**Обобщенные вопросы** с Публичного обсуждения Камчатского УФАС России 06 октября 2017 года (для размещения на сайте):

1. *Какой документ обязывает оплатить сотрудника штраф при вынесении постановления (приказ по предприятию или положение о контрактной службе)?*

Документом, обязывающим оплатить административный штраф, является исключительно постановление о наложении такого штрафа. Оплата штрафа осуществляется тем лицом, в отношении которого вынесено соответствующее постановление. Лицо, совершившее правонарушение, устанавливается исходя из анализа внутренних документов предприятия (приказов, должностных инструкций, положений о контрактной службе и т.д.).

1. *Наиболее часто встречающиеся нарушения в сфере госзаказа?*

Наиболее часто встречающиеся нарушения в сфере закупок:

- неразмещение или несвоевременное размещение в единой информационной системе отчета о закупке у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций;

- неустановление в извещении о проведении электронного аукциона исчерпывающего перечня документов, которые должны быть представлены участниками электронного аукциона в соответствии с пунктом 1 части 1, частями 2 и 2.1 (при наличии таких требований) статьи 31 Закона о контрактной системе;

- описание объекта закупки без использования показателей, требований, условных обозначений и терминологии, касающихся технических характеристик, функциональных характеристик (потребительских свойств) товара, работы, услуги и качественных характеристик объекта закупки, которые предусмотрены техническими регламентами, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика;

- установление в документации о закупке требований к товару, работе, услуге, влекущих за собой ограничение количества участников закупки;

- невключение в проект контракта условия о том, что в случае если контракт заключается с физическим лицом, за исключением индивидуального предпринимателя или иного занимающегося частной практикой лица, в контракт включается обязательное условие об уменьшении суммы, подлежащей уплате физическому лицу, на размер налоговых платежей, связанных с оплатой контракта;

- нарушение порядка отбора участников закупки.

1. *Возможность размещения рекламы на объектах недвижимости принадлежащей предприятию.*

Согласно части 1 статьи 19 Федерального закона «О рекламе» распространение наружной рекламы с использованием щитов, стендов, строительных сеток, перетяжек, электронных табло, проекционного и иного предназначенного для проекции рекламы на любые поверхности оборудования, воздушных шаров, аэростатов и иных технических средств стабильного территориального размещения (далее - рекламные конструкции), монтируемых и располагаемых на внешних стенах, крышах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта осуществляется владельцем рекламной конструкции, являющимся рекламораспространителем, с соблюдением требований настоящей статьи. Владелец рекламной конструкции (физическое или юридическое лицо) - собственник рекламной конструкции либо иное лицо, обладающее вещным правом на рекламную конструкцию или правом владения и пользования рекламной конструкцией на основании договора с ее собственником.

Таким образом, статья 19 Федерального закона «О рекламе» определяет порядок размещения не любых носителей рекламы, а исключительно рекламных конструкций, располагаемых на внешних стенах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта.

Частью 17 статьи 19 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» закреплен порядок выдачи органом местного самоуправления разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, **если владелец рекламной конструкции является собственником недвижимого имущества, к которому присоединяется рекламная конструкция**.

Порядок размещения рекламы на объектах недвижимости, принадлежащих предприятию, на иных носителях Федеральным законом «О рекламе» не регламентирован. Вместе с тем, размещаемая реклама должна соответствовать требованиям данного закона.

Обращаем Ваше внимание, что Территориальный орган Федеральной антимонопольной службы в соответствии с Положением о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденным Приказом ФАС РФ от 23.07.2015 № 649/15, не наделен полномочиями по даче разъяснений законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 6.3 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331 Федеральная антимонопольная служба с целью реализации полномочий в установленной сфере деятельности имеет право давать юридическим и физическим лицам разъяснения по вопросам, отнесенным к компетенции Службы.

Для получения официальных разъяснений Вы праве обратиться в ФАС России (адрес: Садовая-Кудринская ул., 11, г. Москва, 123242, телефон: 8 (499) 795-76-53, e-mail: delo@ fas.gov.ru) с письменным обращением, в котором в обязательном порядке указываются:

1) наименование государственного органа, в который направляется письменное обращение;

2) фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии) заявителя;

3) почтовый адрес, по которому должен быть направлен ответ;

4) личная подпись и дата.

В обращении излагаете суть предложения, заявления или жалобы. Ответ будет дан на бланке ФАС России.

На официальном сайте ФАС России Вы можете ознакомиться с ответами на часто задаваемые вопросы в разделе: «Вопросы и ответы»: <http://fas.gov.ru/citizens/list-of-questions-and-answers/>.

1. *В случае принятия к рассмотрению жалобы на действия субъектов контроля при проведении закупок в соответствии с Законом о закупках, в каких случаях антимонопольный орган обязан рассмотреть жалобу?*

Согласно определениям Верховного Суда Российской Федерации (далее - ВС РФ) от 11.04.2017, от 27.06.2017 по делу № 304-КГ16-17592 часть 10 статьи 3 Закона о закупках носит императивный характер и приведенный в ней перечень оснований для обжалования действий (бездействий) заказчика в антимонопольный орган является исчерпывающим, в связи с чем, положения статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) должны применяться с учётом части 10 статьи 3 Закона о закупках.

К основаниям для подачи жалобы в антимонопольный орган, указанным в части 10 статьи 3 Закона о закупках, относятся:

- неразмещение в ЕИС информации о закупке;

- предъявление к участникам закупки требования о представлении документов, не предусмотренных документацией о закупке;

- осуществление заказчиками закупки в отсутствие положения о закупке и без применения положений Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»;

- неразмещение или размещение в ЕИС недостоверной информации о годовом объеме закупки у субъектов малого и среднего предпринимательства.

Вместе с тем, ФАС России обращает внимание, что согласно частям 1 и 5 статьи 17 Закона о защите конкуренции жалобы участников закупок на действия субъектов контроля, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении процедуры торгов в соответствии с Законом о закупках, подлежат рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

На основании вышеизложенного, жалоба на действия (бездействие) субъектов контроля при проведении закупок в соответствии с Законом о закупках, содержащая основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, либо ссылки на части 1, 5 статьи 17 Закона о защите конкуренции, подлежит рассмотрению в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции. При этом, ФАС России обращает внимание, что в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции в случае, если в ходе рассмотрения комиссией антимонопольного органа обжалуемых актов и (или) действий (бездействий) субъектов контроля в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции установлены иные нарушения, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.

Кроме того, учитывая позицию ВС РФ, по мнению ФАС России, жалобы, на действия (бездействие) субъектов контроля при проведении закупок в соответствии с Законом о закупках, не содержащие основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, либо ссылки на части 1, 5 статьи 17 Закона о защите конкуренции, не подлежат рассмотрению в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем, ФАС России обращает внимание, что в случае указания в таком обращении на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации, такое обращение подлежит рассмотрению в порядке и сроки, установленные Законом о защите конкуренции. Кроме того, в случае указания в обращении на наличие события административного правонарушения, предусмотренного Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, необходимо передавать материалы соответствующему должностному лицу для рассмотрения вопроса о возбуждении производства по делам об административных правонарушениях.

5. *Что включает в себя понятие злоупотребления доминирующим положением?*

Предпринимательская деятельность хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, регулируется гражданским законодательством Российской Федерации с учетом особенностей, установленных антимонопольным законодательством.

В отношении предпринимательской деятельности такого хозяйствующего субъекта сохраняют свое действие принципы, установленные статьей 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), такие как равенство участников гражданских отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав. В частности, такой хозяйствующий субъект сохраняет свободу в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении условий договора с учетом положений иных федеральных законов.

Вместе с тем на действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, также распространяются и предусмотренные гражданским законодательством обязанности, а именно действовать добросовестно при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей, не извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (далее – Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30) отмечается, что статья 10 ГК РФ, запрещающая использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке, относится к нормам ГК РФ, на которых основано антимонопольное законодательство. При этом суду или антимонопольному органу при оценке действий (бездействия) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, следует учитывать положения статьи 10 ГК РФ, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, и в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав.

При определении обстоятельств осуществления хозяйствующим субъектом своего субъективного права должны приниматься во внимание требования специального закона, предоставляющего соответствующее право и определяющего порядок его реализации. Так, не может быть признана злоупотреблением доминирующим положением реализация хозяйствующим субъектом права тем способом и в той форме, которые прямо предписаны специальным законодательством.

В частности, в рамках рассмотрения дела № А40-125814/09 судом отмечено, что действия хозяйствующих субъектов, результатом которых является или может являться ущемление интересов других лиц, не могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением, если на возможность совершения таких действий прямо указано в нормативном акте, регулирующем соответствующую сферу деятельности (Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.04.2011 № 14185/10 по делу № А40-125814/09).

Необходимо учитывать, что принцип свободы договора, установленный статьей 1 ГК РФ, в отношении хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, применяется с учетом особенностей, установленных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а именно - запрета установления монопольно высокой или низкой цены, недопустимости необоснованного отказа (уклонения) от заключения договора, навязывания контрагенту невыгодных условий, создания для контрагента дискриминационных условий, в том числе ценовая дискриминация и др.

Таким образом, нормы антимонопольного законодательства в части регулирования предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, корреспондируют принципам гражданского законодательства, не допускающим недобросовестное осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей, и основаны на положениях статьи 55 Конституции Российской Федерации.

*6. В заключается оценка негативных последствий поведения хозяйствующего субъекта?*

При оценке наличия или угрозы последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, наступающих в результате действий (бездействия) доминирующего субъекта, под «общими условиями обращения товара на товарном рынке» могут пониматься условия, исследуемые при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке согласно Порядку анализа состояния конкуренции[[1]](#footnote-1). Как правило, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке, получает возможность оказывать решающее влияние на следующие общие условия обращения товаров: установление цен, объем (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров и их дифференциацию в зависимости от контрагентов, возможность отказа от заключения договора, сокращение/прекращение производства товара (в частности, посредством создания искусственного дефицита продукции).

В абзаце 2 пункта 4 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30 указано, что исходя из системного толкования положений статьи 10 ГК РФ и статей 3 и 10 Закона о защите конкуренции для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц.

При этом согласно абзацу 4 пункта 4 Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Вместе с тем последствия в виде ограничения конкуренции и последствия в виде ущемления интересов влекут разную административную ответственность (за исключением случаев совершения правонарушения субъектом естественной монополии, ответственность которого предусмотрена в любом случае частью 2 статьи 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)), и при этом административная ответственность в случае ограничения конкуренции является более строгой.

В связи с этим, при применении пунктов 1-11 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства следует определиться с вопросом о том, к каким последствиям приводят или могут привести рассматриваемые действия (бездействие): к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, либо к ущемлению интересов других лиц либо неопределенного круга потребителей (за исключением указанных выше случаев, когда рассматривается дело в отношении субъектов естественных монополий).

В отсутствие обоснования ограничения, недопущения или устранения конкуренции, или возможности наступления таких последствий, квалификация комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства нарушения антимонопольного законодательства определяется исходя из последствий в виде ущемления интересов других лиц или неопределенного круга потребителей.

Следует также иметь в виду, что лицо, действия которого содержат признаки злоупотребления доминирующим положением, вправе представить доказательства отсутствия риска наступления негативных последствий как в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, так и в виде ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности.

7. *Особенности определения последствий злоупотребления доминирующим положением, выразившихся в ущемлении интересов хозяйствующие субъектов в сфере предпринимательской деятельности и неопределенного круга потребителей?*

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в статью 10 Закона о защите конкуренции внесен ряд изменений. В частности, конкретизированы положения относительно злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов других лиц.

Рассматриваемая форма злоупотребления доминирующим положением ограничена и разделена на два самостоятельных состава:

а) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности;

б) ущемление интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

Исходя из рассматриваемой формулировки ущемляемые интересы должны непосредственно затрагивать именно предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта.

В соответствии с пунктом 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект – коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Согласно абзацу 3 части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Вместе с тем следует отметить, что предпринимательская деятельность не тождественна деятельности, приносящей доход, – второе по своему содержанию шире первого.

Антимонопольным органом должно быть установлено в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при доказывании такого последствия как нарушение прав хозяйствующего субъекта и отражено в решении по делу, что интересы хозяйствующего субъекта, которые ущемлены/могут быть ущемлены в результате злоупотребления доминирующим положением, относятся к сфере предпринимательской деятельности. При этом об отношении интереса к предпринимательской деятельности будет свидетельствовать его непосредственная взаимосвязь с производством и реализацией хозяйствующим субъектом товаров, выполнением работ, оказанием услуг.

Примером описываемой ситуации может являться дело № А06-4111/2015. В рассматриваемом случае действия общества повлекли ущемление интересов хозяйствующего субъекта ООО ПКФ «Консалтинг Проф», являющегося посредником между энергоснабжающей организацией и гражданами потребителями. Судом установлено, что при таких обстоятельствах допущенное ПАО «МРСК Юга» нарушение правомерно квалифицировано антимонопольным органом как нарушение части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Вместе с тем не будет являться злоупотреблением ущемление интересов, связанных с общехозяйственными нуждами организации (данный вывод косвенно, в том числе, подтверждается определением Верховного Суда Российской Федерации от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015) при условии, что ущемление не будет затрагивать неопределенный круг потребителей.

Следует заметить, что в случае, если действия (бездействие) доминирующего субъекта ущемляют интересы хозяйствующего субъекта – предпринимателя, выступающего в качестве приобретателя, и в тоже время интересы неопределенного круга иных лиц – приобретателей (в том числе потенциальных приобретателей), то данные действия (бездействие) образуют состав злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов неопределенного круга потребителей.

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 23, в соответствии с которым потребитель – юридическое лицо или физическое лицо, приобретающие товар.

Определение понятия «потребитель» в Законе о защите конкуренции существенным образом отличается от определения аналогичного понятия в Законе Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», которое в рамках антимонопольного законодательства не применимо.

Антимонопольное законодательство рассматривает в качестве потребителя любое лицо, вступающее (потенциально могущее вступить) в правоотношения, опосредующие переход к данном лицу прав на такие объекты гражданских прав как товары, результаты работ, оказание услуг независимо от целей приобретения. Так, например, потребителями являются: физическое лицо, приобретающее товар для личного потреблении (конечный потребитель); завод-изготовитель, приобретающий сырье или полуфабрикаты в производственных целях; дилер, приобретающий товар с целью последующей перепродажи.

Понятие неопределенного круга лиц наиболее активно используется в правоприменительной и судебной практике в рамках Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»[[2]](#footnote-2).

Анализ данной практики показывает, что основным квалифицирующим признаком неопределенного круга лиц является невозможность индивидуализировать (определить) лиц, чьи права и интересы затронуты или могут быть затронуты рассматриваемыми действиями в определенный момент.

При этом невозможность индивидуализации лиц характеризуется отсутствием общих для данных лиц критериев, позволяющих ограничить (определить) закрытость круга лиц, и вероятностью изменения состава данных лиц во времени и пространстве.

Таким образом, злоупотребление доминирующим положением выражается в ущемлении интересов неопределенного круга потребителей в случае нарушения прав и интересов круга таких юридических или физических лиц, которых невозможно индивидуализировать/ограничить, в том числе по причине вероятности изменения во времени и пространстве состава круга лиц, затронутых действиями доминирующего субъекта.

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)