

ИТОГИ И НОВЕЛЛЫ



→ товаров, работ, услуг единых требований функционирования электронных площадок, установленных федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Лейтмотивом этой сессии стало ироничное высказывание, которое озвучил А. Цариковский: «Двести двадцать третий Закон был формальным, а стал нормальным».

РНП

Спикеры акцентировали внимание на различных точечных проблемных вопросах применения Закона № 223-ФЗ. Так, М. Кобаненко (советник АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры») отметила отсутствие единообразия практики применения законодательства о публичных закупках, в частности в вопросах формирования реестра недобросовестных поставщиков.

В РНП включаются сведения о компании, ее учредителях, членах коллегиального исполнительного органа, лице, исполняющем функции единоличного исполнительного органа. Это влечет невозможность участия в закупках в течение 2 лет.

Но вот практика и позиции ФАС и судов относительно оснований включения в реестр расходятся. Если регулятор применяет, как правило, формальный подход, то есть при наличии формальных признаков нарушения считает возможным включение в реестр, то суды исходят из того, что это наказание и применяется оно должно при наличии вины. Например, компания включена в РНП за непредоставление обеспечения исполнения государственного контракта в полном объеме 10 тыс. руб. вместо 15 тыс. руб. (Решение Красноярского УФАС от 15.12.2014 № РНП 166-24-2014). Суды же исходят из того, что ошибка при определении сумм обеспечения хотя формально и подпадает под уклонение от заключения контракта, но является недостаточной для включения сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков (Постановление Арбитражного суда ВСО от 26.08.2015 № Ф02-4292/2015 по делу № А33-26219/2014).

Эта позиция логично вытекает из мнения КС РФ, согласно которому включение сведений в реестр недобросовестных поставщиков является санкцией за недобросовестное поведение участника размещения заказа, выражающееся в намеренном и умышленном нарушении положений законодательства (постановления КС РФ от 30.07.2001 № 13-П и от 21.11.2002 № 15-П).

Какие они, иные?

На конференции была отмечена проблема использования «иных способов закупки». Говоря о таких способах, спикер М. Кобаненко использовала выражение «вроде бы торги, но не торги» и этим как нельзя точно определила особенности процедуры и связанные с ней сложности. Получается, что проводится закупочная процедура, включая сбор и оценку заявок, однако заказчик отказывается от завершения процедуры закупки либо от за-

ключения договора с победителем.

Положение о закупках предусматривает ряд закупочных процедур с различными наименованиями, но, в каких случаях применяются эти процедуры, неясно – каждый раз решает заказчик.

Что же думает по этому поводу ФАС? Регулятор считает, что организатор не вправе «подменять конкурентный и прозрачный отбор контрагента на суррогат торгово-закупочной процедуры, при проведении которой создается видимость соблюдения действующего законодательства» (решения ФАС России от 16.01.2014 по делу № 1-17-282/00-05-13, УФАС по г. Москве от 08.07.2015 по делу №1-00-1072/77-15).

Выбор заказчиком закупочных процедур по своему усмотрению без четко прописанных в положении о закупках оснований такого выбора либо с отступлением от них – нарушение Закона № 223-ФЗ (Решение ФАС России от 16.01.2014 по делу № 1-17-282/00-05-13).

А каковы позиции судов? Чтобы продемонстрировать их, докладчик представил следующие примеры.

Позиция № 1. Если целью закупочной процедуры является определение контрагента с лучшей заявкой – это торги вне зависимости от наименования (Определение ВС РФ от 12.05.2015 № 305-КГ15-1682 по делу № А40-105887/2013).

Позиция № 2. По итогам запроса предложений заказчик был вправе отказать от заключения договора, поскольку данная закупочная процедура – не торги (Определение ВС РФ от 08.09.2015 № 305-ЭС15-12265 по делу № А40-69448/2014).

Выбор вида закупки должен осуществляться заказчиком согласно правилам, установленным положением о закупке (Определение ВС РФ от 13.05.2015 № 305-КГ15-3950 по делу № А40-34303/2014).

Применение «иных способов» действительно таит в себе множество пороков. В том числе под видом их применения совершаются фактически закупки у единственного поставщика. Происходит сокрытие закупок у единственного поставщика путем подмены их наименования. Называют их как угодно: «чрезвычайная закупка», «безальтернативный выбор», «выбор предложений из сводного прайс-листа». По информации, размещенной на сайте ФАС России, более 41% закупок осуществляются под таким прикрытием, плюс 48% закупок – это реальные закупки у единственного поставщика. Таким образом, около 90% договоров заключаются фактически с единственным поставщиком.

В целом все участники дискуссии в рамках конференции нашли для себя ту нишу, которая интересует именно их и питает их профессиональный интерес, и получили драйв, который ежегодно объединяет их для участия в этом мероприятии.

Мы осветили лишь узкий круг актуальных вопросов. В других материалах, включенных в тему номера, вы сможете более подробно ознакомиться с новеллами «четвертого антимонопольного пакета».

Фото

Вартан Айрапетян / «Ведомости»

ЧЕТВЕРТЫЙ КОНСТРУКТИВНЫЙ

В начале января 2016 года вступит в силу очередная блок изменений в Законе о защите конкуренции – «четвертый антимонопольный пакет» поправок. Изменения коснулись многих норм закона и имеют важное значение для антимонопольного регулирования.



Александр БАЛЫБЕРДИН,

юрист антимонопольной практики, адвокатское бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», г. Москва

Доминирование

Существенный блок изменений посвящен вопросам контроля за хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение на товарных рынках. В этой части прежде всего стоит выделить исключение возможности признания антимонопольным органом доминирующего положения у хозяйствующего субъекта, доля на товарном рынке которого составляет менее 35%. Возможность установления доминирующего положения при доле менее 35% осталась только для случаев, прямо предусмотренных отраслевыми законами, а также при «коллективном доминировании» нескольких хозяйствующих субъектов.

Отмена реестра хозяйствующих субъектов, занимающих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35%, – еще одно позитивное изменение, которое призвано снизить нагрузку на хозяйствующих субъектов – участников сделок экономической концентрации и защитить их интересы при антимонопольных расследованиях.

Ранее, если в реестр был включен кто-либо из группы лиц участника сделки экономической концентрации, такая сделка вне зависимости от стоимости активов и выручки подлежала согласованию с антимонопольным органом.

Также нахождение хозяйствующего субъекта в реестре с долей более 50% значительно упрощало для антимонопольного органа процедуру признания его положения доминирующим при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства. Включенные в реестр хозяйствующие субъекты были, по сути, на крючке у антимонопольного органа, и слезть с него на практике было достаточно сложно.

Немаловажным является и исключение из сферы контроля ФАС России преследования за злоупотребление доминирующим положением, ущемляющим интересы отдельных физических лиц, а также интересы отдельных хозяйствующих субъектов, не связанные с предпринимательской деятельностью. Такие изменения логичны и оправданы, поскольку данные действия фактически не влияли на состояние конкуренции, при этом в значительной степени увеличивали загруженность антимонопольного органа.

В то же время не все поправки в этой сфере регулирования можно назвать либеральными. «Четвертый антимонопольный пакет» в том числе вводит норму, которая позволяет усилить антимонопольный контроль за хозяйствующими субъектами, занимающими существенную долю на товарном рынке. Изменениями предусмотрены положения о правилах недискриминационного доступа к товарам хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной монополии. Такие правила могут быть введены Правительством РФ в отношении лица, доля которого на товарном рынке превышает 70%, на основании выявленного и установленного в решении антимонопольного органа нарушения таким хозяйствующим субъектом запрета на злоупотребление доминирующим положением.

Антиконкурентные соглашения и сделки экономической концентрации

Не остались без внимания законодателя и нормы, устанавливающие запрет на антиконкурентные со-

глашения. Поправки уточнили критерии определения товарного рынка, необходимые для установления допустимости «вертикального» соглашения. Изменениями предусмотрено, что для этих целей должны учитываться доли сторон на рынке товара, который является предметом такого соглашения. Ранее согласно Закону о защите конкуренции в расчет мог быть принят любой товарный рынок, в том числе не имеющий непосредственного отношения к такому «вертикальному» соглашению, что создавало неопределенность и дополнительные риски для хозяйствующих субъектов – сторон соглашения.

Изменения коснулись и картельных соглашений: под абсолютный запрет попали картельные соглашения между покупателями-конкурентами.

Соглашения между хозяйствующими субъектами – конкурентами о совместной деятельности теперь будут подлежать обязательному согласованию с ФАС России в случаях превышения установленных пороговых значений по суммарной стоимости их активов или суммарной выручке. Если указанные показатели не превышают пороговых значений, хозяйствующие субъекты вправе обратиться за согласованием соглашения в добровольном порядке. При этом получение согласования обезопасит стороны от признания их действий по заключению соглашения о совместной деятельности нарушением ст. 11 Закона о защите конкуренции, устанавливающей запрет на заключение антиконкурентных соглашений.

Сведения о всех ходатайствах о совершении сделок экономической концентрации теперь должны будут размещаться на официальном сайте антимонопольного органа в сети Интернет. Сделано это для того, чтобы дать возможность участникам рынка и иным заинтересованным лицам направить в антимонопольный орган свое мнение о планируемой сделке (действии), а антимонопольному органу – получить представление о возможных последствиях сделки (действия) перед принятием решения по ходатайству.

Предупреждения и рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства

В «четвертом антимонопольном пакете» получил свое развитие хорошо зарекомендовавший себя на практике институт предупреждений. Помимо действий доминанта по навязыванию невыгодных условий договора и необоснованному отказу от заключения договора, в качестве оснований для выдачи предупреждений добавлены действия по созданию дискриминационных условий и необоснованное установление различных цен. Кроме того, основаниями для выдачи предупреждения будут являться отдельные виды недобросовестной конкуренции, а также антиконкурентные действия и акты государственных органов.

В случае если дело о нарушении антимонопольного законодательства все-таки возбуждено, его рассмотрение будет более прозрачным и в большей степени защищать интересы участников расследования. Поправками предусмотрено введение института заключения по обстоятельствам дела, которое представляет собой своего рода предварительное решение антимонопольного органа. Такое заключение должно содержать в том числе описание фактических обстоятельств дела и доказательств, на основании которых антимонопольный орган пришел к тем или иным выводам. У участников дела до вынесения решения будет возможность ознакомиться с этим документом и представить свои возражения. Кроме того, «четвертым антимонопольным пакетом» уточнены статус и процедура привлечения экспертов и переводчиков, предусмотрена процедура отвода членов комиссии по рассмотрению дела и экспертов, урегулированы вопросы защиты конфиденциальной информации.

Административная ответственность

Важные изменения коснулись вопросов привлечения к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Здесь стоит выделить исключение так называемой двойной ответственности. Теперь хозяйствующий субъект, которому по результатам рассмотрения дела было выдано предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, не может быть привлечен к административной ответственности. Однако существует важная оговорка, согласно которой административная ответственность исключается только в том случае, если такое предписание было исполнено нарушителем.

Кроме того, появились дополнительные стимулы для хозяйствующих субъектов добровольно заявлять в антимонопольный орган о заключенных антиконкурентных соглашениях. Уже существующее регулирование об освобождении от ответственности лица, первым заявившего о заключении им такого соглашения, дополнено положением о назначении минимального штрафа для лиц, сделавших такое заявление вторыми и третьими.