

ИНСТИТУТ ПОВЫШЕНИЯ КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТИ

Адрес: 111673, г. Москва, ул. Новокосинская, д.15, корп.7, пом.2Н
Телефон: +7(495)771-15-42 Вебсайт: www.nationalinterest.ru E-mail: info@nationalinterest.ru

№ИПК/02-16 от 28 сентября 2016 г.

В Аппарат Правительства
Российской Федерации
Адрес: 103274, Москва,
Краснопресненская наб., 2

№ИПК/02-16 от 28 сентября 2016 г.

Институт повышения конкурентоспособности рассмотрел Доклад Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС России) «О состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2015 год» (далее – Доклад), представленный в соответствии со ст. 10 ч. 2 ст. 23 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции» и сообщает.

Доклад представляет собой, по сути, отчет о деятельности ФАС России за указанный период. Описания важнейших дел и событий антимонопольной политики, содержащиеся в докладе, вызовут несомненный интерес для экспертного и аналитического сообщества. Многие предложения, содержащиеся в Докладе, например, в главе 1 п. 1.1.1. «Государственно-монополистические тенденции в экономике России» на наш взгляд, заслуживают рассмотрения и поддержки.

Вместе с тем, к Докладу имеются следующие замечания и предложения:

1) Доклад не содержит анализ социально-экономического эффекта и влияния на конкуренцию действий ФАС России, принимаемых службой решений по конкретным делам, законодательных инициатив ФАС России и иных мер антимонопольного реагирования. Таким образом, Доклад является скорее отчетом о деятельности ФАС России, чем Докладом о состоянии конкуренции. В результате, не представляется возможным оценить эффективность проводимой антимонопольной политики. Включить указанный анализ социально-экономического эффекта в Доклад необходимо, учитывая, что все больше экспертов считают, что деятельность ФАС России зачастую ведет к ограничению конкуренции, чем к ее развитию, либо не оказывает на конкуренцию никакого влияния^{1,2,3,4,5,6}.

2) Глава 1.2. «Оценочные характеристики конкуренции в Российской Федерации и деятельности ФАС России» содержит предложения всех объединений

¹<http://reformafas.ru/wp-content/uploads/2015/12/Predpisaniya-uchastnikam-sliyanij.pdf>

²<http://reformafas.ru/wp-content/uploads/2014/10/Ot-batutov-do-popkorna.pdf>

³<http://expert.ru/expert/2012/40/fas-protiv-konkurentsii/>

⁴http://reformafas.ru/wp-content/uploads/2015/12/shastitko_3_2015.pdf

⁵<https://esquire.ru/fas>

⁶<http://www.slideshare.net/testantitrust/ss-45426532>

предпринимателей, за исключением Общероссийской общественной организации «Деловая Россия». Непонятно, с чем связана подобная дискриминация объединения, представляющего средний бизнес, в связи с чем считаем целесообразным добавить главу с предложениями «Деловой России».

3) Необходимо исключить из текста Доклада дело ФАС России в отношении ЗАО «Аргус-Спектр» (с. 282, п. 3.3. Развитие судебной практики в 2015 году) как «одного из лучших», т.к. указанное дело было проиграно ФАС России во всех судебных инстанциях, включая высшую, а экспертами неоднократно отмечались негативные социально-экономические последствия указанного дела ФАС России^{7,8,9}.

Справочно:

В определении Верховного Суда РФ № 305-КГ15-18971 от 10 февраля 2016 года сообщается¹⁰, что оснований для передачи кассационной жалобы ФАС России для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ не имеется.

Это дело стало одним из самых знаковых и скандальных дел ФАС. Отраслевые ресурсы в области пожарной безопасности открыто называли его «заказным»¹¹. Компания «АРГУС-СПЕКТР» является производителем системы автоматического вызова сил пожарной охраны. «Умная автоматика», бесплатно вызывающая пожарные машины в школы, больницы, дома престарелых, снизила в 14 раз число погибших только за первые три года эксплуатации, но при этом лишила доходов посреднические компании, которые ранее ретранслировали тревожный сигнал за деньги, помешав им «высасывать» из бюджета около 20 миллиардов рублей ежегодно. Однако посредники, которые раньше зарабатывали на вызове пожарных, в попытке вернуть себе «дойную корову» обратились в ФАС. В результате – «рейд на рассвете» без санкции прокурора или суда. После этого – организованная череда (по личному распоряжению заместителя руководителя ФАС) 83 проверок со стороны территориальных подразделений ФАС с наложением административных штрафов за неполное, по мнению антимонопольных управлений, представление информации. Антимонопольное дело было возбуждено только спустя год после «рейда», в результате которого компанию обвинили в «запрещенных вертикальных соглашениях», признав 68 раз (по числу дилеров) нарушившей закон. Под ударом ФАС оказался субъект среднего предпринимательства и при этом один из национальных «чемпионов»: более 100 патентов, 2 премии Правительства в области науки и техники, 20-е место в рейтинге высокотехнологичных компаний «Техуспех-2014», системы безопасности «Аргус-Спектра» охраняют Замок Королевы Елизаветы II в Шотландии, эсминцы ВМФ Великобритании, университеты Кембриджа, Итона, научную станция «Восток» в Антарктиде и свыше 100 тысяч объектов в России. А также дело против компании вошло в ТОП-3 самых интересных решений высших судов 2014 года¹².

4) Предлагаем сократить текст Доклада, так как он по размеру очень объемный. Ряд фактической информации целесообразно вынести в приложения. Другие части текста, так теоретические аспекты, известные из учебников, цитаты действующих нормативно-правовых актов, описания событий начиная с 2004 года с упоминаниями исторических фактов из 19 века, целесообразно из Доклада исключить.

5) Доклад содержит раздел 1.1.2. «Снижение конкуренции в результате введения санкций», в котором выделена критика проводимой государственной политики в части санкций и импортозамещения. На наш взгляд, публичная оценка со стороны федерального органа исполнительной власти действий Президента и Правительства РФ,

⁷ <http://www.0-1.ru/?id=44546>

⁸ <http://moment-istini.com/3728/moment-istiny-21-07-2014/>

⁹ http://radiovesti.ru/episode/show/episode_id/38077

¹⁰ http://reformafas.ru/wp-content/uploads/2016/02/A40-198265-2014_20160210_Opredelenie1.pdf

¹¹ <http://www.0-1.ru/?id=56424>

¹² <http://www.4do.4dk.ru/articles/top-3-samykh-interesnykh-resheniy-vysshih-sudov-ukhodyashchego-goda/>

недопустима. Представляется, что ФАС России могла бы включить в Доклад анализ предпринимаемых службой мер по смягчению негативных последствий «санкционных войн» (сдерживание роста цен) и стимулированию позитивных, таких как усиление конкуренции вследствие вытеснения отечественными производителями импорта, в т.ч. иностранных компаний, монополизировавших отечественный рынок.

б) В докладе отмечены противоречивые выводы о результатах оценки ФАС России правоприменения законодательства в контрактной системе. С одной стороны, указывается о необходимости внесения изменений в контрактную систему, с другой контрактная система позволила сэкономить бюджету 145 млрд. руб. На наш взгляд, указанный размер экономии помимо того, что цифры требуют проверки, несопоставим с потерями от коррупции и картельных сговоров на торгах, значительная часть которых остается вне поля внимания ФАС России. Эта ситуация сложилась вследствие того, что ФАС России концентрируется мелких нарушениях вместо крупных (3/4 усилий и возбужденных дел - по мелким закупкам), процедурных нарушениях вместо контроля за содержанием и результатом, а также отстаивает неэффективный, не имеющий аналогов в практике развитых стран примат аукционов над другими способами закупки.

Справочно:

ФАС России предлагает максимально широко использовать аукционы в закупках для государственных и муниципальных нужд, а также закупках государственных компаний и естественных монополий. Однако использование аукционов, весьма эффективных при закупке стандартных товаров, может привести к целому ряду проблем при закупках сложных товаров, а также работа и услуг. Чрезмерное распространение, по инициативе ФАС России, аукционов на услуги и сложные товары в 2006-2013 гг. привело к увеличению количества посредников, вытеснению из госзаказа конечных производителей, мошенническим схемам с бюджетными средствами¹³, демпингу¹⁴, вытеснению отечественных производителей иностранными компаниями в госзаказе¹⁵ падению качества и срыву строительных работ¹⁶, отравлению школьников из-за поставок некондиционного питания¹⁷¹⁸. Вместо расширения использования электронных аукционов целесообразно изучить целесообразность сокращения использования аукционов при закупке услуг для государственных нужд, особенно учитывая гибель школьников в Карелии¹⁹.

При этом, использование электронных аукционов не снижает коррупцию в госзаказе, а декларируемая экономия бюджетных средств – мнимая, и основана не на сопоставлении с рыночными ценами на аналогичные товары, а на падении цен от (зачастую) произвольно определяемой начальной (максимальной) цены контракта (НМЦК). Так, исследования НИУ-ВШЭ показывают, что даже такие стандартные товары, как дизельное топливо. Бензин и персональные компьютеры для госнужд на аукционах покупаются оптом по ценам выше рыночных розничных²⁰. Данные факты остаются без внимания ФАС России.

Снизить коррупцию и повысить эффективность госзаказа целесообразно не путем возвращения к аукционам, а путем смещения акцентов контроля с процедуры на их содержание, планирование и установление НМЦК, повышения роли общественного и экспертного контроля в рамках ФКС, отказа от

¹³<http://pravo.ru/news/view/40484/>

¹⁴<http://kvnews.ru/gazeta/2014/iyul/-26/auktion-ili-konkurs-=print>

¹⁵<http://www.taxru.com/blog/2012-09-13-8003>

¹⁶<http://www.vestnik.info/archive/41/article846.html>

¹⁷<http://finam.info/news/posledstviya-primeneniya-elektronnogo-auksiona-skazalis-na-detyah/>

¹⁸<http://expert.ru/2011/06/8/torgi-razdora/>

¹⁹<http://reformafas.ru/news/tserkov-poprosila-vyacheslava-volodina-razobratsya-s-halatnostyu-fas-pri-kontrolle-tenderov-na-detskij-otdyh-v-karelii/>

²⁰<https://publications.hse.ru/books/150327552>

контроля и излишнего администрирования мелких закупок²¹, перевода в электронную форму всех видов торгов, включая конкурс, использования лучших бизнес-практик в госзакупках²², ужесточения финансового контроля.

Закупки на электронных аукционах составляют не более 5% в Кореи и Великобритании²³, в остальных странах доля их еще меньше, то есть политика ФАС России противоречит мировому опыту.

Также отметим, что ФАС России, осуществляющая контроль над процедурой закупок в рамках Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 № 44-ФЗ, не поддержала наши предложения освободить от контроля мелкие закупки (до 500 тыс. руб.). Мы не можем согласиться с тезисом ФАС России, что при контроле за мелкими закупками защищается малый бизнес. В торгах такого размера участвуют почти исключительно субъекты малого предпринимательства (МСП), поэтому решения о выявлении нарушений и пересмотр результатов таких закупок принимаются де-факто в интересах одних МСП с ущемлением интересов других МСП. При этом, решения ФАС России по свыше 40% оспариваемых закупок отменяются судами, что является высоким для решений органа государственной власти показателем. Перед ФАС России стоит задача повышения качества и обоснованности решений, что невозможно без концентрации на крупных нарушениях и контроле за крупными закупками при отказе от контроля за мелкими.

Более того, наш анализ показал, что в базу за 2014 г. вошли все (более 2,1 тыс.) закупки, по которым Федеральной антимонопольной службой (далее – ФАС России) были выявлены нарушения, и соответствующие решения ФАС России были оспорены в судах участниками торгов или заказчиками. По оспариваемым закупкам среднее число заявленных участников составило 3,7, а допущенных к торгам - 2,8. Снижение цены в среднем составило 15,3%. Согласно данным Росстата в 2014 г., в среднем по закупкам в рамках Федерального закона "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" от 05.04.2013 N 44-ФЗ (далее – 44-ФЗ) в 2014 г., число участников составило 1,8, а снижение цены - 3,8%. Таким образом, оспариваемая закупка - как правило, более конкурентная и с существенно большим снижением цены. Анализ показал, что свыше 3/4 оспариваемых закупок имеют начальную (максимальную) цену контракта (далее – НМЦК) < 10 млн. руб. Закупки такого размера по международной практике относятся к мелким закупкам (в США 150 тыс. долл., в ЕС - 150 тыс. евро). При этом, 8,5% оспариваемых закупок имеют НМЦК < 100 тыс. руб., несмотря на то, что согласно 44-ФЗ этот размер установлен для мелкой закупки. Это ведет к нерациональному использованию бюджетных средств, так как по расчетам Национального исследовательского университета Высшей школы экономики, издержки на администрирование мелких закупок в случае их проведения по формальным процедурам составляют 21% от НМЦК²⁴. Очевидно, что эти издержки не перекрываются потенциальной экономией от конкуренции и снижения цены.

Некоторые дела и проверки ФАС России проводятся в отношении закупок на сумму 9 тыс. руб. Очевидно, что это нерациональное использование ресурсов контрольного органа.

7) Целесообразно дополнить Доклад анализом причин низкого положения России (83 место) по эффективности антимонопольной политики рейтинга Глобальной конкурентоспособности. В Докладе некорректно приведены данные рейтинга Global Competition Review - ФАС России занимает не 17-е место, а делит 17-33е места из 44²⁵. Примечательно, что частный английский юридический журнал Global Competition Review дает весьма высокую оценку деятельности ФАС России. В то время как по

²¹ Согласно нашим исследованиям, ¼ торгов, по которым ФАС России выявляет нарушения, относятся к мелким закупкам. При этом, отменные ФАС России торги имеют большее число участников, большее падение цен, чем в среднем по контрактной системе. Другими словами, контроль ФАС России за госзакупками в целом характеризуется отрицательной, а не положительной селекцией.

²² Принцип 60:40 (60% заказа отдается участнику, занявшему 1 место, 40% - занявшему 2 место), переторжка, конкурентные переговоры (под видеозапись во избежание коррупции) и т.д.

²³ <https://www.bicotender.ru/info/fk.html>

²⁴ <https://www.hse.ru/org/projects/116676910>

²⁵ <http://www.slideshare.net/testantitrust/russias-federal-antimonopoly-service>

эффективности антимонопольной политики, Россия в 2015 году заняла 83 место в рейтинге Всемирного экономического форума²⁶. То есть составители этого рейтинга, никак не выигрывающие от постоянного расширения полномочий ФАС России, дают существенно более суровую оценку²⁷.

8) Меры, предлагаемые ФАС России по развитию конкуренции на алкогольном рынке (п. 2.9.4. Предложения по развитию конкуренции на рынке алкогольной продукции, с. 251), могут привести к росту алкогольной сверхсмертности и ущербу национальной безопасности. Непонятно, почему этот рынок выбран в качестве приоритетных. Важно отметить, что предложения ФАС России по введению дешевой водки для борьбы с контрафактной продукцией, а также разрешение торговать алкогольной продукцией в кафе и ресторанах приведет к распространению суррогатной водки и резкому росту смертности. Предложение вернуть алкогольные напитки в ларьки и другие места нестационарной торговли повысит и без того одну из самых высоких в мире доступность алкоголя в РФ (1 точка продажи в РФ приходится на 500 человек, а в Швеции и Норвегии – на 20-30 тыс.). При этом в результате эффективной кампании, осуществляемой в последние годы, в России существенно (с 15,8 до 11,6 литров на человека в год) сократилось потребление алкоголя. Следует подчеркнуть, что в то же время выросли налоговые поступления от алкогольной отрасли. Это опровергает мифы, распространяемые алкогольным лобби, что повышение акцизов приводит лишь к росту продажи нелегальной и контрафактной продукции и самогонварения. Социологические исследования отмечают резкое снижение потребления самогона, начиная с 2000-х гг., оно продолжает снижаться и после роста акцизов. Предложение заморозить акцизы на крепкий алкоголь до 2018 г. повысит его ценовую доступность, что уже вызвало, как показал опыт 2014-2015 гг. рост смертности.

9) Предлагаем исключить из текста Доклада предложение ФАС России по обязательному внедрению антимонопольного комплаенса. Нами был проведен анализ антимонопольного законодательства в США, Европейском союзе и Великобритании²⁸. Ни в одной из указанных юрисдикций антимонопольный комплаенс не является обязательным для каких-либо видов деятельности.

Справочно:

Антимонопольный комплаенс в развитых странах представляет собой эффективную систему внутреннего предупреждения нарушений, которая состоит из оценки рисков самой компанией и соответствующих мер по их снижению. Этот своеобразный антимонопольный аудит применяется бизнесом исключительно добровольно. Выигрышем служит снижение рисков возбуждения дела, а не суммы штрафа.

Хотя положение US Sentencing Guidelines наличие программы комплаенс в деятельности корпораций является смягчающим обстоятельством, а иногда может и освобождать от ответственности, впоследствии Антитрестовский департамент Министерства юстиции США не руководствуется данным документом, и, более того, **прямо исключает** его применение в своей деятельности. В Великобритании и ЕС антимонопольные ведомства указывают, что само наличие комплаенс-программы также не будет иметь значения для назначения наказания, допуская, что при оценке конкретных обстоятельств при определении размера штрафа будут учитываться все обстоятельства.

²⁶ <http://antitrust.livejournal.com/117386.html>

²⁷ При этом, общее место России в рейтинге ВЭФ – 45-е. То есть антимонопольное регулирование оценивается ВЭФ в 2 раза хуже общих показателей России по конкурентоспособности

²⁸ <http://www.slideshare.net/testantitrust/ss-65306333>

В итоге, антимонопольные органы США и Европы предпочитают публиковать подробные методики по проведению и организации комплаенса для бизнеса рекомендательного характера, а не инкорпорировать в закон общие нормы.

Реализация антимонопольного комплаенса также приведет к росту тарифов и бюджетных расходов. Субъекты естественных монополий вынуждены будут включить расходы на проведение комплаенса в тариф. Для ГУПов и МУПов внедрение антимонопольного комплаенса может потребовать бюджетных расходов.

Без улучшения качества правоприменения и прекращения политики двойных стандартов антимонопольный комплаенс не будет работать. В текущих условиях добросовестный бизнес, затратив ресурсы на проведение комплаенса, не обеспечит снижение рисков возбуждения антимонопольного дела. ФАС России следует разработать и внедрить стандарты правоприменения и доказывания, отказаться от политики двойных стандартов²⁹, доработать разъяснения законодательства и накопить по ним практику применения, предпринять усилия по повышению качества решений и снизить долю дел, признаваемую судами незаконной³⁰, повысить неотвратимость наступления ответственности за нарушения³¹. В связи с этим антимонопольный комплаенс возможен только при условии его добровольности для частного бизнеса.

10) Предлагаем исключить из текста Доклада предложение ФАС России о распространении требований антимонопольного законодательства на интеллектуальную собственность. Так как оно не учитывает особенности оборота результатов интеллектуальной деятельности (далее – РИД). Отметим, что действия по осуществлению исключительных прав на РИД урегулированы статьей 1301 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Также ГК РФ ограничивает случаи злоупотребления правами на РИД. Например, статьей 1362 ГК РФ вводятся случаи принудительного лицензирования, которые осуществляются судами. Считаем вмешательство ФАС России в реализацию прав на РИД вредным для экономики и излишним.

11) Докладе не учтены изменения конкурентной среды на тех товарных рынках, которые подверглись регулированию со стороны ФАС России в предшествующем году. Также отсутствует анализ тех товарных рынков, на которых ФАС России зафиксировала нарушения и учла в Докладе предыдущего года в качестве наиболее важных дел ведомства.

Директор Института, к.э.н.

С уважением,
АУ

А.С. Ульянов

²⁹<http://reformafas.ru/publications/politika-dvoynyh-standartov-k-svoim-i-chuzhim-kompaniyam/>

³⁰http://naiz.org/arhive/analytics/rubrics/68/1957/?sphrase_id=68274

³¹http://www.ach.gov.ru/press_center/news/21001