УДК 346

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Сговор на торгах: проблемы выявления и доказывания

О. О. Марова,
Хакасское УФАС России,
г. Абакан

Аннотация

В статье предложено определение понятия сговора на торгах. Рассматриваются предмет и признаки сговора на торгах, исследуется механизм выявления, доказывания такого сговора. Анализируются обстоятельства и порядок освобождения от ответственности, правовые возможности уменьшения размеров штрафов для участников картеля, предпринявших меры деятельного раскаяния. Рассмотрены отдельные проблемы выявления и доказывания сговора на торгах.

Ключевые слова: антиконкурентное соглашение, картель, сговор на торгах, антимонопольный орган, выездные проверки, доказательство, административное наказание, освобождение от ответственности.

Collusion in tenders: problems of revealing and proving

O. O. Marova,
Khakasskaya OFAS Russia,
Abakan

Annotation

The article proposes a definition of the concept of collusion in tenders. The subject and signs of collusion in tenders are examined, the mechanism of proving such an arrangement is examined. The analyzed circumstances and the procedure for exemption from liability, the legal possibilities for reducing the amount of fines for cartel members who have entered into active repentance measures. Considered individual problems and the conclusion of a conclusion of bidding.

Keywords: the anti-competitive agreement, cartel, conspiracy at the auction, antimonopoly authority, exit checks, the proof, administrative punishment, release from responsibility.

Картелизация отечественной экономики признана угрозой экономической безопасности страны [1]. В связи с этим борьба с антиконкурентными соглашениями, в том числе с картелями, не может не быть одной из главных задач Федеральной антимонопольной службы. Последствия картельных соглашений отрицательно сказываются на экономическом развитии страны, приводят к росту цен, ограничению производства и сдерживанию инноваций.

Действующее российское антимонопольное законодательство, основу которого составляет Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее по тексту — Закон о защите конкуренции) [2], запрещает такой вид картеля, как сговор на торгах.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Данное положение не содержит ссылки на обязанность антимонопольного органа доказывать факт получения хозяйствующими субъектами-конкурентами материальной выгоды от совершения запрещенных указанной выше нормой действий [3].

Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (п. 18 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Из данного положения следует, что в качестве соглашения рассматривается любая договоренность, которая всегда предполагает намеренный и целенаправленный двусторонний (многосторонний) обмен информацией, характеризующий поведение лиц, достигших договоренности, в отношении товарного рынка, а также в отношении иных лиц.

Запрет на сговор на торгах в России является безусловным, это так называемый в мировой юридической науке запрет *per se*. Данный запрет означает, что антимонопольному органу необходимо доказать лишь наличие запрещенного сговора на торгах без необходимости доказательства того факта, что последствием реализации такого соглашения стало ограничение конкуренции.

Факт сговора на торгах устанавливается комиссией антимонопольного органа. Для вынесения соответствующего решения проводится процедура рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Лицо, нарушившее антимонопольное законодательство, привлекается к административной ответственности в виде административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификации на срок до трех лет; на юридических лиц — от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей (ч. 2 ст. 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях) (далее — КоАП) [4]. Решение о привлечении к административной ответственности принимает должностное лицо антимонопольного органа.

Уголовная ответственность за сговор на торгах установлена ст. 178 «Ограничение конкуренции» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК). Одним из признаков объективной стороны основного состава преступления, предусмотренного в ч. 1 ст. 178 УК, является нанесение крупного ущерба гражданам, организациям или государству (сумма которого превышает 10 млн руб.) либо извлечение

дохода в крупном размере (сумма которого превышает 50 млн руб.) [5]. Кроме того, уголовные дела по фактам сговоров на торгах могут возбуждаться по статьям, предусматривающим ответственность за должностные преступления, мошенничество, коммерческий подкуп и т.д., при наличии признаков соответствующих составов преступлений [6].

Предметом сговоров на торгах являются:

- ограничение участия — один или несколько конкурентов соглашаются воздержаться от участия в торгах или отозвать свое предложение, чтобы победил другой конкурент;
- неконкурентоспособное предложение — конкуренты соглашаются подать предложение с заведомо проигрышной ценой или неприемлемыми условиями, чтобы выиграла заявка определенного участника торгов.

При этом участники подобных сговоров, не ставшие победителями торгов, получают денежные выплаты, субподряд либо иное возмещение.

Сговоры на торгах следует рассматривать как сложную систему взаимозависимых фактов и действий участников сговоров. Главная задача антимонопольных органов состоит в том, чтобы, используя весь арсенал предоставленных законодательством средств, а также активно взаимодействуя с правоохранительными органами, собрать достаточную доказательную базу для изобличения самого факта сговора и установления роли каждого из его участников.

К типичным признакам сговора на торгах можно отнести: 1) выигрыш большинства торгов одной и той же компанией; 2) выигрыш рядом компаний торгов по очереди («карусель»); 3) участие в торгах минимального числа участников; 3) незначительное снижение начальной цены; 4) хорошую осведомленность участников торгов о конкурентах и их предложениях [7].

Данный перечень не является исчерпывающим.

Рассмотрим некоторые признаки сговора на торгах на примерах правоприменительной практики.

Аргументом в пользу антимонопольного органа может стать сравнение поведения участников в аукционах, рассматриваемых антимонопольным органом при расследовании дел, с поведением этих же участников в иных аукционах. Так, при рассмотрении дела об оспаривании решения коллег из Московского УФАС России (дело № А40-96962/2014) суд принял во внимание довод антимонопольного органа о том, что на аукционах, в которых приняли участие исключительно хозяйствующие субъекты, которым вменяется нарушение антимонопольного законодательства, снижение начальной (максимальной) цены составило от 0,5 до 1%, тогда как в аукционах, в которых

участвовали помимо указанных лиц и иные хозяйствующие субъекты, снижение доходило до 58% [8].

По рассматриваемой категории дел подлежит доказыванию установление факта достижения участниками торгов договоренности, в том числе в устной форме, в соответствии с которой хозяйствующие субъекты должны совершить обусловленные соглашением действия, направленные на достижение одной цели — повышение, снижение или поддержание цены на торгах [9].

В частности, в своем Постановлении от 15.03.2016 № 17АП-1182/2016-АК по делу № А50-22188/2015, принятом по результатам обжалования решения и предписаний, выданных Управлением Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю по делу № 091-15-А от 23.06.2015, Семнадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что из положений Закона о защите конкуренции следует, что в качестве соглашения рассматривается любая договоренность, которая в отдельных случаях может иметь форму договора, однако всегда предполагает намеренный и целенаправленный двусторонний (многосторонний) обмен информацией, характеризующей поведение лиц, достигших договоренности, в отношении товарного рынка, а также в отношении иных лиц [10].

Проанализировав такое поведение участников аукциона, когда наименьшие ценовые предложения подаются теми хозяйствующими субъектами, заявки которых по результатам рассмотрения вторых частей заведомо будут отклонены, а победителем аукционов признается заявка участника, подавшего последним ценовое предложение таким образом, что оно оказывалось чуть ниже ценовых предложений других участников аукциона, но значительно выше соучастников устного соглашения, суд пришел к выводу о том, что антимонопольный орган обоснованно установил наличие антиконкурентного соглашения между заявителями.

Указанные признаки антимонопольный орган может выявить, проводя мониторинг поведения участников торгов.

Набор доказательств, необходимый для установления признаков наличия сговора на торгах, зависит от обстоятельств конкретного дела.

В качестве доказательств при расследовании данной категории дел антимонопольные органы используют следующие установленные обстоятельства:

- отсутствие экономического обоснования поведения одного из участников соглашения, создающего преимущества для другого участника соглашения, не соответствующего цели осуществления предпринимательской деятельности — получению прибыли;

- подача заявок на участие в электронных аукционах с одного ip-адреса;
- совместная подготовка специалистами заявок для участия в аукционе;
- внесение денежных средств для обеспечения заявки одного участника аукциона за другого [11].

В судебных актах по делам (например, дело № А64-718/2015) суды приходят к выводу о том, что использование участниками торгов единой инфраструктуры возможно только в случаях кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой цели и исключительно в результате достигнутых договоренностей, поскольку коммерческие организации в аналогичных ситуациях, конкурируя между собой, не действуют в интересах друг друга [12].

Между тем иногда суды не усматривают в подобных доводах при отсутствии иных доказательств наличия антиконкурентного соглашения.

В делах № А43-9786/2014, А40-66893/14-79-575 суды указывают на недостаточность одного вышеуказанного доказательства для утверждения о наличии соглашения, а также на отсутствие запрета в действующем законодательстве на участие в аукционах с использованием единой инфраструктуры [13].

Идентичность заявок принята судами в качестве доказательства наличия антиконкурентного соглашения при принятии судебных актов по делам об обжаловании решений антимонопольных органов № А40-143188/2014, А47-13518/2015 и др. [14].

Так, при доказывании сговора на торгах антимонопольным органом устанавливались следующие обстоятельства:

- отсутствие конкурентной борьбы между участниками аукциона, нелогичное поведение в ходе проведения аукциона;
- единообразие первых частей заявок (например, наличие одинаковых ошибок в расчетах);
- осведомленность хозяйствующих субъектов о совместном участии в аукционе (наличие заключенных договоров займа и др.);
- наличие обоюдной заинтересованности в заключении антиконкурентного соглашения (многолетние деловые отношения между участниками торгов, включая заключенные договоры субподряда).

Рассматривая сговоры на торгах, необходимо отметить, что сейчас, в эпоху цифровизации, все чаще приходится иметь дело с картельными соглашениями, которые невозможно доказать без применения последних достижений техники, средств коммуникации (сотовая связь, электронная почта, форумы, чаты и т.д.).

В связи с этим в арсенале антимонопольных органов появился новый вид доказательств — электрон-

ные доказательства. Источниками получения таких доказательств могут являться интернет-сайты, флеш-носители или серверы. С целью получения электронных доказательств антимонопольные органы могут сделать соответствующие запросы интернет-провайдерам, операторам связи, операторам электронных торговых площадок.

Помимо прочего, в качестве доказательства сговора на торгах могут выступать результаты использования участниками торгов функционала, обеспечивающего автоматизированное участие в аукционе (аукционные роботы).

Использование аукционных роботов предполагает интерфейс электронных площадок. С момента начала подачи заявок и до дня, предшествующего дню начала аукциона, участнику аукциона в личном кабинете доступна возможность, обеспечивающая участие аукционных роботов от имени такого участника.

Для создания и активации аукционного робота участник дает согласие на его использование в ходе аукциона, подтверждая, что предложения о цене контракта, поданные аукционным роботом и зафиксированные в системе, являются предложениями о цене контракта, поданными от имени такого участника.

Для активации аукционного робота участник устанавливает шаг работы аукционного робота, а также минимальное (лучшее) предложение о цене контракта, которое может сделать аукционный робот во время проведения аукциона.

Так, обстоятельства, свидетельствующие о том, что участниками аукциона был установлен лимит аукционных роботов, незначительно отличающийся от начальной (максимальной) цены контракта (0,5—1% от НМЦК), могут являться признаком заключения антиконкурентного соглашения между участниками торгов.

Одним из основных способов получить доказательства сговора на торгах является выездная внеплановая проверка с осмотром территорий, документов, помещений.

К числу традиционных доказательств сговора на торгах относят документы, показания свидетелей, результаты оперативно-розыскных мероприятий, подтверждающие наличие письменных или устных договоренностей между конкурентами о ценах, разделе рынка, участии в торгах и т. д.

Факт наличия антиконкурентного соглашения может быть доказан в том числе с использованием совокупности доказательств, в частности, фактического поведения хозяйствующих субъектов [15].

Аналогичная правовая позиция отражена в пункте 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкурен-

ции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.

Антиконкурентное соглашение участников торгов явствует из общей картины хода аукциона, совокупности доказательств, собранных антимонопольным органом, а также подтверждается проведенным им анализом поведения хозяйствующих субъектов.

Специальным инструментом по доказыванию сговора на торгах является освобождение от ответственности за участие в картеле (примечание к ст. 14.32 КоАП). Так, лицо (группа лиц, определяемая в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации), добровольно заявившее в антимонопольный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, освобождается от административной ответственности при выполнении в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

Освобождению от административной ответственности подлежит лицо, первым выполнившее все условия, предусмотренные настоящим примечанием.

Не подлежит рассмотрению заявление, поданное одновременно от имени нескольких лиц, заключивших недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашение.

Следует учесть, что программа освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства регулируется и УК РФ. Вместе с тем нет гарантий автоматического освобождения должностного лица, участвующего в сговоре на торгах в качестве представителя освобожденного юридического лица, от применения к нему уголовных санкций. Следовательно, на практике российская программа освобождения лиц, добровольно сообщивших о сговоре на торгах, работает недостаточно эффективно.

Помимо вышеуказанных механизмов, содействующих выявлению сговоров на торгах, нормы КоАП РФ предусматривают возможность снижения до минимального значения размера администра-

тивного штрафа для юридических лиц, являющихся их участниками. Таким образом, на минимальный административный штраф сможет претендовать юридическое лицо, одновременно выполнившее следующие условия, которыми являются:

- лицо признало факт совершения административного правонарушения;
- лицо отказалось от участия либо дальнейшего участия в соглашении или согласованных действиях;
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

В этом случае административный штраф налагается на юридические лица, вторым и третьим выполнившие указанные условия. Это правило не применяется в отношении юридического лица, являющегося организатором недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения.

Однако даже с учетом внушительного «арсенала» средств выявления и доказывания сговоров на торгах, который предоставлен правоприменителю действующим законодательством, большинство таких картелей остаются латентными.

Это связано в том числе и с тем, что у антимонопольных органов отсутствуют полномочия по проведению оперативно-розыскных мероприятий, что вызывает наибольшие трудности при доказывании самого факта сговора на торгах. Для решения этой проблемы необходимо расширить полномочия самих антимонопольных органов для получения прямых доказательств сговора на торгах либо организовать системное и заинтересованное взаимодействие между антимонопольными и правоохранительными органами.

Для успешной борьбы со сговорами на торгах важно сформировать положительную судебную практику по этому вопросу, так как суды ставят конечную точку во всех разбирательствах.

Таким образом, процедура выявления и доказывания сговора на торгах представляет собой сложный процесс. Очевидно, что какими бы силами, средствами и полномочиями не обладали антимонопольные органы, успех в выявлении и доказывании сговоров на торгах может быть достигнут только благодаря совместным усилиям антимонопольных и правоохранительных органов. Здесь основными партнерами ФАС России являются МВД России, ФСБ России.

Следует отметить, что в целом работа антимонопольных органов по развитию конкуренции на торгах, пресечению сговоров на торгах способствует снижению коррупции, экономии средств бюджетов всех уровней, расширению количества участников торгов. ■

Литература

1. Указ Президента РФ от 13.05.2017 № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» (пп. 7 п. 16) // Собрание законодательства РФ. 15.05.2017. № 20. Ст. 2902.
2. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (п. 2 ч. 1 ст. 11) // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.
3. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20.02.2015 по делу № А40-188369/2014. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a3cf7268-4006-47d9-b0e9-afd2f401455a/6b5b3fbe-d688-4cac-baa4-48a24d6cfe54/A40-188369-2014_20150220_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 20.07.2018).
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.
5. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 17.06.1996. № 25. Ст. 2954.
6. Обвинительный приговор Абаканского городского суда в отношении Давлатова М. Ш. от 13.05.2014 по делу № 1-544/2014 (ст. 204, ч. 3; ст. 204, ч. 3; ст. 30, ч. 3; ст. 204, ч. 3; ст. 204, ч. 3 УК РФ). [Электронный ресурс]. URL: https://abakansky-hak.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=23285891&delo_id=1540006&case_type=0&hide_parts=0 (Дата обращения: 25.08.2018).
7. Кинев А. Ю. Антимонопольный «заслон» сговорам на торгах // Юрист. 2011. № 16. С. 5.
8. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 29.09.2014 по делу № А40-96962/2014. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2ed72038-fc72-40d1-b1eb-372d27a78770/13d26675-47f1-4f9c-b9b5-8cc0d34fbe67/A40-96962-2014_20140929_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 02.09.2018).
9. Решение Арбитражного суда Пермского края от 23.12.2015 по делу № А50-22188/2015. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/ae6f4894-3bde-4a7f-8196-4d13a8f06b30/b1430bf8-5d46-42b1-abd9-863aac9fa673/A50-22188-2015_20151223_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 30.08.2018).

10. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.03.2016 по делу № А50-22188/2015. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/ae6f4894-3bde-4a7f-8196-4d13a8f06b30/b1430bf8-5d46-42b1-abd9-863aac9fa673/A50-22188-2015_20151223_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 30.08.2018).
11. Кузнецова О.Н. Обзор судебной практики по обжалованию решений антимонопольного органа о сговорах на торгах / Материалы Всероссийской молодежной научно-практической конференции (г. Москва, 19 октября 2017 г.). М.: МФЮА. 2017. С. 115—116.
12. Решение Арбитражного суда Тамбовской области от 15.06.2015 по делу № А64-718/2015. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b4ad5fc3-0525-4551-9c6f-421a3bbb2869/5ce1820e-f21e-4adb-863d-152077b46c5a/A64-718-2015_20150615_Reshenie.pdf (Дата обращения: 30.08.2018).
13. Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 10.10.2014 по делу № А43-9786/2014. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b6c80de9-5669-4469-8817-1ee6e8761bad/1a12174c-3e2a-4ec9-acd3-e4fb45000e57/A43-9786-2014_20141010_Reshenie.pdf (Дата обращения: 30.08.2018).
14. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11.03.2015 по делу № А40-143188/2014. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/31ab602d-8023-4242-a7b8-97aa4f820743/5e4f353e-de27-41cf-b1ed-d0cd464b9c8f/A40-143188-2014_20150211_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 30.08.2018).
15. Решение Арбитражного суда города Москвы от 09.02.2016 по делу № А40-139022/2015. [Электронный ресурс]. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/9330df24-3ffc-4b4d-9b2f-03ff364706e0/0729a339-6be7-48af-a769-720c98e72b6f/A40-139022-2015_20160209_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (Дата обращения: 25.08.2018).

Сведения об авторе

Марова Ольга Олеговна: главный специалист-эксперт Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия

Контактная информация:

Адрес: 655017, Хакасия, г. Абакан, ул. Вяткина, д. 3

Тел.: +7 (3902) 22-27-59

E-mail: matuol_888@mail.ru