

*Д. А. Петров**

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОНТРОЛЯ В ХОДЕ ОРГАНИЗАЦИИ И ПРОВЕДЕНИЯ ТОРГОВ

Антимонопольное регулирование является важным инструментом защиты конкуренции, обеспечивает непосредственное и оперативное воздействие на угрозы ограничения конкуренции, а также предупреждает их возникновение. Государство осуществляет антимонопольное регулирование по нескольким направлениям, формируя антимонопольное законодательство и государственную политику в области конкуренции, принимая прямое участие в конкурентных отношениях, осуществляя государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства.

До настоящего времени в качестве основного инструмента политики использовались защитные механизмы. В первую очередь к ним относится применение антимонопольного законодательства. Сложность заключается в том, что антимонопольное регулирование ограничено довольно узким инструментарием и направлено, прежде всего, на устранение правонарушений, а не на развитие конкуренции.

Тем не менее любое наказание призвано осуществлять и превентивную функцию. Привлекая к ответственности одного правонарушителя, государство непосредственным образом дает понять другим субъектам, что совершение ими подобных противоправных действий приведет к привлечению к ответственности.

Одним из направлений антимонопольного контроля, призванного защитить рынок от антиконкурентного поведения, является контроль за организацией и проведением торгов.

Торги представляют собой особый способ заключения договора, когда контрагент выбирается среди нескольких претендентов как предложивший наиболее высокую цену или лучшие условия и в силу этого выигравший торги. Именно с ним и заключается договор.

Поэтому торгам изначально присущ элемент состязательности, отличающий их как способ заключения договора от обычного способа, предполагающего акцепт оферты. Торги, в которых принимал участие только один участник, не могут обеспечить состязательности между участниками и наиболее выгодных условий для организатора торгов, а потому признаются несостоявшимися (п. 5 ст. 447 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)).

Организация и проведение торгов, как это следует из ст. 448 ГК РФ, осуществляются, как правило, в несколько стадий: а) организация торгов: опубликование извещения о проведении торгов; подготовка требуемой для участия в торгах документации; получение при необходимости разъяснения положений документации; б) проведение торгов: подача заявок на участие в торгах; рассмотрение заявок на участие в торгах;

* Петров Дмитрий Анатольевич — доцент кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук.

© Д. А. Петров, 2010

E-mail: 3772552@mail.ru

проведение оценки и сопоставления заявок на участие в торгах; составление и подписание протокола о результатах торгов; подписание договора (если предметом торгов было только право на заключение договора).

В некоторых сферах вопросы организации и проведения торгов регулируются особо. Так, процедурные вопросы размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»¹ (далее — Закон о размещении заказов) детализированы в намного большей степени в сравнении с ГК РФ и различаются в зависимости от избранного способа размещения заказа. Специальный порядок следует из ч. 4 ст. 161 Жилищного кодекса Российской Федерации, во исполнение которой Постановлением Правительства Российской Федерации от 6 февраля 2006 г. № 75² утверждены Правила проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом.

Поэтому антимонопольное регулирование при проведении торгов учитывает ряд факторов: правовое положение лица, способного оказать воздействие на состояние конкуренции; возможности антиконкурентного поведения лиц, принимающих участие в торгах; наличие этапов в ходе реализации процедурных вопросов организации и проведения торгов; особенности нормативно-правового регулирования в сфере проведения торгов.

Защита конкуренции при проведении торгов, во-первых, обеспечивается путем установления открытого перечня действий, на совершение которых при проведении торгов устанавливается запрет, так как это приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. К таким действиям в силу ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (далее — ЗоЗК) относятся:

- 1) координация организаторами торгов или заказчиками деятельности его участников;
- 2) создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;
- 3) нарушение порядка определения победителя или победителей торгов;
- 4) участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах.

Эти запреты распространяют свое действие на все виды торгов в тех сферах правового регулирования, где предполагаются их организация и проведение.

Во-вторых, ч. 2 и 3 ст. 17 ЗоЗК устанавливают еще два вида специальных запретов, имеющих ограниченную сферу их применения и соответствующую ей специфику правового статуса субъектов. В этих случаях запрещаются:

- 1) не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, если организаторами или заказчиками торгов являются федеральные органы исполнительной власти, органы

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

² Там же. 2006. № 7. Ст. 786.

³ Там же. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, а также при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд;

2) ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

Вместе с тем указанный выше перечень запретов, приводимый в ст. 17 ЗоЗК, не является исчерпывающим. Нарушения могут иметь и иной характер, не позволяющий классифицировать нарушение по одному из определяемых законом запретов.

Так, отказ в допуске к участию в аукционе организаций, имеющих лицензии, предоставляющие право на осуществление функций генерального подрядчика в ходе строительства зданий и сооружений, может привести к ограничению конкуренции. Пункт 1 ст. 706 ГК РФ предусматривает, что если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично, подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц (субподрядчиков). В этом случае подрядчик выступает в роли генерального подрядчика. Отсутствие в лицензии указания на осуществление работ с использованием природного камня не может являться основанием для отказа в допуске субъекта к участию в аукционе, поскольку имеющаяся у него лицензия предоставляет ему право на осуществление функций генерального подрядчика в ходе строительства зданий и сооружений, за исключением сооружений сезонного или вспомогательного назначения.⁴

Представляется ошибочным трактовать подобные действия по п. 2 ч. 1 ст. 17 ЗоЗК в качестве создания участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах. И хотя отказ отдельно взятому участнику в допуске к участию в торгах фактически влечет устранение конкурента для других участников и создание им преимущественных условий участия в торгах, тем не менее суть нарушения в другом — незаконном устранении участника размещения заказа в силу ошибочности вывода о его несоответствии установленным требованиям и условиям допуска к участию в аукционе, что является нарушением норм Закона о размещении заказов.

1. Координация организаторами торгов или заказчиками деятельности их участников.

Координация организаторами торгов или заказчиками деятельности его участников, являясь частным случаем координации экономической деятельности, представляет собой согласование действий участников торгов третьим лицом (организатором торгов или заказчиком).

Статья 17 ЗоЗК не указывает на обязательность установления факта вхождения в одну группу лиц организаторов торгов или заказчиков с участниками торгов. Тем не менее подтверждение этого факта в смысле антимонопольного законодательства означает наличие у них возможности действовать в качестве единого хозяйствующего субъекта, что приводит к отсутствию состязательности и неблагоприятному воздействию на конкуренцию.

⁴ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.12.2009 по делу № А45-12673/2009.

О. А. Беляева⁵ указывает, что участие компаний, связанных каким-либо образом с организаторами или заказчиками торгов, подпадает под запрет, сформулированный как координация организаторами торгов или заказчиками деятельности участников торгов. Взаимосвязанными с заказчиками торгов чаще всего оказываются государственные или муниципальные унитарные предприятия, учрежденные от имени государства или муниципального образования тем же органом власти, который выступает заказчиком размещения конкретного заказа.

Тем не менее сам факт наличия отношений взаимосвязанности еще не составляет суть рассматриваемого нарушения антимонопольного законодательства.

Так, участие в торгах по продаже муниципального имущества аффилированных лиц либо группы лиц само по себе не влечет недействительность торгов.⁶ В данном случае оспариваемые истцом торги проводились в соответствии с Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства».⁷ Однако нормы ЗоЗК не содержат прямого запрета на участие в торгах аффилированных лиц либо группы лиц, а для констатации факта нарушения порядка проведения торгов необходимо представить доказательства того, что действия аффилированных лиц либо группы лиц повлекли за собой недопущение, ограничение или устранение конкуренции.

Важным представляется установление другого обстоятельства — согласование действий участников торгов со стороны организаторов торгов или заказчиков, которое приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Для предотвращения этого, например, Закон о размещении заказов (ч. 6 ст. 20, ч. 6 ст. 3, ч. 6 ст. 41.1, ч. 4 ст. 46, ч. 7 ст. 53) прямо запрещает при проведении конкурса (аукциона, открытого аукциона в электронной форме, при подаче котировочной заявки) какие-либо переговоры заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации или конкурсной комиссии с участником размещения заказа. В случае нарушения указанного положения конкурс (аукцион, открытый аукцион в электронной форме) может быть признан недействительным по иску заинтересованного лица в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

Не будет являться нарушением антимонопольного законодательства и участие в конкурсе двух организаций (помимо остальных участников конкурса), которые являются аффилированными лицами по отношению друг к другу. Конкурс будет признан несостоявшимся, если в нем участвовали только претенденты, составляющие группу лиц. Действия организаторов конкурсов, направленные на отстранение от участия в конкурсе претендентов, составляющих группу лиц, при условии участия в конкурсе иных заявителей рассматриваются антимонопольным органом как необоснованное ограничение доступа к участию в конкурсе.⁸

⁵ Беляева О. А. «Неконкурентные торги»: сущность, формы проявления и правовые последствия // Право и экономика. 2008. № 3.

⁶ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.01.2010 по делу № А75-3404/2009.

⁷ СЗ РФ. 2008. № 30 (ч. 1). Ст. 3615.

⁸ Письмо ФАС России от 21 апреля 2005 г. № 77-16-580/5. — Цит. по: Беляева О. А. «Неконкурентные торги»: сущность, формы проявления и правовые последствия.

2. Создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом.

Преимущество здесь следует понимать как качество, не только возвышающее какого-либо участника или нескольких участников, но и дающее ему (им) перевес над другими.

Учитывая, что запрет на создание преимущественных условий участия в торгах должен восприниматься через призму конкурентной борьбы, исключения из него могут быть установлены федеральным законом, в силу чего преимущественные условия участия следует разделить на необоснованные (не предусмотренные законом) и обоснованные (предусмотренные законом).

К числу последних можно отнести, например, установление обязанности для государственных заказчиков (за исключением случаев размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности государства) и муниципальных заказчиков осуществлять размещение заказов у субъектов малого предпринимательства в размере не менее чем десять и не более чем двадцать процентов общего годового объема поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, установленным Правительством Российской Федерации, путем проведения торгов, запроса котировок, в которых участниками размещения заказа являются такие субъекты (ч. 1 ст. 15 Закона о размещении заказов).

Создание преимущественных условий участия в торгах может осуществляться различными субъектами (собственником вещи или обладателем иного имущественного права на нее, государственным или муниципальным заказчиком, специализированной организацией, организующей торги) и выражаться в различных действиях, главным итогом которых будет неравенство участников торгов.

Преимущество может выражаться в создании таких правил оценки, которые заведомо воспрепятствуют новым хозяйствующим субъектам, категорируемым по определенным критериям, победить в конкурсе и войти на рынок. Так, установленные организатором конкурса критерии оценки конкурсных предложений участников предоставляли очевидное преимущество операторам связи, имеющим лицензии на конкурсной территории лота по сравнению с теми операторами, которые не имеют лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи на конкурсной территории лота.⁹

Фактически невозможность участникам конкурса, которые не имеют лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи на конкурсной территории лота, победить в нем, независимо от их экономических, организационных и иных возможностей оказывать данную услугу на конкурсной территории, приводит к отказу таких лиц от участия в данном конкурсе, что ограничивает конкуренцию.

Включение в конкурсную документацию к открытому конкурсу на поставку мусоровозной техники условий (характеристик поставляемой техники), ограничивающих конкуренцию путем указания на завод-изготовитель поставляемого товара, создает необоснованные преимущества, вследствие чего круг участников конкурса сократился

⁹ Постановления ФАС МО от 22.07.2008 № КА-А40/5051-08-1,2; от 23.06.2009 № КГ-А40/4403-09; от 17.06.2009 № КГ-А40/4431-09; от 03.06.2009 № КГ-А40/4505-09.

до одного, поскольку такая техника находилась только у него и об этом заказчику было известно.¹⁰

Создание преимущественных условий может выражаться в установлении необоснованно короткого периода времени на подачу заявок (без учета большого количества желающих принять участие в аукционах), неуказании в извещениях о предварительной записи на проход в здание, в котором подаются заявки; запрете для заявителей на возможность подачи заявок посредством почтовой связи; нарушении открытой формы торгов; непринятии заявок через канцелярию; неформальности пропусков для прохода в здание по заявкам, направленным телеграммами.¹¹

Таким образом, создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах проистекает из действий, совершаемых именно в ходе организации, а не проведения торгов.

3. Нарушение порядка определения победителя или победителей торгов.

Вне зависимости от типа реализуемой процедуры проведения торгов определение победителя или победителей торгов представляет собой лишь этап в общем процессе, целью которого является заключение договора. Поэтому квалификацию нарушения порядка определения победителя или победителей торгов предваряет констатация факта нарушения установленных правил проведения торгов применительно к той или иной сфере правового регулирования.¹² Если протокол заседания конкурсной комиссии не содержит информацию о критериях определения победителя конкурса, о конкурсных предложениях участников, о результатах голосования по этим предложениям, то исковые требования о признании недействительным конкурса на предоставление территории охотничьего хозяйства для долгосрочного пользования объектами животного мира удовлетворены правомерно ввиду существенных нарушений порядка его проведения.¹³

Нарушение порядка определения победителя или победителей торгов может обуславливаться и нарушениями, допущенными на ранних стадиях. Так, если оценка и сопоставление конкурсной заявки одного участника произведена конкурсной комиссией на основе и с учетом недостоверных сведений, представленных другим участником конкурса, то решение конкурсной комиссии в части признания последнего победителем конкурса незаконно и нарушает права и законные интересы первого участника.¹⁴

Вместе с тем не всякое нарушение порядка определения победителя или победителей торгов влечет констатацию факта нарушения антимонопольного законодательства. Установив, что предмет конкурса определен в конкурсной документации с нарушением требований Правил проведения открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 6 февраля 2006 г. № 75), а именно в перечень дополнительных работ включены работы, отнесенные названными Правилами к обязательным, — подготовка многоквартирного дома к сезонной эксплуатации, проведение технических осмотров и устранение незначительных неисправностей в системах электротехнических устройств, суды пришли к выводу, что указанные нарушения не повлияли на

¹⁰ Постановление ФАС ВСО от 03.06.2008 № А19-11549/07-Ф02-2286/08 по делу № А19-11549/07.

¹¹ Постановление ФАС МО от 30.04.2009 № КА-А40/2126-09 по делу № А40-40222/08-153-445.

¹² Постановление ФАС ВВО от 29.12.2008 по делу № А31-3106/2008-20.

¹³ Постановления ФАС УО от 10.03.2009 № Ф09-985/09-С6; от 11.02.2009 № Ф09-63/09-С6.

¹⁴ Постановление ФАС ВСО от 29.04.2009 № А74-945/08-Ф02-1687/09.

определение победителя торгов и результат конкурса. Материалы дела не свидетельствовали о том, что именно в результате предложения большего объема работ, относящихся к обязательным, определен победитель.¹⁵

4. Участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах.

В силу п. 2 ст. 447 ГК РФ в качестве организатора торгов могут выступать собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация. Специализированная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права (являющимися в этом случае заказчиками) и выступает от их имени или от своего имени.

Применительно к сфере размещения заказов заказчиками (государственными и муниципальными заказчиками) выступают соответственно государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, а также бюджетные учреждения, иные получатели средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации или местных бюджетов при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг за счет бюджетных средств и внебюджетных источников финансирования (ч. 1 ст. 4 Закона о размещении заказов). Для осуществления организационных функций по размещению заказа путем проведения торгов заказчик или уполномоченный орган (в случае, если такое право предусмотрено решением о создании уполномоченного органа) вправе привлечь специализированную организацию, которая не может быть участником размещения заказа (ст. 6 Закона о размещении заказов).

В любом случае факт участия организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Презюмируемая взаимосвязанность между указанными субъектами противоречит самой идее заключения договора на торгах, базисом которой служит состязательность, свободная конкуренция между участниками, что приводит к выбору в качестве победителя (и соответственно контрагента по договору) субъекта, предложившего наилучшие условия или наиболее высокую цену.

Допуск муниципального заказчика на основании протокола рассмотрения конкурсных заявок к участию в конкурсе и признание его участником конкурса нарушают запрет на участие заказчика торгов непосредственно в торгах и влечет за собой признание открытого конкурса недействительным.¹⁶

5. Запрещается не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, если организаторами или заказчиками торгов являются федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, а также при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

¹⁵ Постановление ФАС УО от 17.08.2009 № Ф09-5811/09-С5.

¹⁶ Постановление ФАС МО от 24.03.2008 № КГ-А41/1696-08.

Данный запрет, предусматриваемый ч. 2 ст. 17 ЗоЗК, является дополнительным по отношению к рассмотренным выше запретам при проведении торгов.

Ограничение доступа к участию в торгах проявляется в бесосновательном устранении хозяйствующего субъекта от участия в процедурах проведения торгов, создании необоснованных препятствий.

Об ограничении доступа к участию в торгах могут свидетельствовать: неправильное категорирование субъектов и размещение заказа только у субъектов малого предпринимательства;¹⁷ установление дополнительных критериев (наличие у участника проекта организационной структуры и штатного расписания, позволяющих принять на работу работников предыдущего коммунального оператора в составе не менее 5000 человек; соглашения о намерениях о переводе на себя в случае признания победителем открытого конкурса просроченной кредиторской задолженности предыдущего коммунального оператора в размере не менее 700 млн руб.);¹⁸ отстранение от участия в конкурсе претендентов, составляющих группу лиц, при условии участия в конкурсе иных заявителей.¹⁹

Ограничение доступа к участию в торгах может предусматриваться федеральными законами или иными нормативными правовыми актами, чем будут обеспечиваться создание конкурентной среды за счет поддержки экономически слабых хозяйствующих субъектов либо поддержка национальных товаропроизводителей. Так, Закон о размещении заказов в целях поддержки субъектов малого предпринимательства в размещении заказа (ст. 15) обязывает государственных заказчиков, за исключением случаев размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности государства, и муниципальных заказчиков осуществлять размещение заказов у субъектов малого предпринимательства в размере не менее чем десять и не более чем двадцать процентов общего годового объема поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, установленным Постановлением Правительства Российской Федерации от 4 ноября 2006 г. № 642.²⁰

Кроме того, ограничение доступа к участию в торгах имеет место при размещении заказов на товары, происходящие из иностранного государства или группы иностранных государств, работы, услуги, выполняемые, оказываемые иностранными лицами. К ним в силу ст. 13 Закона о размещении заказов применяется национальный режим, предусматривающий равные условия участия в обороте. На основании части 4 указанной статьи Правительством РФ принято Постановление от 13 июня 2006 г. № 369 «Об установлении запретов и ограничений допуска товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами, для целей размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности государства»,²¹ в соответствии с которым приобретение товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, работ, услуг, выполняемых, оказываемых иностранными лицами, для целей размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности

¹⁷ Постановление ФАС ПО от 27.05.2008 № А65-17180/07.

¹⁸ Определение ВАС РФ от 17.11.2008 № 12012/08.

¹⁹ Письмо ФАС России от 21 апреля 2005 г. № 77-16-580/5. — Цит. по: *Беляева О. А.* «Неконкурентные торги»: сущность, формы проявления и правовые последствия.

²⁰ СЗ РФ. 2006. № 46. Ст. 4793.

²¹ Там же. № 25. Ст. 2729.

государства не допускается, за исключением случаев, когда производство соответствующих товаров, выполнение работ, оказание услуг в Российской Федерации отсутствуют или не соответствуют требованиям государственных заказчиков.

6. При проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов.

При размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг путем проведения торгов могут выделяться лоты, в отношении которых в извещении о проведении конкурса или аукциона, в конкурсной документации, документации об аукционе отдельно указываются предмет, начальная (максимальная) цена, сроки и иные условия поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг. Участник размещения заказа подает заявку на участие в конкурсе или аукционе в отношении определенного лота. В отношении каждого лота заключается отдельный государственный или муниципальный контракт (ч. 2.1 ст. 10 Закона о размещении заказов).

Следует обратить внимание, что ЗоЗК фактически дополняет Закон о размещении заказов, устанавливая правила, направленные на обеспечение конкурентной среды, защиту конкуренции и предупреждение неблагоприятного воздействия на нее. Поэтому со стороны ЗоЗК предметом контроля будут нормы права, регулирующие отношения, связанные с защитой конкуренции при проведении торгов, объектом контроля — отношения по распределению любых ограниченных ресурсов (потому и торги — определяется победитель, получающий ресурс), а основным принципом рассмотрения претензий — анализ факторов, влияющих на состояние рынка и конкурентную среду.

В отличие от этого предметом контроля со стороны Закона о размещении заказов являются нормы права, регулирующие отношения, связанные с размещением заказа любым указанным в законе способом (не только путем проведения торгов), объектом контроля выступают отношения по расходованию государственных и муниципальных бюджетных средств, а основным принципом рассмотрения претензий будет проверка соответствия процедуры размещения заказа.

Исходя из этого, при осуществлении антимонопольного контроля за торгами важно не только обеспечить соблюдение процедуры их организации и проведения, что осуществляется в том числе и за счет целого ряда запретов (создание преимущественных условий участия в торгах; ограничение доступа к участию в торгах; участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах; нарушение порядка определения победителя или победителей торгов). Не менее важно гарантировать наличие условий для существования конкурентной среды в ходе осуществления заказчиком (организатором торгов) предусмотренных законом прав, для чего также антимонопольным законодательством установлены запреты (включение в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов; координация организаторами торгов или заказчиками деятельности его участников).

Поэтому безусловное право при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг путем проведения торгов выделять (или не выделять) лоты

ограничивается запретом на включение в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов.

Негативное влияние на конкуренцию путем необоснованного укрупнения лотов за счет включения дополнительных товаров (работ, услуг), технологически и функционально не связанных с товарами (работами, услугами), составляющими основной предмет торгов, проявляет себя в вытеснении малых, экономически слабых хозяйствующих субъектов, не способных либо освоить такой крупный лот, либо выполнить требование об обеспечении исполнения контракта, и пр.

Такой дуплекс — «технологично» и «функционально» — используется в целях выявления наличия или отсутствия отношений связанности (общности, однородности, схожести) между товарами (работами, услугами) не только в ЗоЗК (кроме ст. 17 см. п. 3 ст. 4, п. 13 ч. 1 ст. 17.1), но и, например, в Законе о размещении заказов (ч. 6 ст. 10, ч. 19 ст. 65).

Установление факта технологической и функциональной взаимосвязанности между товарами (работами, услугами) может быть произведено и на основании Общероссийского классификатора видов экономической деятельности, продукции и услуг (ОКДП) ОК 004-93, утвержденного Постановлением Госстандарта Российской Федерации от 6 августа 1993 г. № 17. В этом классификаторе для целей описания экономики предлагается строить структуру классификации видов экономической деятельности таким образом, чтобы объекты классификации (виды деятельности) включали все или почти все виды деятельности, осуществляемые в какой-либо отрасли. В этом случае группировка видов экономической деятельности по наименованию будет совпадать с группировками организаций, образующих отрасль, которым присущи эти виды экономической деятельности. Учитывая это, суд сделал вывод об отсутствии необходимости выделения в отдельные лоты видов ремонтных работ инженерных коммуникаций и работ по восстановлению элементов благоустройства (асфальта, тротуаров, зеленых насаждений, ограждений)²² как связанных с устранением последствий выполнения первых.

В целом суды²³ признают возможным оценивать технологическую взаимосвязанность с использованием Общероссийского классификатора видов экономической деятельности ОК 029-2001 (КДЕС ред. 1)²⁴ и Общероссийского классификатора услуг населению ОК 002-93 (ОКУН).²⁵ Тем не менее не всегда ссылка на классификаторы технико-экономической информации воспринимаются позитивно. Такого рода обстоятельство следует квалифицировать как дополнительное, оцениваемое на основании и в совокупности с иными.²⁶

Включение в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, следствием которого является ограничение конкуренции, может выражаться в следующих обстоятельствах: объединении в один

²² Постановление ФАС ЗСО от 10.09.2009. № Ф04-5005/2009(13009-А75-23).

²³ Постановление ФАС ДДО от 14.09.2009 № Ф03-4541/2009.

²⁴ Введен постановлением Государственного комитета РФ по стандартизации и метрологии от 06.11.2001 № 454-ст.

²⁵ Утв. постановлением Государственного комитета РФ по стандартизации и метрологии от 28.06.1993 № 163.

²⁶ Постановление ФАС ЦО от 14.11.2007 по делу № А54-65/2007.

лот различных по функциональным характеристикам продуктов питания²⁷ или различных видов услуг (лицензируемых и нелицензируемых);²⁸ передачи имущества водопроводно-канализационного хозяйства, теплосетевого хозяйства и электросетевого хозяйства в составе единого лота;²⁹ включении в один лот нескольких плавсредств.³⁰

Нарушение правил, установленных ст. 17 ЗоЗК, является основанием для признания судом соответствующих торгов и заключенных по результатам таких торгов сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа.

Пункт 1 ст. 449 ГК РФ определяет, что требование о признании торгов недействительными правомочно заявлять заинтересованные лица. Под ними следует понимать субъектов, чьи права могли затронуть проведенные торги: участников торгов, претендента, не признанного участником, т. е. лица, которому отказано в принятии заявки на участие в торгах. В качестве основания для признания торгов недействительными, указанного в п. 1 ст. 449 ГК РФ, рассматривается нарушение правил проведения торгов, установленных законом.

Диспозиция правовой нормы данной статьи имеет общий характер, поэтому основаниями для признания торгов недействительными будут являться нарушения правил проведения торгов, установленных как актами гражданского законодательства, и в частности ГК РФ, так и нормативно-правовыми актами иного рода, например, ЗоЗК, который предъявляет антимонопольные требования к торгам.

Право антимонопольного органа оспорить торги и заключенные по их результатам сделки следует также из п. 5.3.8 Положения о ФАС, в соответствии с которым эта служба среди прочих функций осуществляет при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд субъектов Российской Федерации и муниципальных нужд в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о размещении заказов, внеплановые проверки соблюдения заказчиком, уполномоченным органом или специализированной организацией либо конкурсной, аукционной или котировочной комиссией законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации о размещении заказов. В результате проведения проверок нарушений законодательства Российской Федерации и (или) иных нормативных актов о размещении заказов ФАС вправе наряду с другими полномочиями обратиться в суд с иском о признании размещения заказа недействительным (ч. 5 ст. 17 Закона о размещении заказов).

Кроме того, размещение заказа может быть признано судом недействительным по иску заинтересованного лица или по иску уполномоченных на осуществление контроля в сфере размещения заказов федерального органа исполнительной власти, органа исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органа местного самоуправления (ч. 3 ст. 57 Закона о размещении заказов). При этом следует обратить внимание на позицию суда,³¹ полагающего возможным считать участника размещения заказа заинтересованным лицом не с момента подачи заявки, а с момента публикации (размещения на сайте) извещения о проведении торгов. С указанного момента и до даты подачи

²⁷ Постановление ФАС УО от 12.03.2008 № Ф09-1348/08-С1.

²⁸ Постановление ФАС УО от 19.06.2008 № Ф09-4386/08-С1.

²⁹ Определение ВАС РФ от 17.11.2008 № 12012/08.

³⁰ Определение ВАС РФ от 12.09.2008 № 11324/08.

³¹ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.10.2006 по делу № Ф08-4902/2006.

предложения (заявки) на участие в конкурсе (аукционе) поставщик, имеющий намерение претендовать на заключение государственного (муниципального) контракта, является потенциальным участником размещения заказа, поскольку он может подать или не подать предложение (заявку) на участие в торгах.

Однако ч. 4 ст. 17 ЗоЗК не обязывает антимонопольный орган во всяком случае обращаться в арбитражный суд с заявлением о признании конкурса и заключенного по его результатам контракта недействительными. Это не обязанность, а именно право антимонопольного органа, реализация которого связана с оценкой фактических обстоятельств. Так, был признан законным отказ ТОФАС в удовлетворении требований хозяйствующего субъекта об обращении антимонопольного органа в арбитражный суд с заявлением о признании торгов и договора незаконными, поскольку договор на момент рассмотрения жалобы этого субъекта исполнен и прекратил свое действие.³² В другом случае суд указал, что фактическое исполнение муниципального контракта на момент рассмотрения дела в арбитражном суде влечет объективную невозможность защиты прав истца, поскольку права лиц, в интересах которых заявлен иск, не могут быть восстановлены посредством признания конкурса и муниципального контракта недействительными.³³

Самостоятельные действия антимонопольного органа, базирующиеся на делегированном ему праве выдавать хозяйствующим субъектам в предусмотренных законом случаях обязательные для исполнения предписания, не должны выходить за рамки установленной компетенции. В случае неисполнения лицом выданного ему предписания помимо привлечения данного лица к административной ответственности антимонопольный орган вправе обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием о признании торгов недействительными к нарушителю, связанным с исполнением решения антимонопольного органа и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства.³⁴

Поэтому действия антимонопольного органа, выдавшего предписание об отмене результатов конкурса по всем выставленным лотам в связи с допущенными нарушениями законодательства, что фактически означает признание конкурса недействительным, свидетельствуют о превышении пределов делегированных ему полномочий, поскольку вопрос о признании недействительным конкурса, проведенного с нарушением правил, установленных законом, относится к компетенции суда.³⁵

Тем не менее ч. 6 ст. 42 Закона о размещении заказов предусматривается право уполномоченного на осуществление контроля в сфере размещения заказов федерального органа исполнительной власти (ФАС), органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органа местного самоуправления выдавать предписание об отмене

³² Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 30.09.2008 № Ф09-6780/08-С1 по делу № А71-3303/08. — Определением ВАС РФ от 12.12.2008 № 15910/08 отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления.

³³ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 01.07.2008 № Ф09-4715/08-С5 по делу № А76-26542/07.

³⁴ Пункт 23 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8.

³⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 05.03.2008 № Ф08-826/2008-290А по делу № А25-1235/2007-8. — Определением ВАС РФ от 11.06.2008 № 7054/08 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора.

результатов торгов и принимать решение о возможности размещения заказа на поставку товаров путем проведения запроса котировок независимо от цены контракта. Но данное право распространяется только на размещение заказа на поставку продовольствия, средств, необходимых для оказания скорой или неотложной медицинской помощи, лекарственных средств, топлива, которые необходимы для нормального жизнеобеспечения граждан и отсутствие которых приведет к нарушению их нормального жизнеобеспечения.