

Классификация антиконкурентных соглашений при проведении торгов (на примере закупок для нужд здравоохранения)



ФРАНСКЕВИЧ ОЛЬГА ПАВЛОВНА,
заместитель начальника
Управления по борьбе с картелями
Федеральной антимонопольной службы (ФАС России)

✉ delo@fas.gov.ru

Как и всегда, проблема надлежащего оказания медицинских услуг и лекарственного обеспечения населения стоит сегодня остро и актуально. Несмотря на усилия, предпринимаемые органами власти по реформированию системы здравоохранения, качество медицинского обеспечения не улучшается.

Крайне негативную роль в обеспечении населения надлежащими услугами в сфере здравоохранения играют нарушения антимонопольного законодательства при закупке лекарственных средств, медицинских изделий, которые в настоящее время приобрели массовый характер и не без участия самих медицинских учреждений.

Коррупционная составляющая таких нарушений в сфере здравоохранения весьма велика. Это злоупотребление и превышение должностных полномочий, получение взяток и различного рода хищения.

О том, что назрела необходимость обратить особое внимание на регулирование системы закупок в сфере здравоохранения, говорит и принятый Президентом РФ 10 августа 2016 г. перечень поручений по вопросам создания информационно-аналитической системы мониторинга и контроля в сфере закупок лекарственных препаратов для обеспечения государственных и муниципальных нужд, и Указ Президента РФ от 1 апреля 2016 г. № 147 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2016–2017 годы», и утвержденный в июле 2016 г. план Генеральной прокуратуры по борьбе с «откатами» при госзакупках.

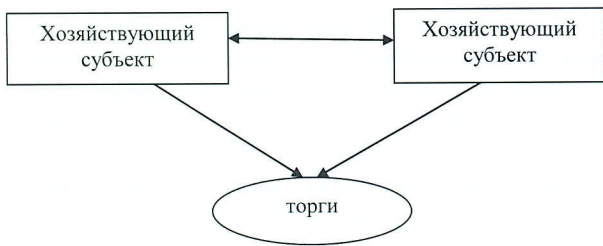
Расследования, проводимые антимонопольными органами, показывают, что участники картелей сегодня уже не ограничиваются соглашениями, заключенными в целях обеспечения победы на конкретных и определенных торгах.

Как правило, производитель или представитель производителя выстраивают вокруг себя сложную систему, состоящую как из фирм, специально созданных для целей имитации конкуренции, так и из реальных игроков фармацевтических рынков. Цель картеля — вести постоянную деятельность, направленную на ограничение конкуренции и получение прав на заключение государственных контрактов по максимально возможным ценам. Особое место в этой структуре отводится заказчику. В связи с тем что гарантировать эффективность деятельности картеля можно при устранении с торгов не входящих в картель участников рынка, организаторы картеля зачастую договариваются с государственными заказчиками о том, какие требования в документации о закупках необходимо включить для устранения конкурентов.

Условно различные схемы взаимодействия участников картеля можно представить следующим образом.

1. Традиционная форма участия в картеле

Наиболее простая форма объединения участников торгов в целях обеспечения победы. Специфика закупки лекарственных средств такова, что, как правило, один из хозяйствующих субъектов является производителем или непосредственным



дистрибьютором производителя продукции, а также имеет необходимые условия для фактического осуществления фармацевтической деятельности (складские помещения, персонал и т.д.). Второй же участник часто является арендатором необходимых для надлежащего хранения и транспортировки ресурсов у конкурента. В этом случае часто по результатам проведенной закупки один из участников закупает товар у своего конкурента напрямую или опосредованно.

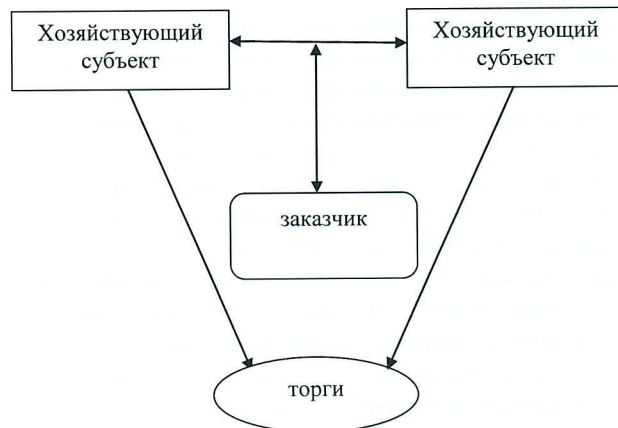
Так, например, в июле 2016 г. Московское УФАС России признало АО «Сиа Интернейшнл ЛТД» и ООО «Торговый дом «Фарм-Центр» нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Антимонопольным органом было установлено, что компании вступили в картель в целях поддержания цен на 128 аукционах, проводимых государственными и муниципальными заказчиками на территории нескольких субъектов РФ. Общая сумма начальных (максимальных) цен контрактов составила более 80 млн рублей.

Обе компании в целях имитации конкуренции выходили на торги, были допущены по первым частям заявок, однако при проведении электронной площадкой торговой сессии отказывались от конкурентной борьбы, и один из участников выигрывал аукцион с минимальным снижением начальной цены.

Здесь и далее картель включает в себя двух и более хозяйствующих субъектов. Но в наиболее сложных формах антиконкурентных соглашений количество их участников может исчисляться десятками.

2. Картель и антиконкурентное соглашение с заказчиком

Рассматриваемый случай схож с предыдущим, но еще одним звеном здесь выступает государственный заказчик, т.е. орган власти либо медицинское учреждение, которые закупает лекарственные препараты. Договоренность с заказчиком, как правило, состоит во включении последним условий в техническое задание документации, а также формировании перечня поставляемого товара таким образом, что не входящие в картель участники теряют к торгам интерес.



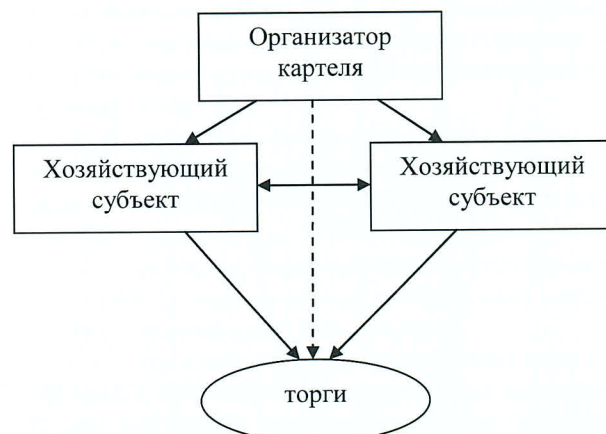
Несмотря на внесение в 2012 г. изменений в законодательство о закупках, обязывающих государственных и муниципальных заказчиков проводить закупки лекарственных препаратов по их международным непатентованным наименованиям, остаются не разрешенными ряд вопросов, касающихся установления заказчиками необоснованных требований и ограничений для участников торгов.

Практика показывает, что в большинстве случаев включение таких ограничительных требований в закупку является результатом договоренностей, достигнутых между одним или несколькими участниками торгов и заказчиком, которые, конечно, необходимо доказать.

Неправомерный допуск участников картелей, а также неправомерный отказ в допуске добросовестных участников торгов также часто являются следствием заключенного антиконкурентного соглашения между заказчиком и организатором картеля.

3. Координация деятельности картеля его организатором

На схеме показано, что сам организатор картеля необязательно участвует во всех торгах. Как правило, целью таких картелей в отличие от

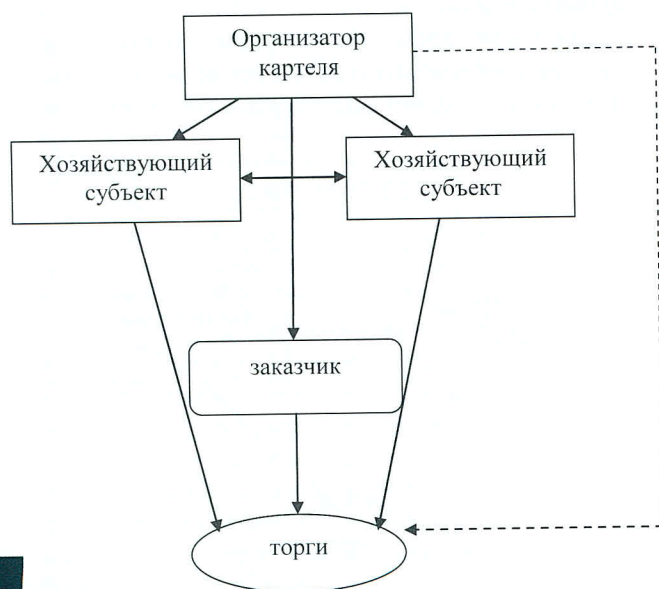


картелей, описанных на схемах 1 и 2, является не победа в конкретных торгах, а постоянное ведение противоправной деятельности и создание устойчивых связей по систематическому, совместному участию хозяйствующих субъектов в торгах на протяжении длительного периода времени. Организатор картеля аккумулирует в себе функции по мониторингу закупок, планированию, распределению между другими участниками картеля «ролей», координирует деятельность при непосредственном участии в торгах, а также подводит результаты и выступает «арбитром» в спорных ситуациях.

Такая деятельность организатора может заключаться как в определении общих условий участия (распределение торгов между участниками без определения тактики поведения при проведении процедуры закупки), так и в пошаговых инструкциях, данных хозяйствующим субъектам (непосредственное определение для каждого из участников картеля предельного допустимого предложения, а также определение победителя). Как правило, в последнем случае организатор картеля определяет для участников порядок действий и при возникновении «форс-мажорных» обстоятельств, т.е. в случае выхода на торги участников, не входящих в картель.

4. Координация картеля и сговор с заказчиком

Данный вариант действий представляет сложноструктурированную группу участников соглашения. Как правило, взаимодействие с заказчиком при таких условиях осуществляет непосредственно организатор картеля, создавая наиболее благоприятные условия для обеспечения победы на торгах входящим в картель компаниям.



Практика антимонопольных органов показывает, что выявить организатора картеля достаточно сложно, так как доказательства в большинстве случаев касаются реализации достигнутых между компаниями договоренностей.

Антимонопольное законодательство не раскрывает понятия организатора антиконкурентного соглашения, говоря лишь о координации.

Только согласно КоАП РФ организация ограничивающего конкуренцию соглашения является отягчающим ответственность обстоятельством, однако определение организатора законодатель не дает.

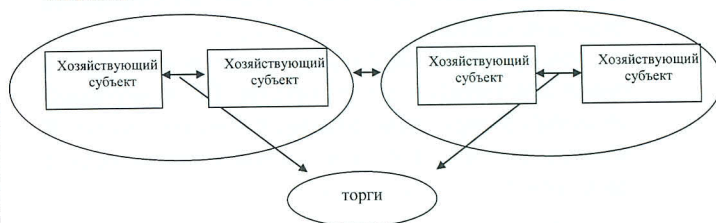
В этой связи полагаем необходимым ввести в Закон о защите конкуренции понятие **организатора картеля как лица, организовавшего создание картеля и/или руководившего им**.

Кроме того, необходимо внести соответствующие изменения и в ст. 14.32 КоАП, поставив размер штрафов для компаний — организаторов картеля в зависимость от размеров штрафов для всех участников картеля.

Среди картелей фармацевтических компаний организаторами зачастую выступают наиболее крупные поставщики, официальные дистрибьюторы, представители производителей или непосредственно сами производители лекарственных препаратов.

В случае заключения соглашения только между участниками мы можем говорить о действиях, посягающих на конкуренцию, однако в случае сговора участников торгов с заказчиком действия этих лиц, по сути, посягают как на конкуренцию, так и на интересы государства.

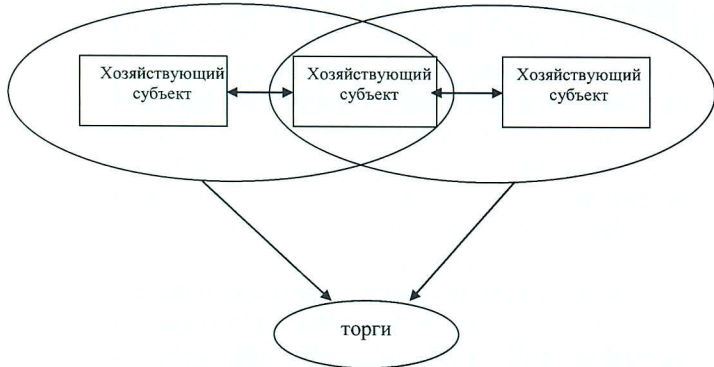
5. Заключение соглашения между двумя картелями



Здесь мы видим схему, при которой две устойчивые группы хозяйствующих субъектов, объединившиеся в самостоятельные картели, приходят к соглашению для участия в определенных закупках. При этом в иных закупках каждый картель может действовать самостоятельно.

Достижение договоренностей происходит необязательно всеми участниками картелей, это может быть соглашение части хозяйствующих субъектов. При этом поведение других участников свидетельствует об их волеизъявлении на реализацию выбранной тактики.

В случае же когда один или несколько из хозяйствующих субъектов вступают в другой картель, схема будет выглядеть следующим образом:



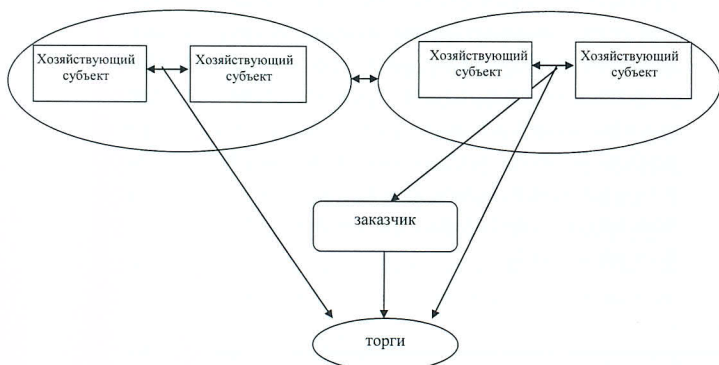
Цель заключения соглашений подобного рода сводится к необходимости обеспечения победы в заранее predetermined торгах и получению максимальной выгоды для обеих групп хозяйствующих субъектов.

В большинстве случаев фармацевтические компании при приобретении лекарственных средств заключают не разовые соглашения, а имеют долгосрочные договоры с определенным объемом законтрактованного товара.

При государственных закупках медикаментов распространены отказ от внутривидового соперничества и раздел торгов. Так, например, компании, осуществляющие поставку антибиотиков, не выходят на торги по поставке препаратов для лечения гепатитов, и наоборот, в то время как имеют возможность осуществлять поставки данного товара.

При этом в случае объявления заказчиком закупки по смешанным лотам хозяйствующие субъекты, объединившиеся в картель по определенной фармацевтической группе вместо самостоятельных действий на рынке по приобретению товара, вступают в антиконкурентное соглашение с картелем, осуществляющим поставки товара лекарственных средств другой группы.

6. Соглашение одного из картелей с заказчиком

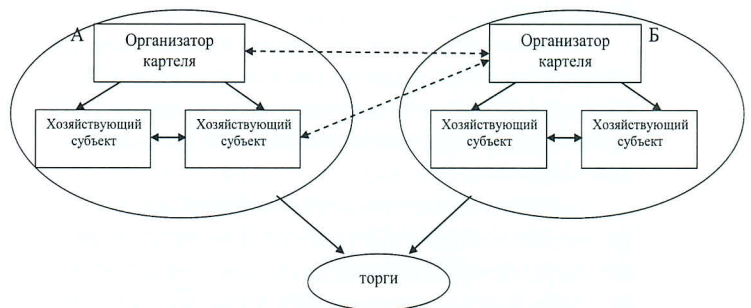


7. Одними из наиболее сложных по структуре антиконкурентными соглашениями можно признать **соглашения, отягощенные как внутренними связями, так и спецификой взаимодействия с другими картелями.**

Приведенная ниже схема относится прежде всего к сформировавшимся и действующим достаточно продолжительное время картелям, разделившим рынок по заранее определенным критериям (группы препаратов, территория поставки), однако в единичных случаях или систематически вступающим в соглашения между собой (через организаторов картелей или участников) в целях обеспечения победы в торгах с наибольшей выгодой для себя.

Например, в случае объявления заказчиком централизованных закупок организатор картеля Б, осуществляющий деятельность на территории одного региона, предлагает организатору или одному из участников картеля А разделить лоты закупки исходя из логистической целесообразности для каждого картеля.

В таких случаях стороны, как правило, осуществляют поставку товара по выигранным лотам в интересах друг друга.

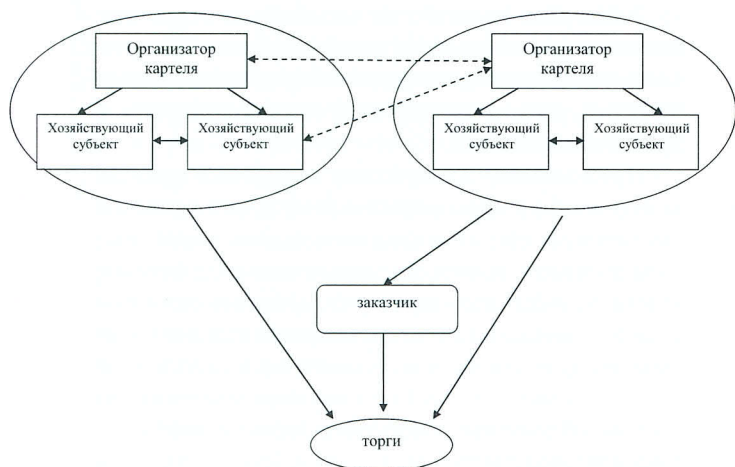


8. И пожалуй, самой многоуровневой системой, выстроенной при организации и проведении торгов на поставку лекарственных средств, является **сложноструктурированная система внутренних и внешних взаимосвязей участников нескольких антиконкурентных соглашений, использующих возможности организатора торгов создать барьер для доступа других участников на процедуру закупки.**

Исходя из того что при участии в закупках лекарственных препаратов сейчас картели все реже встречаются в их классической форме, стоит говорить о таком виде антиконкурентного соглашения, как соглашение, заключенное устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения антиконкурентных действий.

На сегодняшний день антимонопольными органами проводятся расследования по выявлению картелей в тысячах аукционов, деятель-

Главная тема номера: «Проблемы антимонопольного регулирования в России»



ность антиконкурентных соглашений покрывает территорию всей страны. Доходы картелей от фармации исчисляются миллиардами и десятками миллиардов рублей.

Мы видим, что картели распространяются не на единичные закупки, а, по сути, покрывают всю сферу государственных закупок лекарственных средств, в связи с чем актуален вопрос о привлечении к ответственности за совершение подобных нарушений.

Складывающаяся практика привлечения к уголовной ответственности лиц, заключивших антиконкурентные соглашения, свидетельствует о необходимости внесения изменений в уголовное законодательство.

Сегодня действия заказчика за сговор на торгах в ряде случаев квалифицируются в качестве таких должностных преступлений, как злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ), превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ).

Одним из последних примеров является дело, возбужденное Самарским УФАС России по

признакам нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11, а также ст. 16 Закона о защите конкуренции. Соглашение было заключено в рамках торгов на выполнение работ по техническому обслуживанию и ремонту дорогостоящего медицинского оборудования. По мнению следствия, Министерством здравоохранения и двумя хозяйствующими субъектами была реализована договоренность, которая привела к поддержанию цен на данных торгах и фактически к отсутствию экономии бюджетных средств.

По данному факту Следственным управлением СК России по Самарской области возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 204 УК РФ (Коммерческий подкуп), и по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 285 УК РФ (Злоупотребление должностными полномочиями).

Однако должностные лица участника закупки к ответственности, как правило, не привлекаются.

Вместе с тем подобные правонарушения несут повышенную общественную опасность, так как посягают как на интересы конкуренции, так и на интересы государства.

Поэтому сегодня назрела необходимость введения в уголовное законодательство специальной нормы, предусматривающей ответственность заказчика (организатора торгов) и участника торгов за заключение антиконкурентных соглашений.

Таким образом, можно говорить о том, что каждая из рассмотренных форм антиконкурентных соглашений может являться не только антимонопольным нарушением, но и уголовно наказуемым деянием. И чем сложнее разработанная участниками система внутренних и внешних взаимосвязей, чем масштабнее и многочисленнее картель, тем серьезнее наказание за него.

Рассмотренное в статье многообразие видов объединения хозяйствующих субъектов и заказчиков в антиконкурентные соглашения на торгах свидетельствует о необходимости разработки новых форм взаимодействия антимонопольных и иных контрольных и надзорных органов. Пресечение деятельности картелей должно осуществляться на начальных этапах их объединения, а не после реализации достигнутых договоренностей, как это часто бывает. Достигнуть такой цели возможно, только предусмотрев на законодательном уровне возможность обмена всей имеющейся информацией и материалами антимонопольными и правоохранительными органами, а также проведением совместных расследований по данной категории дел.

Фотобанк Лори



Ваше мнение по материалу просим направлять на адрес: avtor@lawinfo.ru. Будем рады Вашим отзывам!