К вопросу об участии аффилированных лиц в торгах, в том числе конкурсах (аукционах) на право пользования недрами

А.Н. Голомолзин, заместитель руководителя ФАС России

Е.В. Середина, начальник отдела анализа и методологии правоприменительной практики управления контроля ТЭК ФАС России

Д.А. Алешин, заместитель начальника управления контроля ТЭК ФАС России

Авторский коллектив во главе с одним из ведущих специалистов в России по антимонопольному регулированию и конкуренции анализирует проблему участия аффилированных лиц в конкурсах (аукционах) на право пользования недрами. Авторы указывают на нормы, регламентирующие особенности заключения юридическими лицами гражданско-правовых договоров на торгах, организацию и порядок их проведения, а также определяющие последствия нарушения правил проведения таких торгов.

Судебная практика по этому вопросу достаточно противоречива. С одной стороны, ссылки на статьи ГК РФ при рассмотрении споров в сфере недропользования признаются несостоятельными. С другой стороны, к этим отношениям применяются положения статей ГК РФ с особенностями, установленными специальным законодательством о недропользовании.

1. Введение в проблему с точки зрения антимонопольного законодательства

Торги как один из способов заключения договоров в наибольшей степени характеризуются принципом состязательности. Цель торгов — выявление наиболее высокой цены, лучших условий, которые предлагают конкурирующие между собой участники.

В правоприменительной практике нередки случаи, когда в силу сговора (соглашения или согласованных действий) или аффилированности участников торгов соперничество между ними отсутствует.

«Аффилированные лица» определены в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» как физические и юридические лица, *способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность*.

«Группа лиц» определяется в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон «О защите конкуренции») на основании закрытого перечня признаков, направленных в первую очередь на выявление возможности *«давать хозяйственным обществам (товариществам) обязательные для исполнения указания»*. Вхождение в одну группу лиц является частным случаем аффилированности.

Приход на торги аффилированных лиц (в том числе участников одной группы лиц) приводит к определенным правовым и административным проблемам с точки зрения гражданского и антимонопольного законодательства, а также законодательства о недропользовании.

В соответствии с частью 2 статьи 9 Закона «О защите конкуренции» установленные данным федеральным законом запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта (субъектов) распространяются на действия (бездействие) группы лиц.

Действующие запреты антимонопольного законодательства (составы нарушений) не содержат понятия «аффилированное лицо». Однако статья 4 Закона «О защите конкуренции» содержит понятие «конкуренция» — соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается их возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Пункт 17 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» к признакам ограничения конкуренции относит: сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке.

> В правоприменительной практике нередки случаи, когда в силу сговора (соглашения или согласованных действий) или аффилированности участников торгов соперничество между ними отсутствует.

Данные законодательные определения свидетельствуют о том, что действия лиц, входящих в одну группу, не являются на товарном рынке самостоятельными, поэтому участие аффилированных лиц в торгах может противоречить части 1 статьи 17 Закона «О защите конкуренции». Согласно Закону запрещаются действия при проведении торгов, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. При этом к перечисленным в части 1 статьи 17 Закона «О защите конкуренции» запретам, запрет на участие в торгах группы лиц (аффилированных лиц) законодателем не отнесен.

Единственная норма в действующем законодательстве Российской Федерации, определяющая участвующих в торгах лиц, входящих в одну группу, как одно лицо, содержится в пункте 43 Указа Президента Российской Федерации от 8 апреля 1997 г. № 305 (применительно к правоотношениям по закупке продукции для государственных нужд в части, не противоречащей действующему законодательству). Однако с учетом статьи 12 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» данная правовая норма не применима на практике.

Одновременно с этим действия организатора торгов по признанию торгов несостоявшимися в случае участия в них аффилированных лиц (в том числе лиц, входящих в одну группу) могут подпасть под другой запрет антимонопольного законодательства. Пункт 3 части 1 статьи 17 Закона «О защите конкуренции» устанавливает запрет на нарушение порядка определения победителя или победителей торгов.

2. Гражданско-правовое регулирование торгов

Если торги проводят хозяйствующие субъекты с целью реализации своей продукции (например, нефтяные компании на поставку нефтепродуктов), то данные отношения регулируются гражданским законодательством.

В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) содержатся нормы, регламентирующие особенности заключения юридическими лицами гражданско-правовых договоров на торгах, организацию и порядок их проведения, а также определяющие последствия нарушения правил проведения таких торгов (ст. 447–449 ГК РФ). В пункте 5 статьи 447 ГК РФ установлено, что в случае участия только одного лица аукцион или конкурс признаются несостоявшимися. При этом действующее гражданское законодательство не наделяет организатора торгов правом заключить договор с единственным участником, явившимся на торги.

Известны случаи, когда участниками торгов являлись исключительно аффилированные лица. ГК РФ не содержит требований, запрещающих или ограничивающих участие в торгах исключительно аффилированных лиц, подразумевает автономию воли и самостоятельность участников гражданско-правовых отношений, а также самостоятельность

лица при осуществлении им предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Однако, исходя из системного толкования понятий «группа лиц», «конкуренция», «ограничение конкуренции» и применения положений пункта 5 статьи 447 ГК РФ, можно сделать вывод, что в ситуации, когда торги организованы компанией, а заявки на один лот поступили только от двух участников, входящих в одну группу лиц, и они не аффилированы с организатором, данные торги должны признаваться несостоявшимися (договор не может быть заключен ни с одним из указанных лиц), а при ином подходе будут иметь место нарушения части 1 статьи 17 Закона «О защите конкуренции».

Впрочем, использование данной правовой схемы вызывает трудности, в том числе в судебном правоприменении.

В постановлении Федерального арбитражного суда (далее — ФАС) Волго-Вятского округа от 18 августа 2008 г. по делу № А29-9647/2007 указано: «Предприниматель Вдовиченко О.Н. и ООО «ТА «Пять звезд» действительно являются группой лиц по определению пункта 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции. В пункте 2 статьи 9 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что установленные настоящим федеральным законом запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, хозяйствующих субъектов распространяются на действия (бездействие) группы лиц. В то же время статья 17 Закона о защите конкуренции не содержит прямого запрета на участие в конкурсе участников, составляющих группу лиц. Таким образом, недопустимость одновременного участия в конкурсе, организованном КГПИ, предпринимателя Вдовиченко О.Н. и ООО «ТА «Пять звезд» должна прямо и недвусмысленно следовать из федерального закона».

О разных подходах территориальных органов ФАС России и судебных инстанций федеральных округов к проблемам отнесения аффилированных лиц (в том числе группы лиц) к одному участнику торгов свидетельствуют также следующие судебные акты:

- постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18 сентября 2007 г. по делу № А43-5148/2007-38-181;
- определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 апреля 2008 г. № 73/08.

В случаях, когда торги проводят компании, которые занимают доминирующее положение на определенном товарном рынке, могут отмечаться нарушения статьи 10 Закона «О защите конкуренции».

Так, в 2008 г. Комиссия Иркутского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении ОАО «НК «Роснефть» антимонопольного законодательства признала данную нефтяную компанию нарушившей пункт 8 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции» и выдала указанному хозяйствующему субъекту предписание. Нарушение, в частности, заключалось в установлении ОАО «НК «Роснефть» такого порядка определения победителя конкурса (тендера) на реализацию нефтепродуктов, который приводил к дискриминации его участников.

3. Законодательство о недрах

Органы исполнительной власти при проведении конкурсов (аукционов) на право пользования недрами руководствуются статьей 13.1 Закона Российской Федерации от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» (далее — Закон «О недрах»). Правовая природа таких конкурсов (аукционов) отличается от торгов на право заключения договора, регулируемых статьями 447–449 ГК РФ.

Для возникновения правоотношений в сфере недропользования необходимо принятие распорядительного акта уполномоченного органа власти. Вместе с тем судебная практика по вопросу применения норм гражданского законодательства к указанным конкурсам (аукционам) является противоречивой. Так, в соответствии с постановлением ФАС Московского округа от 9 января 2002 г. № КА-А40/7874-01, постановлением ФАС Северо-Западного округа от 20 марта 2001 г. № А26-3419/00-01-09/163, ссылки на статьи 447–448 ГК РФ при рассмотрении споров в сфере недропользования признаются несостоятельными.

В то же время в соответствии с постановлением кассационной инстанции ФАС Восточно-Сибирского округа от 5 сентября 2005 г. по делу № А33-30485/04-С2-Ф02-4280/05-С2 отношения между участником конкурса и органами исполнительной власти, проводившими конкурс на получение права пользования недрами, квалифицированы как обусловленные проведением конкурса гражданско-правовые отношения, к которым применяются положения

статей 447–449 ГК РФ с особенностями, установленными специальным законодательством о недропользовании.

Закон «О недрах» содержит формулировку, которая не позволяет однозначно говорить об обязанности органа власти признать конкурс несостоявшимся в случае поступления одной заявки (ч. 7 ст. 13.1 Закона «О недрах»). Наличие такой возможности только предусматривается. В соответствии с пунктом 10.3 Положения о порядке лицензирования пользования недрами (утверждено постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 15 июля 1992 г. № 3314-1 в ред. Федерального закона от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ) также предусматривается, что «в случае, если на конкурс подана только одна заявка, лицензия на право пользования недрами может быть предоставлена этому заявителю на условиях объявленного конкурса». Таким образом, при поступлении одной заявки на участие в конкурсе, решение о признании конкурса несостоявшимся, выдаче соответствующей лицензии остается на усмотрение органа исполнительной власти.

Закон «О недрах» содержит формулировку, которая не позволяет однозначно говорить об обязанности органа власти признать конкурс несостоявшимся в случае поступления одной заявки (ч. 7 ст. 13.1 Закона «О недрах»).

Как указывает Счетная палата Российской Федерации: «Чрезвычайно подверженной коррупции представляется и процедура признания объявленного конкурса несостоявшимся в связи с поступлением заявки только от одного участника. Лицензия на пользование участком недр может быть выдана этому участнику на условиях объявленного конкурса» (решение Коллегии Счетной палаты Российской Федерации от 1 июля 2008 г. № 27К (604) «О результатах контрольного мероприятия «Аудит эффективности воспроизводства минерально-сырьевой базы в Российской Федерации в 2005–2007 гг.»).

Требования к конкурсам и аукционам, содержащиеся в настоящее время в правовых актах Минприроды России, предусматривают включение в конкурсную документацию закрытого перечня оснований признания конкурса несостоявшимся. Так, согласно пункту 3.25 Методических рекомендаций по подготовке условий и порядку проведения конкурсов и аукционов на право пользования участками недр (утверждены распоряжением Минприроды России от 14 ноября 2002 г. № 457-р, в Министерстве юстиции Российской Федерации не зарегистрированы), в условия аукциона рекомендуется включать основания признания его несостоявшимся, например: отсутствие заявок на участие в аукционе или одна поступившая заявка; участниками аукциона не предложена величина разового платежа выше стартового размера. Пункт 3.24 Методических рекомендаций содержит аналогичную норму для случая проведения конкурса. Статья 14 Закона «О недрах» в качестве основания для отказа в приеме заявки на участие в конкурсе или аукционе либо заявки на получение права пользования недрами без проведения конкурса или аукциона указывает на несоблюдение антимонопольных требований.

Антимонопольные требования законодательства о недропользовании не исключают применения к отношениям в сфере недропользования норм Закона «О защите конкуренции».

В соответствии с изложенным выше правовым обоснованием, в случае наличия в конкурсной (аукционной) документации положений о признании конкурса (аукциона) несостоявшимся в случае поступления одной заявки, участие в торгах только представителей одной группы лиц должно приводить к аналогичным последствиям. В противном случае, антимонопольные органы могут признать участие в таком конкурсе (аукционе) только группы лиц действием, приводящим к ограничению конкуренции.

4. Выводы и предложения

В настоящий момент в административной и судебной правоприменительной практике существует ряд проблем, связанных с участием аффилированных лиц (в том числе группы лиц) в торгах:

1) отнесение аффилированных лиц (в том числе лиц, входящих в группу) к одному лицу не регламентировано действующими гражданским, антимонопольным законодательством, законодательством о размещении заказов и законодательством о недрах;
2) отсутствие четкого законодательного механизма применения антимонопольных требований

(ст. 17 Закона «О защите конкуренции») к торгам, проводимым хозяйствующими субъектами и органами власти, в которых принимают участие аффилированные лица;

3) необходимость оценки степени влияния аффилированных лиц на соблюдение принципов конкуренции при проведении торгов и выбор соответствующего законодательного регулирования правоспособности данной категории субъектов;

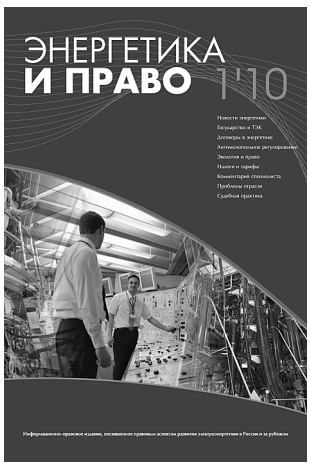
4) необходимость унификации гражданского, антимонопольного законодательства, законодательства о размещении госзаказа, о недрах и иных отраслевых нормативных актов, регламентирующих процедуру проведения торгов органами власти и хозяйствующими субъектами.

В целях обеспечения возможности участия в торгах наибольшего количества претендентов, развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности торгов, предотвращения коррупции и других злоупотреблений, следует распространить некоторые законодательные подходы к организации торгов, заложенные в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», на нормы законодательных актов, регламентирующих проведение торгов, в том числе на нормы законодательства о недрах.

Необходимо внесение изменений и дополнений в Закон «О недрах», предусматривающих четкую регламентацию следующих процедур: доведение информации о торгах до участников рынка, допуск к участию в торгах, порядок проведения торгов, выбор победителя, а также установление закрытого перечня оснований признания торгов несостоявшимися.

Также следует внести изменения в действующее законодательство Российской Федерации, направленные на регламентацию статуса участников торгов, т. е. рассматривать участников торгов, входящих в одну группу лиц, как одно лицо.

Кроме того, необходимо рассмотреть возможность законодательного подтверждения прямого запрета на участие в торгах аффилированных лиц, поскольку их взаимосвязь является основой для осуществления согласованных действий, направленных против интересов заказчика (организатора торгов) и против публичных интересов, связанных с поддержкой конкуренции. □



Энергетика и Право

Журнал посвящен правовым аспектам развития элетроэнергетики в России и за рубежом

Выходит с 2007 г.
Периодичность – 2 вып. в год

Журнал «Энергетика и Право» – новое информационно-правовое издание, посвященное правовым аспектам развития электроэнергетики в России и за рубежом. В нем рассматриваются следующие темы: вопросы реформирования отрасли; государственное регулирование электроэнергетики; новая модель оптового рынка электроэнергии; современная система договоров; проблемы налогообложения; тарифообразования; антимонопольного регулирования; арбитражная практика по энергетическим спорам.

В журнале широко представлен обзор правовых и судебных новостей, назначений, деятельность Министерства энергетики, Федеральной службы по тарифам, Федеральной антимонопольной службы и других министерств и ведомств, которые занимаются регулированием электроэнергетики в Российской Федерации

В журнале публикуются материалы, подготовленные ведущими специалистами отрасли, которые непосредственно заняты разработкой правовой базы развития электроэнергетики и реализацией реформ.

Большое внимание уделяется также практическим аспектам и особенностями деятельности компаний энергетического комплекса в современном правовом поле.

Адрес в интернете:
http://media.lawtek.ru/energy/

Индекс по каталогу «Газеты. Журналы» Роспечать **20842**

Индекс по объединенному каталогу «Пресса России» **18585**