

ГРНТИ: 10.23.43
УДК: 346.546.4
БАК: 12.00.03

Изменение подходов антимонопольного органа к рассмотрению дел о картельных соглашениях на торгах

Е. Н. Савина,

Юридическая фирма ART DE LEX,
г. Москва

Аннотация

Статья содержит изменения подходов антимонопольного органа к рассмотрению дел о нарушении п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем заключения картельных соглашений на торгах. В статье описана тенденция антимонопольного органа к выявлению картельных соглашений, заключаемых устойчивой группой хозяйствующих субъектов, а также подход к оценке соглашений, заключаемых в целях признания торгов состоявшимися и не подлежащих квалификации по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции (на основе Разъяснения ФАС России от 30.05.2018 № 14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах»).

Ключевые слова: картельное соглашение, антиконкурентное соглашение, антимонопольный орган, Закон о защите конкуренции, Разъяснение Президиума ФАС России, изменение подхода, тенденции, уголовная ответственность.

Changes in the approaches of the antitrust body to consideration of the cartel agreements

E. N. Savina,

ART DE LEX Law Firm,
Moscow

Annotation

Article contains an analysis of the changes in the approaches of the antitrust body to the consideration of cases on violation of Para 1 (2), Art. 11 of the Law on Protection of competition made by the conclusion of cartel agreements on tenders. Article describes the tendency to identify cartel agreements concluded by a stable group of economic entities, as well as the approach of the antitrust body to the evaluation of agreements concluded for the purposes of recognizing trades that have been held and are not subject to qualification under Para 1 (2), Art. 11 of the Law on Protection of competition (based on Clarification of the Federal Antitrust Service from May 30, 2018 No. 14 "On the Qualifications of Agreements of Business Entities Participating in the Trades").

Keywords: cartel agreement, anticompetitive agreement, antitrust body, Law on protection of competition, Clarification of the Presidium of the FAS Russia, change of approach, trends, criminal responsibility.

Изменение подходов антимонопольного органа к рассмотрению дел о сговорах на торгах

Заключение картельных соглашений (антиконкурентных соглашений) на торгах является общественно опасным деянием, которое в подавляющем большинстве случаев наносит существенный ущерб организаторам торгов. Настоящая статья посвящена анализу изменения подходов антимонопольного органа к рассмотрению дел о нарушении п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем заключения и/или реализации картельных соглашений.

С началом проведения торгов на электронных площадках существенно увеличилось количество участников торгов и произошло повышение открытости закупок. Однако существенно возросло и количество картельных соглашений на торгах, что может быть связано как с увеличением количества проводимых торгов, так и с усовершенствованием методов выявления картельных соглашений, используемых антимонопольным органом.

Сравнивая методы антимонопольного органа по выявлению картелей, используемые десять и даже пять лет назад, с современными методами, можно однозначно сказать, что они претерпели существенное изменение и стали более эффективными.

Для выявления картельных соглашений наряду с классическими доказательствами (переписка участников, минимальное снижение начальной цены контракта, взаиморасчеты между участниками, содержание заявок, включая их стилистику, шрифт и т. д.) антимонопольный орган все более умело использует недавно появившиеся доказательства, такие как совпадение электронных заявок (свойства электронного файла по времени, месту и автору создания заявки) и совпадение IP-адресов, используемых компаниями для участия в торгах.

Вместе с тем, по мнению автора настоящей статьи, одним из наиболее интересных подходов, активно формирующихся антимонопольным органом в последние годы, является выявление системы картельных соглашений, участником которой является устойчивая группа хозяйствующих субъектов (с одинаковым/схожим субъектным составом), заключающая и/или реализующая ряд краткосрочных картельных соглашений (в рамках одного лота или одной закупки) и/или одно длительное (распространяющееся на несколько закупок) картельное соглашение.

В последние годы антимонопольный орган стремится выявлять признаки картельных соглаше-

ний в рамках не одной закупки, а ряда закупок, объединяя несколько эпизодов (картельных соглашений в ходе нескольких закупок) в одно дело на основании одинакового/схожего состава участников торгов (субъектного состава).

Представляется обоснованным полагать, что хозяйствующий субъект, единожды замеченный в заключении картельного соглашения, мог принять участие не в одном картельном соглашении. Участниками картельных соглашений на торгах являются хозяйствующие субъекты — конкуренты на том или ином товарном рынке. Как правило, набор хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах, является практически неизменным. Неоднократное участие в торгах позволяет хозяйствующим субъектам выявлять потенциальных конкурентов и формировать договоренности, распределяя не просто лоты, а целые закупки между собой. Количество участников картельных соглашений может достигать более 50 компаний, а длительность таких соглашений — нескольких лет.

В целях проведения всесторонней проверки действий хозяйствующего субъекта антимонопольный орган начал активно направлять хозяйствующим субъектам запросы (предоставление ответов на которые является обязанностью хозяйствующих субъектов) о предоставлении информации об участии в торгах совместно с иными ответчиками по рассматриваемому антимонопольным органом делу (как правило, за три года, предшествующих дате направления запроса, что связано со сроком давности рассмотрения антимонопольных дел). При этом для получения объективного и независимого ответа антимонопольный орган периодически направляет запросы непосредственно электронной торговой площадке о предоставлении перечня закупок с участием определенных антимонопольным органом хозяйствующих субъектов и минимальным снижением цены контракта.

Проверка действий хозяйствующих субъектов на предмет участия в картельных соглашениях в составе устоявшейся группы хозяйствующих субъектов нередко позволяет выявлять целый ряд картельных соглашений (или одно длительное соглашение, распространяющее свое действие на несколько закупок), обосновать роль участников картельного соглашения в системе (в том числе обосновать выгоду участников путем распределения нескольких закупок между собой), а также выявлять реальный размер ущерба, причиненного заказчикам недобросовестными действиями участников, что способствует правильному установлению фактических обстоятельств дела.

Как показывает практика, такой подход вполне оправдан. За последние годы антимонопольный орган выявил большое количество картельных соглашений, которые охватывали несколько закупок. Одним из наиболее крупных картельных соглашений, выявленных антимонопольным органом, стало соглашение, заключенное 90 хозяйствующими субъектами и распространившее свое действие на 18 открытых аукционов на поставку вещевого имущества для нужд Министерства внутренних дел, Федеральной службы безопасности и Федеральной таможенной службы с общей стоимостью аукционов более чем 3,5 млрд руб. (решение ФАС России по делу № 1-00-177/00-22-15, в настоящий момент рассматривается судом на предмет законности и обоснованности). За 2017—2018 гг. по всей России были выявлены десятки подобных картельных соглашений с участием устойчивой группы хозяйствующих субъектов.

Рассмотрение нескольких картельных соглашений или одного длительного соглашения, охватывающего несколько закупок, в одном антимонопольном деле на основании одинакового/схожего субъектного состава признается судами законным и обоснованным. Нередко объединение нескольких картельных соглашений или одного длительного соглашения, охватывающего несколько закупок, в одно антимонопольное дело позволяет установить факт причинения ущерба в крупном или особо крупном размере (либо извлечения дохода в крупном или особо крупном размере), что является основанием для последующего привлечения должностных лиц хозяйствующих субъектов к уголовной ответственности (до 3 лет лишения свободы) согласно ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Кроме того, заключение картельного соглашения и его реализация устойчивым и сплоченным субъектным составом физических лиц позволяют квалифицировать действия таких хозяйствующих субъектов по ст. 210 УК РФ, а именно организация преступного сообщества или участие в нем, где санкция предусматривает наказание для организаторов вплоть до 20 лет лишения свободы, а для участников — до 10 лет¹.

¹ См. подробнее: Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики: Монография / Под ред. С. В. Максимова и С. А. Пузыревского. М.: Норма, ИНФРА-М, 2016. С. 112—138; Башлаков-Николаев И. В. Ответственность органов власти и их должностных лиц в сфере защиты конкуренции. Монография. М.: Статут, 2014. 111 с.

Соглашение в целях признания торгов состоявшимися

Следует учитывать, что не каждое соглашение на торгах является картелем и может быть квалифицировано по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В последние годы антимонопольный орган все чаще встречается со случаями, когда между хозяйствующими субъектами заключается соглашение в целях признания торгов состоявшимися (обеспечения двух и более участников в каждой из закупок).

Практика рассмотрения антимонопольным органом такого рода дел разнится. В одних случаях антимонопольный орган руководствуется принципом *per se* на запрет любых соглашений на торгах (включая соглашения в целях признания торгов состоявшимися), в других — антимонопольный орган считает, что отсутствует причинно-следственная связь между заключением соглашения в целях признания торгов состоявшимися и неблагоприятными последствиями для заказчика, что ведет к невозможности квалификации такого соглашения по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В целях унификации правоприменительной практики Президиумом ФАС России было утверждено Разъяснение от 30.05.2018 № 14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах» (далее — *Разъяснение № 14*).

Разъяснением № 14 признается, что соглашение двух и более хозяйствующих субъектов о совместном (согласованном) участии путем пассивного поведения одного или нескольких участников торгов не может быть квалифицировано по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, если заказчик не обязан заключать контракт по итогам проведения торгов, в случае их признания несостоявшимися. Следует учитывать, что в действиях участников торгов должна отсутствовать цель повышения, снижения или поддержания цен на таких торгах (например, последующий раздел предмета торгов между участниками).

В соответствии с Разъяснением № 14 прямо указано, что соглашение, заключенное исключительно в целях признания торгов состоявшимися (в рамках торгов, где у заказчика не возникает обязанности заключать контракт с единственным поставщиком), отвечает интересам заказчика торгов и не может противоречить требованиям ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Согласно Разъяснению № 14 остальные соглашения на торгах не подпадают под исключение и, когда по результатам несостоявшихся торгов единствен-

ный участник приобретает право заключения контракта или когда в торгах принимают участие иные (невзаимосвязанные) участники, такие соглашения подпадают под нарушение п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем, по мнению автора настоящей статьи, обязанность заключать контракт по итогам проведения торгов не всегда влечет нарушение интересов заказчика при заключении соглашения в целях признания торгов состоявшимися, следовательно, такие соглашения не могут нарушать п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Например, на основании п. 25¹ ч. 1 ст. 93 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — **Закон № 44-ФЗ**) при проведении аукциона контракт должен быть заключен с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) на условиях, предусмотренных документацией о закупке, по цене, предложенной участником аукциона, с которым заключается контракт, т. е. существует обязанность заказчика заключить контракт с единственным участником, чья заявка признана соответствующей требованиям документации.

Действия физических или юридических лиц, направленные на увеличение количества участников (заявок) аукциона, не могут нарушать запрет, содержащийся в п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, поскольку они не могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах. Объясняется это тем, что даже при участии в торгах одного участника, заявка которого соответствует требованиям документации (ситуация, при которой конкуренция будет отсутствовать), заказчик будет обязан заключить договор по предложенной таким единственным участником цене, к чему его обязывает Закон № 44-ФЗ.

Чем больше участников торгов примет в них участие, тем вероятнее конкуренция на торгах, которая может привести к снижению начальной максимальной цены и ускорению процедуры заключения контракта, что является выгодным в первую очередь для самого заказчика. Например, при проведении аукциона на понижение участие двух и более участников приводит к снижению цены контракта в силу особенности проведения процедуры (последовательного представления ценовых предложений с понижением цены минимум на один шаг). Снижение цены контракта полностью отвечает целям и интересам заказчика и заинтересованного участника, что не нарушает п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. При этом со-

глашение никак не ограничивает возможность представить заявку другим участникам (не участвующим в соглашении) и стать победителем торгов (в том числе аукциона).

С подобным выводом в том числе соглашались суды, например, в постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.04.2017 по делу № А21-4423/2016, постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.12.2017 по делу № А56-2023/2017, постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.03.2018 по делу № А40-206175/2016.

Таким образом, несмотря на обязанность заказчика заключить контракт по итогам проведения торгов (в т. ч. аукционов), соглашение в целях признания таких торгов (в т. ч. аукционов) состоявшимися не всегда влечет за собой негативные последствия для заказчика, в связи с чем к таким соглашениям также не применим п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Подводя итог анализу, автор считает необходимым отметить, что антимонопольный орган сегодня активно разрабатывает новые методы и подходы к выявлению картельных соглашений, совершенствуя при этом уже существующие. Это позволяет более эффективно выявлять и пресекать картельные соглашения, защищая добросовестных участников рынка. Направленность антимонопольного органа на исключение части соглашений на торгах из числа картельных, на наш взгляд, свидетельствует о потребности в совершенствовании практики применения п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. ■

Литература

1. Башлаков-Николаев И. В. Ответственность органов власти и их должностных лиц в сфере защиты конкуренции. Монография. М.: Статут, 2014. 111 с.
2. Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики. Монография / Под ред. С. В. Максимова и С. А. Пузыревского. М.: Норма, ИНФРА-М, 2016. С. 112—138.
3. Хамуков М. А. Электронные доказательства картелей на торгах // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 9. С. 57—61.
4. Разъяснение ФАС России от 30.05.2018 № 14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах».
5. Решение ФАС России от 05.08.2016 по делу № 1-00-177/00-22-15.

6. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.04.2017 по делу № А21-4423/2016.
7. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.12.2017 по делу № А56-2023/2017.
8. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.03.2018 по делу № А40-206175/2016.

Сведения об авторе

Савина Елизавета Николаевна: адвокат, юрист анти-монопольной практики Юридической фирмы ART DE LEX, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация:

Адрес: 101000, г. Москва, Покровский бульвар, д. 4/17, стр. 1, офис 26

Тел.: +7 (916) 456-37-97

E-mail: E.Savina@artdelex.ru