ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

Анализ рисков нарушения антимонопольного законодательства органами государственной власти и местного самоуправления

Начальник Правового управления
А.В. Молчанов
2020 г.

Национальный план развития конкуренции

Указ Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»

до 2020 года**:**

- ✓ снижение количества нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов власти не менее чем **в 2 раза**;

до 1 марта 2019 года

- принять меры, направленные на организацию антимонопольного комплаенса федеральных органов власти
- принять меры, направленные на организацию антимонопольного комплаенса органов власти субъектов РФ

Цели антимонопольного комплаенса:

1.Обеспечение соответствия деятельности органа власти требованиям антимонопольного законодательства

2.Профилактика нарушений требований

3.Повышение уровня правовой культуры в органах власти

4.Сокращение количества нарушений

Статья 15

Часть 1 «Запрет на акты и действия (бездействия) ограничивающие конкуренцию»

П. 11: При рассмотрении судом дел, связанных с нарушением части 1 или 2 статьи 15 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган должен доказать факт недопущения, ограничения, устранения конкуренции либо установить возможность наступления таких последствий на соответствующем товарном рынке.

Обзор Президиума Верховного Суда РФ от 16.03.2016

П. 8: антимонопольный орган обязан доказать, что акты, действия (бездействие) приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а соответствующий органом указать конкретную норму федерального закона, разрешившая данному органу принять оспариваемый акт, осуществить действия (бездействие)

Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 N 30

Анализ состояния конкуренции

10.7. Анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы:

а) определение временного интервала исследования товарного рынка

б) определение продуктовых границ товарного рынка

в) определение географических границ товарного рынка:

- границы территории, на которой осуществляют свои полномочия соответствующие органы

- границы территорий, на которых действуют хозяйствующие субъекты, на деятельность которых оказали или могли оказать негативное влияние соответствующие акты, действия (бездействие)

- границы территорий, на которые поставляется товар и с которых поставляется товар

г) оценка изменения (возможного изменения) состояния конкуренции на товарном рынке вследствие принятия акта и (или) осуществления действий (бездействия).

Приказ ФАС России от 28.04.2010 N 220

Статья 15

Часть 3 «Запрет на совмещение функций органов власти и хозяйствующих субъектов»

- ✓ Два состава нарушения:
  - наделение хоз. субъектов функциями органов власти
  - совмещение хоз. субъектами хоз. деятельности с функциями органов власти
- ✓ Запрет носит безусловный характер (п. 8 Пленума № 30 относится к части 1 статьи 15)

Предупреждение как обязательный этап

Действия (бездействия) - признаки нарушения

ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ

Выполнение предупреждения

10 дней

Невыполнение предупреждения

1. Антимонопольное дело не возбуждается;
2. Лицо не подлежит привлечению к административной ответственности.

Возбуждение антимонопольного дела
Обязанность (10 рабочих дней)

Признание комиссией факта нарушения

Непризнание комиссией факта нарушения

Привлечение к ответственности

Прекращение рассмотрения дела

Статья 16

Соглашения хозяйствующих субъектов с органами власти

- ✓ **необходимо доказывание ограничения конкуренции или возможности ограничения**
- ✓ факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством

Постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.2010 N 9966/10 по делу N А27-12323/2009

- ✓ Факт наличия антиконкурентного соглашения может быть доказан в том числе с использованием **совокупности иных доказательств**, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов

Обзор Президиума Верховного Суда РФ от 16.03.2016

Анализ нарушений органов власти

Статья 17

При проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции

- ✓ **Во-первых**, установление открытого перечня действий, на совершение которых при проведении торгов устанавливается запрет, так как это приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции (ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции)
- ✓ В том числе **соглашения при проведении торгов между заказчиками (органами власти) и участниками**
- ✓ **Во-вторых**, установление специальных запретов, имеющих ограниченную сферу их применения и соответствующую ей специфику правового статуса субъектов (ч. ч. 2 и 3 ст. 17 Закона о защите конкуренции)

Анализ нарушений органов власти

1. Практика «рекомендаций»
2. Бездействие и неопределенность НПА
3. Практика ухода от торгов и ограничений на торгах
4. Наделение хозяйствующих субъектов функциями органов власти
5. Создание «исключительности» ГУПам и учреждениям
6. Соглашения с хозяйствующими субъектами, создающее преимущества на рынке
7. Нарушение порядка предоставления и контроля преференций хозяйствующим субъектам
8. Нарушения при проведении торгов (закупок)

Рекомендации, создающие преимущества

« … направление Фондом в адрес своих региональных отделений Технического задания с требованиями к специальным устройствам для чтения "говорящих книг", не предусмотренными законодательством, могло привести к препятствованию осуществления деятельности хозяйствующих субъектов на рынке специальных устройств для чтения "Говорящих книг»…»

Постановление АС МО от 15.08.2019
по делу N А40-154822/2018

Бездействие и неопределенность НПА

Бездействие

В нарушение Положения о лицензировании медицинской деятельности не разработаны требования, необходимые для лицензирования медицинских организаций.

Постановление АС МО от 06.12.2018 по делу № А40-9755/2018

Бездействие администрации по непроведению демонтажа информационных стел, на которых без соблюдения Закона о рекламе размещена реклама, содержит признаки нарушения Закона о защите конкуренции, на рынке наружной рекламы

Определение ВС РФ от 13.11.2019 по делу N А12-44087/2018

Неопределенность нормативных актов

…ни размер букв вывески, ни ее вид и общий размер, ни особые требования к вывескам оспариваемые Правила благоустройства не устанавливают. При таких обстоятельствах при разработке проекта размещения вывески хозяйствующие субъекты не имеют представлений о том, каким параметрам должна соответствовать вывеска, что предоставляет органам местного самоуправления неограниченное усмотрение при принятии решения

Апелляционное определение ВС РФ от 09.08.2017 N 51-АПГ17-13

Постановлении Президиума ВАС РФ от 29.11.2011 г. № 8799/11 по делу № А66-7056/2010

«…тех случаях, когда требуется проведение торгов, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их **непроведение**, за исключением случаев, допускаемых законом, **не может не влиять на конкуренцию**, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо права ведения деятельности на нем».

Практика «ухода» от торгов

1. Передача функции органов хозяйствующим субъектам с наделением их финансовым обеспечением для выполнения таких функций (передача функций заказчика)

дорожное строительство и ремонт, капитальный ремонт объектов социальной сферы, школьное питание, информационно-техническое обеспечение деятельности органов власти, сфера культуры и искусства

Дела: А50-12457/2010, № А28-10421/2013, N А76-7399/2011, № А72-6640/2012

2. Создание преимуществ унитарным предприятиям, учреждениям по отношению к другим хозяйствующим субъектам, осуществляющим деятельность на том же товарном рынке

организация питания в дошкольных учреждениях, содержание дорого и благоустройство территории, сфера проектирования, содержания мест захоронений, производство и транслирование радио-и телевизионных программ

Дела: А28-10538/2014, А28-13260/2014

https://fas.gov.ru/documents/611877

3. Передача имущества в обход законодательства о приватизации («прослойка» унитарное предприятие или учреждение)

Передача имущества в хозяйственное ведение или оперативное управление с последующей продажей или внесением в уставные капиталы

Дела: А69-3034/2014, А69-206/2013, А55-379/2015, А28-5690/2014

4. Приобретение недвижимости «как бы» в порядке инвестирования (п. 31 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе)

последовательность действий, направленная на искусственное создание условий, для приобретения возведенного здания в публичную собственность

Дела: А76-27590/2016, А76-31080/2015, А72-1701/2017, А28-10990/2017

Письмо ФАС России от 04.07.2018 г. № ИА/50875/18

Практика ограничений доступа к торгам

Определение ВС РФ от 10.11.2016 по делу № А65-23671/2015.

Отсутствие публикации извещения в русскоязычных СМИ о предоставлении земельных участков лишило потенциальных приобретателей права на участие в распределении муниципальных земельных участков

Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29.01.2019 по делу № А57-1199/2017

В 2015 году Министерством транспорта и дорожного хозяйства Саратовской области был проведен аукцион на строительство автодороги, по итогам которого 28 декабря с обществом был заключен контракт. Согласно условиям контракта, работы должны быть выполнены до 30 декабря, то есть за три дня

Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10.01.2019 по делу № А71-6550/2018.

Минздрав Республики наделил унитарное предприятие полномочиями специализированной организации по организации торгов для нужд медицинских учреждений Удмуртской Республики. Минздраву Республики и предприятию было известно, что в торгах будет принимать участие второе предприятие – участник антиконкурентного соглашения. Директором обоих предприятий является одно и то же физическое лицо.

Наделение функциями органов власти

Наделение хозяйствующего субъекта, созданного в форме бюджетного учреждения, функциями по осуществлению на землях лесного фонда федерального государственного лесного надзора и федерального государственного пожарного надзора в лесах является нарушением Закона о защите конкуренции

"Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2019)"

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 24.04.2019)

Предоставление мест для захоронения является полномочием органов местного самоуправления, и передача данных полномочий специализированной службе, являющейся хозяйствующим субъектом, недопустима.

Апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 25.07.2018 N 9-АПГ18-9

Средства из местного бюджета в виде грантов могут быть предоставлены исключительно органами местного самоуправления. Действующим законодательством не предусмотрена возможность делегирования указанных полномочий каким-либо иным лицам, в том числе некоммерческим организациям

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.11.2017 N Ф05-16335/2017 по делу N А40-18379/2017

Создание преимуществ ГУПам и учреждениям

Наделение органами власти унитарных предприятий и учреждений исключительными полномочиями на конкурентных рынках ведет к ограничению конкуренции

1. Апелляционное определение ВС РФ от 25.10.2017 (дело № 78-АПГ17-17)

Признание недействующими отдельных положений статьи 7-1 Закона Санкт-Петербурга от 11.05.2006 № 223-35 «О государственных унитарных предприятиях Санкт-Петербурга, государственных учреждениях Санкт-Петербурга и иных коммерческих и некоммерческих организациях, учредителем (участником, акционером, членом) которых является Санкт-Петербург».

2. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 31.01.2019 по делу № А37-1598/2016

Правительством Магаданской области принято постановление, которым был установлен безальтернативный порядок оказания услуг по обработке белья для нужд государственных учреждений без проведения торгов.

Действия органов власти даже в пределах их полномочий не должны ограничивать конкуренцию

Постановление АС Московского округа от 30.06.2017

по делу № А40-225583/16

Суд кассационной инстанции оставил без изменения постановление Девятого арбитражного апелляционного суда, которым выданное Росжелдору предупреждение ФАС России признано законным

Практика антиконкурентных соглашений

1. Постановление АС Уральского округа от 13.01.2017 № А07-30350/2015

Действия Министерства ЖКХ Республики Башкортостан, УЖКХ отдельных районов и хозяйствующих субъектов признаны нарушившими статью 16 Закона о защите конкуренции в части заключения соглашения, которое приводит к устранению с рынка комплексного обслуживания лифтов в г. Уфа ООО «У»

2. Постановление АС Московского округа от 31.10.2017 по делу № А40-213567/16

Факт заключения Правительством Белгородской области, Департаментом агропромышленного комплекса, Фондом продвижения продукции производителей области и рядом хоз. субъектов (субсидий на компенсацию части затрат на уплату процентов по кредитам в растениеводстве и животноводстве)

3. Определение ВС РФ от 06.03.2017 N 305-КГ16-16409 по делу N А40-100700/2015

Администрация и общество не представили доказательства, подтверждающие соответствие спорного земельного участка размерам, необходимым для использования здания, нарушив тем самым требования ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции

Нарушение порядка предоставления преференций

Письмо ФАС России от 05.07.2013 № АК/26062/13 «О направлении Методических рекомендаций по антимонопольному контролю за предоставлением государственных или муниципальных преференций»

✓ для определения соответствия проведения ремонтно-реставрационных работ целям преференции следует учитывать, что такие работы должны проводиться в соответствии и в порядке, предусмотренными статьями 40 - 45 Закона об объектах культурного наследия

✓ наличие программы развития субъектов малого и среднего предпринимательства, определяющей условия и порядок оказания поддержки хозяйствующим субъектам, является необходимым условием при предоставлении государственной или муниципальной преференции

http://legalacts.ru/doc/pismo-fas-rossii-ot-05072013-n-ak2606213/

Постановление АС СЗО от 15.04.2015 по делу № А42-1587/2014

Включение в извещение о проведении аукциона на право заключения договора аренды земельного участка для строительства торгового комплекса условия о необходимости получения победителем аукциона разрешения на строительство торгового комплекса в месячный срок со дня подписания договора аренды земельного участка незаконно, поскольку было установлено, что срок совокупного прохождения всех процедур, необходимых для получения разрешения на строительство, в спорный период составлял 280 дней.

Постановление АС ЗСО от 17.12.2015 по делу № А27-173/2015

Судами установлено, что поскольку включение в документацию о закупке требования о нахождении участника запроса предложений на упрощенной системе налогообложения не обусловлено нормами действующего законодательства и ограничивает круг потенциальных участников закупки, антимонопольный орган обоснованно признал заказчика нарушившим часть 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

В качестве примера можно привести дело **№ А24-3674/2014**.

Суд пришел к выводу, что учреждением при проведении аукциона на право заключения муниципального контракта на выполнение работ по устройству детской площадки и благоустройству территории нарушены требования пункта 2 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, поскольку было установлено, что общество - единственный участник размещения заказа - было осведомлено о месте выполнения работ по спорному аукциону, не указанном в аукционной документации, до его проведения и заключения контракта, а также приступило к выполнению работ до даты размещения аукционной документации, заключения контракта и получения ордера на выполнение работ.

В качестве примера, можно также привести дело, где было установлено, что часть работ, включённых в конкурсную документацию, была уже выполнена, о чём один из участников знал заранее и согласился со всеми условиями выполнения этих работ

Постановление ФАС Уральского округа от 28.02.2011 по делу N А71-7292/2010-А25

Дело № А73-9247/2010

анализируя порядок проведения торгов суды указали, что Приказом ФАС N 67 утвержден также Перечень видов имущества, в отношении которого заключение договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса (Приложение 2 к Приказу ФАС № 67).

Спорное имущество в данный Перечень не входило, поэтому судом обоснованно указывалось на невозможность проведения в отношении его торгов в форме конкурса.

Дело № А48-8436/2016

суды установили, что поскольку МУП «К» была выбрана неверная форма проведения торгов (проведение конкурса вместо аукциона), допущены нарушения правил при проведении торгов, установленных статьей 17^1 Закона о защите конкуренции, данные обстоятельства являются основанием для признания данных торгов и заключенных по результатам таких торгов сделок, недействительными.

Постановление ФАС ВСО от 04.03.2010 по делу N А33-11243/2009

Суд правомерно признал недействительными результаты открытых аукционов и заключенные по их результатам муниципальные контракты, так как в момент проведения открытых аукционов ответчик занимал должность начальника отдела муниципального учреждения и одновременно являлся генеральным директором юридического лица, которое участвовало в аукционах и по их итогам было признано победителем, суд правильно пришел к выводу о нарушении ответчиком положений ФЗ "О защите конкуренции".

Постановление ФАС ДО от 11.08.2010 по делу N А04-7259/2009

Не допускается непосредственное участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников заказчиков в торгах по размещению заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд. Однако запрета на участие в торгах юридических лиц, учредителями которых являются указанные лица, законодательство Российской Федерации не содержит.

Постановление 2 ААС от 08.06.2012 г. по делу А28-966/2012

Оснований для расширительного толкования данной нормы закона, примененного антимонопольным органом, у суда апелляционной инстанции не имеется, поскольку участие в размещении заказов не может быть ограничено на основании толкования закона

Так, в деле **№ А11-3715/2011** ФАС ВВО постановлении от 17.04.2012 года согласился с судами нижестоящих инстанций и решением Владимирского УФАС.

УФАС и суды установили, что в состав аукционной документации в предмет муниципального контракта вошли следующие виды работ: механизированная уборка объектов благоустройства; механизированная уборка улиц, мостов и путепроводов, тротуаров; ручная уборка объектов благоустройства; текущее содержание зеленых насаждений; содержание снежной свалки и так далее.

Так, в деле **№ А21-1919/2013** ФАС СЗО установил, что предъявленные требования к мебели (столам, стульям, вешалкам, шкафам, стеллажам, полкам и т.п.), детскому спортивному инвентарю (гимнастической стенке, качалке - мостику, кольцам для пролазания, дорожкам, набору кеглей, гантелям, гирям, беговой дорожке, мячам и др.) не являются требованиями к товарам, применяемым при выполнении работ, составляющих предмет муниципального контракта.

Постановление АС МО от 09.09.2014 по делу № А40-188579/2013

Суды отметили, что объединение работ в один лот с соответствующим установлением значительной максимальной цены контракта, а также суммы обеспечения заявки, оказывает негативное влияние на количество потенциальных участников торгов, поскольку прослеживаемый приоритет в сторону обладающих значительными финансовыми возможностями организаций ставит большинство подрядных организаций города Красноярска в неравное с ними положение.

Определение ВС РФ № 305-КГ17-1862 Дело № А40-244495/2015

Объединение в один лот выполнения работ по содержанию автомобильных дорог общего пользования регионального и межмуниципального значения на 54 объектах, расположенных в различных административных районах Республики Башкортостан.

Выявление рисков

- ✓ анализ нарушений антимонопольного законодательства
- ✓ анализ действующих нормативных правовых актов
- ✓ анализ проектов нормативных правовых актов
- ✓ мониторинг и анализ практики применения антимонопольного законодательства;
- ✓ разработка и поддержание в актуальном состоянии методики выявления внутренних и внешних рисков нарушения антимонопольного законодательства

Источники для анализ нарушений

- ✓ Анализ выявленных нарушений деятельности (решения ФАС, прокуратуры, Счетной палаты и др.)
- ✓ Разъяснения Президиума ФАС России
- ✓ Обзоры практики апелляционных органов ФАС России
- ✓ Обзоры судебной практики ФАС России

С 2017 года Президиумом ФАС России утверждено 17 разъяснений:

- ✓ №3 «Доказывание недопустимых соглашений и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах»
- ✓ №4 «Соглашения в инновационных и высокотехнологичных сферах деятельности»
- ✓ №6 «Доказывание и расчет убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства»
- ✓ №10 «О применении антимонопольными органами антимонопольного законодательства в целях выявления и нарушения порядка ценообразования»
- ✓ №11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства»

Правовые позиции коллегиальных органов ФАС

"Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 1 июля 2018 года по 1 июля 2019 года)"

(утв. протоколом Президиума ФАС России)

"Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 года по 1 июля 2018 года)"

(утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.10.2018 N 10)

Анализ проектов актов и действующих актов

✓ **Размещение проектов нормативных правовых актов на сайте и обеспечение приема обращений и предложений по ним**

✓ **Системная работа по рассмотрению и оценке поступающих предложений**

✓ **Размещение всех действующих нормативно-правовых актов на сайте**

Например, в ФАС России создана рабочая группа по актуализации и систематизации обязательных требований, которая ежеквартально рассматривает поступающие предложения и контролирует исполнение «дорожной карты» по актуализации таких требований

Матрица рисков

Уровень риска	Последствия
Высокий	Выдача предупреждения и (или) возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства и (или) привлечение к административной ответственности (штраф, дисквалификация)
Существенный	Возможность выдачи предупреждения и возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства
Незначительный	Возможность выдачи предупреждения
Низкий	Отрицательное влияние на отношение институтов гражданского общества к деятельности органа власти по развитию конкуренции, вероятность выдачи предупреждений, возбуждения дел о нарушении антимонопольного законодательства, наложения штрафов отсутствуют

На основе анализа, проведенного органом власти нарушения антимонопольного законодательства, составляются карты рисков

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ!