

*Голованова С. В., докт. экон. наук, профессор кафедры экономической теории и эконометрики НИУ ВШЭ, старший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте Российской Федерации, Нижний Новгород, Москва, [svgolovanova@hse.ru](mailto:svgolovanova@hse.ru)*

## Ограничивающие конкуренцию соглашения между участниками конкурсных торгов: российская практика<sup>1</sup>

Неконкурентное поведение участников конкурсных торгов — серьезная проблема, приводящая к потерям экономической эффективности проектов, в рамках которых используется механизм конкурсных закупок. Подобные нарушения достаточно распространены в России и традиционно находятся в центре внимания антимонопольного органа. Как показывает практика, привлечение к ответственности за ограничивающие конкуренцию соглашения нередко является проблематичным из-за многообразия их форм и недостаточной развитости стандартов доказательства. Это, в свою очередь, ослабляет сдерживающее влияние антимонопольных запретов.

Цель данной статьи — оценка роли параметров аукциона и сформировавшихся в российской антимонопольной практике стандартов доказательства в противодействии заключению ограничивающих конкуренцию соглашений при проведении конкурсных торгов.

**Ключевые слова:** конкуренция, конкурсные торги, сговор, антимонопольное регулирование, стандарты доказательства.

### Введение

Распределение контрактов на закупку товаров и выполнение работ на основе аукциона в теории должно обеспечивать инициатору торгов наиболее выгодные условия (наименьшую цену) закупки. На практике, однако, возникает проблема сговора между участниками торгов, заинтересованных в установлении как можно более высокого уровня цен на свою продукцию. Аналогичная проблема может возникать и на стороне покупателей при организации аукциона на продажу или аренду (например, объектов государственной собственности) — в таком случае неконкурентное поведение участников торгов ориентировано на поддержание цены на минимальном уровне.

Возможны соглашения между организатором и некоторыми участниками аукциона для получения личной выгоды. Во всех случаях можно говорить о недобросовестном поведении участников аукциона, нарушении антимонопольного законодательства, что требует расследования и вмешательства регулятора. Однако привлечение к ответственности за подобные соглашения нередко является проблематичным, учитывая многообразие их форм и недостаточную развитость стандартов доказательства. Это, в свою очередь, ослабляет сдерживающее влияние антимонопольных запретов на участников торгов, что в итоге приводит к потерям экономической эффективности проектов, в рамках которых используется механизм конкурсных закупок.

Цель данной статьи — оценка роли параметров аукционов и сформировавшихся в российской антимонопольной практике стандартов доказательства в противодействии заключению ограничивающих конку-

<sup>1</sup> Исследование проведено в рамках проекта Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС в 2015 г.

ренцию соглашений при проведении конкурсных торгов. Для достижения данной цели в работе проводится обобщение результатов теоретических исследований, посвященных анализу сговора на аукционах, а также анализ наиболее типичных нарушений, встречающихся в российской практике.

### **Условия, повышающие вероятность ограничивающего конкуренцию соглашения при проведении аукциона: результаты теоретических исследований**

Тенденции развития и структура рынка, а также специфические характеристики товара оказывают влияние на возможность заключения ограничивающего конкуренцию соглашения между хозяйствующими субъектами. В частности, в исследовании [Office of Fair Trading, 2004] отмечается, что соглашение более вероятно между участниками, обладающими схожими характеристиками, поскольку в этом случае ни у одной из сторон нет явного преимущества, а значит, результат конкурентной борьбы неочевиден. В этом случае кооперативная стратегия, обеспечивающая не самый большой, но гарантированный выигрыш, выглядит более привлекательной для экономических агентов.

Если же компании различаются по размеру или производительности, у более эффективной из них появляются стимулы для проведения самостоятельной политики [Compte et al., 2002]. Существуют исследования, доказывающие, что более подвержены формированию сговора рынки, характеризующиеся растущим спросом, что снижает стимулы участников к уклонению от соглашения из-за растущих выигрышей [Rotemberg, Saloner, 1986; Haltiwanger, Harrington, 1991; Bagwell, Staiger, 1997].

Однако, с другой стороны, растущий спрос стимулирует вход на рынок новичков, что, в свою очередь, негативно влияет на устойчивость сговора. В этом отноше-

нии важным фактором, влияющим на вероятность заключения и поддержания ограничивающих конкуренцию соглашений являются барьеры входа [Stenbacka, 1990]. Дифференциация товаров по качеству (вертикальная дифференциация, когда потребители способны разделить товары на более и менее удовлетворяющие их потребности) снижает вероятность сговора между производителями, поскольку продавцы более качественного товара имеют преимущество перед остальными и не заинтересованы в разделении выигрыша [Reith, 1996]. Горизонтальная дифференциация товара к такому эффекту не приводит.

Организация аукциона также оказывает существенное влияние на вероятность заключения ограничивающего конкуренцию соглашения между участниками торгов. В зависимости от того, как часто проводятся конкурсные закупки однотипной продукции, какое количество лотов выставляется на торги, насколько велики сами лоты, предполагают ли они поставку однородной продукции или объединяют несколько спецификаций товаров/услуг, и других факторов формирование сговора становится более или менее вероятным, а само соглашение — более или менее устойчивым.

Теоретические исследования факторов сговора при проведении аукционов базируются на идее о том, что достижимость картельного соглашения зависит от размеров и вероятностей выигрышей и наказаний, связанных со стратегией отклонения от соглашения [Jacquemin, Slade, 1989; Motta, 2004]. Авторы показывают, что редко и нерегулярно проводимые конкурсы затрудняют заключение соглашений между участниками [Ivaldi et al., 2003; Albano et al., 2006; Kovacic et al., 2011]. Это также отдаляет во времени момент наступления наказания для участника, отклонившегося от соглашения, что, в свою очередь, снижает устойчивость сговора. Казалось бы, рекомендацией для организаторов конкурсных закупок в таком случае могло бы стать сокращение чи-

сла проводимых конкурсов (путем укрупнения лотов) и неразглашение информации о расписании будущих торгов. Однако есть и другие эффекты, делающие этот выбор неоднозначным.

Во-первых, снижение частоты проведения торгов (увеличение длительности заключаемых контрактов) по однотипной продукции замедляет процесс модернизации продукции и отсева поставщиков товаров низкого качества [Calzolari, Spagnolo, 2006]. В случае, когда потребитель заинтересован в качестве продукции и эффективности поставщиков не меньше, чем в низкой цене, он сталкивается с проблемой выбора между этими двумя эффектами: ростом цены и снижением качества продукции.

Во-вторых, частота проведения торгов имеет связь с размером выставляемых лотов — чем реже проводится аукцион, тем больше объем закупок, тем вероятнее крупные лоты. В целом результаты теоретического моделирования показывают, что увеличение размера лота снижает вероятность молчаливого сговора [Klemperer, 2002; Heimpler, 2012] за счет двух эффектов: 1) роста заинтересованности каждого участника в выигрыше; 2) затрудненности процесса перераспределения выигрыша между участниками аукциона по окончании торгов. Оба эти эффекта снижают устойчивость соглашения, к чему надо добавить также риски, связанные с антимонопольным расследованием. Однако и в этом отношении не все просто.

Еще один эффект, который необходимо принимать во внимание, — увеличение размера лота при достижении определенного уровня может создавать дополнительные барьеры для участия в аукционе мелких производителей, а сокращение числа участников, в свою очередь, повышает устойчивость картельного соглашения [Grimm et al., 2006]. Этому способствуют два эффекта: возрастание ожидаемого выигрыша участников соглашения и снижение вероятности входа на рынок новых игроков (что дестабилизирующе воздействует на картельные

соглашения). Таким образом, с увеличением размера лота стимулы к молчаливому сговору (до определенного момента) снижаются, но с вытеснением с рынка закупок мелких поставщиков возникает ряд эффектов, повышающих вероятность формирования явного сговора [Vuccirossi, 2004].

Несомненно, в случае каждого конкретного рынка с уникальными характеристиками продукции и набором участников со стороны предложения необходим отдельный экономический анализ для разработки процедуры торгов, максимально способствующей конкуренции среди производителей. Тем не менее общие рекомендации относительно параметров аукционов, способствующих соревновательности процесса торгов, могут быть даны<sup>2</sup>, а понимание факторов риска неконкурентного поведения на торгах может повысить эффективность работы антимонопольного органа в части выявления ограничивающих конкуренцию соглашений.

### **Неконкурентное поведение участников торгов: примеры из российской практики**

Нарушения, возникающие при проведении конкурсных закупок, направлены на ограничение конкуренции в целях перераспределения выигрыша в пользу одной из сторон. Они принимают разные формы. В данной статье мы не претендуем на полное описание всего многообразия возможных нарушений. Ниже представлены лишь наиболее типичные примеры неконкурентного поведения участников торгов в России, ставшие предметом антимонопольного расследования и последующего судебного разбирательства.

<sup>2</sup> Рекомендации относительно процедуры проведения торгов, учитывающие результаты теоретических исследований, содержатся в методических материалах зарубежных антимонопольных ведомств и международных организаций, деятельность которых направлена на стимулирование развития конкуренции [Авдашева, Цыцулина, 2014].

Представленные кейсы иллюстрируют тот факт, что при кажущейся очевидности наличия ограничивающего конкуренцию соглашения и даже при наличии доказательств взаимодействия между участниками торгов обвинение в реализации ограничивающего конкуренцию соглашения может быть отклонено в судебной инстанции как недоказанное.

### **Кейс 1: аукцион с признаками соглашения о разделе лотов**

В октябре 2010 г. ФАС России по итогам проверки аукционов 2008–2009 гг. на поставку лекарственных препаратов инициировала антимонопольное расследование по признакам нарушения ФЗ № 135 «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) в форме соглашения между участниками торгов, приведшего к поддержанию цены на закупаемые лекарственные препараты, в рамках аукциона, проведенного в октябре 2008 г. К участию в аукционе было допущено одиннадцать компаний; антимонопольное дело по признакам заключения ограничивающего конкуренцию соглашения выдвинуто в отношении пяти из них.

Всего на торги было выставлено 46 лотов. Из них лишь по 7 торги состоялись, снижение цены относительно начальной составило от 0,5% до 41,5%. По 22 лотам торги не состоялись в связи с тем, что в каждом случае была подана лишь одна заявка. Торги по 15 лотам признаны несостоявшимися, поскольку при наличии нескольких заявок регистрацию на участие в аукционе в каждом случае прошла лишь одна компания; с этими зарегистрировавшимися производителями в итоге и были заключены государственные контракты по максимальным (первоначальным) ценам. При этом в ряде случаев компании, не явившиеся на торги по одним лотам, были единственными участниками торгов по другим лотам (т.е. физически присутствовали в месте проведения аукциона, но от регистрации отказались). В рамках расследования антимонопольный

орган усмотрел нарушение антимонопольного законодательства (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции<sup>3</sup>) в действиях 3 участников аукциона. Компании, не согласившись с этим решением, обратились в арбитражный суд<sup>4</sup>.

В рамках судебного разбирательства компании объяснили свой отказ от регистрации по части лотов тем, что к дате проведения аукциона им не удалось достичь договоренности с производителем лекарственных препаратов о поставке препаратов на требуемых условиях. Антимонопольный орган настаивал на том, что производители не подтвердили получение подобных запросов и отрицали отказ в соответствующих поставках. Поскольку по данным компаний все контакты происходили в рамках электронной переписки (без направления официальных документов), никаких объективных доказательств ни с той, ни с другой стороны представлено не было. Суд принял позицию компаний, отметив, что именно неопределенность относительно возможности и экономической целесообразности поставок выступила фактором, ограничившим участие компаний в торгах по отдельным лотам.

Кроме того, арбитражный суд отметил, что представленные антимонопольным органом свидетельства не позволяют сделать вывод, имело ли место соглашение между участниками торгов в устной форме либо они обвиняются в согласованных действиях. Подобное разграничение важно, поскольку разные обвинения предусматривают разные стандарты доказательств и различные санкции.

На основании всего вышесказанного арбитражный суд первой инстанции признал решение антимонопольного органа незаконным и необоснованным, удовлетворил иск компаний в полном объеме. Это решение,

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

<sup>4</sup> Дело № А40-28351/2012 в системе арбитражных судов России.

однако, было впоследствии обжаловано Федеральной антимонопольной службой и отменено апелляционной инстанцией. Кассационная инстанция оставила решение апелляционного суда без изменений, в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра судебного акта компаниям было отказано.

### **Кейс 2: аукцион с признаками соглашения о разделе лотов при проведении электронных торгов**

В апреле 2011 г. на электронной площадке ЗАО «Сбербанк-АСТ» были размещены извещения о проведении Муниципальным учреждением здравоохранения «Городская станция скорой медицинской помощи» открытых аукционов в электронной форме на право заключения муниципальных контрактов на оказание услуг по найму транспортных средств с экипажем в целях оказания скорой медицинской помощи населению. В соответствии с протоколом электронной площадки о рассмотрении первых частей заявок число заявок на каждый аукцион составило от 2 до 4, всего было 7 участников.

Согласно протоколу электронной площадки в случае каждого аукциона на рассмотрение аукционной комиссии поступили вторые части заявок только от одного участника. Таким образом, муниципальные контракты были заключены с победителями по начальным (максимальным) ценам за вычетом минимально возможной скидки 0,5%. В рамках антимонопольного расследования выяснилось, что три организации вели процедуру торгов с одного IP-адреса; IP-адрес еще одного участника аукциона был другим, но расположенным по тому же фактическому адресу, соответствующему местоположению организации, специализирующейся на оказании консультационных услуг в сфере закупок, включая подготовку заявок на участие в аукционе, регистрацию на электронной торговой площадке, представление интересов компаний на аукционе в электронной форме и пр. Выявленные

факты антимонопольный орган расценил как объективное доказательство того, что при проведении торгов обвиняемые компании имели возможность согласовывать свои действия с целью поддержания максимальной цены государственных контрактов. Действия указанных четырех компаний были квалифицированы как нарушение антимонопольного законодательства (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции). Оставшиеся три участника ни в одном аукционе участия не принимали, в их отношении антимонопольное обвинение не выставлялось за отсутствием доказательств участия в соглашении.

Не согласившись с указанным решением, компании обратились в арбитражный суд<sup>5</sup>, подтвердивший обоснованность и законность принятого решения. При этом суд принял во внимание следующие факты: 1) ограниченность состава потенциальных участников подобных аукционов и их знакомство друг с другом, что облегчало достижение соглашения; 2) доказанное наличие возможности у участников электронных торгов для координации своих действий; 3) заключение внешнего независимого эксперта, в котором на основе расчетов сделан вывод о том, что без полной информированности всех участников торгов о намерениях других участников относительно поддержания цен на торгах «полученный результат аукционов вне сговора невероятен и невозможен». Последующее рассмотрение дела в апелляционной и кассационной инстанциях оставило решение суда первой инстанции без изменений.

### **Кейс 3: перераспределение выигрыша через договор субподряда**

В апреле 2008 г. администрация города Шахты Ростовской области провела открытый аукцион для заключения государственных контрактов на выполнение работ для государственных и муниципальных нужд. Всего

<sup>5</sup> Дело № А50-16090/2012 в системе арбитражных судов России.

на торги выставлялось четыре лота, по двум из них заявки на участие в аукционе были поданы лишь двумя организациями. При проведении торгов по этим двум лотам компании «разделили» выигрыши: в каждом случае одна из них отказывалась от внесения ценового предложения. В результате по каждому лоту с единственным участником торгов был заключен муниципальный контракт, при этом ценовые предложения компаний-победителей были ниже начальной цены на 1–2%. Дополнительным сигналом преднамеренности подобного поведения участников торгов стало последующее заключение между ними договора субподряда для проведения работ, являвшихся предметом одного из торгуемых контрактов по гораздо более низкой цене. На основании этих фактов антимонопольный орган признал компании нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Не согласившись с этим решением, компании обратились в арбитражный суд<sup>6</sup>, который не удовлетворил их требования. Аргумент одной из компаний о том, что она отказалась от участия в торгах по второму лоту, стремясь избежать появления дополнительных обязательств (будучи уже признанным победителем по первому лоту), был отклонен судом на том основании, что в том же месяце она принимала участие в других торгах, по итогам которых заключила еще один муниципальный контракт, т. е. имела возможность принять на себя дополнительные обязательства. Согласие другой компании на условиях субподряда провести работы за значительно меньшую цену, чем та, по которой муниципальный контракт был заключен, расценено судом как поведение, не обоснованное экономически, но объяснимое в предположении наличия соглашения, направленного на поддержание высокой цены. Суд обратил также внимание на то, что похожие торги приводили к снижению цены не менее чем на 30% (решение, одна-

ко, не содержит информацию о том, в каком месяце проводились торги, используемые для сопоставления, и насколько сильно предусматриваемые контрактами работы различались по трудоемкости и требованиям к квалификации исполнителя). На основании всего вышесказанного решение антимонопольного органа было признано арбитражным судом законным. Последующих апелляций компании не подавали.

#### **Кейс 4: перераспределение выигрыша через передачу денежных средств**

В апреле 2010 г. в городе Суздаль был проведен конкурс на заключение муниципального контракта на ремонт административного здания. В аукционе участвовало 13 организаций, в том числе 6, действия которых антимонопольный орган квалифицировал как соглашение, ограничивающее конкуренцию на торгах. Материалы дела содержат видеозапись, предоставленную УВД по Владимирской области, на которой запечатлена встреча генерального директора одной из компаний (компания 1) с «лицами, которые не называются», но которые, по словам должностного лица УВД, являются представителями обвиняемых в сговоре участников торгов. На видеозаписи отражены переговоры, в рамках которых звучит предложение от участника встречи к генеральному директору компании 1 об оплате последним 15% начальной цены контракта (присутствующим лицам), что должно было гарантировать отсутствие ценовых предложений на понижение цены на аукционе за право заключения муниципального контракта.

В результате торгов, на которых кроме указанных компаний присутствовали еще 7 участников, цена контракта была снижена на 0,5%, а победа в аукционе досталась подававшему самостоятельную заявку на участие в торгах индивидуальному предпринимателю, одновременно являющемуся учредителем и заместителем генерального директора компании 1. Решением УФАС по Владимирской области 6 участников торгов признаны

<sup>6</sup> Дело № А53-15713/2009 в системе арбитражных судов России.

виновными в нарушении антимонопольного законодательства в форме ограничивающего конкуренцию соглашения (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Не согласившись с указанным решением, компании обратились в арбитражный суд<sup>7</sup>, который удовлетворил иск о признании ненормативного акта незаконным, приводя следующие аргументы.

1. УВД по Владимирской области не были представлены доказательства, что «лица, которые не называются», являются представителями обвиняемых в нарушении антимонопольного законодательства компаний. Единственный идентифицированный на записи представитель подтвердил, что эта встреча имела место, но он появлялся в месте ее проведения лишь эпизодически, к ней отношения не имеет, ни в каких соглашениях не участвовал.

2. Материалы дела не содержат неоспоримых доказательств того, что соглашение в итоге было заключено, — отсутствуют какие-либо указания на то, что имело место денежное вознаграждение участников, отказавшихся от внесения ценового предложения.

3. Суд расценил, что факт аффилированности победителя аукциона с компанией 1 не доказывает, что он действовал от имени и в интересах этой компании.

4. Материалы УВД содержат данные по двум аукционам, прошедшим с разницей в несколько дней, и не всегда удается идентифицировать, о каких торгах идет речь.

5. Состав участников аукциона был в два раза больше числа обвиняемых компаний, что не обеспечивает возможности для реализации подобного соглашения.

При рассмотрении дела в пяти вышестоящих инстанциях антимонопольному органу так и не удалось отстоять свое решение — и апелляция, и кассационные инстанции признавали решение суда первой ин-

станции законным, в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра судебного акта в порядке надзора было отказано.

### **Кейс 5: создание организатором аукциона преимущественных условий для отдельных участников торгов**

В июне 2009 г. одним из жилищно-коммунальных хозяйств Еврейской автономной области была сформирована комиссия и проведен комиссионный отбор подрядных организаций для выполнения работ по капитальному ремонту многоквартирных домов. Обществом были сформулированы требования к комплекту документов, предоставляемых заявителями. Вносить изменения и дополнения в конкурсную документацию компании имели возможность до определенной даты. Однако, как было выяснено в рамках последующего антимонопольного расследования, на момент проведения конкурса заявка одной из организаций содержала неполный комплект документов:

- отсутствовала нотариально заверенная копия лицензии;
- не было представлено письмо ИФНС РФ о состоянии расчетов по налогам, сборам, взносам;
- отсутствовало подтверждение Федеральной службы судебных приставов Российской Федерации о том, что деятельность компании не приостановлена (представлено в копии, датированной более поздней датой);
- отсутствовали заверенные копии дипломов инженерно-технических работников (поступили факсимильной связью через три дня после проведения конкурса);
- представленные договоры аренды транспортных средств не содержали необходимых данных для оценки технической оснащенности;
- не ко всем представленным договорам на проведение аналогичных работ были приложены акты о выполнении, отзывы по части объектов отсутствовали, т. е. отсутствовала информация, необходимая для оценки опыта работы заявителя;

<sup>7</sup> Дело № А11-4136/2011 в системе арбитражных судов России.

- отсутствовали данные о субподрядчиках (поскольку компания имела лицензию на выполнение не всех видов работ).

Таким образом, компания была допущена к комиссионному отбору с неполным комплектом документов, что должно было повлечь отказ в допуске ее к участию в конкурсе. На основании этих данных антимонопольным органом был сделан вывод, что данный участник конкурса был поставлен в преимущественные условия по отношению к другим потенциальным исполнителям работ. Организатор комиссионного отбора признан нарушившим требования п. 2 и 3 ч. 1 ст. 17 и ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Не согласившись с данным решением, компания обратилась в арбитражный суд<sup>8</sup>, подтвердивший законность вынесенного решения. В более высоких инстанциях дело не рассматривалось.

### **Кейс 6: манипуляции с результатами торгов**

В апреле 2009 г. был проведен открытый конкурс на выполнение капитального ремонта участка автомобильной дороги в Воронежской области. Свои предложения участники аукциона предоставляли в запечатанных конвертах, победитель определялся после вскрытия конвертов и выявления наиболее выгодного для организатора торгов предложения. Производилась видеосъемка процесса торгов, запечатленные на ней факты и легли в основу антимонопольного разбирательства.

Согласно материалам дела заявки на участие в конкурсе подали 2 компании, представители обеих явились на место проведения конкурсного отбора. После оглашения содержания первой заявки был вскрыт второй конверт. Видеозапись показала, что организатор торгов при озвучивании параметров второй заявки называет не те параметры, что в ней указаны (меньшую стои-

мость и меньший срок исполнения), что не вызывает протеста у автора заявки, ставшего в итоге победителем конкурса. Озвученные организатором торгов параметры были впоследствии отражены в протоколе аукциона, сама заявка подверглась исправлению. На тех же условиях был заключен государственный контракт, в процессе исполнения которого, однако, произошла корректировка стоимости работ в сторону увеличения.

Указанные факты были расценены как доказательство наличия соглашения между организатором конкурсного отбора и одним из его участников. Организации были признаны виновными в осуществлении действий, противоречащих п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Однако при рассмотрении дела в судебной инстанции это решение было признано незаконным<sup>9</sup> на основании следующего:

- организатор торгов не является хозяйствующим субъектом;
- факт заключения соглашения между организатором конкурсного отбора и компанией-победителем до начала конкурса не доказан;
- сложность расчета итогового балла с учетом трех параметров оценки заявки (стоимость, сроки выполнения и качество работ) не позволяет организатору аукциона быстро оценить, какие параметры заявки являются выигрышными по сравнению с альтернативой;
- не доказано, что результат согласованных действий соответствовал интересам обеих сторон.

При рассмотрении дела в апелляционной и кассационной инстанциях решение суда первой инстанции оставлено без изменений. В передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра судебного акта в порядке надзора антимонопольному органу было отказано.

<sup>8</sup> Дело № А16-857/2009 в системе арбитражных судов России.

<sup>9</sup> Дело № А40-3602/11 в системе арбитражных судов России.



### Уроки российских антимонопольных расследований нарушений, имевших место при проведении конкурсных торгов

Рассмотренные кейсы в целом подтверждают результаты моделирования факторов, способствующих ограничению конкуренции при проведении конкурсных торгов. В частности, присутствуют свидетельства того, что при большом числе относительно небольших лотов состязательность между ограниченным числом участников ослабевает: лоты распределяются между ними практически без изменения начальной цены. Теоретические модели не дают нам четких указаний на то, какое число лотов следует считать «слишком большим», — отдельные авторы лишь указывают, что оно не должно превышать числа участников. Косвенным сигналом того, что избыточное число (однотипных) лотов угнетает стимулы к соперничеству, может служить факт отсутствия заявок по части из них.

С другой стороны, подтверждается также вывод теоретического моделирования, что небольшое число крупных лотов может подталкивать компании к явному сговору, проявляющемуся в последующем перераспределении выигрыша от победителя аукциона к участнику, отказавшемуся от участия в торгах. При этом малое число участников аукциона, тем более, если они хорошо знакомы, создает предпосылки для подобного неконкурентного поведения. Наличие же большого числа участников торгов способно разрушить даже заключенное соглашение.

При оценке российского опыта проведения антимонопольных расследований нарушений, имевших место при проведении конкурсных торгов, прежде всего необходимо принимать во внимание разграничение между двумя типами обвинений: «заключение соглашения», т. е. явный сговор между участниками аукциона (ст. 11 Закона о защите конкуренции), и «согласованные действия», т. е. молчаливый сговор, когда

ориентированное на ограничение конкуренции поведение осуществляется компаниями без предварительной договоренности, но при понимании получаемых от этого выгод (ст. 11.1 Закона о защите конкуренции). Согласно постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10 по делу А27-12323/2009 применительно ко вторым возможно доказывание согласованных действий через их результат в отсутствие документального подтверждения наличия договоренности об их совершении<sup>10</sup>. Однако этот подход неприменим при обвинении компаний в сговоре — в этом случае требуется предоставление доказательств заключения соглашения. Именно недоказанность этого факта в ряде рассмотренных кейсов становится причиной признания решения антимонопольного органа незаконным при рассмотрении дела в судебной инстанции.

Много вопросов вызывают перспективы доказывания преднамеренности действий участников торгов, где при наличии нескольких заявок по каждому лоту поступает единственное ценовое предложение, определяющее победителя аукциона. При отсутствии прямых свидетельств сговора позиции обвинения достаточно шаткие, поскольку законодательством не предусмотрено обязательство компаний участвовать в торгах, если ими подана заявка на участие в аукционе. Факт получения выгод всеми участниками аукциона сам по себе не является нарушением законодательства. Малое снижение цены на торгах по сравнению с другими похожими конкурсами не может быть объяснено без проведения глубокого экономического анализа параметров сравниваемых закупок и состояния рынка на момент проведения аукционов. Встречающиеся в некоторых делах экспертные заключения, в которых с использованием методов математическо-

<sup>10</sup> Вопросу о роли экономического анализа в выработке юридических норм доказывания молчаливого сговора посвящена работа [Авдашева, 2011].

го моделирования доказываемся ничтожно низкая вероятность заданного исхода торгов без нарушения предпосылки о состоятельности торгов, тоже небезгрешны: результаты любого моделирования во многом определяются сделанными предпосылками.

Взаимовыгодность предполагаемого соглашения рассматривается судом как важный элемент в числе требуемых от антимонопольного органа доказательств. В качестве косвенного свидетельства заключения ограничивающего конкуренцию соглашения между участниками торгов в ряде случаев признавался факт перераспределения выгод между ними после проведения аукциона, например в формате заключения договора субподряда. Если же получение денежного или иного вознаграждения компанией, отказавшейся от участия в торгах, или организатором конкурса, обеспечившим преимущественные условия для одного из участников торгов, доказано не было, по мнению суда это может стать препятствием для квалификации подобных действий как ограничивающих конкуренцию.

Одним из наиболее важных и актуальных вопросов применительно к российской практике осуществления торгов остается вопрос идентификации номинальных участников конкурсных процедур, аффилированных с другими поставщиками. Такие участники подают заявку на конкурс не для того, чтобы выиграть его, а для того, чтобы придать видимость большей выгоды заявке другого участника, или же просто в случае, когда реальное предложение по размещенному заказу одно и необходимо некоторое количество фиктивных заявок для того, чтобы торги были признаны состоявшимися.

## Заключение

Результаты теоретического анализа не позволяют сделать однозначный вывод о целесообразности повышения или снижения частоты закупок, увеличения или уменьшения размера лота. Российские кейсы иллюстрируют, что процедура конкурса действитель-но оказывает влияние на вероятность явного или молчаливого сговора. Невозможно сформулировать универсальные рекомендации, минимизирующие риски неконкурентного поведения. В случае каждого конкретного рынка и каждого конкретного товара для принятия решения об оптимальных параметрах аукциона требуется дополнительный экономический анализ. Однако, понимая общие закономерности и состояние рынка товара или услуги, выносимых на торги, возможно спрогнозировать и ослабить наиболее вероятные риски неконкурентного поведения участников аукциона.

В работе рассмотрены лишь некоторые, наиболее часто встречающиеся в российской антимонопольной практике примеры неконкурентного поведения компаний на торгах. Рассмотренные кейсы иллюстрируют, что стандарты доказательства соглашений и согласованных действий на настоящий момент не до конца сформированы, что снижает эффективность антимонопольного регулирования как элемента конкурентной политики. Одним из наиболее настораживающих моментов является тот факт, что нередко в рамках антимонопольного расследования происходит подмена понятий «соглашение» и «согласованные действия». Антимонопольный орган, используя косвенные свидетельства и субъективно трактуя наблюдаемое поведение экономических агентов, даже без проведения экономического анализа признает участников аукциона виновными в одном из самых серьезных нарушений антимонопольного законодательства — сговоре.

Казалось бы, можно отнестись к этому в формате «но ведь очевидно же, что здесь имеет место соглашение, — так пусть его участники будут наказаны». Но подобный подход в итоге чреват ситуацией, когда участники любого аукциона могут быть обвинены в неконкурентном поведении, если антимонопольному органу покажется, что цена поставок снизилась слишком слабо или что слишком много участников отка-

зались от внесения ценовых предложений. В данном случае речь идет о высоком риске ошибок I рода (наказании невиновных)<sup>11</sup>, что влечет серьезные риски искажения экономических стимулов хозяйствующих субъектов, включая снижение привлекательности конкурсных торгов как механизма отбора контрагентов. Вот почему развитие стандартов доказательства столь важно для формирования у экономических агентов стимулов к здоровой конкуренции.

### Список литературы

1. Авдашева С. Б. Незаконность молчаливого сговора в российском антимонопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при выработке юридических норм? // Вопросы экономики. 2011. № 5. С. 87–102.
2. Авдашева С. Б., Цыцулина Д. В. О влиянии регулярности конкурсной процедуры и дробления лотов на конкуренцию между поставщиками и результаты закупок // Менеджмент и бизнес-администрирование. 2014. № 1. С. 20–35.
3. Павлова Н. С. (ред.). Экономический анализ в применении норм антимонопольного законодательства. Эмпирические оценки и пути развития. М.: МАКС Пресс, 2014.
4. Шаститко А. Е. Координационные и распределительные эффекты ошибок I и II рода // Экономическая политика. 2011. № 1. С. 114–124.
5. Шаститко А. Е. Картель: организация, стимулы, политика противодействия // Российский журнал менеджмента. 2013. Т. 11. № 4. С. 31–56.
6. Assessing the impact of public sector procurement on competition. Office of Fair Trading, 2004. vol. 1. URL: [http://www.of.t.gov.uk/shared\\_of.t/reports/comp\\_policy/of.t742b.pdf](http://www.of.t.gov.uk/shared_of.t/reports/comp_policy/of.t742b.pdf)
7. Bagwell K., Staiger R. W. Collusion over the Business Cycle // The RAND Journal of Economics. 1997. Vol. 28. No. 1. P. 82–106.
8. Buccirosi P. Auction size and collusion. 2004. URL: [http://www.learlab.com/pdf/auction\\_size\\_and\\_collusion\\_1255442340.pdf](http://www.learlab.com/pdf/auction_size_and_collusion_1255442340.pdf)
9. Calzolari G., Spagnolo G. Reputational commitment and collusion in procurement // International public procurement conference proceedings, 2006. pp. 221–278. URL: [http://www.ippa.org/IPPC2/PROCEEDINGS/Article\\_10\\_Calzolari\\_Spagnolo.pdf](http://www.ippa.org/IPPC2/PROCEEDINGS/Article_10_Calzolari_Spagnolo.pdf)
10. Compte O., Jenny F., Rey P. Capacity Constraints, Mergers and Collusion // European Economic Review. 2002. Vol. 46. No. 1. P. 1–29.

<sup>11</sup> Анализ последствий ошибок I и II рода применительно к антимонопольной политике посвящена работа [Шаститко, 2011]. Опасности применения упрощенного подхода к квалификации горизонтальных связей между участниками рынка в качестве картелей анализируются в [Шаститко, 2013].

11. Grimm V., Pacini R., Spagnolo G., Zanza M. Division into lots and competition in procurement. Handbook of procurement / eds. by Dimitri N., Piga G., Spagnolo G. Cambridge University Press, 2006. P. 168–192.
12. Haltiwanger J., Harrington J. The Impact of Cyclical Demand Movements on Collusive Behaviour // RAND Journal of Economics. 1991. Vol. 22. P. 89–106.
13. Heimler A. Cartels in public procurement // Journal of competition law and economics. 2012. Vol. 8. no. 4. P. 849–862.
14. Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The economics of tacit collusion. IDEI, Toulouse, Final report for DG Competition, European Commission. 2003. URL: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)
15. Jacquemin A. and Slade, Margaret E. Cartels, collusion and horizontal merger, in Schmalensee R. and R. D. Willig (Eds.) Handbook of Industrial Organization, Amsterdam, Elsevier North-Holland, 1989.
16. Klemperer P. What Really Matters in Auction Design // Journal of Economic Perspectives. 2002. Vol. 16. No. 1. P. 169–189.
17. Kovacic W., Marshall R., Marx L., Raiff M. Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. Handbook of procurement / ed. Dimitri N., Piga G., Spagnolo G. Cambridge University Press, 2011.
18. Reith M. Product Differentiation, Uncertainty and the Stability of Collusion // London School of Economics — STICERD Discussion Paper Series EI/16:49. 1996.
19. Rotemberg J., Saloner G. Supergame-Theoretic Model of Business Cycles and Price Wars during Booms // American Economic Review. 1986. Vol. 76. P. 390–407.
20. Stenbacka L. R. Collusion in Dynamic Oligopolies in the presence of entry threats // Journal of Industrial Economics. 1990. Vol. 39. No. 2. P. 147–154.

### References

1. Avdasheva S. B. Illegality of Tacit Collusion in Russian Antitrust Legislation: Could Economists Be Useful to Generate Legal Rules? *Voprosy ekonomiki* — Economic Issues, 2011, vol. 5, pp. 87–102 (in Russian).
2. Avdasheva S. B., Tzytzulina D. V. O vliyaniy regulyarnosti konkursnoy protsedury i drobleniya lotov na konkurentsiyu mezhdu postavschikami i rezultaty zakupok [On the influence of the regularity of the tender procedures and the fragmentation of lots on the competition between suppliers and the results of procurement]. *Menedzhment i biznes-administrirovaniye* — Management and Business Administration, 2014, vol. 1, pp. 20–35.
3. Pavlova N. (red). *Ekonomichesky analys v primenenii norm antimonopolnogo zakonodatelstva: empiricheskiye otsenki i puti razvitiya*. [Economic analysis under antitrust enforcement: empirical estimates and ways of development]. Moscow, MAK Press, 2014.
4. Shastitko A. Y. Coordination and Distribution Effects of I and II Types of Errors. *Ekonomicheskaya politika* — Economic policy, 2011, vol. 1, pp. 114–124 (in Russian).
5. Shastitko A. Y. Cartel: Organization, Incentives and Deterrence Policy. *Rossiyskiy zhurnal menedzhmenta* — Russian Management Journal, 2013, vol. 11, no. 4, pp. 31–56 (in Russian).
6. Assessing the impact of public sector procurement on competition. Office of Fair Trading, 2004, vol. 1. Available:

- [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft742b.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft742b.pdf)
7. Bagwell K., Staiger R. W. Collusion over the Business Cycle. *The RAND Journal of Economics*, 1997, vol. 28, no. 1, pp. 82–106.
  8. Buccirosi P. Auction size and collusion. 2004. Available: [http://www.learlab.com/pdf/auction\\_size\\_and\\_collusion\\_1255442340.pdf](http://www.learlab.com/pdf/auction_size_and_collusion_1255442340.pdf)
  9. Calzolari G., Spagnolo G. Reputational commitment and collusion in procurement // International public procurement conference proceedings, 2006. pp. 221–278. Available: [http://www.ippp.org/IPPC2/PROCEEDINGS/Article\\_10\\_Calzolari\\_Spagnolo.pdf](http://www.ippp.org/IPPC2/PROCEEDINGS/Article_10_Calzolari_Spagnolo.pdf)
  10. Compte O., Jenny F., Rey P. Capacity Constraints, Mergers and Collusion. *European Economic Review*, 2002, vol. 46, no. 1, pp. 1–29.
  11. Grimm V., Pacini R., Spagnolo G., Zanza M. Division into lots and competition in procurement. Handbook of procurement / eds. by Dimitri N., Piga G., Spagnolo G. Cambridge University Press, 2006, pp. 168–192.
  12. Haltiwanger J., Harrington J. The Impact of Cyclical Demand Movements on Collusive Behaviour // *RAND Journal of Economics*. 1991, vol. 22, pp. 89–106.
  13. Heimler A. Cartels in public procurement // *Journal of competition law and economics*, 2012, vol. 8, no. 4, pp. 849–862.
  14. Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The economics of tacit collusion. IDEI, Toulouse, Final report for DG Competition, European Commission. 2003. Available: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)
  15. Jacquemin A. and Slade, Margaret E. *Cartels, collusion and horizontal merger, in Schmalensee R. and R. D. Willig (Eds.) Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, Elsevier North-Holland, 1989.
  16. Klemperer P. What Really Matters in Auction Design. *Journal of Economic Perspectives*, 2002, vol. 16, no. 1, pp. 169–189.
  17. Kovacic W., Marshall R., Marx L., Raiff M. *Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements. Handbook of procurement*. Ed. Dimitri N., Piga G., Spagnolo G. Cambridge University Press, 2011.
  18. Reith M. *Product Differentiation, Uncertainty and the Stability of Collusion*. London School of Economics — STICERD Discussion Paper Series EI/16:49. 1996.
  19. Rotemberg J., Saloner G. Supergame-Theoretic Model of Business Cycles and Price Wars during Booms. *American Economic Review*, 1986, vol. 76, pp. 390–407.
  20. Stenbacka L. R. Collusion in Dynamic Oligopolies in the presence of entry threats. *Journal of Industrial Economics*, 1990, vol. 39, no. 2, pp. 147–154.

---

*S. Golovanova, Chair of Economic Theory and Econometrics, National Research University Higher School of Economics, Competition and Economic Regulation Research Center, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Nizhny Novgorod, Moscow, Russia, [svgolovanova@hse.ru](mailto:svgolovanova@hse.ru)*

## Non-competitive agreements between auction participants: the case of Russia

Non-competitive behavior of auction participants is a serious problem, leading to losses of economic efficiency of projects where the mechanism is used. Such violations are quite common in Russia and are traditionally in the focus of attention of antitrust authority. In practice, the prosecution of competition-restricting agreements is often problematic, given the diversity of their forms and underdeveloped standards of proof. This, in turn, weakens the deterrent effect of antitrust prohibitions.

The purpose of the article is to assess the role of the parameters of the auctions and standards of proof applied in the Russian antitrust investigations which they play in opposition to the conclusion of the competition-restricting agreements in competitive bidding. To achieve this goal in this study we generalize the results of theoretical studies devoted to the analysis of collusion in auctions. We also analyze the most common violations of the antitrust law by auction participants found in the Russian practice. The case study method is used to identify the parameters of the auctions, facilitating entering into competition-restricting agreements, as well as problematic issues related to attracting bidders to justice for anti-competitive behaviour.

**Keywords:** competition, auction, collusion, antitrust regulation, standards of proof.

### About author:

*S. Golovanova, Dr of Economics, Professor, Senior Researcher*

### For citation:

Golovanova S. Non-competitive agreements between auction participants: the case of Russia. *Journal of Modern Competition*, 2015, vol. 9, no. 4 (52), pp. 64–76 (in Russian).