ДОКЛАД

14.06.2018 г. Екатеринбург, УрГЭУ

Более чем 10 лет действует организованная система закупки товаров (работ, услуг) для государственных и муниципальных нужд: с 2005 года в рамках 94 Закона, а с 2014 согласно ФЗ № 44.

Параллельно с законодательством о контрактной системе существует, и не симметрично развивались охранительные нормы антимонопольного законодательства, в частности запрещающие сговоры на торгах в любой форме в целях поддержания или не снижения цены (п. 1 ч. 1 ст. 11, п. 1 ч.1 ст. 11.1 ФЗ-135).

В США еще в 20-х в Верховном суде одним из судей была выведена аксиома, что ценовые сговоры (fix price) по своему характеру уже неразумны, поскольку антиконкурентны изначально, а значит их негативный эффект для всех (за исключением участников картеля) очевиден.

Концепция per se (запрещены изначально) для сговора на торгах поддерживается ФАС, поскольку исключает необходимость доказывания негативного воздействия на экономику (конкуренцию) или иных участников рынка. Однако часть судебного корпуса, строит на необходимости доказывания антимонопольным органом «выгодности» картеля для его участников, поскольку согласно ГК «соглашение» между коммерческими организациями должно обладать возмездностью.

Судебные споры зачастую сводятся к тому, что участники картеля говорят о том, что не получили чистой прибыли, а регулятору надо это опровергнуть. Передав почти все работы на субподряд, победитель торгов иногда довольствуется несколькими процентами рентабельности.

Между тем, согласно норм Налогового кодекса РФ, победители торгов, получают доход равный сумме договора (контракта), то же самое и с точки зрения уголовного законодательства «доход=сумме контракта».

Практика выявленных картелей показывает, что большинство сговоров на торгах достигается усилиями участников, которые имеют общих собственников или управленцев, т.е. являются «аффилированными лицами» (ст. 4 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках») или группой лиц (ч. 1 ст. 9 ФЗ-135).

С точки зрения экономики, «группа лиц» является единым хозяйствующим субъектов, поскольку внутри группы лиц конкуренция не осуществляется.

С точки зрения права, «группа лиц» является позитивным (законным) состоянием входящих в её состав лиц и сама по себе не нарушает требований антимонопольного законодательства.

 На сегодня, участие единого хозяйствующего субъекта в торгах, посредством нескольких участников, составляющих группу лиц, напрямую не запрещено ФЗ № 44, № 223 или №135, однако вступает в противоречие с запретом любой аукционной документации о подаче одним лицом, более чем одной заявки, т.е. разумным и справедливым принципом торгов во всей формах:«один участник – одна заявка».

В свое время, в пункте 43 Положения об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд (утв. указом Президента Российской Федерации от 08.04.1997 № 305) отмечалось, что все участники торгов (конкурса), входящие в одну группу лиц, рассматриваются как одно лицо.

Таким образом, при подаче лицами из группы лиц 2-х заявок, вторая заявка не должна была признаваться организатором, соответствующей аукционной документации.

305-ый указ Президента РФ утратил силу в 2005 году, с принятием ФЗ-94 и с 2005 по 2018 в законодательстве остаётся открытым вопрос, что делать, если в торгах участвует «группа лиц».

В декабре 2018 года Указом Президента Указом Президента РФ № 618 утверждён «Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020», в котором в п.п. 4 Приложения указано, на необходимость исключения участия группы лиц в торгах, однако только в сфере дорожного строительства.

Соответствующая Национальному плану развития конкуренции фраза, включена ФАС России в «Дорожную карту развития конкуренции» на 2018-2020».

Однако для любого организатора торгов при принятии решения соответствует \ не соответствует заявка аукционной документации, руководством является ФЗ-44 или ФЗ-223.

Как указывалось, организатору торгов на сегодня ни что не мешает применять для подобных случаев принцип «один участник - одна заявка», а «группу лиц» устанавливать исходя из предоставляемых участниками ЕГРЮЛ и протоколов (решений) об избрании генерального директора, предоставляемых в большом множестве при подаче заявки.

Кроме того, есть механизм декларирования участником торгов его не аффилированности с организатором торгов (заказчиком), такой институт можно распространить и на декларирование участниками торгов, что они не составляют группу лиц с иными участниками торгов.

В случае нарушения данного обязательства, контракт с таким победителем не заключается, а заключенный контракт расторгается без компенсации понесенных победителем расходов на его выполнение.

Не совсем понятно, когда законодателем будут внесены изменения в ФЗ-44 или ФЗ-135 об исключения участия группы лиц на торгах, учитывая, что изменения в АЗ носят «пакетный» характер и накапливаются по 2-3 года.

Из 2 лет отведённых на реализацию Национального плана развития конкуренции на 2018-2020 гг. пол года уже истекли, а правом законодательной инициативы ФАС не обладает.

В «Национальным плане развития конкуренции» выделены 3 сферы в которые картелизированы, что признается так же как в СССР в итоге признали наличие «организованной преступности», в следующих сферах:

-дорожное строительство

-медицинские препараты (изделия)

-детское питание

Письмом ФАС России от 22.03.2018 в Правительство Российской Федерации направлен проект распоряжения Правительства РФ «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») по развитию конкуренции на 2018-2020 годы в отраслях экономики Российской Федерации»

В Дородной карте на 2018-2020 гг., ФАС предлагает вполне конкретные меры:

**ДОРОЖНОЕ СТРОИТЕЛЬСТВО**

* запретить участие в торгах организаций, входящих в «группу лиц», согласно статье 9 Закона о защите конкуренции (организаций с общими собственниками или руководителями);
* внести изменения в законодательство о закупках предусматривающие:

 - рейтинг подрядных организаций, выполняющих дорожные работы («лестница квалификаций»), а также возможность учёта квалификации подрядных и субподрядных организаций;

 - учёт при отборе подрядной организации - конкретной команды исполнителей (физических лиц) выполняющих работы, а также установление минимального объема средств направляемых на оплату труда;

 - возможность установления минимальных и максимальных объёмов работ передаваемых в обязательном порядке субподрядчикам.

Стоит отметить, что рынок дорожного строительства в каждом регионе РФ олигополизирован по ряду причин: 1) требуются существенные основные средства; 2) не возможность перемещения не самоходной техники на значительные расстояния. 3) привязанность строительной техники к место нахождению «ремонтного парка».

Исключение возможности выполнения контракта субподрядными организациями – уменьшает конкуренцию, увеличение приводит к снижению качества работ («распылению ответственности»).

Действительные проблемы:

1. формальное переписывание в заявках требований аукционной документации, которое не проверяемо на этой стадии (те кто отклонились от текста – не допускаются);
2. приемка заказчиком не качественных (скрытых) работ,
3. отсутствие сервисных контрактов, предусматривающих не только строительство (ремонт), но и дальнейшую эксплуатацию в течении многих лет (при котором все недостатки будут устранятся победителем за свой счёт).

**СФЕРА ЗДРАВООХРАНЕНИЯ**

* ввести требования к аптечным учреждениям о первом предложении покупателю наиболее дешёвого взаимозаменяемого лекарственного препарата;
* проработать вопрос о формах и способах информирования врачебного сообщества и пациентов о взаимозаменяемых формах лекарственных препаратов;
* регистрировать предельные отпускные цены на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные средства;
* установить ограничения на заключение долгосрочных государственных контрактов на лекарственные препараты (датой выхода на рынок иного взаимозаменяемого лекарственного средства);
* не допускать указания остаточного срока годности медицинского изделия в %.

Проблемы:

Производители не участвуют в торгах, действуют их дилеры.

**СФЕРА СОЦИАЛЬНЫХ УСЛУГ**

* Внедрить в законодательство механизм обеспечения инвалидов техническими средствами реабилитации (ТСР) путём выдачи электронных сертификатов;
* организовать в субъектах РФ пункты временной выдачи (пункты проката) технических средств реабилитации и разработать рекомендация по их оснащению, а также обязательные требования по привлечению к их формированию широко круга поставщиков и производителей;
* внести изменений в нормативные акты в целях обеспечения получения населением социальных выплат (пособий) с использованием иных кредитных организации, отличных от организации федеральной почтовой связи (ФГУП «Почта России»);
* ввести запрет на проведения торгов по отбору кредитных организаций на оказание услуг по перечислению пособий по безработице;
* усилить административную ответственность работодателей за ограничение права работников выбора кредитной организации по перечислению заработной платы.

В Свердловском УФАС России на сегодня рассматриваются и проходят проверку в судах дела по следующим картелям:

**ДОРОЖНЫЙ КАРТЕЛЬ**

В июле 2017 Свердловским УФАС России вынесло по материалам Управления ФСБ по Свердловской области также решение в отношении 5 крупных строительных компаний Свердловской области, 4 из которых составляли 2 группы лиц, заключивших между в результате антиконкурентных соглашений госконтракты на сумму 406 млн. руб. На участников картеля Свердловским УФАС России были наложены административные штрафы на сумму более 55 млн. руб. На сегодня решения Свердловского УФАС оспариваются в арбитражном суде апелляционной инстанции, заседание по которому состоится 18.06.2018.

ПОСТАВКА МОЛОКА-ТВОРОГА-КЕФИРА ДЛЯ ДЕТЕЙ

 В декабря 2017 года Свердловским УФАС России возбуждено дело в отношении ООО «Молочный Кит» и группы компаний «ДАНОН» («Данон Трейд», «Данон Индустрия», «Юнимилк» по разделу аукционов на поставку в 2015-2018гг. «молока», творога» и кефира» для детей дошкольного возраста в Свердловской области, при котором «Молочный Кит» участвовало и выигрывало аукционы по «молоку», а группа компания «Данон» по «творогу» и «кефиру». По материалам дела установлен совместный документ (кредитная политика) у группы компаний Данон согласно которому определялись не снижаемые пороги ценовых предложений, а также выявлено соглашение между Минздравом Свердловской области и группой компаний «Кировский» о размещении в указанной торговой сети «молочных кухонь».

Идёт следствие. Заседание назначено на 10.07.2018.

**ХЛЕБНЫЙ КАРТЕЛЬ**

21.05.2018 Комиссия Свердловского УФАС приняло Заключение, т.к. установила в действиях группы лиц ООО «Хлеб-Торг» и ООО «Компания «Уралхлебопродукт» нарушение п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, выразившееся в создании картеля - достижении соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, направленного на поддержание цены при участии в проводимых открытых аукционах электронной формы по номерам извещений 0362100026215000249, 0362100005416000076, 0362100033816000258, 0362200038216000972, 0362100026216000476, 0362100026216000471, 0362100025916000051, 0362100005416000053, 0362100005416000028, 0362100033816000116, 0362200038216000280, 0362100026215000437, 0362100033815000172, 0162200011816001260, 0162300005316001394, 0162200011816001983, 0162300005316003372.

Предметов закупки, проводимых в 2015-2016 гг. для нужд государственных учреждений являлся хлеб и хлебобулочные изделия, сумма контрактов заключённых участниками картеля с минимальным снижением НМЦК (0,5%) около 21 млн руб.

Заседание по делу назначено на июль 2018 года.

**КАРТЕЛЬ НА ПОСТАВКУ МЕДИЦИНСКИХ УСТРОЙСТВ ДЛЯ ИНВАЛИДОВ**

11.05.2018 Комиссия Свердловского УФАС России установила в действиях группы лиц ООО «Круст» и ИП Красильникова П.И. нарушение, п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, выразившееся в достижении соглашения между хозяйствующими субъектами - конкурентами при участии в проводимых открытых аукционах электронной формы по номерам извещений 0259100000117000029, 0219100000117000303, 0216100000317000369, 0218100003717000030, 0229100000117000200 с целью повлиять на цену товара, определяемую по итогам торгов, что привело к поддержанию цен на торгах.

Предметом торгов, проводимых в 2017 году в различных субъектах РФ являлись тифло-флешплееры, электронные лупы, слуховые аппараты и прочее, сумма контрактов заключённых участниками картеля с минимальным снижением НМЦК (0,5%) составила около 18 млн. руб.

Заседание по делу назначено на июль 2018 года.

Отдел ограничения монополистической деятельности

Свердловского УФАС России