**УДК 346**

Попов Георгий Денисович

Уральский государственный юридический университет

Россия, Екатеринбург

giapd@bk.ru

**КАРТЕЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ НА ТОРГАХ: ОСОБЕННОСТИ ВЫЯВЛЕНИЯ И ДОКАЗЫВАНИЯ**

**Аннотация:** В статье рассматриваются основные признаки и схемы реализации картелей на торгах, анализируется правоприменительная практика на предмет возможных прямых и косвенных доказательств их существования, анонсируются изменения, предлагаемые к внесению в антимонопольное законодательство в части повышения эффективности выявления и пресечения картелей.

**Ключевые слова:** картель (картельный сговор, картельное соглашение), торги, конкуренция, антиконкурентное поведение, аукционный робот.

Рыночные отношения, складывающиеся в современном мире, в том числе и в России, в значительной степени подвержены негативному воздействию со стороны их недобросовестных участников, которые своими действиями, направленными на ограничение конкуренции, нивелируют саму сущность этих отношений, выражающуюся в конкурентной борьбе за лучшие условия и результаты коммерческой деятельности. Одним из проявлений такого негативного воздействия на товарные рынки, о котором пойдет речь в настоящей статье, являются картельные соглашения.

В рамках данной работы я более подробно остановлюсь лишь на проблеме выявления и доказывания картелей[[1]](#endnote-1) в сфере закупок товаров, работ и услуг, или картелей на торгах, как наиболее картелизованной области. Согласно официальной статистике, представленной ФАС РФ[[2]](#endnote-2), в России за 2019 год было возбуждено 424 дела о нарушении антимонопольного законодательства в части принятия антиконкурентных соглашений, среди которых 372 (71,7%) – в отношении сговоров на торгах. При этом, по сравнению с 2018 годом процентное отношение всех выявленных антиконкурентных сговоров к сговорам на торгах сократилось (в 2018 – 85,2%). Тем не менее, торги были и остаются наиболее уязвимой для картелизации средой.

Торги можно рассматривать как самостоятельный товарный рынок, однако с определенным, установленным законодательством способом реализации (приобретения) товара[[3]](#endnote-3). Повышенный интерес к участию в закупках как площадке, на которой существует реальная возможность реализации картельного соглашения, обусловлен, прежде всего, возможностью «получить» контракт по цене, приближенной к начальной максимальной цене контракта (далее – НМЦК). В условиях конкуренции такой шанс стремится к нулю, однако с организацией картеля достижение заветной цели уже не кажется таким призрачным.

Далее предлагаю рассмотреть наиболее распространенные среди недобросовестных участников рынка схемы, позволяющие им устранять конкуренцию и, благодаря этому, выигрывать торги.

Первая из них – схема «Подыгрыш»[[4]](#endnote-4). Ее суть заключается в следующем. Несколько, как правило, достаточно крупных компаний создают картель, в который привлекают иные, менее крупные. Цель участия последних в таком сговоре исключительно одна – создание видимости конкурентной борьбы на торгах. В итоге выигрывает их всегда одна и та же компания (картель чаще всего создается на долгосрочный период с целью его реализации на многих торгах), благодаря содействию тех самых подставных участников. Безусловно, подыгрывающие извлекают и для себя определенную выгоду из этого сговора. Так, на практике достаточно широко распространены случаи, когда победившая на торгах фирма изначально не собирается исполнять контракт, а заключает с иными участниками данных торгов, являющимися участниками картеля, договоры субподряда, давая им таким образом возможность самим выполнить работы по контракту вместо себя и получить определенный процент от его конечной стоимости.

Фирмы могут договариваться побеждать на торгах и по очереди. Такую схему на практике именуют «Карусель»[[5]](#endnote-5). Помимо определения тех, кто в каких торгах побеждает, участники картеля могут договориться о том, кто в каких торгах вообще будет принимать участие. Данная схема в наибольшей степени (по сравнению с «Подыгрышем») позволяет обеспечить максимальный уровень латентности заключенного картельного соглашения.

Схема «Таран»[[6]](#endnote-6) - наверно, самая популярная среди участников картеля. В него, как правило, входят три компании. На первом этапе торгов две из них ведут активную «конкурентную» борьбу друг с другом и с иными, добросовестными участниками, не входящими в картель. В итоге цена снижается до суммы, как правило, ниже 50% от НМЦК, причем достаточно быстрыми темпами. Таким образом, два участника картеля занимают на первом этапе торгов соответственно первое и второе место. Такое значительное снижение цены контракта приводит к потере интереса со стороны многих добросовестных участников торгов в дальнейшей борьбе за победу. На втором, дополнительном этапе торгов третий участник картеля (именно он по договоренности участников картеля должен победить в торгах) «соревнуется» с оставшимися добросовестными участниками, предлагая цену чуть ниже предложенной последним добросовестным участником. По сути, его задача – занять третье место в торгах после остальных двух картелистов. Смысл состоит в том, что после окончания торгов по результатам проверки вторых частей заявок участников (в которых они должны представить полный пакет документов в соответствии с требованиями законодательства и заказчика) окажется, что компании, занявшие первое и второе место (участники картеля), не представили документацию в полном объеме (разумеется, умышленно), что повлечет за собой их выбытие с торгов и переход статуса победителя, и, соответственно, права заключить контракт к третьему участнику картеля.

Помимо названных выше схем антиконкурентного поведения на торгах существуют и иные признаки, позволяющие выявить недобросовестных участников. Так, минимальное число участников на потенциально высококонкурентных торгах может свидетельствовать о наличии антиконкурентной договоренности, в силу которой некоторые хозяйствующие субъекты обязуются не участвовать в торгах, тем самым искусственно создавая предпосылки для борьбы в отсутствие возможной конкуренции. Минимальное снижение НМКЦ в ходе торгов (как правило, в пределах от 0,5 до 1% «шага аукциона»), особенно при многократности подобных действий, также указывает на их антиконкурентную природу. Кроме того, отказ от дачи ценовых предложений в ходе торгов определенными участниками, а равно неявка подавших заявку участников на торги являются экономически необоснованными, ведь участие в данной процедуре связано со значительными затратами как финансовыми, так и временными[[7]](#endnote-7). При этом отсутствие ценовых предложений от одного из участников торгов само по себе не свидетельствует о наличии между участниками соглашения, запрещенного антимонопольным законодательством[[8]](#endnote-8).

Все вышеуказанные действия, осуществляемые участниками торгов, являются так называемыми косвенными доказательствами наличия заключенного картельного соглашения. Их косвенность заключается в том, что они не прямо подтверждают факт картельного сговора, а лишь указывают на нетипичность поведения участников, его экономическую необоснованность в условиях конкурентной борьбы. Прямые же доказательства непосредственно подтверждают наличие картельного соглашения.

Примерный перечень и тех, и других доказательств дополняется Разъяснением N 3 Президиума ФАС России "Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах" (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 N 3)[[9]](#endnote-9). Так, к прямым доказательствам ФАС относит письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде. Среди косвенных доказательств также называются: использование участниками торгов одного и того же IP-адреса (учетной записи) при подаче заявок и участии в электронных торгах; фактическое расположение участников соглашения по одному и тому же адресу; оформление сертификатов электронных цифровых подписей на одно и то же физическое лицо; формирование документов для участия в торгах разных хозяйствующих субъектов одним и тем же лицом; наличие взаиморасчетов между участниками соглашения, свидетельствующее о наличии взаимной заинтересованности в результате реализации соглашения.

Как определяется тем же Разъяснением, факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств. Отсюда следует, что антимонопольному органу для установления картеля необходимо иметь всего лишь одно прямое доказательство или же несколько косвенных, совокупность которых была бы достаточной для констатации факта наличия картельного сговора. Этот же вывод подтверждается и Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 N А42-2564/2014[[10]](#endnote-10), согласно которому для установления антиконкурентного соглашения необходимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий (при отсутствии доказательств обратного) может сыграть решающую роль. Применительно к картелям на торгах также существует позиция ФАС, подтвержденная впоследствии судами, содержащаяся в Решении ФАС России по делу N 1 11/158-10 от 06.07.2011[[11]](#endnote-11); решениях судов по делу N А40-106906/11. Решениями была подтверждена возможность доказывания картеля на торгах, исходя исключительно из поведения его участников до, после и во время торгов при отсутствии каких-либо прямых доказательств картеля.

Наиболее полно предмет доказывания по делу о картеле на торгах отражен в Определении Верховного Суда РФ от 23.03.2016 N 303-ЭС16-1300 по делу N А51-23833/2013[[12]](#endnote-12). Так, квалификация поведения хозяйствующих субъектов как противоправных действий по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции предполагает установление таких факторов, как намеренное поведение каждого хозяйствующего субъекта определенным образом для достижения заранее оговоренной участниками аукциона цели; причинно-следственная связь между действиями участников аукциона и поддержанием цены на торгах; соответствие результата действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и одновременно их заведомая осведомленность о будущих действиях друг друга; а также взаимная обусловленность действий участников аукциона при отсутствии внешних обстоятельств, спровоцировавших синхронное поведение участников рынка. Очевидно, что совокупность данных обстоятельств подлежит установлению в том случае, когда отсутствуют какие-либо прямые доказательства, непосредственно указывающие на наличие картельного соглашения (см. выше), однако имеется ряд косвенных. Это следует из того, что в случае выявления антимонопольным органом прямого волеизъявления хозяйствующих субъектов на манипулирование ценой на торгах отсутствует необходимость в доказывании наступления негативных последствий в виде ограничения конкуренции, а также причинно-следственной связи между действиями картелистов и изменением цены на торгах, поскольку в отношении картеля как соглашения действует запрет per se, т.е. безусловный запрет[[13]](#endnote-13).

Борьба с картелями – одно из важнейших направлений деятельности антимонопольных органов России. 17 июня 2019 года Правительством РФ было принято Распоряжение №1314-р об утверждении Межведомственной программы мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений на 2019 - 2023 годы[[14]](#endnote-14). Так, предлагается объединить усилия антимонопольных и правоохранительных органов в целях повышения эффективности выявления и пресечения антиконкурентных соглашений. Реализация программы предполагает внесение изменений в действующее антимонопольное законодательство в части наделения антимонопольных органов дополнительными полномочиями.

 Так, предлагается закрепить право антимонопольного органа получать результаты оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ) непосредственно от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (далее – ОРД), по делам об уголовно-наказуемых картелях (в настоящее время материалы ОРМ передаются в следственные органы, которые возбуждают уголовное дело, а затем передают материалы в антимонопольные органы для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства). Такой действующий в настоящее время механизм не вполне оправдан, поскольку зачастую следственный орган не может возбудить уголовное дело без решения антимонопольного органа о наличии картеля (это связано с недостаточной компетентностью должностных лиц соответствующих правоохранительных органов в области антимонопольного регулирования).

Кроме того, законопроектом предусматривается возможность изъятия антимонопольным органом вещей и документов, имеющих доказательственное значение по делам о картелях, уже на стадии антимонопольного расследования в рамках ФЗ «О защите конкуренции», а не только на стадии возбуждения дела об административном правонарушении, право на которое в настоящее время предусмотрено ст.27.10 КоАП РФ[[15]](#endnote-15). Наделение антимонопольного органа таким полномочием обусловлено спецификой привлечения хозяйствующих субъектов к административной ответственности по делу о нарушении антимонопольного законодательства, заключающейся в том, что после проведения проверки возбуждается дело о нарушении антимонопольного законодательства в рамках ФЗ «О защите конкуренции», и только потом, в случае подтверждения нарушения в решении антимонопольного органа, возбуждается дело об административном правонарушении по КоАП РФ. Таким образом, для привлечения к административной ответственности за антимонопольные нарушения необходимо наличие решения антимонопольного органа, имеющего преюдициальное значение. Предоставление полномочия по изъятию предметов и документов на стадии антимонопольного расследования позволит антимонопольному органу оперативно пресечь противоправную деятельность и сформировать доказательственную базу, ведь к моменту возбуждения дела об административном правонарушении данных предметов и документов может уже и не быть[[16]](#endnote-16).

Повышение эффективности выявления и пресечения картелей может быть достигнуто и при помощи использования цифровых технологий. Так, реализация Программы предполагает разработку и внедрение скринингового сервиса - автоматизированной информационной системы «АнтиКартель», которая бы позволила в режиме онлайн выявлять признаки картельных соглашений на торгах и формировать доказательственную базу, подтверждающую их заключение и реализацию, с использованием как открытых, так и закрытых источников информации (ЕИС, данные ФНС, социальные сети и т.п..)[[17]](#endnote-17). В настоящее первый модуль указанной системы, анализирующий открытые Big Data, уже внедрен в работу ФАС.

Однако достижениями процесса цифровизации пользуются и участники антиконкурентных соглашений. В последние годы в практике участились случаи недобросовестного применения аукционных роботов (автоторгов) – программное обеспечение, позволяющее участвовать в торгах в автоматическом режиме. Использование таких программ в целях добросовестного участия в торгах при невозможности присутствия на них во время их проведения является абсолютно легальным. В некоторые электронные площадки такие роботы изначально встроены (Сбербанк-АСТ и РТС-тендер), в остальных же случаях участники имеют право устанавливать соответствующие приложения, которые можно платно скачать в публичном доступе (AuSe, WIN-IT и т.п.). Если же аукционные роботы используются исключительно с целью реализации антиконкурентного соглашения, как это имело место на аукционе по реализации имущества банкрота 14 декабря 2018 года[[18]](#endnote-18), такое использование нельзя считать добросовестным.

В заключение хотелось бы отметить, что любой картель независимо от сферы его реализации, - зло для экономики, ведь последствия его создания угрожают конкуренции как одном из важнейших признаков, выражающих саму сущность рынка. Хочется верить, что Программа, о которой шла речь в настоящей статье, будет постепенно реализовываться, цели, поставленные ею, - достигаться, и к концу 2023 года количество антиконкурентных соглашений значительно сократится.

**Список использованной литературы (включая нормативные правовые акты, правоприменительную практику и Интернет-ресурсы):**

1. Егорова М.А., Кинев А.Ю. Конкурентное право: Учебник. М.: Юстицинформ, 2018. 628 с.
2. Филимонов А.А., Щерба Т.Э. Как идентифицировать картель: классификация картелей, основные признаки, примеры дел // СПС Консультант Плюс. 2018.
3. Федеральный закон "О защите конкуренции" от 26.07.2006 № 135-ФЗ // Российская газета. 2006 г. № 4128. с изм. и допол. в ред. от 24.04.2020.
4. Распоряжение Правительства РФ "Об утверждении Межведомственной программы мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений на 2019 - 2023 годы" от 17.06.2019 № 1314-р // Российская газета. 2019 г.
5. Протокол Президиума ФАС России "Разъяснение N 3 Президиума ФАС России "Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах" " от 17.02.2016 № 3 // СПС КонсультантПлюс
6. Постановление ФАС Московской области от 26.12.2013 N А40-94472/12-17-918 // СПС КонсультантПлюс
7. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 N А42-2564/2014 // СПС КонсультантПлюс
8. Решение ФАС России по делу N 1 11/158-10 от 06.07.2011 // СПС КонсультантПлюс
9. Определение Верховного Суда РФ от 23.03.2016 N 303-ЭС16-1300 по делу N А51-23833/2013 // СПС КонсультантПлюс
10. БОРЬБА С КАРТЕЛЯМИ И ИНЫМИ АНТИКОНКУРЕНТНЫМИ СОГЛАШЕНИЯМИ. ИТОГИ 2019 ГОДА // fas.gov.ru URL: https://fas.gov.ru/system/presentations/attachments/2020/02/4/original.pdf (дата обращения: 18.10.2020).
11. КАРТЕЛИ, «ТАРАН» И ЗАКУПКИ // fas.gov.ru URL: https://fas.gov.ru/news/1551 (дата обращения: 18.10.2020).
12. Интернет-интервью с А.П. Тенишевым, начальником управления по борьбе с картелями Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации: "Противодействие картелям: усиление уголовной ответственности и другие нормативно-правовые изменения антимонопольного законодательства в 2020 году" // www.consultant.ru URL: http://www.consultant.ru/law/interview/tenishev6/ (дата обращения: 18.10.2020).
13. БОЛЬШОЙ ЦИФРОВОЙ КОТ: промежуточные итоги и перспективы // ilns.ranepa.ru URL: https://ilns.ranepa.ru/files/konferentsii/bolshoy-tsifrovoy-kot.pdf (дата обращения: 18.10.2020).
14. ФАС В СМИ: СГОВОР НА ЭЛЕКТРОННОМ АУКЦИОНЕ РАСКРЫЛСЯ ИЗ-ЗА ВЗБЕСИВШЕГОСЯ РОБОТА, КОТОРЫЙ ПОДНЯЛ ЦЕНУ В ВОСЕМЬ РАЗ // fas.gov.ru URL: https://fas.gov.ru/publications/19885 (дата обращения: 18.10.2020).

Popov Georgy Denisovich

Ural State Law University

Russia, Ekaterinburg

giapd@bk.ru

**CARTEL AGREEMENT AT BIDDING: FEATURES OF DETECTION AND PROVING**

**Annotation:** The article examines the main signs and schemes for the implementation of cartels at auctions, analyzes the law enforcement practice for possible direct and indirect evidence of their existence, announces the changes proposed to be introduced into the antimonopoly legislation in terms of increasing the efficiency of identifying and suppressing cartels.

**Key words:** cartel, bidding, competition, anti-competitive behavior, auction robot.

1. Ч.1 ст.11 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ (ред. от 24.04.2020) "О защите конкуренции" [↑](#endnote-ref-1)
2. https://fas.gov.ru/system/presentations/attachments/2020/02/4/original.pdf [↑](#endnote-ref-2)
3. Статья: Как идентифицировать картель: классификация картелей, основные признаки, примеры дел (Филимонов А.А., Щерба Т.Э.) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2018) [↑](#endnote-ref-3)
4. Статья: Как идентифицировать картель: классификация картелей, основные признаки, примеры дел (Филимонов А.А., Щерба Т.Э.) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2018) [↑](#endnote-ref-4)
5. Статья: Как идентифицировать картель: классификация картелей, основные признаки, примеры дел (Филимонов А.А., Щерба Т.Э.) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2018) [↑](#endnote-ref-5)
6. https://fas.gov.ru/news/1551 [↑](#endnote-ref-6)
7. Статья: Как идентифицировать картель: классификация картелей, основные признаки, примеры дел (Филимонов А.А., Щерба Т.Э.) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2018) [↑](#endnote-ref-7)
8. Постановление ФАС Московской области от 26.12.2013 N А40-94472/12-17-918 [↑](#endnote-ref-8)
9. Разъяснение N 3 Президиума ФАС России "Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах" (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 N 3) [↑](#endnote-ref-9)
10. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 N А42-2564/2014 [↑](#endnote-ref-10)
11. Решение ФАС России по делу N 1 11/158-10 от 06.07.2011 [↑](#endnote-ref-11)
12. Определение Верховного Суда РФ от 23.03.2016 N 303-ЭС16-1300 по делу N А51-23833/2013 [↑](#endnote-ref-12)
13. "Конкурентное право: Учебник" (под общ. ред. М.А. Егоровой, А.Ю. Кинева) (науч. ред. И.Ю. Артемьев) ("Юстицинформ", 2018) [↑](#endnote-ref-13)
14. Распоряжение Правительства РФ от 17.06.2019 N 1314-р «Об утверждении Межведомственной программы мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений на 2019 - 2023 годы» [↑](#endnote-ref-14)
15. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 11.08.2020) [↑](#endnote-ref-15)
16. http://www.consultant.ru/law/interview/tenishev6/ [↑](#endnote-ref-16)
17. https://ilns.ranepa.ru/files/konferentsii/bolshoy-tsifrovoy-kot.pdf [↑](#endnote-ref-17)
18. https://fas.gov.ru/publications/19885 [↑](#endnote-ref-18)