

Сложности антимонопольного контроля за корпоративными закупками

Действующая редакция Закона № 223-ФЗ дает хозяйствующим субъектам почти полную свободу в определении способов проведения торгов и их победителей. Этим пользуются недобросовестные компании. А регулятор, прежде чем устранить нарушение, вынужден тратить время на проверку корпоративного положения и выявлять в нем позиции, разработанные специально под интересы заказчика. Чтобы решить проблему, необходимо дополнить закон новыми нормами.

Проблемное положение

С самого появления Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223-ФЗ, Закон) дискуссии вызывали его нормы, касающиеся положения о проведении организацией закупки для собственных нужд. Предполагалось, что хозяйствующие субъекты добросовестно отнесутся к разработке таких положений и учтут требования законодательства в части создания равных конкурентных условий для всех участников закупок.

В Законе № 223-ФЗ нет жестко установленных процедур, по которым следует определять победителей торгов. При обсуждении проекта закона вносились предложения о необходимости согласования компаниями положения о закупках с уполномоченным контролирующим органом, чтобы устранить противоречия с антимонопольным законодательством и иными нормативными актами.

Однако эта идея оказалась нереализуемой: ее исполнение было слишком трудоемким, а оценка контролеров страдала субъективизмом. Возникла патовая для регулятора ситуация: с одной стороны, декларативный закон, обязывающий проводить торги по установленным случаям; с другой — почти полная свобода хозяйствующих субъектов и учреждений в определении способов проведения торгов и их побе-



Каир Бабаев,
руководитель Дагестанского УФАС России,
канд. экон. наук

В Законе № 223-ФЗ нет жестко установлен- ных процедур, по которым следует опре- делять побе- дителей торгов

дителей. Рассмотрев жалобу и определив несоответствие положения о закупках нормам конкурентного законодательства, невозможно отменить неправильные результаты торгов, если они отвечают самостоятельно разработанному действующему положению.

Как правило, регулятору сначала нужно принять меры по согласованию положения с требованиями законодательства, а потом уже переходить к исправлениям по конкретным закупкам, что бывает поздно и невозможно сделать. Положения размещаются на общедоступных сайтах, поэтому антимонопольная служба имеет возможность их проанализировать на соответствие нормам закона. Но удастся ли при этом проверить весь массив таких документов и выявить позиции, специально разработанные под «собственные» интересы заказчика?

Ответ очевиден: это невозможно. Тем не менее в спорах о взаимосвязанности действий антимонопольного органа судьи порой принимают как аргумент необходимость в первую очередь внести поправки в положение и в последующем изменить порядок проведения торгов, установленный заказчиком. В результате разбирательства завершаются не в пользу ФАС России.

Предложение по поправкам в закон

Закон № 223-ФЗ пока мало соответствует своему предназначению. У корпоративных закупщиков объемы ресурсов для реализации на конкурентных торгах не меньше, чем по освоению бюджетных средств по Федеральному закону от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ). Предметы торга у компаний зачастую более универсальные, чем у бюджетников, а значит, он может проходить с большей конкурентной привлекательностью. Но эта сфера остается сонным царством, где взаимодействуют заказчики и хорошо осведомленные об их потребностях постоянные подрядчики.

Как показывает статистика регионов, число жалоб на корпоративные закупки не составляет и десятой доли жалоб на параллельные конкурсные торги по Закону № 44-ФЗ. Казалось бы, интерес к таким закупкам должен быть высоким, так как ценообразование

на предмет торга более демократичное и практически свободное, а возможностей получить доход больше, чем в бюджетной системе. Все объясняется тем, что манипуляции заказчика — начиная от формирования положения о закупках и заканчивая произвольными способами переторжек уже полученных результатов торгов — выводят на выбранного им подрядчика.

Для повышения эффективности закупок необходимо дополнить Закон № 223-ФЗ разделами, регламентирующими ценообразование, процедуру проведения конкурентных закупок, способы их проведения, порядок и перечень случаев, когда возможны неконкурентные закупки.

Парадоксы при определении НМЦК

Разберем два парадокса при определении начальной (максимальной) цены контракта (далее — НМЦК) по закупкам для бюджетных нужд и корпоративных организаций.

Закупки для бюджетных нужд

Определение исполнителя заказа при закупках для бюджетных организаций — это результат последовательных действий, установленных решениями государственных органов, но никак не проявление рыночной власти того или иного хозяйствующего субъекта.

Возьмем идеальный случай, когда НМЦК рассчитана в полном соответствии с реальными условиями на товарном рынке и при исполнении контракта возможно извлечь только нормативную прибыль в пределах 5–7%. Будем исходить из того, что если цена рассчитана правильно, то ее уменьшение в результате торгов однозначно отражается на качестве исполнения заказа.

Возникают вопросы. Необходимо ли стимулировать убывающую динамику процедуры установления аукционной цены? Есть ли смысл выявлять уровень взаимодействия участников закупочной процедуры, определять соотношение распределения заказа и доходы, которые может получить компания? Тем более в свете изменений, запрещающих выплату аванса при исполнении контракта, заключенного с участником закупки, который снизил НМЦК более чем на 25% (Федеральный закон от 01.05.2019 № 71-ФЗ «О внесе-

нии изменений в Федеральный закон „О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд“»).

Злоупотребления, касающиеся совместных действий участников закупочных процедур по бюджетным поставкам, законодательно переведены в плоскость картельных сговоров. Классическое понимание картеля расходится с его сутью в случаях применения законодательства о контрактной системе. Картель — это как минимум проявление рыночной власти в сговоре по ценам, или по разделению рынка, или по отказу от реализации товара определенным группам лиц в целях извлечения монопольно высоких доходов. Действия при этом осуществляются на свободных товарных рынках. При бюджетных закупках основные действия, связанные с определением предмета торгов и его стоимости, совершает орган госвласти.

Если признать, что картели в бюджетных закупках — это в том числе совокупный отрицательный результат системы госуправления по ценообразованию, методики определения НМЦК, системы отбора подрядчика, то необходимо направить главные контрольно-регулятивные полномочия на их совершенствование. Но как законодатель, так и органы исполнительной власти меньше всего прилагают к этому усилия.

Корпоративные закупки

Корпоративные закупки и их организаторы находятся под гораздо более ощутимой рыночной властью. У закупок и осуществляемых во время них действий больший «картельный потенциал». Чтобы убедиться в этом, достаточно проанализировать в динамике взаимоотношения субъекта естественной монополии с подрядчиками и протоколы проведенных торгов. Только эти сговоры законодательно прикрыты положениями о закупках. Чтобы можно было их находить и квалифицировать, нужны четкие законодательные нормы, методики выявления нарушений. Без этого любые расследования по корпоративным закупкам обречены на провал.

По двум направлениям закупок — для бюджетных нужд и для компаний — прослеживаются любопытные тенденции.

Там, где есть рыночная стихия, органы госвласти не создали инструментария для пресечения картелей и иных злоупотреблений,

в целом не сформирован механизм для оптимизации корпоративных закупок.

Для бюджетных закупок, казалось бы, достаточно привести в порядок систему формирования начальных цен контрактов, а далее, сколько бы субъектов ни участвовало в исполнении контракта и разделении нормативной прибыли, это для заказчика несущественно. Но вместо того, чтобы улучшать систему ценообразования, законодатель все эти годы совершенствует систему выявления сговоров на торгах для бюджетных нужд, где цены устанавливают органы госвласти. И теперь многократные действия заказчика и подрядчика — один из основных элементов признания сговора, что само по себе отпугивает от этой системы реальных участников конкурентных процедур.

Слабые позиции Закона № 223-ФЗ

Закупочная деятельность должна регламентироваться законодательными нормами, а не актами корпоративной организации или учреждения. Только в этом случае Закон № 223-ФЗ приобретет статус исполнимости и обязательности по установленным нормам. Иначе его стоит упразднить и руководствоваться общими положениями ГК РФ.

К тому же ряд позиций самого Закона № 223-ФЗ делает ничтожным смысл его функционирования в текущем варианте.

1. С нашей точки зрения, есть противоречие в том, что закон ограничивает рассмотрение антимонопольным органом жалобы только доводами, составляющими предмет обжалования. Юридическая наука позволяет контролирующим и судебным органам при принятии спорных решений пользоваться аналогией права.

Бюджетные и корпоративные закупки настолько однородны, что изначально эти процедуры предполагалось проводить по единому регламенту. Законодатель после того, как принял Закон № 223-ФЗ и ограничил рассмотрение жалобы ее предметом, не только лишил контрольный орган возможности полноценно исследовать материал на соответствие закону, но и отсек от случаев применения аналогии права. Логика в этом нет, поскольку контролирующий орган всту-

пает в дело, лишь если корпоративный закупщик и участник торгов не смогут сами разрешить спорную ситуацию.

Как показывает практика, у таких случаев динамика убывающая. При этом даже по предмету спора суды возвращают правоприменителя к внесению изменений в положение о закупках и только после этого к восстановлению нарушенных прав участника торгов по конкретным жалобам. И пока правоприменитель разбирается с положением о закупках, теряется смысл самого спора и действий сторон по обжалованной ситуации.

Представляется, что следует повысить компетенцию правоприменительных уполномоченных органов, довести ее в этой части до уровня закона по бюджетным закупкам. Другими словами, разбираться и принимать решения по всему предмету корпоративной закупки и исправлять заказчика по всем формулировкам, заточенным под одного исполнителя.

Пример из практики Дагестанского УФАС России

Одна из крупнейших естественных монополий в 2020 г. провела открытый конкурс в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по охране объектов электроэнергетики. По истечении сроков подачи заявок, предварительно их изучив и, видимо, выявив потенциального победителя без продления указанных сроков, заказчик начал рассылку запросов для получения дополнительной информации.

Во всех официальных источниках торги получили статус завершенных, и заказчик должен был из имеющихся материалов определить победителя. На самом деле субъект естественной монополии запросами пытался получить улучшенные показатели у организации, которая должна была стать победителем. Это ему удалось и послужило для проигравшего участника основанием для того, чтобы подать жалобу в Дагестанское УФАС России.

Чтобы подчеркнуть декларативность требований закона, укажем на то, что заявитель может вести себя недобросовестно и использовать антимонопольный орган в качестве инструмента для шантажа заказчика. Не дождавшись, когда будет назначено рассмотрение жалобы, он почти сразу подает жалобы на территориальное управление во все инстанции. Когда УФАС, собрав и проанализировав материал

по нарушениям, готово принять решение об отмене результатов торгов, заявитель отказывается от претензий и просит прекратить рассмотрение дела. Учитывая обстоятельства рассмотрения в пределах доводов заявителя, регулятор обязан это сделать.

Легко предположить, какие действия совершены с той и другой стороны, чтобы преодолеть возможные последствия от решения антимонопольного органа. Внеплановая проверка, проведение новых торгов, полноценная конкуренция на торгах сэкономили бы не один миллион рублей.

Подобные случаи часты. Изменить ситуацию можно, только если преодолеть философские подходы к закону и усилить его обязательными нормами для заказчиков и участников торгов.

2. Слабая позиция Закона № 223-ФЗ, на наш взгляд, заключается в предоставлении заказчику права определять исчерпывающий перечень и способы закупок у единственного поставщика. Закон обеспечивает легальность согласованных действий заказчика с любым желательным для него подрядчиком по реализации предмета закупки.

Приведем пример того, к каким последствиям приводят закупки с единственным исполнителем даже при не самих плохих позициях в положении корпоративного заказчика.

Пример из практики Дагестанского УФАС России

Государственное автономное учреждение принимает положение о закупках, по которому для всех закупок менее 1 млн руб. в месяц заключаются контракты с единственным поставщиком. Тем же путем подписываются контракты, связанные с проведением международных мероприятий и обеспечением визитов делегаций иностранных государств на сумму не выше 10 млн руб. В течение года более 50% ресурсов расходуются без проведения торгов. В конце года объявляется закупка на 11 млн руб. с единственным исполнителем, но методом конкурентных переговоров. По мнению заказчика, такие переговоры с единственным поставщиком являются конкурентным способом закупки.

Подобные варианты закупок учреждение практиковало несколько лет, пока одна из сотрудниц не уволилась и не обжаловала форму конкурентных переговоров как антимонопольное нарушение. УФАС

*Механизм
для оптимизации
корпоративных закупок
не сформирован*

Закон № 223-ФЗ надо дополнить разделами по установ- ленным видам закупочных процедур, ал- горитмам их проведения

признало этот способ заключения договора нарушением законода-
тельства и вынесло соответствующее решение только в отношении
одной закупки, проведенной по схеме конкурентных переговоров.
Все остальные закупки, по мнению регулятора, отвечают Закону
№ 223-ФЗ.

В описанном случае поводом для обращения в антимонопольный
орган послужило неисполнение учреждением обязательств перед
организацией, куда перешла работать уволенная сотрудница. Инте-
ресно и то, что бóльшая часть договоров с единственным исполните-
лем также заключена именно с организацией жалобщика.

Неконкурентное поведение заказчика выявлено не благода-
ря действиям уполномоченного органа, не по какому-то внятному
алгоритму, определенному правовым актом, а случайным образом,
из-за взаимных материальных претензий заказчика и исполнителя.
Перечень закупок с единственным исполнителем по корпоративным
закупкам может быть сильно короче, чем в случаях с бюджетными
закупками, поэтому он должен быть исчерпывающим и установлен-
ным в рамках закона.

Неопределенность с корпоративными закупками влияет и на та-
рифную базу регулируемых организаций. Тарифные эталоны, пред-
лагаемые ФАС России для субъектов естественных монополий, могут
быть опрокинуты в том числе давлением на затратную часть органи-
заций системой закупок, предполагающей более четкую регламента-
цию и стратегическое планирование. Универсальный тариф потре-
бует также универсальных процедур по всей системе корпоративных
закупок.

Полагаем, что до принятия закона о государственном регулирова-
нии тарифов необходимо доработать Закон № 223-ФЗ, дополнив его
разделами по установленным видам закупочных процедур, алгорит-
мам их проведения, перечню закупок у единственного поставщика.