**Плановые проверки, проведенные Дагестанским УФАС России в 2017 году**

В отчетном периоде Управлением проведено 8 плановых проверок. Не были выявлены нарушения только в ГБУ РД «Редакция республиканской газеты «Дагестанская правда» (издание проверяли на соблюдение ФЗ №38 «О рекламе») и в ИФНС по Советскому району города Махачкалы (проверяли на соблюдение ФЗ №44 «О контрактной системе…», инспекция не проводила закупок).

Проверка ПАО «ДЭСК» (проверяется соблюдение ФЗ №135 «О защите конкуренции») была продлена на 2018 год, проверка АО «ДСК» (проверялось соблюдение ФЗ №135 «О защите конкуренции») завершилась в конце 2017 года, дела по ее результатам будут возбуждаться в текущем году. То же самое относится и к проверкам ТУ Росимущества по РД (проверяется соблюдение ФЗ №135 «О защите конкуренции») и администрации ГО «город Дербент» (проверяется соблюдение ФЗ №135 «О защите конкуренции»). Но уже можно говорить, что в администрации Дербента и в ТУ Росимущества по РД в общей сложности выявлено около 200 признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Что касается плановых проверок, посвященных соблюдению ФЗ №44 «О контрактной системе…», то они проводились в ГУ – Отделение Пенсионного фонда РФ по РД (8 нарушений), Управлении Федеральной службы судебных приставов по РД (17 закупок с нарушениями).

По результатам проведенных в 2016 году в газовых компаниях проверок установлены многочисленные факты незаконных и необоснованных отключений потребителей, незаконных отказов, уклонений от выдачи технических условий и осуществления технологического присоединений.

Только в деятельности ООО «Газпром Межрегионгаз Пятигорск» выявлено более 40 фактов нарушений антимонопольного законодательства, в работе ООО «Газпром газораспределение Дагестан» более 300, а в деятельности ОАО «Газпром газораспределение Махачкала» более 220 нарушений.

Число дел, возбужденных в отношении газовых компаний растет год от года: если за 2015 год в сфере газоснабжения возбуждено 5 дел, то за 2016 год - 12 дел, а за 2017 год - уже 30 дел.

Дагестанское УФАС России в ходе рассмотрения вышеуказанных дел сталкивается фактически с саботажем со стороны газовых компаний: они всячески уклоняются от представления запрошенных документов и сведений, чем препятствуют осуществлению функций, возложенных на антимонопольные органы и мешают принятию объективного решения.

**За эти попытки в 2017 году на газовые компании были наложены административные штрафы (24 штрафа) на общую сумму более 1 миллиона рублей.**

**Проверки органов власти**

В 2017 году Управлением проведено 2 плановые проверки органов власти (администрация г. Дербент и администрация г. Махачкала). По результатам проведенных проверок было выявлено в деятельности администрации г. Дербент 99 признаков нарушения антимонопольного законодательства. Из них 34 связаны с незаконными выделениями земельных участков и 65 с незаконным изменением разрешенного вида использования земельного участка.

В администрации г. Махачкала выявлено 348 признаков нарушения антимонопольного законодательства. Из них 60 связаны с незаконными выделениями земельных участков и 288 с незаконным изменением разрешенного вида использования земельного участка.

В соответствии с частью 1 статьи 10 Федерального закона от 24.07.2002 г. №101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, предоставляются гражданам и юридическим лицам в собственность на торгах (конкурсах, аукционах).

Органы государственной власти и органы местного самоуправления обязаны обеспечить управление и распоряжение земельными участками, которые находятся в их собственности и (или) в ведении, на принципах эффективности, справедливости, публичности, открытости и прозрачности процедур предоставления таких земельных участков.

**Для этого указанные органы обязаны:**

- принять акт, устанавливающий процедуры и критерии предоставления таких земельных участков, в том числе порядок рассмотрения заявок и принятия решений;

- обеспечить подготовку информации о земельных участках, которые предоставляются гражданам и юридическим лицам на определенном праве и предусмотренных условиях (за плату или бесплатно), и заблаговременную публикацию такой информации.

Анализ результатов проведенных за последние годы проверок муниципальных районов Дагестанским УФАС России показывает, что в большинстве районов отсутствуют принятые на местном уровне акты, регулирующие предоставление земельных участков для ведения личного подсобного хозяйства.

В большинстве случаев земли сельскохозяйственного назначения предоставляются хозяйствующим субъектам десятками гектаров без соблюдения публичных процедур, тем самым ущемляются интересы жителей сельскохозяйственных районов в организации ведения личного подсобного хозяйства.

В связи с чем, Дагестанское УФАС России считает необходимым обратить внимание на следующее:

1)      передача земель в пользование муниципальных сельскохозяйственных предприятий ограничивает права сельхозпроизводителей на получение в пользование земельных участков сельскохозяйственного назначения, создание КФХ, СПК и т. д.;

2)      земли, находящиеся в ведении муниципальных унитарных сельскохозяйственных предприятий не переоформлены в установленном порядке и территориально не разграничены с землями поселений, что препятствует определению правового режима использования земельных участков предоставленных для ведения личного подсобного хозяйства;

3) не во всех районах завершена процедура разграничения собственности на землю, отсутствует зонирование – деление (разбивка) земельной территории муниципальных образований (в том числе и поселений) на части, в которых определяются территориальные зоны с видами градостроительного использования и ограничения на их использование (карта градостроительного зонирования муниципального образования), что способствует ограничению прозрачности фактически возможного использования земельных участков согласно разрешенного вида;

4) в ходе предоставления земельных участков в большинстве районов и городов нарушаются принципы эффективности, справедливости, публичности, открытости и прозрачности процедур предоставления земельных участков.

В ходе реализации мер, предусмотренных антимонопольным законодательством в сфере землепользования, Управлением восстановлено право государственной собственности на 1134,8 га земель, из них 2,8 га земель общего пользования и 1132,6 га. земель сельскохозяйственного назначения.

**Примеры дел по нарушениям порядка выделения земельных участков**

Администрацией ГО «город Каспийск» в нарушении антимонопольного, земельного и градостроительного законодательства ЗАО «ВКЗ «Избербашский» был предоставлен, а в последующем и изменен вид разрешенного использования земельного участка площадью 10200кв.м., с кадастровым номером 05:48:000085:420 из разряда «благоустройство» в разряд «под строительство гостиничного комплекса».

В связи с обнаружением признаков нарушения антимонопольного законодательства было возбуждено дело №04-43/2017.

В ходе рассмотрения данного дела, договор аренды земельного участка с кадастровым номером 05:48:000085:420 заключенный с ЗАО «ВКЗ «Избербашский» расторгнут, вышеуказанный земельный участок возвращен на баланс администрации ГО «город Каспийск».

Постановлением администрации Дербентского района «О предоставлении земельного участка гр. Абдуллаевой Ш.И. в аренду для благоустройства прилегающего земельного участка», администрация предоставила Абдуллаевой Ш.И. в аренду сроком на 49 лет земельный участок из земель населенных пунктов, площадью **535,0**  кв.м, с кадастровым номером 05:07:000004:1926, расположенный на территории сельского поселения «сельсовет Хазарский», для благоустройства прилегающего земельного участка.

На основании данного постановления между администрацией МО «Дербентский район» и гр. Абдуллаевой Ш.И. был заключен Договор аренды земельного участка.

В связи с обнаружением признаков нарушения п. 3 ч. 1 ст. 15 Закона О защите конкуренции в отношении администрации МО «Дербентский район» возбуждено дело №04-79/2017.

Решением от 30 августа 2017 года Администрация МР «Дербентский район» была признана нарушившей п. 3 ч. 1 ст. 15 федерального закона «О защите конкуренции».

Решение антимонопольного органа не было обжаловано и вступило в законную силу.

24 августа 2017 года было подано исковое заявление о признании недействительным договора аренды земельного участка, заключенного между администрацией Дербентского района и Абдуллаевой Ш.И.

Решением Арбитражного суда Республики Дагестан указанный договор аренды земельного участка, заключенный между администрацией Дербентского района и Абдуллаевой Ш.И. признан недействительным и на Абдуллаеву Ш.И. возложена обязанность возвратить арендодателю администрации Дербентского района земельный участок площадью 0,0535 га с кадастровым номером 05:07:00000:1926, расположенный по адресу: Республика Дагестан, Дербентский район, на территории сельского поселения «сельсовет Хазарский».

Решение суда не обжаловано и вступило в законную силу 03.12.2017 г.

**Нарушения органов местного самоуправления в сфере градостроительной деятельности**.

Самые распространенные:

- выделения земель для строительства жилых и нежилых объектов без проведения необходимых конкурсных процедур, либо с грубыми нарушениями таких процедур;

- изменения разрешенного вида использования земельного участка в обход норм Земельного кодекса РФ, Градостроительного кодекса РФ и федерального закона «О защите конкуренции».

Так, первоначально земельные участки выделятся физическим лицам для индивидуального строительства жилых домов и оформляются в аренду либо в собственность. В последующем, правообладатель этого участка обращается в администрацию муниципального образования с просьбой изменить вид разрешенного использования своего участка со строительства индивидуального жилого дома на строительство многоквартирного дома или коммерческого объекта.

При этом нарушаются и требования законодательства о необходимости проведения конкурсных процедур при использовании земельных участков для предпринимательской деятельности, и элементарные градостроительные нормы, предъявляемые в таких случаях к размерам земельных участков для строительства коммерческих объектов и многоквартирных домов.

Так, из общего числа дел, возбужденных за 2017 год по признакам нарушения антимонопольного законодательства в сфере землепользования (93 дела), на изменение вида разрешенного использования земельных участков приходится 58 дел (62,37%).

**Примеры дел с нарушениями при изменении разрешенного вида использования земельного участка**

- Постановлением администрации г. Махачкала «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка площадью 900 кв.м, с кадастровым номером 05:40:000066:3409 ЖСК «Стройград» был изменен вид разрешенного использования земельного участка  из разряда «индивидуальное жилье» в разряд «под строительство 9 – этажного многоквартирного жилого дома»;

В связи с обнаружением признаков нарушения антимонопольного законодательства, Дагестанским УФАС России было возбуждено дело №04-104/2017.

По результатам рассмотрения дела №04-104/2017 администрация городского округа «город Махачкала» была признана нарушившей пп. 3, 7 ч. 1 ст. 15 федерального закона от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Администрации городского округа «город Махачкала» было выдано предписание об устранении нарушения.

Администрация ГО «город Махачкала» исполнила данное предписание, т.е. отменила постановление «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка ЖСК «Стройград».

- Постановлением администрации г. Махачкала «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка ООО «Интерьер» был изменен вид разрешенного использования земельного участка площадью 1916 кв. м, с кадастровым номером 05:40:000061:0055 из разряда «производственные цели» на вид разрешенного использования «многоэтажную жилую застройку».

В связи с обнаружением признаков нарушения антимонопольного законодательства, Дагестанским УФАС России было возбуждено дело №04-95/2017.

По результатам рассмотрения дела №04-95/2017 администрация городского округа «город Махачкала» была признана нарушившей пп. 3, 7 ч. 1 ст. 15 федерального закона от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Администрации городского округа «город Махачкала» было выдано предписание об устранении нарушения.

Администрация ГО «город Махачкала» исполнила данное предписание, т.е. отменила постановление «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка ООО «Интерьер».

- Постановлением администрации г. Махачкала «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка гр. Раджабову А.М.» был изменен вид разрешенного использования земельного участка площадью 1000 кв. м, с кадастровым номером 05:40:000069:510 из разряда «строительство магазина» в разряд «под многоэтажную жилую застройку».

В связи с обнаружением признаков нарушения антимонопольного законодательства, Дагестанским УФАС России было возбуждено дело №04-93/2017.

По результатам рассмотрения дела №04-93/2017, администрация городского округа «город Махачкала» была признана нарушившей пп. 3, 7 ч. 1 ст. 15 федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Администрации городского округа «город Махачкала» было выдано предписание об устранении нарушения.

Администрация ГО «город Махачкала» исполнила данное предписание, т.е. отменила постановление «Об изменении вида разрешенного использования земельного участка гр. Раджабову А.М.».

**Следует дополнительно обратить внимание, что изменение разрешенного вида использования земельного участка имеет своей целью не просто обход норм законодательства РФ о необходимости проведения конкурсных процедур, но и несет существенные убытки бюджету.**

**Цена реализации на конкурсной основе земельного участка под коммерческую или многоэтажную жилую застройку всегда будет заведомо выше цены земли, выделяемой для строительства индивидуального жилого дома или благоустройства территории и иные «благие» цели.**

**Деятельность Дагестанского УФАС России**

**по осуществлению государственного контроля за соблюдением Федерального закона от 05.04.2013г. №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения**

**государственных и муниципальных нужд»**

Дагестанским УФАС России в 2017 году было рассмотрено 2470 жалоб (за весь 2016 год – 2239), поступивших в антимонопольный орган на закупки разного уровня (муниципальные, республиканские, федеральные): 948 из них были признаны необоснованными, 925 – обоснованными, 337 – возвращены комиссией УФАС, 260 – отозваны самими заявителями.

**1002 закупки были проведены с нарушениями федерального закона №44 «О контрактной системе…»** (для сравнения, в 2016 году число выявленных закупок, проведенных с нарушениями закона, составило 760). В них было выявлено 1116 нарушений закона.

Если говорить в разрезе заказчиков, то большего всего закупок с нарушениями закона было проведено республиканскими заказчиками – 519 (федеральными – 87, муниципальными – 396). Связано это с тем, что количество закупок, проводимых республиканскими заказчиками в разы больше, нежели число закупок, проводимых федеральными или муниципальными заказчиками.

В истекшем году были отменены закупки на общую сумму более 4,8 млрд. рублей.

**За нарушения в сфере государственных закупок было вынесено 245 постановлений о наложении штрафов на сумму свыше 5,7 миллиона рублей (за 2016 год – более 4,3 млн руб.).**

Дагестанским УФАС России **за нарушения законодательства о контрактной системе за 2017 год привлечены к ответственности 135 должностных лиц (17 должностных лиц федеральных заказчиков на сумму 580 тыс. рублей, 46 должностных лиц республиканских заказчиков на сумму 2,8 млн рублей, 72 должностных лиц муниципальных заказчиков на сумму 2,3 млн рублей)**.

Из года в год нарушения, допускаемые заказчиками, в большинстве своем остаются однотипными:

- нарушение в части размещения информации в единой информационной системе;

- нарушение порядка выбора способа определения поставщика;

- нарушение порядка отбора участников закупок;

- установление требований в документациях о закупках, влекущих ограничение количество участников или же требований, не предусмотренных законом «О контрактной системе…»;

- нарушение порядка заключения контракта и т.д.

Часто встречаются и факты заключения контрактов без проведения процедур закупок. Кроме того, есть случаи, когда после проведения торгов, в которых выиграл нежелательный подрядчик, заказчик заявляет об отсутствии финансирования и в итоге контракт расторгается по обоюдному согласию. После расторжения контракта заказчик заключает так называемый инвестиционный контракт с единственным инвестором, без проведения торгов, на право выкупа готового объекта по начальной максимальной цене контракта. Чаще всего так поступают при строительстве школ. Так как заключение контрактов с единственным поставщиком проводится без снижения начальной максимальной цены, то и не достигается экономия бюджетных средств, для которой и предназначена процедура закупок.

По поступающим в УФАС обращениям о заключении контрактов без проведения процедур закупок антимонопольный орган проводит внеплановые проверки. Руководители структур, заключивших контракты без торгов, подвергаются административному штрафу в 50 тыс. рублей. Кроме того, УФАС направляет в Арбитражный суд Дагестана материалы для принятия решения о расторжении контракта.

Однако, по сложившейся до недавнего времени практике, если на момент рассмотрения дела в суде выполнено 50% от общего объема работ, суд отказывает антимонопольной службе в иске и предоставляет возможность довести работы до конца.

С 2018 года эта практика начала претерпевать изменения: Арбитражный суд Дагестана поддержал иск Дагестанского УФАС России к УЖКХ города Кизляр и признал недействительным договор на благоустройство дворовых территорий (начальная максимальная цена контракта свыше 12 млн рублей), который УЖКХ заключило с единственным поставщиком без проведения публичных процедур (аукциона). При этом было выполнено 100% работ.

**Примеры дел по нарушениям ФЗ №44**

Дагестанское УФАС России обратилось в Арбитражный суд Республики Дагестан с исковым заявлением о признании недействительным Договора №9/3 от 22.09.2017 на благоустройство дворовых территорий, заключенного между МКУ «Управление строительства и ЖКХ» городского округа г. Кизляр и ООО ПСП «Бетон» без проведения торгов.

В ходе рассмотрения дела в суде было установлено, что Управлением Федерального казначейства по РД осуществлена проводка финансовых средств для оплаты по договору, несмотря на незаконность заключенного договора.

Дагестанское УФАС России обратилось в Арбитражный суд РД с исковым заявлением о признании недействительным Муниципального контракта № СК-3 от 30.05.2017 на выполнение работ по благоустройству дворовых территорий многоквартирных домов, парков и скверов по муниципальной программе «Формирование современной городской среды городского округа с внутригородским делением г. Махачкала на 2017 год», заключенного между МКУ «Управление жилищно-коммунального хозяйства г. Махачкалы» и ООО «Ротонда» (сумма контракта 339 189 600 рублей) без проведения торгов.

Арбитражным судом РД был выдан исполнительный лист № ФС 019595894 по делу № А15-6448/2017 о приостановлении исполнения контракта до рассмотрения судом дела № А15-6448/2017 по существу спора.

Управлением Федеральной службы судебных приставов по РД не был принят к исполнению Исполнительный лист № ФС 019595894 по делу № А15-6448/2017, выданный Арбитражным судом Республик Дагестан, и было отказано в возбуждении исполнительного производства, в связи с чем незаконно заключенный контракт исполнен.

Дагестанское УФАС России обратилось в Арбитражный суд РД с исковым заявлением о признании недействительным Государственного контракта №11-17 от 11.10.2017 на выполнение работ по объекту «Руслорегуляционные и дноуглубительные мероприятия на р. Чирах-Чай у с. Касумкент Сулейман-Стальского района Республики Дагестан», заключенного между ГКУ РД «Дагводсервис» и ООО «Восток-строй» без проведения торгов.

Также Дагестанским УФАС России было заявлено ходатайство о принятии судом обеспечительных мер в форме приостановления исполнения государственного контракта до принятия окончательного судебного акта, которое не было удовлетворено судом, вследствие чего незаконно заключенный контракт исполнен.

**Деятельность Дагестанского УФАС России**

**по осуществлению государственного контроля за соблюдением Федерального закона от 26.07.2006г. №135-ФЗ «О защите конкуренции»**

З**а 2017 год Дагестанским УФАС России было возбуждено 119 дел по признакам нарушения федерального закона «О защите конкуренции»** (19 прекращено в связи с отсутствием факта нарушения, по 100 принято решение о наличии нарушений). Это дела, возбужденные, как по инициативе УФАС, так и по поступающим в службу заявлениям.

Для сравнения, в 2016 году было возбуждено 69 антимонопольных дел.

По делам о нарушении антимонопольного законодательства было вынесено 83 постановления о наложении штрафов на сумму свыше 12,3 млн рублей (64 постановления на сумму 12,09 млн рублей – по нарушениям на товарных и финансовых рынках, за эти нарушения к ответственности было привлечено 16 должностных и 45 юридических лиц; 15 постановлений на сумму 225 тыс. рублей по нарушениям органами власти, за эти нарушения к ответственности было привлечено 7 должностных лиц).

Большинство антимонопольных дел, возбужденных в 2017 году, – это результаты реализации актов плановых проверок, проведенных Управлением в 2016 году: например, в отношении администраций Каспийска и Махачкалы.

Есть дела и в отношении других муниципалитетов: Избербаш, Кизилюрт, Магарамкентский, Дербентский, Казбековский районы и др.

Если в городах нарушения антимонопольного законодательства чаще всего допускаются при изменении видов разрешенного использования земельных участков, то в районах – чаще всего допускают нарушения при проведении торгов на право заключения договоров аренды земельных участков.

Что касается нарушений антимонопольного законодательства, допускаемых хозяйствующими субъектами, такими как ПАО «ДЭСК», АО «Дагестанская сетевая компания», АО «Газпром газораспределение Махачкала» и др., то здесь в основном:

- **незаконное отключение энергоресурса** (газ/электрическая энергия/водоснабжение).

**- нарушение установленных законом сроков при выдаче технологических условий.**

Напомним, что порядок выдачи технологических условий (газ, электрическая энергия, водоснабжение) вне зависимости от категории заявителя (физ. лицо, юр. лицо, ИП) осуществляется субъектом естественных монополий на **безвозмездной основе** и **в установленные законом сроки.** К примеру, если речь идет об электроэнергетике, то, согласно Постановлению Правительства РФ от 27.12.2004г. №861, технологические условия должны быть выданы заявителю не позднее 15 рабочих дней с даты получения укомплектованной заявки от заявителя.

Само технологическое присоединение осуществляется при наличии соответствующего договора и оплаты суммы, рассчитанной сетевой компанией на основании установленного уполномоченным органом тарифа.

В Дагестане таким уполномоченным органом является Республиканская служба по тарифам Республики Дагестан. Все тарифы опубликованы на ее официальном сайте.

**Нарушения, допускаемые при проведении торгов в рамках Федерального закона №223, аукционов по предоставлению земельных участков, торгов государственного или муниципального имущества**

По ФЗ №223 в 2017 году в Дагестанское УФАС России поступило 32 жалобы (13 были обоснованны, 6 – необоснованны, 13 – отозваны самими заявителями), в основном они касались обжалования положений документации, а также ее соответствия ФЗ №223 и Положению о закупках.

Что касается жалоб на аукционы по предоставлению земельных участков, то их в 2017 году было 29 (11 - обоснованны, 18 – необоснованны). Здесь основные нарушения касались порядка размещения информации о торгах на официальном сайте torgi.gov.ru, предусмотренного Земельным кодексом РФ, а также ограничения доступа к участию в торгах потенциальных участников аукциона путем не размещения информации о торгах в официальных источниках (сети Интернет и печатных изданиях).

На торги по продаже государственного или муниципального имущества в Дагестанское УФАС России в 2017 году поступило 20 жалоб (5 – обоснованны, 15 – необоснованны). Нарушения в этой сфере касались в основном порядка проведения торгов, предусмотренного Законом о приватизации, а также Правил организации и проведения конкурсов, аукционов.

Кроме того, было возбуждено 7 дел по признакам нарушения статьи 17 ФЗ №135 «О защите конкуренции» (по 6 были приняты решения о признании факта нарушения). Здесь нарушения в основном касались ограничения доступа к участию в торгах.

**Примеры дел по нарушениям ФЗ №223 и Земельного кодекса РФ**

- Жалоба на действия Государственное бюджетное учреждение Республики Дагестан «Республиканская клиническая больница» при проведении открытого аукциона в электронной форме: право заключения контракта на ремонт кровли (Извещение№31604427989).

В жалобе указывалось, что единой комиссией Заказчика необоснованно отказано в допуске Заявителю к участию в открытом аукционе в электронной форме на выполнение работ.

Комиссией Дагестанского УФАС России по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном статьей 18.1 ФЗ «О защите конкуренции», установлено, что протоколом рассмотрения заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме на участие в данном аукционе было подано две заявки. Заявка Заявителя признана не соответствующей требованиям аукционной документации и отклонена по причине указания Заявителем страны происхождения товара, используемого при выполнении работ – РОССИЯ, в то время как герметик KRASS производиться в Нидерландах, Швейцарии, Польше согласно данным с официального сайта производителя герметика

В соответствии с пунктом 6.2.1. Положения о закупке, утвержденного Заказчиком, в документации о закупке указываются следующие сведения:

1) установленные Заказчиком требования к качеству, техническим характеристикам товара, работы, услуги, к их безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы и иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям Заказчика;

2) требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке;

3) требования к описанию участниками закупки поставляемого товара, который является предметом закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом закупки, их количественных и качественных характеристик.

Согласно пункту 7.4.7. Положения о закупке Заказчик в документации об аукционе обязан установить четкие требования к участникам закупки и к закупаемой продукции, которые не могут быть изменены участником закупки.

Комиссией Дагестанского УФАС России установлено, что ни Положением о закупке, ни Аукционной документацией – «Технические характеристики материалов» не установлено требование об указании участниками закупки в заявках страны производителя материала.

Кроме того, сведения о качестве, технических и функциональных характеристиках, потребительских свойствах герметика KRASS представленные Заявителем соответствовали требованиям, установленным Аукционной документацией – «Технические характеристики материалов».

В соответствии с ч. 6 ст. 3 ФЗ 223 не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Кроме того, Комиссией Дагестанского УФАС России установлено, что пунктом 8.2. Положения о закупках, утвержденного Заказчиком, предусмотрено, что Договор с победителем либо иным лицом, с которым в соответствии с Положением о закупке заключается такой договор (далее в данном разделе – участник закупки, обязанный заключить договор), по результатам проведения торгов может быть заключен не ранее чем через три рабочих дня со дня размещения на официальном сайте протокола, составленного по результатам закупки товаров, работ, услуг, то есть менее чем 10 дней.

По результатам рассмотрения Комиссией принято решение признать жалобу обоснованной, признать в действиях Заказчика и его закупочной комиссии нарушения ч. 6 и ч.10 ст.3 ФЗ 223 и ч.4 ст.18.1 ФЗ №135, а также выдать предписание об устранении нарушений. Предписание исполнено в установленный срок.

- В Дагестанское УФАС России поступила жалоба ООО «Тендерная организация профессионал» (далее - Заявитель) на действия Организатора торгов – Администрация муниципального образования «село Учкент» (далее – Организатор торгов) при проведении открытого аукциона от 30.12.2016г. по предоставлению в аренду земельного участка площадью 300000 кв.м. с кадастровым номером 05:50:000043:83/31 (Лот №1) под сельскохозяйственное использование (Извещение №291116/16435697/01).

Доводы жалобы.

Заявитель указывает, что согласно ч. 1 ст. 39.12 ЗК РФ для участия в аукционе заявители представляют в установленный в извещении о проведении аукциона срок документы, в числе которых заявка на участие в аукционе по установленной в извещении о проведении аукциона форме с указанием банковских реквизитов счета для возврата задатка. Заявитель указал, что отсутствие в аукционной документации формы заявки, не позволило ему принять участие в нем.

Исследовав материалы дела, проведя анализ информации, представленной Заявителем, а также анализ, представленных документов и материалов по проведенному аукциону Организатором торгов, Комиссия Дагестанского УФАС России по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном статьей 18.1 ФЗ №135 «О защите конкуренции», пришла к выводу о том, что жалоба Заявителя — ООО «Тендерная организация профессионал» обоснована.

В ходе рассмотрения жалобы Комиссией Дагестанского УФАС России было установлено, что в извещении о проведении данного аукциона отсутствует информация о форме заявки, в связи с чем Комиссия Дагестанского УФАС России пришла к выводу о том, что довод Заявителя об отсутствии в извещении о проведении данного аукциона информации о форме заявки - обоснован. Организатором торгов при проведении указанного аукциона были нарушены положения п. 7 ч. 21 ст. 39.11 ЗК РФ.

Вместе с тем, до начала рассмотрения жалобы, в Дагестанское УФАС России от Организатора торгов, письмом от 09.01.2017г. поступила информация об отмене аукциона 291116/16435697/01. Информация об отмене Организатором торгов настоящего аукциона была размещена на официальном сайте торгов torgi.gov.ru. – 13.01.2017г.

По итогам рассмотрения указанной жалобы Комиссия Дагестанского УФАС России решила:

1. Жалобу Заявителя на действия Организатора торгов признать обоснованной.
2. Признать Организатора торгов нарушившим п. 7 ч. 21 ст. 39.11 Земельного кодекса РФ.
3. Предписание не выдавать в связи с отменой/аннулированием открытого аукциона 291116/16435697/01.

**Антимонопольная служба сегодня существенно расширяет институты предупреждения и предостережения, что в итоге приведет к снижению количества возбуждаемых дел и концентрации на наиболее важных из них, общественно и социально значимых.**

Так за 2017 год было выдано 99 предупреждений, из которых 94 выдано органам государственной власти Республики Дагестан и органам местного самоуправления (что составляет 95%).

Было выдано 5 предостережений хозяйствующим субъектам и должностным лицам о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению требований антимонопольного законодательства.

Отдельно следует отметить следующий пример выданного предостережения.

В сентябре 2017 года должностные лица администрации города Махачкалы выступили с несколькими заявлениями и комментариями по вопросам стоимости перевозок пассажиров маршрутными такси на внутригородских маршрутах.

Исходя из этих комментариев, стоимость перевозок на городских маршрутках не соответствует расходам и требуется существенное повышение тарифа.

Более того, на сайте администрации города Махачкалы была размещена информация, что с 05 октября 2017 года цена на перевозки на маршрутных такси будет поднята с 17 до 22 рублей. Отмечалось, что цена в 22 рубля сформирована после рассмотрения структурными подразделениями администрации города поступивших от автоперевозчиков (всего шесть компаний прошли конкурс: пять частных предприятий – Новостройтранс, Астория, СТС, Трансфлот, Автоград, и один МУП – Горавтотранс) расчетных материалов, обосновывающих необходимость повышения.

В связи с заявлением городских властей 26.09.2017 г. Дагестанским УФАС России было вынесено предостережение администрации города  Махачкалы и компаниям – перевозчикам о несоответствии их действий требованиям ст. 16 федерального закона «О защите конкуренции».

27.09.2017 г. администрация г. Махачкала разместила в сети Интернет информацию о том, что запланированного повышения тарифа на перевозку пассажиров не будет.

В дальнейшем, в целях проведения анализа состояния рынка внутригородских перевозок пассажиров автомобильным транспортом, Дагестанским УФАС России был направлен запрос в администрацию города Махачкалы о предоставлении документов и сведений, в том числе и расчетных материалов, поступивших от компаний – перевозчиков в обоснование необходимости повышения тарифа на перевозку.

По результатам анализа поступивших материалов установлено следующее.

Компании – перевозчики, выигравшие конкурс на осуществление внутригородских пассажирских перевозок в администрацию г. Махачкалы с предложениями о повышении тарифа на перевозку не обращались. Более того, никакие расчеты для экономического обоснования необходимости повышения тарифов также не представлялись.

Единственная компания, которая предоставила в администрацию расчет – обоснование своего тарифа была АО «Третий парк». При этом эта компания никогда не участвовала в конкурсе на право осуществления перевозок пассажиров, а сама компания осуществляет свою деятельность на временной основе. По информации мэрии г. Махачкала, один из перевозчиков отказался от части маршрутов по пригородным поселкам города и они были переданы до проведения конкурса АО «Третий парк» - на 180 дней.

Кроме того, установлено, что не соответствуют действительности утверждения должностных лиц администрации г. Махачкала, что документы, представленные перевозчиками, направлены для изучения в Республиканскую службу по тарифам.

Ответ администрации г. Махачкала на запрос Управления свидетельствует о том, что переписка городских властей с РСТ по РД по указанным вопросам не ведется.

Таким образом, инициаторами неудавшегося октябрьского повышения тарифа на пассажирские перевозки являются не перевозчики, а сама администрация г. Махачкала.

**Разъяснения**

**Президиума Федеральной антимонопольной службы**

**«По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства»**

**№ 11**

Разъяснения по определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства (далее - Разъяснения) могут помочь пострадавшим лицам и нарушителям в определении убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, при их взыскании в судебном порядке или урегулировании претензий без судебного разбирательства.

Настоящие Разъяснения обобщают большинство существующих методик определения убытков, сформированных по итогам исследования как российской правоприменительной практики, так и зарубежного опыта.

При этом Разъяснения не ограничивают перечень допустимых методов определения убытков, носят информационно-рекомендательный характер и призваны помочь сделать более доступной информацию о разновидностях убытков, причиняемых нарушениями антимонопольного законодательства, и применимых методах оценки, расчета таких убытков.

Любой применяемый метод, если он обоснован и разумен, может быть применен при определении размера убытков наряду с методиками, рассмотренными в настоящих Разъяснениях.

Также важно отметить, что ни один из приведенных в настоящем документе методов расчета убытков не имеет заведомо приоритетного статуса. Приоритетность той или иной методики в первую очередь диктуется обстоятельствами конкретного дела, количеством и характером располагаемых данных.

1.         Общие положения.

1.1.      Возмещение убытков как способ защиты прав и законных интересов лица, пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства.

Нарушение антимонопольного законодательства одними лицами может повлечь негативные последствия для других лиц.

Если злоупотребление доминирующим положением, недобросовестная конкуренция, картель или иные нарушения антимонопольного законодательства причинили кому-либо убытки, пострадавшее лицо (лица) вправе обратиться в суд с иском об их взыскании.

Вместе с тем на практике инициирование и рассмотрение подобных дел сопряжено с рядом существенных трудностей, основная из которых - сложность определения размера причиненных убытков.

Защита прав лиц, пострадавших вследствие нарушения антимонопольного законодательства, осуществляется по общим правилам гражданского права. Следовательно, пострадавшее лицо вправе использовать любые способы защиты своих имущественных прав, которые предусмотрены статьей 12 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Гражданское законодательство Российской Федерации в большинстве случаев позволяет найти эффективное средство защиты.

При этом одним из основных способов защиты является взыскание убытков пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства лица.

Иск о возмещении убытков, причиненных совершением антиконкурентного действия (бездействия), заключением нарушающего законодательство о защите конкуренции соглашения или участием в нем, принятием антиконкурентного акта органа власти, может предъявить любое лицо, которое полагает, что ему в результате соответствующих действий (бездействия), соглашений, актов были причинены убытки.

На это указывают также специальные нормы антимонопольного законодательства: лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками

о          восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу (часть 3 статьи 37 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-Ф3 «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

1.2.      Предмет доказывания по искам о взыскании убытков

В соответствии с пунктом 12 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее - ВС РФ) от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее - постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25) по делам о возмещении убытков истец обязан доказать, что ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб, а также факты нарушения обязательства или причинения вреда, наличие убытков (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство (пункт 2 статьи 401 ГК РФ). По общему правилу, лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (пункт 2 статьи 1064 ГК РФ).

Таким образом, вина в нарушении обязательства или в причинении вреда предполагается, пока не доказано обратное.

С учетом изложенных требований статьи 15 ГК РФ и с учетом особенностей дел о взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, предмет доказывания включает для истца следующие факты:

•          совершение конкретным лицом (лицами) противоречащего антимонопольному законодательству действия или бездействия, соглашения, акта;

•          наличие у истца убытков и их размер;

•          причинно-следственная связь между нарушением права истца (противоправным поведением) и его убытками.

Пример. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.10.2015 по делу № А50-24853/2014 о взыскании убытков от технологически необоснованного отказа в продлении срока действия технических условий и навязывания невыгодных условий договора:

Признавая обоснованным отказ в иске, суд указал, что для возникновения права на возмещение убытков истец обязан доказать совокупность таких обстоятельств, как факт причинения убытков и его размер; противоправность поведения причинителя вреда; наличие причинно-следственной связи между наступлением вреда и противоправным поведением причинителя вреда. В данном конкретном деле эта совокупность обстоятельств не была, по мнению судов, доказана истцом.

1.2.1.   Противоречащее антимонопольному законодательству действие или бездействие, соглашение, акт ответчика. Значение решения антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Потерпевший должен доказать, что нарушитель совершил определенное антиконкурентное действие или не совершил требуемое от него в соответствии с антимонопольным законодательством действие (допустил бездействие), заключил соглашение или принял акт, противоречащие законодательству о защите конкуренции.

Наличие решения антимонопольного органа, подтверждающего нарушение антимонопольного законодательства, не является обязательным требованием для удовлетворения иска о взыскании убытков. Однако анализ правоприменительной практики показывает, что практически во всех случаях иски о взыскании убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения) инициируются после вынесения антимонопольным органом решения о нарушении антимонопольного законодательства.

Безусловно, такой подход усиливает правовую позицию истца, так как факт нарушения антимонопольного законодательства будет подтвержден решением компетентного органа.

Решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные документы, содержащие письменные позиции антимонопольных органов, принимаются судами в качестве важного доказательства по делам о взыскании убытков.

В случае, если в ранее рассмотренном арбитражным судом деле уже была подтверждена законность решения антимонопольного органа, суды также применяют пункт 2 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) и считают факт нарушения антимонопольного законодательства преюдициально установленным обстоятельством, если в деле участвуют те же лица.

Пример. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 19.02.2013, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от

04.09.2013      по делу № А40-135137/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением пунктов 3, 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, незаконным требованием об уплате при заключении договора 10 000 000 руб. и неправомерным прекращением теплоснабжения.

При рассмотрении дела суды указали, что факт нарушения антимонопольного законодательства (противоправность действий) ответчиком установлен решением антимонопольного органа. При этом вступившими в законную силу судебными актами по делу № А40-103582/11 решение антимонопольного органа признано законным и обоснованным.

Руководствуясь данным обстоятельством и пунктом 2 статьи 69 АПК РФ, суды освободили истца от необходимости дополнительного доказывания незаконности действий ответчика.

Сложность многих антимонопольных дел, специфика ряда товарных рынков, ограниченность необходимой информации нередко позволяют установить факт нарушения законодательства о защите конкуренции и прав и законных интересов конкретных лиц лишь после длительного антимонопольного расследования.

При этом в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть установлено и отсутствие в действиях (бездействии) ответчика по антимонопольному делу нарушений антимонопольного законодательства, неблагоприятных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, что избавит стороны от дальнейших судебных разбирательств.

В связи с этим во многих случаях предварительное обращение с заявлением о нарушении законодательства в антимонопольный орган становится предпочтительным шагом для потенциальных истцов по делам о взыскании убытков (а равно неосновательного обогащения).

Пример. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25.07.2013, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2013 по делу № А40-33952/2013 о взыскании убытков, причиненных, согласно позиции истца, нарушением ответчиком при реализации товара пунктов 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Суды отказали в иске, поскольку, по их мнению, истец не доказал факт злоупотребления ответчиком доминирующим положением. При этом привлеченный к участию в деле в качестве третьего лица антимонопольный орган не усмотрел в действиях ответчика нарушения антимонопольного законодательства.

Важно отметить, что при своевременном обращении лица, считающего себя потенциально пострадавшим, за защитой в антимонопольный орган существующие процессуальные сроки рассмотрения антимонопольных дел позволяют полностью соблюсти в дальнейшем и сроки исковой давности для обращения в суд.

Среди иностранных юрисдикций взыскание убытков на основании нарушения законодательства о защите конкуренции, подтвержденного решением антимонопольного органа, распространено, в частности, в европейских странах и именуется «£о11о\¥-оп»-исками.

Вместе с тем законодательство не препятствует пострадавшему лицу обращаться в суд с иском о возмещении убытков до или без вынесения соответствующего решения антимонопольным органом (так называемые «stand- а1опе»-иски, согласно зарубежной правовой терминологии).

Пример. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.12.2011 по делу № А40-12966/2010.

Суд кассационной инстанции подтвердил, что истец по делу о взыскании убытков вправе доказывать нарушение ответчиком антимонопольного законодательства не только ссылками на решение антимонопольного органа, но и представлением иных доказательств.

В таких случаях антимонопольный орган должен быть уведомлен судом о начавшемся процессе, а в дальнейшем должен быть определен статус антимонопольного органа как участника процесса (пункт 21 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»).

1.2.2 Наличие убытков и их размер.

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

При этом в соответствии со статьей 15 ГК РФ, по общему правилу, лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом.

Реальный ущерб представляет собой расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрату или повреждение его имущества.

Как отмечается в пункте 13 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25, при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

Примером реального ущерба является уплата пострадавшим лицом необоснованно завышенной (в силу картеля, необоснованного изъятия товара из обращения и др.) цены, а также несение пострадавшим лицом необоснованных расходов в связи с навязыванием нарушителем невыгодных условий договора или отказом от заключения договора и др.

Пример 1. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.07.2010 по делу № А40-46424/10-59-378 о взыскании реального ущерба, причиненного нарушением ответчиком пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Суд установил, что цена на товар, определенная ответчиком в договоре с истцом, отличалась от цен, установленных ответчиком в договорах с иными покупателями, и превышала справедливую цену на данный товар, рассчитанную в соответствии с рекомендациями ФАС России.

 В результате суд взыскал в пользу истца реальный ущерб в размере 1         141 085 606 руб. 15 коп. (разница между уплаченной истцом ценой товара, неправомерно установленной ответчиком, и ценой, определенной как обоснованная ФАС России).

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В пункте 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015    № 25 также указывается, что упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было.

Как разъясняет там же Пленум Верховного Суда РФ, поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

В силу пункта 2 статьи 15 ГК РФ если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения, наряду с другими убытками, упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Поскольку упущенная выгода представляет собой именно неполученный доход (прибыль) пострадавшего лица, сохраняет актуальность принципиальный подход, предусматривавшийся в исключенном на сегодняшний день, но получившем широкое применение на практике пункте 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в настоящее время суды руководствуются аналогичными разъяснениями, содержащимися в абзаце 2 пункта 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»). По смыслу указанного пункта размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести для извлечения данного дохода (производственные, транспортные и иные расходы).

Иной подход означал бы «сверхкомпенсацию» имущественных потерь истца, его необоснованное обогащение и взыскание с ответчика излишних сумм.

Несмотря на то, что убытки ввиду упущенной выгоды являются распространенным последствием нарушений антимонопольного законодательства, данный вид убытков является наиболее сложным в доказывании. Отказы в удовлетворении требований о взыскании упущенной выгоды достаточно распространены.

В то же время имеется и положительная практика по таким искам.

Пример. Постановление Верховного Суда РФ от 07.12.2015 по делу № А40-14800/2014.

В рамках данного дела суды первой и апелляционной инстанций и Верховный Суд РФ установили, что отказ ответчика от заключения нового договора поставки (ранее квалифицированный ФАС России как нарушение статьи 10 Закона о защите конкуренции) не позволил истцу принять участие в аукционе на поставку для государственных нужд лекарственных препаратов, тем самым причинил истцу убытки (упущенную выгоду), размер которых был определен как величина бонуса, который истец получил бы от ответчика, если бы реализовал его препарат. В пользу истца были взысканы убытки в сумме почти 410 млн. руб.

1.2.3.   Прямая причинно-следственная связь между нарушением и

убытками.

Потерпевший должен доказать наличие причинно-следственной связи между возникшими убытками и противоправным действием - нарушением антимонопольного законодательства.

Наличие причинно-следственной связи является, вероятно, самым сложным элементом доказывания в делах о взыскании убытков. Зачастую суды отказывают в удовлетворении требований на том основании, что истец не доказал наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникшими убытками.

Пример. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.04.2013 по делу № А81-2843/2011 о взыскании убытков, причиненных нарушениями при проведении конкурса в целях государственного заказа.

Суд указал, что между противоправным поведением одного лица и убытками, возникшими у другого лица, чье право нарушено, должна существовать прямая причинная связь, которая не была в данном случае доказана истцом.

Согласно сложившейся судебной практике прямая (непосредственная) причинно-следственная связь существует тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско- правовой ответственности.

Пример. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от

26.06.2014      по делу № A33-6497/2013 о взыскании убытков, причиненных нарушением органом государственной власти субъекта Российской Федерации пункта 2 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции (необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами).

Подтверждая законность удовлетворения судом первой инстанции требования о взыскании почти 8 млн. руб. убытков, суд апелляционной инстанции отметил, что значение для данной категории споров имеет только прямая (непосредственная) причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика и убытками истца. Прямая (непосредственная) причинно-следственная связь имеет место тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности.

Учитывая наличие в данном споре прямой причинно-следственной связи между действиями ответчика и понесенными истцом расходами, суд апелляционной инстанции согласился с тем, что истец доказал существование обстоятельств, которые являются основанием для применения ответственности в виде взыскания убытков.

Аналогичные выводы о необходимости наличия именно прямой причинно-следственной связи между нарушением и убытками делаются судами при рассмотрении дел о взыскании убытков, вызванных правонарушениями, не относящимися к нарушениям законодательства о защите конкуренции (постановления Арбитражного суда Московского округа от 10.03.2015 по делу № А40-32230/14, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.02.2015 по делу № А56-66479/2013, Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.10.2015        по делу № А40-3077/2015, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.10.2015 по делу № А21-8279/2014 и др.).

В случае недоказанности прямой причинно-следственной связи между противоправным поведением ответчика и убытками истца суды отказывают во взыскании убытков.

Пример. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.11.2012 по делу № А50-9824/2012 о взыскании 209 962 руб. убытков, причиненных ответчиком в результате акта недобросовестной конкуренции.

Судами обеих инстанций было отказано в удовлетворении исковых требований, при этом апелляционный суд указал, что требуя возмещения реального ущерба, лицо, право которого нарушено, обязано доказать прямую причинно-следственную связь между ущербом и действиями лица, нарушившего право, а также его вину.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что совокупность указанных условий истцом не доказана, в связи с чем заявленные им требования удовлетворению не подлежали.

1.3.      Определение размера убытков в судебной практике

При определении размера убытков принципиальное значение имеют позиции, изложенные в пунктах 12 и 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25:

«12. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу пункта 1 статьи 15 ГК РФ в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению».

«14. По смыслу статьи 15 ГК РФ, упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске».

В настоящее время аналогичное правило закреплено в пункте 5 статьи 393 ГК РФ применительно к убыткам за нарушение обязательств. Согласно указанной норме размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Таким образом, можно констатировать, что и законодатель, и Верховный Суд РФ сформулировали подход, уточняющий предмет доказывания в спорах о взыскании убытков относительно ранее существовавшей практики.

Исходя из изложенной ранее позиции Верховного Суда РФ, а также его позиции, содержащейся в пункте 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7, необходимо доказывание истцом не только размера убытков, но, как минимум, таких оснований требования о возмещении убытков, как факт возникновения убытков и причинно-следственная связь между противоправным поведением и заявленными убытками.

Данная позиция разделяется практикой арбитражных судов.

Пример. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.08.2014 № С01-753/2014 по делу № А56-23056/2013 о взыскании убытков, причиненных, в том числе нарушением ответчиком части 2 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Отменяя постановление суда апелляционной инстанции об отказе в иске в связи с недоказанностью размера убытков, Суд по интеллектуальным правам указал, что невозможность обосновать точный размер упущенной выгоды (который в любом случае в силу объективных причин можно просчитать с той или иной степенью вероятности), не может служить препятствием для восстановления нарушенного права в ситуации, когда остальные составляющие всей совокупности обстоятельств, являющиеся основанием для привлечения ответчика к гражданско-правовой ответственности в виде взыскания убытков, являются подтвержденными.

При рассмотрении конкретных споров арбитражные суды взыскивают убытки от нарушений антимонопольного законодательства, определяя размер убытков следующим образом:

Пример 1. При повторном рассмотрении упомянутого выше дела № А56-23056/2013 суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды истцом определен с высокой степенью вероятности, достаточной для возложения на ответчика обязанности возместить убытки, и взыскали с ответчика более 1,6 млрд. руб. убытков в виде упущенной выгоды (решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 16.04.2015, оставленное без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций).

Размер убытков в данном случае был определен как разница между стоимостью продукции, запланированной для продажи, но так и не реализованной, и расходами, связанными с приготовлением данной продукции к реализации.

 Так, истцом в материалы дела были представлены письма покупателей, в которых они сообщили истцу о количестве товаров, запланированных к приобретению по договорам поставки. Общая стоимость этих товаров согласно расчету истца составила 2 089 586 523 руб. 70 коп.

Кроме того, истец предоставил расчет расходов на подготовку товаров к реализации. Сумма данных расходов составила 427 482 013 руб. 80 коп.

В итоге расчет убытков в данном деле выглядел следующим образом:

2089 586 523 руб. 70 коп. - 427 482 013 руб. 80 коп. = 1 662 104 509 руб. 90 коп.

Нужно отметить, что расчет убытков был проверен экспертным путем. Согласно заключению эксперта наиболее вероятное значение дохода, который мог быть извлечен истцом от продажи товаров, составляет 2 426 475 211 руб., что значительно превышает цену иска.

При таких обстоятельствах суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды определен с высокой степенью вероятности, достаточной для взыскания убытков.

Пример 2. Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.04.2015 по делу № А40-133312/2014 было взыскано 429 850 руб. убытков, причиненных неправомерным включением в текст договора и технических условий положений, ущемляющих права истца.

Ответчик, пользуясь своим доминирующим положением на товарном рынке, в нарушение требований законодательства прописал в договоре технологического присоединения положение, возлагающее на истца обязанность по прокладке кабельной линии, а также обязанность по урегулированию отношений с третьими лицами, через участки которых должна была пройти эта кабельная линия.

По сути, ответчик вопреки требованиям законодательства обязывал истца выполнить проектирование и прокладку кабельной линии вместо сетевой организации.

Убытки истца были рассчитаны судом как расходы по договору на выполнение работ по архитектурно-строительному проектированию кабельной линии, которые были фактически понесены истцом в результате исполнения противозаконно навязанных ответчиком условий договора.

1.4.      Законодательное ограничение возможности взыскания убытков

Помимо недоказанности какого-либо из оснований возмещения убытков, основанием для отказа в иске может стать правовая природа отношений между истцом и ответчиком и существующие в связи с этим законодательные ограничения на взыскание убытков.

Часть 3 статьи 37 Закона содержит общую норму, предоставляющую лицам, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, возможность использовать предусмотренные законом способы защиты гражданских прав. При этом основания и порядок применения такого способа защиты как возмещение убытков, в том числе упущенной выгоды, регулируется нормами гражданского законодательства.

Согласно статье 15 ГК РФ по общему правилу лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом или договором в пределах, установленных гражданским законодательством (см. также пункт 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Пример. Дело № А53-20302/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в форме одностороннего отказа ответчиком от приема тепловой энергии от истца по договору поставки энергоресурсов:

Суд первой инстанции удовлетворил требование истца о взыскании упущенной выгоды в размере более 4 млн. руб. Однако вышестоящие суды признали данное решение необоснованным.

Истец рассчитал упущенную выгоду как 3% прибыли, которую он получил бы исходя из договорного количества подлежавшего реализации энергоресурса.

Рассмотрев данное требование, суды апелляционной и кассационной инстанции обратились к статье 400 ГК РФ. Согласно этой норме по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность).

Отношения хозяйствующих субъектов, возникающие в сфере энергоснабжения, урегулированы специальными нормами параграфа 6 главы 30 ГК РФ. В соответствии со статьей 547 ГК РФ в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжения сторона, нарушившая обязательство, обязана возместить причиненный этим реальный ущерб.

Таким образом, закон, регулирующий конкретный вид обязательств, ограничил ответственность по ним в сравнении со статьей 15 ГК РФ, устанавливающей принцип полного возмещения убытков, в том числе упущенной выгоды.

1.5.      Перенос издержек и иски косвенных покупателей

В контексте предмета доказывания по делам о возмещении вреда особое значение имеет так называемый перенос издержек2.

Речь о ситуациях, когда субъект, издержки которого возросли из-за допущенного иными лицами нарушения антимонопольного законодательства (в силу приобретения этим субъектом товара по завышенным картелем ценам

2          В зарубежной терминологии - Pass-on. Защита нарушителя, основанная на ссылках на перенос издержек пострадавшим лицом, именуется Pass-on defense. или монопольно высоким ценам и т.п.), увеличивает стоимость собственных товаров, услуг или работ, «перекладывая» тем самым свое возросшее финансовое бремя на других лиц (полностью или частично).

Возражая против заявленного иска или внесудебной претензии ответчик может сослаться на то, что пострадавший полностью или частично переложил свои негативные финансовые последствия на собственных покупателей и не может требовать возмещения каких-либо убытков в принципе либо рассчитывать такие убытки в виде разницы между справедливой рыночной ценой и завышенной ценой, по которой пострадавший субъект покупал товар нарушителя.

Очевидно, что применение ответчиком данной защиты не противоречит требованиям российского законодательства и позволяет исключить взыскание с нарушителя излишних убытков, неоправданное обогащение пострадавшего, который уже минимизировал свои потери за счет увеличения собственных отпускных цен.

При этом надо учитывать, что даже полный перенос пострадавшим от нарушения лицом своих возросших издержек на собственных контрагентов (повышение собственных отпускных цен) не означает полного отсутствия у него убытков. Как правило, увеличение цены продукции влечет снижение спроса на нее и, соответственно, уменьшение дохода продавца.

В связи с этим крайне актуален вывод из Решения Европейского суда Справедливости от 02.10.2003 по делу № С-147/01: «даже полный перенос бремени завышенной цены на собственных клиентов не означает, что покупатель нарушителя не мог пострадать от падения объемов своих продаж».

Применение нарушителем защиты, основанной на переносе издержек пострадавшим лицом, и реальное функционирование рынков, при котором завышение цен нарушителем обычно влечет и повышение цен его контрагентами (повышение цен по цепочке перепродаж или повышение цен на товары, услуги и работы, производимые с использованием продукта нарушителя) поднимает и вопрос о допустимости исков к нарушителям со стороны лиц, не являющихся их непосредственными контрагентами.

Утвердительный ответ на данный вопрос также не противоречит действующему российскому законодательству.

Косвенные покупатели продукции (товаров, работ, услуг) нарушителя также вправе требовать от него возмещения убытков. При этом «задвоения» взыскиваемых сумм не происходит: в части возросших издержек и первичный, и вторичный покупатели могут требовать возмещения убытков лишь применительно к издержкам, которые легли на них и не были перенесены ими далее, на собственных контрагентов.

При этом прямая причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика (нарушителя) и убытками истца будет заключаться в том, что именно нарушение ответчика повлекло повышение цен его прямыми покупателями и, соответственно, вызвало необоснованный рост издержек косвенных покупателей.

2.         Концептуальные подходы к расчету убытков.

Настоящий раздел посвящен описанию концептуальных подходов, составляющих базис для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства. В подразделе 2.1 обсуждаются общие экономические принципы, используемые при расчете убытков. К ним, в частности, относятся контрфактуальный анализ, недополученная прибыль и упущенная выгода. Подраздел 2.2 посвящен обзору конкретных аналитических методов, которые могут применяться для проведения контрфактуального анализа на практике. В завершающем подразделе 2.3 обсуждаются источники информации, используемые в ходе проведении экспертизы по расчету убытков.

В необходимых случаях далее будет описываться также расчет финансовых потерь, подлежащих возмещению согласно действующему законодательству в порядке применения последствий недействительности сделки (реституции).

Примеры применения описанных выше подходов, включая иллюстративные расчеты, приводятся в последующих разделах 3 и 4.

2.1.      Общие принципы.

2.1.1.   Контрфактуальный анализ.

Данный подход предполагает, что при расчете убытков, которые понесли хозяйствующие субъекты вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо рассмотреть фактическую ситуацию на рынке в сослагательном наклонении: как бы мог выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта при отсутствии нарушения?

Практическое применение контрфактуального анализа всегда основано на ряде предположений об издержках, ценах, объемах продаж, общем размере рынка, прибыльности и прочих параметрах конкурентной среды, которые гипотетически могли бы иметь место на исследуемом рынке, если бы нарушения не произошло. Выбор этих предположений должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

Для проверки обоснованности предположений необходимо применять экономические методы. Подходы, которые детально обсуждаются в данном документе, могут служить отправной точкой такого анализа, однако они не являются исчерпывающими. В зависимости от особенностей рассматриваемой ситуации нельзя исключать использования и иных (более сложных) экономических методов и подходов. Выбор определенного аналитического подхода на практике должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

После того, как были сделаны предположения об основных параметрах рынка и конкурентной среды, можно приступать к количественной оценке убытка, который был нанесен пострадавшему лицу. С экономической точки зрения данный убыток представляет собой упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения.

Упущенная выгода исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль (в том числе упущенные коммерческие возможности, означающие в конечном итоге недополученную прибыль). Ее оценка может быть проведена с помощью различных показателей, прямым или косвенным образом отражающих недополученную прибыль. К таковым могут относиться, например, снижение выручки, рост издержек, потеря покупателей или определенной доли рынка, уменьшение свободного денежного потока3 и т.д. Выбор показателя, наилучшим образом отражающего упущенную выгоду, должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытка.

2.1.2.   Временной фактор и упущенная выгода (недополученная прибыль).

Во многих случаях необходимость оценивать убытки возникает через некоторое время после их причинения, например, после того, как было вынесено решение антимонопольного органа или суда, подтверждающее факт нарушения антимонопольного законодательства. Это означает, что пострадавшему лицу необходимо оценить не только размер убытка на момент его возникновения в прошлом, но и текущую стоимость убытка (то есть на момент осуществления оценки), с учетом упущенных (инвестиционных или коммерческих) возможностей. В противном случае убыток будет оценен не полностью.

Для иллюстрации в качестве простого примера можно представить ситуацию, когда в результате антиконкурентных действий пострадавший хозяйствующий субъект недополучил прибыль на сумму 100 тыс. руб. несколько лет назад. Однако если такой хозяйствующий субъект в настоящий момент получит всю указанную сумму в возмещение убытков, то это не возместит ему упущенную выгоду. За истекшее время недополученная прибыль могла бы быть вложена данным субъектом в развитие его собственного бизнеса, и на эти 100 тыс. руб. мог бы быть получен дополнительный доход.

В случае, если пострадавшее лицо ежегодно получает отдачу в размере 10% на вложенный капитал, то недополучение прибыли размером в 100 тыс. руб., которая могла бы быть проинвестирована в течение 2 лет приведет к дополнительном убытку (упущенной выгоде) в размере 21 тыс. руб. (10 тыс. руб. = 100 тыс. \* 10% в первый год и 11 тыс. руб. = 110 тыс. \*10% во второй год

Очевидно, что эта выгода является упущенной с точки зрения рассматриваемого хозяйствующего субъекта. При этом причиной, по которой данный доход был недополучен, является именно то нарушение антимонопольного законодательства, которое привело к возникновению первоначальной суммы убытка в 100 тыс. руб.

Бремя доказывания реальности извлечения указанной прибыли и прямой причинно-следственной связи ее неполучения с допущенным нарушением лежит на пострадавшем от нарушения антимонопольного законодательства лице.

2.1.3.   Нарушения антимонопольного законодательства, дающие предпосылку для расчета убытков (иных финансовых потерь, подлежащих покрытию в порядке реституции).

В общем случае есть два основных типа антимонопольных нарушений, приводящих к сходным типам финансовых потерь.

Нарушения, приводящие к необоснованному повышению цен, установлению необоснованно высоких цен и (или) поддержанию цен на завышенном уровне.

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

•          установление, поддержание монопольно высоких цен (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара (пункт 2 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара (пункт 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          установление финансовой организацией необоснованно высокой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования (пункт 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          манипулирование на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) ценами (пункт 11 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения о разделе товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          вертикальные соглашения, направленные на установление цены перепродажи товара (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          вертикальные соглашения с обязательством покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 3 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 2 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия хозяйствующих субъектов по навязыванию покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 3 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на повышение или поддержание цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 статьи 16 Закона о защите конкуренции).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 3.

Нарушения, приводящие к ограничению (созданию препятствий) доступа на рынок или приводящие к устранению с товарного рынка конкурирующих хозяйствующих субъектов.

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

•          навязывание покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 3 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора (пункт 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          установление доминирующим хозяйствующим субъектом монопольно низкой цены товара (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          установление финансовой организацией необоснованно низкой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          создание дискриминационных условий (пункт 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (пункт 9 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, приводящие к установлению или поддержанию монопольно низких цен (тарифов) (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, приводящие к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          картельные соглашения, приводящие к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (пункт 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          вертикальные соглашения, которыми предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 2 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения между хозяйствующими субъектами о навязывании покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения между хозяйствующими субъектами о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения между хозяйствующими субъектами об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях (пункт 4 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, которые привели к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами (пункт 5 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          согласованные действия, которые привели к навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 2 части 3 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

•          недобросовестная конкуренция (статья 14 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на снижение цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции);

•          соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на ограничение доступа на товарный рынок или устранение с него хозяйствующих субъектов (пункт 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 4.

В некоторых случаях нельзя исключать того, что пострадавшие лица несут убытки (иные финансовые потери, возмещаемые в порядке реституции) как от роста цен, так и от возникновения препятствий для их доступа на рынок.

2.2.      Аналитические подходы, используемые для проведения контрфактуального анализа.

В некоторых случаях определенную информацию о том, что могло бы происходить на рынке при отсутствии нарушения, можно получить исходя из материалов антимонопольного или судебного дела. Например, могут быть свидетельства переписки между хозяйствующими субъектами, участвующими в ценовом антиконкурентном соглашении, в которой оговаривается, насколько предполагалось повысить цены. Подобные сведения можно использовать для оценки того, насколько фактически были завышены цены в результате нарушения.

Однако свидетельства подобного рода нечасто имеются на практике. В таких случаях особенно высока роль аналитических методов, позволяющих провести контрфактуальный анализ косвенным образом, с применением соответствующего экономического инструментария. Эти методы детально рассматриваются в данном разделе.

В общем случае есть два типа аналитических методов, позволяющих провести гипотетическую оценку уровня цен и иных параметров рынка, которые могли бы возникнуть при отсутствии нарушения (контрфактуальный анализ):

•          Сравнительный экономический анализ.

•          Экономическое и финансовое моделирование.

2.2.1.   Сравнительный экономический анализ.

В основе всех методов, основанных на сравнительном анализе, лежит сопоставление основных рыночных характеристик и параметров рынка, которые фактически имели место в период нарушения, с теми, которые имели место:

•          до начала и/или после прекращения нарушения на рассматриваемом рынке;

•          на ином, но сопоставимом продуктовом и/или географическом рынке (в разные промежутки времени).

При наличии должного экономического обоснования разные эталоны сравнения («до и после», «на ином рынке» и т.д.) можно комбинировать между собой. Бремя доказывания того, что такой комбинированный подход является обоснованным, возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

Логика сравнительного экономического анализа основывается на том, что для проведения контрфактуального анализа используются фактические данные на сопоставимых рынках или на том же рынке, но в сопоставимой ситуации (например, ином временном интервале). Основное требование к выбранному эталону сравнения заключается в том, что он должен обоснованно отражать ситуацию, которая гипотетически могла бы иметь место на исследуемом рынке в отсутствии нарушения4. Указанное означает, что при проведении сравнительного анализа соответствующим образом должны приниматься во внимание экономические факторы, которые могли бы вызвать разницу в исследуемых показателях (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), если бы нарушения не произошло.

Для оценки правомерности использования тех или иных эталонов сравнения или сопоставимости выбранных рынков необходимо использовать принципы, которые лежат в основе критерия сопоставимости рынков в части 1 статьи 6 Закона. В частности, структура рынка, уровень издержек, условия обращения товара, конкурентной борьбы, барьеры входа на рынок, регуляторная среда и т.д.

Описываемые ниже подходы не являются исчерпывающими, а также могут дополнять друг друга. Подходы к оценке убытков различаются по сложности применения, по требованиям к данным, необходимым для проведения анализа, по используемым предпосылкам. Соответственно, во многих случаях нельзя выделить один «наилучший» подход.

Если для оценки убытков используются ряд подходов, и все они приводят к схожим результатам, то можно полагать, что такая оценка является относительно более надежной. Если же разные подходы приводят к существенно различным результатам, требуется анализировать причины различий и выбирать ту оценку, которая является наиболее обоснованной.

Анализ «до и после»

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), предшествовавшие периоду нарушения, то резонно ожидать, что при прочих равных условиях они остались бы на прежнем уровне и при отсутствии нарушения. При этом, если наблюдалась определенная динамика показателей (например, рост или падение цен до нарушения), то резонно ожидать, что эта же самая динамика сохранилась бы и в сам период нарушения (если бы нарушения не было). Таким образом, для расчета гипотетических показателей, которые бы имели место при отсутствии нарушения, строится прогноз на основе прошлых показателей и предположений об их динамике. Данный подход называется экстраполяцией данных.

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), имевшие место как до, так и после периода нарушения, то при прочих равных условиях можно ожидать, что при отсутствии нарушения эти показатели менялись бы постепенно, начиная с уровня, предшествовавшего нарушению, и заканчивая уровнем, установившимся после окончания нарушения. Данный подход к построению гипотетических показателей называется интерполяцией данных.

Простейшим вариантом интерполяции является линейная интерполяциящ при которой предполагается, что исследуемые показатели при отсутствии нарушения растут или падают на одну и ту же величину в каждый период времени. Альтернативным вариантом является экспоненциальная интерполяция, при которой предполагается постоянный темп роста (снижения) исследуемого показателя.

При сравнении исследуемых показателей в период нарушения с предшествующими или последующими периодами, методы экстраполяции и интерполяции необходимо дополнять анализом факторов, которые обусловливают (сезонные) изменения спроса и издержек. В случае, если основные факторы производства обращаются на конкурентных рынках, и существуют биржевые или внебиржевые индикаторы цен на данные факторы производства, то эти факторы необходимо соответствующим образом принимать во внимание при экстраполяции или интерполяции данных, улучшая тем самым оценку убытка.

Также при выборе данных для анализа необходимо учитывать экономические факторы, которые могут влиять на надежность данных. Например, если нарушение имело место в течение длительного промежутка времени, то уровень цен до периода нарушения может быть нерелевантным для оценки последующих периодов, поскольку потребительские предпочтения, издержки, а также иные параметры рынка и конкурентной среды могли существенно измениться с течением времени.

Экономические показатели, установившиеся после нарушения, могут быть как выше, так и ниже тех экономических показателей, которые бы сложились в тот же период, но при отсутствии предшествующего нарушения. Например, если имелось картельное соглашение об установлении, поддержании цен на определенном уровне, то после его прекращения можно ожидать более ожесточенную ценовую конкуренцию и, соответственно, относительно более низкий уровень цен, чем если бы сговора не было вовсе. И наоборот, при сговоре хозяйствующие субъекты могли сообщить друг другу конфиденциальную информацию (например, о собственных издержках), знание которой может привести к относительно более высоким ценам даже после окончания сговора. Все эти аспекты могут оказывать влияние на оценку убытка и должны быть соответствующим образом учтены в расчетах.

Анализ сопоставимых рынков

Исследуемые экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.) можно также сравнивать с аналогичными показателями на сопоставимых товарных рынках. В качестве сопоставимого товарного рынка может выступать:

•          рынок исследуемого товара (услуги), но с другими географическими границами;

•          рынок другого товара (услуги), сопоставимый с исследуемым рынком по числу и характеру покупателей и продавцов, условиям обращения товара и условиям доступа на рынок, государственному регулированию.

Выбор метода сравнения на практике зависит от наличия соответствующих данных, от наличия предположительно сопоставимых рынков, от степени их сопоставимости и от других обстоятельств дела. Например, если есть предположение, что на исследуемом рынке спрос претерпевал существенные изменения в период нарушения, но детальные данные по спросу отсутствуют, то какое-либо сравнение без учета колебаний спроса будет ненадежным. В этом случае сравнение с аналогичными показателями на сопоставимом товарном рынке, подверженном сходным колебаниям спроса, будет более предпочтительным.

При сравнении экономических показателей на исследуемом рынке в период нарушения с аналогичными показателями на других, предположительно сопоставимых товарных рынках должны выполняться определенные базовые критерии. Во-первых, рынки должны характеризоваться сопоставимостью как в плане спроса (уровень переговорной власти потребителей, их предпочтений, способности платить и др.), так и в плане предложения (издержек, тарифов, наценок и др.). Во-вторых, должна иметь место сопоставимость в отношении структуры рынка/отрасли и степени конкурентной борьбы. В случае, если нарушение имело место на высоко концентрированном рынке, то было бы ошибочно проводить сравнение с неким высоко-конкурентным рынком, даже если в остальном рынки являются сопоставимыми. Такое сравнение приведет к переоценке фактического убытка (см. далее вставку «Метод разностей»).

Важно отметить, что чем более сопоставимым является выбранный для сравнения товарный рынок, тем более точной может казаться оценка убытка (при прочих равных условиях). Однако при этом можно ожидать и более высокий уровень взаимозаменяемости со стороны спроса между более близкими товарными рынками. Как следствие, при наличии высокой степени взаимозаменяемости между рассматриваемыми (сопоставимыми) рынками оценка убытка может быть искажена.

В качестве примера предположим, что на одном рынке имело место нарушение, приведшее к необоснованно высоким ценам. Тогда логично ожидать, что часть потребителей переключится на сопоставимый товарный рынок, что в свою очередь приведет к росту спроса и росту цен на сопоставимом товарном рынке. Вследствие этого, оценка убытка, основанная на сравнении цен между этими двумя рынками, будет занижена и должна рассматриваться как консервативная. Разумеется, это не должно служить препятствием для взыскания убытка, если он рассчитан пострадавшим лицом таким образом, поскольку данный подход не нарушает интересов ответчика.

Аналитические (эконометрические) методы, применяемые для анализа сопоставимых рынков и анализа «до и после»

Кроме расчета простых средних, или экстраполяции или интерполяции данных, для проведения сравнительного анализа можно также применять эконометрические методы. Их использование упрощает анализ, когда имеются несколько переменных, одновременно оказывающих влияние на рассматриваемые экономические показатели. В случае, если речь идет об анализе цен, и если итоговая цена зависит от нескольких факторов производства, то потребуется оценить, как изменение цен на данные факторы производства отражается на цене конечного товара при отсутствии нарушения. Стандартный регрессионный анализ позволяет осуществить такую оценку исходя из цен, предшествующих нарушению, или исходя из цен на сопоставимых товарных рынках.5

Использование эконометрических методов позволять учесть случайные колебания в ценах или иных экономических показателях, которые не объясняются имеющимися данными. Учет данных колебаний позволяет оценить надежность оценки размера убытка. Иными словами, можно не просто оценить ожидаемый размер убытка в X руб., а можно утверждать, что с определенной вероятностью убыток составил от Y до Z руб.

Нужно подчеркнуть, что сопоставимые рынки никогда не являются в точности идентичными. Эти различия необходимо должным образом учитывать при оценке убытков. Для этого возможно использование подходов, в которых сравнительный анализ по времени и сравнительный анализ с другими товарными рынками дополняют друг друга.

Например, путем сравнения экономических показателей на рассматриваемом рынке до периода нарушения с экономическими показателями на сопоставимом товарном рынке можно установить относительную разницу в этих показателях между двумя рынками. В некоторых случаях можно ожидать, что разница в рассматриваемых показателях преобладала бы в нормальных условиях, если бы нарушения не было. Соответственно, беря значение экономического показателя на сопоставимом товарном рынке в период нарушения за основу, и прибавляя указанную разницу, можно найти то значение экономического показателя, которое бы установилось на исследуемом рынке при отсутствии нарушения.

Поскольку в таком случае проводится анализ не собственно экономических показателей, а разностей между ними, данный подход часто именуется методом разностей.6 Этот анализ позволяет учесть общие изменения в издержках или в спросе между рынками с течением времени. Метод разностей можно применять с различной степенью сложности, в том числе используя эконометрический инструментарий.

Метод разностей

В регионе А оперируют 3 хозяйствующих субъекта. С начала 2008 г. данные хозяйствующие субъекты заключили ценовое картельное соглашение, что привело к росту цен на определенный продукт. Сговор был прекращен к концу 2012 г., когда по обращению покупателей Федеральная антимонопольная служба начала рассмотрение дела о нарушении части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в отношении данных хозяйствующих субъектов.

Тот же самый товар продается в соседнем регионе Б, который не был затронут ценовым сговором. Потребительский спрос в регионе Б сопоставим со спросом в регионе А, и производители сталкиваются с идентичными издержками при производстве товара. Однако в регионе Б оперируют 10 хозяйствующих субъектов. Цены в регионе Б, в результате более сильной конкуренции, ниже цен в регионе А вне зависимости от наличия или отсутствия ценового картельного соглашения в регионе А. Соответственно, если непосредственно брать цены на сопоставимом товарном рынке в регионе Б как гипотетические цены, которые бы сложились в 2008-2012 гг. в регионе А при отсутствии нарушения, то оценка убытков потребителей, вызванных нарушением, будет существенно завышена.

Цены в регионах А и Б имели одинаковую динамику в 2005-2007 гг. с той лишь разницей, что цены в регионе А были на 2 рубля выше цен региона Б. Резонно предположить, что данная зависимость не изменилась бы и в 2008-

2012    гг. при отсутствии ценового сговора. Соответственно, в качестве контрфакту альной цены региона А можно брать цену региона Б, прибавляя к ней 2 руб./ед. для учета различий в количестве хозяйствующих субъектов и уровне конкуренции между двумя регионами.

2.2.2.   Экономическое и финансовое моделирование.

Контрфактуальный анализ также можно проводить на основе экономического и финансового моделирования. Более детально эти методы рассматриваются ниже.

Финансовое моделирование

Финансовое моделирование основывается на оценке нормы прибыли и других финансовых показателей. Например, если речь идет об анализе цен, то цена может рассматриваться как сумма издержек (себестоимости) производства и соответствующей торговой наценки. Тогда для расчета цен, которые сложились бы при отсутствии нарушения, требуется оценить себестоимость производства и ту торговую наценку, которую пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать получить в нормальных рыночных условиях.

При оценке себестоимости производства за отправную точку можно брать фактические данные по себестоимости во время периода нарушения. Однако важно понимать, что фактическая себестоимость может быть завышена по сравнению с той, которая могла бы иметь место быть при отсутствии нарушения.

Например, из-за заключения ценового картельного соглашения у хозяйствующих субъектов снижаются стимулы к эффективному производству, что при прочих равных условиях может привести к более высокой себестоимости. Кроме того, для поддержания ценового сговора хозяйствующие субъекты могут намеренно ограничить собственные мощности, что может привести к более высоким издержкам в случае снижения отдачи от эффекта масштаба. Соответственно, такая оценка убытка должна рассматриваться как консервативная. Эта оценка может быть улучшена на основе более детального анализа того, как нарушение повлияло на себестоимость рассматриваемого товара (услуги).

После того, как контрфактуальный уровень себестоимости установлен, требуется определить размер торговой наценки, которая имела бы место быть при отсутствии нарушения. Данную оценку можно получить с помощью сравнительного экономического анализа. Так, в качестве конкурентной торговой наценки можно, при наличии должного обоснования, взять торговую наценку, сложившуюся на сопоставимых товарных рынках или имевшуюся на данном рынке, но до периода нарушения.

Экономическое моделирование

Для оценки гипотетической цены или иных экономических параметров, которые сложились бы при отсутствии нарушения, наравне со сравнительным анализом возможно также применение экономического и математического моделирования, основанного на теории отраслевых рынков.8

Теория отраслевых рынков является разделом экономики, в котором изучается, как хозяйствующие субъекты устанавливают свои цены и объемы производства, а также как они принимают решения входа на рынок или выхода с рынка в зависимости от характеристик конкурентной среды. В числе прочего, к таким экономическим характеристикам относятся: количество участников рынка, уровень спроса на рассматриваемый товар (услугу), уровень издержек, возможные ограничения производственных мощностей, способ ценообразования (тендеры, розничные продажи и т.д.), является ли рассматриваемый товар (услуга) однородным или дифференцированным9.

Поведение хозяйствующих субъектов на рынке с известными характеристиками далее прогнозируется на основе теоретико-игровых моделей, где каждый хозяйствующий субъект не только оптимизирует собственную прибыль, но и принимает во внимание, как его действия отразятся на действиях его конкурентов. В общем случае экономическое моделирование состоит из следующих шагов: 1) выбор экономической модели, соответствующей характеру и особенностям конкуренции на рассматриваемом рынке, 2) калибровка параметров модели, 3) тестирование надежности модели.

Выбор модели определяется множеством факторов. К числу основных в первую очередь относятся следующие: количество хозяйствующих субъектов, степень однородности товара (услуги), наличие ограничений по мощностям, барьеров входа на рынок, а также, является ли один из хозяйствующих субъектов явным лидером на рынке. Но и многие другие факторы - например, издержки, которые покупатели несут при переключении с одного продавца на другого, или значимость неценовых механизмов конкуренции (например, качество соответствующих товаров или услуг), - также могут решающим образом повлиять на выбор модели. При прочих равных, предпочтение должно отдаваться тем моделям, которые получили более широкое обсуждение и тестирование в академической литературе.

Калибровка параметров модели может проводиться различными способами. Часть данных может являться общедоступной, например, данные по мощностям производства могут быть доступны в ежегодных отчетах компаний перед их акционерами. Другие данные, например, по издержкам производства на единицу продукции, могут быть доступны из внутренней бухгалтерской документации хозяйствующих субъектов. Когда такие данные недоступны, можно использовать схожие данные сопоставимых рынков. Оценка части параметров модели, например, эластичности спроса, может потребовать проведения отдельного эконометрического исследования. Экспертные оценки параметров модели также могут быть допустимы при наличии соответствующего обоснования.

Прежде чем переходить к прогнозированию цен или иных экономических показателей, которые имели бы место при отсутствии нарушения, предсказательная сила модели должна быть протестирована на фактических данных. Для тестирования модели может использоваться как рыночная ситуация до нарушения, так и ситуация во время нарушения. В последнем случае, если речь идет о ценовом картельном соглашении, все участники сговора могут рассматриваться как единый хозяйствующий субъект, оптимизирующий совокупную прибыль всех участников картеля. Если модель плохо предсказывает (описывает) рыночную ситуацию до (во время) нарушения или на сопоставимых рынках, то и нет основания полагать, что модель подходит для предсказания контрфактуальных цен или иных экономических показателей, которые могли бы иметь место при отсутствии нарушения. Такие модели могут быть ненадежны.

Кроме того, для оценки значимости предпосылок модели резонно оценить чувствительность результатов к этим предпосылкам. Например, если при незначительном изменении некоторых исходных параметров, модель предсказывает существенные различия в ценах, объемах производства и иных показателях, которые являются предметом анализа, то в обоснованности такой модели также можно сомневаться. Это, в частности, объясняется тем, что многие исходные параметры, закладываемые в экономические модели, сами по себе являются оценочными и, следовательно, некая вариация в их уровне является ожидаемой. Однако, если такая вариация ведет к значимой вариации предсказываемых моделью цен, объемов производства и других показателей, то такая модель может быть ненадежна для целей контрфактуального анализа.

Широкое распространение получили две базовые экономические модели: модель Курно и модель Бертрана. Детальное описание этих моделей выходит за рамки настоящего документа, однако может быть найдено в любом базовом учебнике по микроэкономической теории или теории отраслевых рынков.10 Данные модели не всегда применимы напрямую, но часто служат отправной точкой для более детальных исследований.

Модель Курно предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают объемы производства, а затем поставляют всю свою произведенную продукцию на рынок. При этом также предполагается, что на рынке устанавливается одна равновесная цена. Модель Курно хорошо описывает рынки однородной продукции, где произведенная продукция продается на аукционе или на бирже, например, рынки металлов или сельскохозяйственной продукции.

Модель Бертрана предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают цены на свою продукцию, а затем производят ее в затребованном при данных ценах объеме. Модель Бертрана хорошо описывает рынки дифференцированных товаров, где каждый товар имеет собственную цену, и где хозяйствующие субъекты могут относительно быстро удовлетворить дополнительный спрос на свою продукцию (нет ограничений по мощностям). Примерами таких рынков могут служить некоторые из рынков компьютерной или бытовой техники. При калибровке модели Бертрана требуется измерить степень взаимозаменяемости между всеми рассматриваемыми товарами в границах одного рынка (т.е. для любой пары брендов или моделей компьютерной техники).

Наконец стоит отметить, что и модель Курно и модель Бертрана предполагают наличие высоких барьеров входа на рынок (входа в рассматриваемую отрасль). Если барьеры относительно низки, то антиконкурентный рост цен естественным образом привлечет новых производителей. В этом случае поведение хозяйствующих субъектов будет заведомо неадекватно описываться данными моделями, поскольку они учитывают действия имеющихся участников рынка, но не принимают во внимание конкурентное давление со стороны потенциальных участников.

Основной плюс метода экономического моделирования заключается в том, что он может дать более точную оценку исследуемых индикаторов и, соответственно, более точную оценку убытков, поскольку поведенческие аспекты хозяйствующих субъектов явным образом принимаются во внимание (т.к. они «встроены» в соответствующую модель). С другой стороны, минус заключается в том, что экономическое моделирование требует принятия более строгих предпосылок, чем того требует сравнительный анализ (например, необходимы калибровка параметров модели, принятие предпосылки о рациональном поведении хозяйствующих субъектов и проч.). Если предпосылки и предположения, на которых построена та или иная модель не выполняются (не реализуется на практике), то результаты экономического моделирования могут быть ошибочны. Тем не менее, использование дополнительных предпосылок порою дает возможность применять экономическое моделирование даже в тех случаях, когда сравнительный анализ невозможен в силу отсутствия сопоставимых рынков или репрезентативных цен в период до или после нарушения.

2.3.      Источники информации для проведения контрфактуального анализа.

Любые объективные источники информации могут быть использованы для проведения анализа по расчету убытков. К таковым относятся (но не являются исчерпывающими), например, следующие:

•          Официальные статистические данные, сведения, полученные от антимонопольных, налоговых, таможенных и иных государственных органов.

•          Внутренние документы компаний, включая финансовую отчетность, собственные маркетинговые исследования, экспертные оценки.

•          Рыночные и маркетинговые исследования, проведенные третьими лицами (соответствующими специализированными организациями).

•          Экспертные оценки и исследования органов государственной власти (министерств, ведомств, отраслевых регуляторов и проч.).

•          Данные ведомственных и независимых информационных центров и служб, средств массовой информации.

Ни один из источников информации нельзя указать как приоритетный, и выбор конкретных источников будет зависеть от обстоятельств конкретного дела. Бремя доказывания обоснованности соответствующих источников, а также надежности последующего анализа возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

В случае наличия в материалах дела документов, указывающих на величину повышения цен картелем и т.п., такие документы также могут быть использованы для непосредственной оценки убытков. Например, если, при наличии переписки между хозяйствующими субъектами, участвовавшими в ценовом сговоре, в которой оговаривается, на сколько предполагалось повысить цены, данные сведения могут быть непосредственно использованы для оценки убытков, вызванных завышенными ценами.

Однако даже в таких исключительных случаях корректное определение размера убытков без проведения дополнительного экономического анализа, как правило, невозможно. Например, проведение экономического анализа по-прежнему потребуется для оценки убытков, вызванных упущенными объемами, а также для оценки эффекта переноса издержек.

3.         Расчеты убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен.

3.1.      Введение.

К таким нарушениям, в первую очередь, относятся антиконкурентные горизонтальные соглашения (картели) и установление монопольно высоких цен. Важно почеркнуть, что в эту категорию входят не только антиконкурентные соглашения (действия), непосредственно направленные на увеличение цен, но и любые антиконкурентные соглашения (действия), которые фактически приводят к данному эффекту. Например, если имело место картельное соглашение о разделе товарного рынка, и было соответствующим образом доказано, что его негативные последствия выразились в росте цен, то такое нарушение также относится к данной категории.

Расчеты убытков, причиненных данными нарушениями, могут проводиться как для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги), так и для приобретателей товаров (услуг) на соответствующих рынках нижнего передела. Рынком нижнего передела называется рынок продукции (товаров, услуг), производимой из продукции рассматриваемого рынка (т.е. для которого продукция рассматриваемого рынка служит сырьем). Рынки, на которых рассматриваемый товар перепродается на новых условиях (например, оптовые закупки перепродаются в розницу), также относятся к рынкам нижнего передела. Аналогично, рынком верхнего передела называется рынок продукции, либо используемой в качестве сырья для производства продукции рассматриваемого рынка, либо перепродаваемой на рассматриваемом рынке.11

В подразделе 3.2 настоящего раздела описываются основные принципы оценки убытков, которые непосредственные потребители12 товара (услуги) понесли в результате необоснованного повышения цен. Модельный пример такой оценки приведен в подразделе 3.3. Если пострадавшие потребители в свою очередь подняли цены на свои собственные товары (услуги), то их собственные покупатели косвенным образом также понесут убытки в результате нарушения. Убытки таких потребителей, включая покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей), рассматриваются в подразделе 3.4.

3.2.      Расчет убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги).

Как указано выше (раздел 2), с экономической точки зрения убыток включает в себя упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения. На практике упущенная выгода обычно исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль. При расчете убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги) необходимо ответить на следующие вопросы:

•          насколько были необоснованно завышены цены в результате нарушения?

•          насколько снизился объем закупок товара (услуги) пострадавшей стороной в результате повышения цен?

•          насколько приобретатели товара (услуги) повысили цены при реализации своей собственной продукции?

Эти три вопроса соответствуют трем различным экономическим эффектам: эффект «завышенных цен», эффект «упущенных объемов» и эффект «переноса издержек»13. Более детально эти эффекты обсуждаются ниже.

Важно подчеркнуть, что убытки, вызванные вышеуказанными эффектами, могут быть только частью убытков пострадавшего лица. Необходимо также учитывать, при их наличии, коммерческие и инвестиционные возможности, упущенные в связи со снижением доходов. Например, если в результате нарушения пострадавшее лицо не смогло осуществить инвестиции в расширение мощностей своего бизнеса, и при этом на такие дополнительные мощности был спрос, то соответствующие убытки должны приниматься во внимание. Бремя доказывания наличия и объективности упущенных коммерческих и инвестиционных возможностей возлагается на пострадавшее лицо.

3.2.1.   Эффект завышенных цен.

Если цена товара (услуги) была необоснованно завышена в результате нарушения антимонопольного законодательства, то приобретатель фактически заплатил за каждую единицу купленного товара (услуги) больше, чем он мог бы заплатить при отсутствии нарушения. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными завышенными ценами.

В качестве иллюстрации предположим, что фактическая цена приобретения товара была 110 руб./ед., а контрфактуальная цена оценивается в 100 руб./ед. Тогда эффект завышенных цен составляет 10 = 110 - 100 руб./ед. Очевидно, что при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, данные цены будут всегда выше их конкурентного уровня. Соответственно, эффект повышенных цен всегда положительный в том смысле, что он увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

13        В англоязычной экономической литературе используются термины overcharge effect, volume effect и pass-on effect, соответственно.

3.2.2.   Эффект упущенных объемов.

Согласно классической теории потребительского спроса,14 в общем случае кривая потребительского спроса является нисходящей по отношению к ценам. Это значит, что, при прочих равных условиях, снижение цен приводит к росту спроса, а повышение цен, наоборот, к его снижению. Следовательно, если вследствие нарушения приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то при отсутствии нарушения его спрос мог бы быть выше. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными упущенными объемами или нереализованными производственными (коммерческими) возможностями. Они соответствуют упущенной выгоде, возникающей из-за меньшего объема продаж на рынке нижнего передела.

Например, если при росте цен по сравнению со своим контрфактуальным уровнем на 10 руб./ед. спрос приобретателя товара снизился с 60 до 50 ед., то эффект упущенных объемов составляет 10 ед., умноженные на ту маржу прибыли, которую приобретатель мог бы ожидать получить от последующей реализации данного товара или продукции из него, если бы нарушения не произошло. Поскольку при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, эффект повышенных цен всегда положительный, то фактические объемы закупок всегда меньше своего контрфактуального уровня. Следовательно, эффект упущенных объемов всегда положительный и увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

3.2.3.   Эффект переноса издержек.

В общем случае цена, по которой производитель товара (услуги) полагает выгодным продавать его на рынке, положительным образом зависит от издержек производства. Таким образом, в случае повышения цен на товар (услуги), его непосредственные приобретатели имеют стимул переносить часть своих возросших издержек на собственных покупателей за счет повышения своих собственных отпускных цен.

Следовательно, если приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то его собственные цены при отсутствии нарушения могли бы быть ниже. Однако данный эффект переноса издержек возникает, только если приобретатели товара на рассматриваемом рынке занимают «промежуточное положение» и являются также продавцами на рынке нижнего передела. Для конечных приобретателей товара (услуги) эффект переноса отсутствует. Конечные приобретатели не имеют возможность в какой-то степени компенсировать свои возросшие затраты посредством увеличения цен перепродажи товара или цен на собственную продукцию.

В тоже время фактическая возможность непосредственных приобретателей переносить издержки ключевым образом зависит от степени конкуренции между ними на рынке нижнего передела. Если рынок нижнего передела является высоко-конкурентным, то эффект переноса будет близок к 100%. А именно, в силу развитой конкуренции цены на рынке нижнего передела будут приблизительно равны соответствующим предельным издержкам. Учитывая вышесказанное и учитывая, что цены на рынке верхнего передела являются предельными издержками для рынка нижнего передела, необоснованный рост цен на рынке верхнего передела приведет к такому же росту цен на рынке нижнего передела. Соответственно, эффект переноса составит 100%).

Вышеуказанный аргумент основывается на том, что все хозяйствующие субъекты на конкурентном рынке нижнего передела в одинаковой степени подвержены росту цен на рынке верхнего передела (сырья). Однако возможны и иные ситуации. Например, может быть так, что только некоторые участники рынка нижнего передела испытали рост цен (издержек), поскольку они закупали сырье у тех хозяйствующих субъектов, которые являлись участниками картельного соглашения. При этом другие участники рынка нижнего передела имели альтернативные источники сырья (товара) и не были подвержены повышению цен на него. В таком случае эффект переноса может отсутствовать. Пострадавшие хозяйствующие субъекты просто не смогут поднять свои цены, если конкурентное давление со стороны других участников рынка нижнего передела велико. В таком случае пострадавшие хозяйствующие субъекты могут быть вынуждены покинуть рынок в долгосрочной перспективе.

Если же рынок нижнего передела не является рынком совершенной конкуренции, то эффект переноса будет меньше 100%. И действительно, чем менее конкурентным является рынок нижнего передела, тем выше рентабельность участвующих на нем хозяйствующих субъектов. Чем выше рентабельность, тем выше потери прибыли при снижении спроса. Соответственно, хозяйствующие субъекты, участвующие на менее конкурентных рынках нижнего передела, будут завышать свои собственные цены в меньшей степени при увеличении своих издержек, дабы избежать более высоких потерь, ассоциированных со снижением спроса.

Важно подчеркнуть, что наличие эффекта переноса должно соответствующим образом приниматься во внимание при расчете убытков. А именно, расчет убытков для конкретного покупателя должен быть основан на его собственной упущенной выгоде в результате нарушения и не должен включать те издержки, которые покупатель сумел покрыть за счет увеличения собственных отпускных цен.

Наконец стоит отметить определенную взаимосвязь между эффектом переноса и эффектом упущенных объемов. Оба эффекта зависят от чувствительности (эластичности) спроса на рынке нижнего передела. Чем выше эффект переноса, тем более значительным будет повышение цен. Но при этом, тем более значительным будет сокращение спроса и, следовательно, эффект упущенных объемов. Следовательно, даже если весь антиконкурентный рост цен был полностью переложен пострадавшими лицами на последующих покупателей, это не означает, что пострадавшие лица не понесли убытков. По меньшей мере, их убытки равны величине эффекта упущенных объемов.

Важно понимать, что хотя эффекты переноса и упущенных объемов частично компенсируют друг друга, в общем случае они не обязательно являются равнозначными. По этой причине на практике оба эффекта необходимо отдельно учитывать при оценке убытка.

3.3.      Модельные примеры расчета убытков, эффектов завышенных цен, упущенных объемов и переноса издержек.

В общем случае расчет убытков, вызванных установлением необоснованно высоких цен, проводится следующим образом:

•          Вначале рассчитывается, насколько цена в период нарушения превысила ту цену, которая могла бы установиться при отсутствии нарушения.

•          Умножая разницу между данными ценами на объем производства в период нарушения, мы получаем убытки, понесенные за счет завышенных цен.

•          Из указанных убытков следует вычесть те, что были компенсированы за счет эффекта переноса (рост цен на рынке нижнего передела, умноженный на объем производства в период нарушения).

•          Дополнительно требуется оценить убытки, вызванные упущенными объемами. В общем случае данные убытки будут тем более значимы, чем более существенным был эффект переноса издержек.

Описанные в разделе 2 методы сравнительного экономического анализа, а также финансового и экономического моделирования обычно применимы для всех этих расчетов. Например, для оценки эффекта завышенных цен может быть применен сравнительный экономический анализ, либо с использованием данных с сопоставимых рынков, либо на основе данных до и после нарушения. Для оценки эффекта упущенных объемов может проводиться исследование чувствительности (эластичности) спроса. Эффект переноса издержек представляется возможным оценить с помощью эконометрического анализа, при котором моделируется зависимость между издержками и отпускными ценами пострадавшего лица.

3.4.      Расчет убытков для потребителей, не являющихся непосредственными приобретателями рассматриваемого товара (услуги).

3.4.1.   Покупатели, приобретающие рассматриваемый товар (услугу) у конкурентов нарушителей

Иногда нарушение может привести к убыткам даже для тех потребителей, которые покупали товар не у собственно хозяйствующих субъектов, совершивших нарушение антимонопольного законодательства, а у их конкурентов.16 Произойти это может по нескольким взаимосвязанным причинам.

Во-первых, согласно законам экономической теории на любом рынке цены различных хозяйствующих субъектов положительно взаимосвязаны между собой. Это значит, что антиконкурентное повышение цен нарушителями будет сопровождаться некоторым повышением цен и иных участников рынка. Потребители, приобретающие товары (услуги) у конкурентов нарушителей, таким образом, будут вынуждены платить за них больше, чем при отсутствии нарушения.

Во-вторых, вследствие необоснованного повышения цен потребители рассматриваемого товара (услуги) в какой-то степени переключатся на конкурентные товары других производителей, которые не участвовали в нарушении. Однако более высокий спрос на продукцию конкурентов приведет к росту цен на эти товары (услуги), что в свою очередь приведет к потерям для их потребителей.

Оценка убытков для потребителей в таких случаях проводится в соответствии с общими принципами расчета убытков для непосредственных покупателей (см. подраздел 3.2 выше).

3.4.2.   Покупатели на рынках нижнего передела (косвенные покупатели)

Установление необоснованно высоких цен может приводить к убыткам, как для непосредственных покупателей рассматриваемого товара (услуги), так и для покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей) за счет эффекта переноса издержек непосредственными покупателями. Расчет убытков для хозяйствующих субъектов на рынках нижнего передела базируется на той же логике, которая лежит в основе расчета убытков для непосредственных покупателей.

4.         Расчеты убытков, причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка (сокращающими их рыночные доли).

4.1.      Введение.

В некоторых случаях действия, соглашения хозяйствующих субъектов, органов власти могут ограничивать доступ на рынок для имеющихся или потенциальных конкурентов или быть направленными на сокращение рыночной доли конкурентов. К таким случаям относятся, например, установление монопольно низких цен, заключение эксклюзивных контрактов с поставщиками или покупателями, установление необоснованно высоких цен на рынке верхнего передела, продажа совмещенного набора товаров или услуг,17 навязывание контрагентам невыгодных условий договоров, недобросовестная конкуренция и др.

Убытки, причиненные такими нарушениями, в первую очередь несут имеющиеся конкуренты рассматриваемого хозяйствующего субъекта или субъектов. Помимо этого, убытки могут нести и потенциальные конкуренты в случае, если они планировали вход на рынок, но были вынуждены его отменить в силу наличия ограничений конкуренции. Наконец, убытки также могут понести и покупатели рассматриваемого товара или услуги.

Настоящий раздел построен следующим образом. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, уже присутствовавших на рынке во время нарушения, рассматривается в подразделе 4.2. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, которые планировали войти на рынок, но не смогли этого сделать из-за незаконного ограничения конкуренции, рассматривается в подразделе 4.3. Подраздел 4.4. посвящен убыткам покупателей.

4.2.      Оценка убытков для имеющихся конкурентов.

Эффекты ограничения конкуренции для имеющихся конкурентов могут проявляться по-разному. Например, заключение эксклюзивного контракта с одним дистрибьютором может привести к росту издержек для других дистрибуторов за счет ослабления их конкурентной позиции. Установление монопольно низких цен доминирующим субъектом может привести к снижению выручки его конкурентов и их невозможности покрывать свои издержки производства. И в том и в другом случае возможно снижение рентабельности пострадавшего лица, уменьшение его рыночной доли и, возможно, выход пострадавшего лица с данного рынка в принципе. Негативный эффект снижения прибыльности (рентабельности) может быть усилен потерей отдачи от эффекта масштаба или сетевыми эффектами.

При расчете убытков для имеющихся конкурентов необходимо ответить на следующие вопросы:

•          насколько были занижены выручка, прибыль, рыночная доля и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны в результате нарушения?

•          каковы были бы издержки, выручка, прибыль и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны, если бы нарушения не произошло?

Ответы на эти вопросы позволяют провести контрфактуальный анализ. Все методы, рассмотренные в разделе 2 (сравнительный экономический анализ, финансовое и экономическое моделирование), могут быть использованы для этой цели. Например, анализ доли рынка пострадавшего лица в периоде, предшествовавшем нарушению, может позволить рассчитать долю рынка, которую пострадавшее лицо имело бы в последующем при отсутствии нарушения, или его прибыль. Как и в остальных случаях оценки убытков, одновременное использование нескольких методов позволяет повысить надежность оценки.

Дополнительную значимость для контрфактуального анализа приобретают внутренние маркетинговые исследования или коммерческие планы хозяйствующих субъектов. Соответствующие внутренние документы компаний, если они были подготовлены в период до нарушения, могут содержать объективные прогнозы по развитию долей рынка или по рентабельности хозяйствующих субъектов. Например, если есть доказательства того, что хозяйствующий субъект планировал инвестиции по расширению мощностей и наращивание производства, но был вынужден отменить или отложить данные планы в результате незаконного ограничения конкуренции со стороны других участников рынка или органов власти, то эту информацию необходимо должным образом учесть при проведении контрфактуального анализа.

По результатам контрфактуального анализа можно определить убытки как разницу между фактическим финансовым состоянием (рыночным положением) пострадавших хозяйствующих субъектов и тем, которое могло бы иметь место при отсутствии ограничения конкуренции. Выбор конкретного показателя (индикатора) хозяйственной деятельности для оценки убытков может быть продиктован особенностями рассматриваемой ситуации и должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытков. Так, если оценка выручки не представляется возможной и если нарушение в первую очередь привело к росту издержек, то приближенная оценка убытка может быть получена за счет рассмотрения одних лишь издержек, без учета выручки. И наоборот, если нарушение в первую очередь привело к падению выручки и если надежная оценка издержек по каким-то причинам невозможна, то анализ одной лишь выручки, без учета издержек, может быть допустим.

Важно отметить, что ограничение конкуренции может иметь долгосрочные последствия для конкурирующих хозяйствующих субъектов, если их рыночная позиция была значительным образом ослаблена. По этой причине экономическая ситуация данных хозяйствующих субъектов, наблюдаемая после периода нарушения, как правило, не является показательной относительно ситуации, которая могла бы иметь место при отсутствии нарушения. Соответственно, при проведении сравнительного анализа предпочтительно использовать для сравнения период, предшествовавший нарушению, а не период после окончания нарушения.

Если ограничение конкуренции привело к снижению рыночной доли хозяйствующего субъекта или иным образом ослабило его рыночную позицию, то хозяйствующий субъект продолжает нести убытки и после окончания нарушения. А именно, прибыль, которую хозяйствующий субъект получает после окончания нарушения, будет меньше той прибыли, на которую он мог бы рассчитывать, если бы нарушения не было вовсе. Данные потери также будут составлять упущенную выгоду пострадавшего лица, подлежащую возмещению.

Наконец, при расчете суммарных убытков за ряд периодов, данные убытки должны учитывать упущенные коммерческие и инвестиционные возможности пострадавшего лица.

4.2.1.   Оценка убытков конкурентов от недобросовестной конкуренции.

Не меньший ущерб, чем монополистическая деятельность, способна нанести недобросовестная конкуренция - злоупотребления, от которых сегодня страдает все больше компаний и предпринимателей, каким бы бизнесом они не занимались.

В частности, на практике распространены ситуации, когда при предоставлении аналогичных услуг нарушитель незаконно использует товарный знак, знак обслуживания, фирменное наименование, коммерческое обозначение и др., сходное до степени смешения с средством индивидуализации, зарегистрированным за конкурентом.

Помимо того, что такие действия вводят в заблуждение потребителей услуг, они могут причинить существенные убытки конкуренту нарушителя.

4.3.      Оценка убытков для потенциальных конкурентов.

Ограничивающие конкуренцию действия, могут оказывать негативные последствия не только на имеющихся, но также и на потенциальных конкурентов. Обычно такие ситуации возникают, когда вход потенциальных конкурентов на рынок был затруднен или предотвращен благодаря нарушению. Основанием для возмещения убытков потенциальному конкуренту должно быть, среди прочего, доказательство того, что он не только планировал (в том числе совершил или начал совершать соответствующие приготовления), но и мог осуществить успешный вход на рынок при отсутствии нарушения.

Для оценки убытков потенциальных конкурентов применяются те же методы, что и для оценки убытков имеющихся конкурентов, но за следующим исключением. При расчете убытков потенциальных конкурентов сравнение с периодами до и после нарушения не представляется возможным, поскольку данных конкурентов не было на рынке ни до, ни после нарушения. Однако, как и для случая имеющихся конкурентов, для расчета убытков потенциальных конкурентов возможно проведение сравнительного анализа сопоставимых рынков, а также финансовое или экономическое моделирование. Например, основой финансового моделирования может выступать бизнес-план потенциального конкурента, в котором оценивались предполагаемая выручка и затраты при входе на рассматриваемый рынок, если этот бизнес-план был подготовлен до нарушения.

Отсутствие данных, например, в части подходящих для анализа сопоставимых рынков, может служить препятствием для оценки полной суммы убытка (например, недополученной прибыли). В таких случаях хозяйствующий субъект может выбрать обращение с иском, направленным лишь на возмещение реального ущерба, связанного с подготовкой к входу на рынок. Например, если потенциальный конкурент понес инвестиционные затраты (осуществил капитальные вложения), но не смог выйти на рынок в силу ограничения конкуренции, то он может выбрать предъявление иска к нарушителю лишь на сумму данных инвестиционных затрат. При этом бремя доказывания того, что такой подход обоснован с экономической точки зрения и что данные инвестиции полностью окупились бы при отсутствии нарушения, лежит на пострадавшем лице.

4.4.      Оценка убытков для покупателей.

Конечной целью ограничения конкуренции является увеличение или усиление рыночной власти. Следовательно, в долгосрочном плане ограничение конкуренции может привести либо к более высоким ценам, либо к снижению доступности, более низкому качеству товаров и услуг. Соответственно, ограничение конкуренции может привести к ущемлению интересов потребителей рассматриваемого товара (услуги). Наравне с имеющимися и потенциальными конкурентами нарушителя, покупатели также имеют право на возмещение причиненных им убытков.

При этом ограничение конкуренции может привести к убыткам для покупателей, как с момента начала нарушения, так и позднее. А именно - возможны ситуации, когда покупатели вначале выигрывают в результате нарушения, но несут убытки в последующем. Так, если доминирующий хозяйствующий субъект устанавливает монопольно низкие цены с целью вытеснения конкурентов с рынка и с целью последующего установления монопольно высоких цен, покупатели вначале выиграют, но затем понесут убытки.

Если убытки покупателей, которые они несут в результате ограничения конкуренции, вызваны необоснованно высокими ценами, то оценка убытков проводится в соответствии с методами, рассмотренными в разделе 3. Ограничение конкуренции также может привести к снижению доступности товаров и услуг или снижению их качества, что способно причинить убытки потребителям соответствующих товаров и услуг. В той степени, в которой эта характеристика подлежит объективному количественному измерению, общие методы расчета убытков, описанные в разделе 2, будут применимы и в данном случае.