный орган возлагается бремя определения той самой грани «допустимого поведения» при реализации заказчиком предоставленных Законом о закупках прав на формирование собственной системы закупок и оценка того, действительно ли это направлено на удовлетворение реальной потребности заказчика исходя из специфики его деятельности или, напротив, носит характер злоупотребления и приводит к негативным последствиям для состояния конкуренции.

В отдельных случаях закрепленные заказчиком в Положении о закупках условия могут позволить осуществлять закупку у единственного поставщика во всех случаях и при любых потребностях без проведения конкурентных процедур; независимо от наличия конкурентного рынка создают возможность привлечения исполнителя без проведения торгов (конкурса/аукциона), что, в свою очередь, приводит к дискриминации и ограничению конкуренции.

Примером реализации подобного подхода стало дело № 024/01/17-473/2021, рассмотренное Красноярским УФАС России⁷.

При рассмотрении указанного дела антимонопольным органом был проведен анализ норм Положения о закупках Муниципального предприятия, предусматривающих, в частности, возможность осуществления закупок у единственного источника в случае, если стоимость предмета закупок не превышает определенной суммы, в части отдельных товаров/услуг (запасные части для автотранспорта, автотранспортные услуги и т. д.), если такая закупка должна быть совершена в соответствии с решением единственного участника или Муниципального предприятия. Кроме того, Положением о закупках были определены конкретные организации, являющиеся для Муниципального предприятия единственными поставщиками, часть из которых осуществляет деятельность на конкурентных товарных рынках: например, закупка товарно-материальных ценностей, услуг по осуществлению перевозок груза и работников заказчика, при закупке услуг по перевозке груза речным транспортом и т. д.

При этом существующая судебная практика исходит из того, что независимо от наличия конкурентного рынка нормы положения о закупках, устанавливающие предельную максимальную цену для заключения договора с единственным поставщиком, создают возможность привлечения исполнителя без проведения торгов.

Представляется, что для целей установления такого рода нарушений целесообразно проведение анализа

⁵ СПС КонсультантПлюс, 2021 (Дата обращения: 30.11.2021).

⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2.

⁷ Дело № 024/01/17-473/2021 // <https://br.fas.gov.ru/to/krasnoyarskoe-ufas-rossii/902b0d6b-1e88-43af-acee-4e538ca936b9/> (Дата обращения: 30.11.2021).

закупочной деятельности заказчика в контексте соотношения установленной им для таких случаев предельной максимальной цены договора и стоимости иных заключаемых договоров. Если соответствующий «лимит» носит незначительный, несущественный для деятельности заказчика характер, указанное не должно рассматриваться в качестве злоупотребления правом, поскольку направлено на оптимизацию закупочных процессов и эффективное расходование денежных средств и ресурсов заказчика.

Вместе с тем в случае, если значительный объем потребностей заказчика по обычно заключаемым договорам покрывается таким «лимитом», указанное может содержать признаки нарушения антимонопольного законодательства как направленное на игнорирование требований Закона о закупках и приводящее к необоснованному ограничению конкуренции.

В части предоставления заказчику возможности осуществления закупок отдельных товаров, работ, услуг у единственного поставщика оценке подлежит наличие (отсутствие) конкурентной среды на соответствующих товарных рынках: их продуктовые и географические границы, состав участников.

В случае если рынок является низкоконкурентным и (или) предметом закупки являются узкоспециализированные специфические товары, работы, услуги, определение такого способа закупки может признаваться допустимым. Напротив, если на рынке действует несколько хозяйствующих субъектов и (или) имеется вероятность выхода на рынок новых участников, такие действия заказчика могут носить характер злоупотребления.

Приведенная позиция применима также для случаев указания в Положении о закупках конкретных хозяйствующих субъектов, с которыми возможно безусловное заключение договоров без проведения конкурентных процедур отбора контрагентов.

Соответственно, наличие в Положении о закупке условия, предусматривающего возможность осуществлять любые закупки у единственного поставщика в обход конкурентных процедур, не позволяет прийти к выводу о том, что принципы эффективного расходования финансовых средств и отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки считаются соблюденными.

Указанное фактически также является формой злоупотребления заказчиком своим правом на самостоятельное установление в Положении о закупке требований к закупке, в том числе порядка подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условий их применения.

Описанный подход подтверждается сложившейся правоприменительной практикой: например, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.10.2021 по делу № А75-20056/2020, решение Красноярского УФАС России от 20.11.2019 по делу

№ 024/01/17-762/2019, решение Красноярского УФАС России от 25.08.2020 по делу № 024/01/17-199/2020⁸.

Примечательно, что аналогичные позиции были восприняты судебными органами и при рассмотрении гражданско-правовых споров: так, предметом рассмотрения Верховного Суда Российской Федерации⁹ стало обращение организации, лишенной возможности принять участие в конкурентной процедуре отбора контрагентов для нужд образовательного учреждения в связи с наличием в Положении о закупках нормы об осуществлении закупки у единственного поставщика по данной номенклатуре товаров, с требованием о признании недействительным соответствующей нормы Положения о закупках образовательного учреждения.

При рассмотрении указанного дела Верховным Судом Российской Федерации было указано на следующее.

Отдавая в отдельных случаях предпочтение такому способу, как осуществление закупки у единственного поставщика, заказчик должен иметь разумные и объективные причины, объясняющие, что применение конкурентных процедур либо является неэффективным (например, если товарный рынок ограничен или цены на объект закупки колеблются в узком диапазоне), либо в значительной степени лишает заказчика того результата, которого он намеревался достичь, планируя закупку (осуществление срочного размещения заказа, закупка на товарном рынке, где преобладает недобросовестная конкуренция). В ином случае выбор данного неконкурентного способа размещения заказа представляет собой злоупотребление правом, намеренное уклонение от конкурентных процедур вопреки принципам осуществления закупок, а также целям правового регулирования в данной сфере. Однако подобные обстоятельства, оправдывающие необходимость отмеченного вида закупки у единственного поставщика, в оспариваемом пункте Положения о закупке в качестве требуемого по закону условия применения неконкурентного способа закупки не определены.

Тем самым оспариваемым пунктом заказчик незаконно ограничил доступ к возможному участию в соответствующей закупке на конкурентной основе юридических и физических лиц, предоставляющих услуги по организации питания.

Приведенные установления о недопустимости включения в Положение о закупках норм, приводящих к искусственному сокращению числа хозяйствующих субъектов — потенциальных поставщиков, подрядчиков, исполнителей и к нарушению антимонопольного

⁸ Например: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=AZS&n=180393#MWqNFqSIhao4FFcH1> (Дата обращения: 30.11.2021).

⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 16.09.2021 № 306-ЭС21-11589 // СПС КонсультантПлюс, 2021 (Дата обращения: 30.11.2021).

законодательства, фактически означают для заказчика необходимость осуществления регулярного мониторинга собственной закупочной деятельности на предмет обоснованности «лимитов» в их соотношении со стоимостями обычно заключаемых договоров и состояния конкуренции на рынках, определенных в качестве «эксклюзивных». ■

Сведения об авторе

Огневская Дарья Владимировна: старший юрист-консульт ПАО «ГМК «Норильский никель»
OgnevskayaDV@normik.ru

Статья поступила в редакцию: 17.11.2021
Одобрена после рецензирования: 01.12.2021
Принята к публикации: 14.12.2021
Дата публикации: 08.02.2022

The article was submitted: 17.11.2021
Approved after reviewing: 01.12.2021
Accepted for publication: 14.12.2021
Date of publication: 08.02.2022