***Взыскание убытков***

***от нарушения антимонопольного законодательства***

План:

I. Введение. Общие положения.

II. Доказывание и расчет убытков.

III. Участие представителей антимонопольных органов в суде по искам о возмещении убытков.

IV. Взыскание расходов с нарушителя, понесенных в связи с разбирательством в антимонопольном органе.

V. Судебная практика по взысканию убытков.

VI. Предложения в ВС РФ, ФАС России.

I. Как известно, практически любое нарушение законодательства о защите конкуренции (злоупотребление доминированием, картель, недобросовестная конкуренция и др.) способно причинить убытки лицам, против которых оно направлено. В целях восстановления прав пострадавших, в рамках третьего антимонопольного пакета, в Закон о защите конкуренции была введена специальная норма о возможности взыскания убытков, включая упущенную выгоду, пострадавшим от антимонопольного нарушения лицом (ч. 3 ст. 37).

Стоит отметить, что и до этого взыскание убытков было возможно на основании общих положений (ст. 15) ГК РФ, согласно которой лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

II. Президиумом ФАС России даны разъяснения определяющие особенности доказывания и расчета убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства (разъяснения № 6 Президиума ФАС России «Доказывание и расчет убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства», утвержденные **протоколом Президиума ФАС России от 25.05.2016 № 7).**

Принципиальное отличие реального ущерба от упущенной выгоды состоит в том, что первый представляет собой расходы на восстановление права, т.е. фактически понесенные затраты или затраты будущего периода, а второй - сумму дохода, который пострадавший субъект неминуемо должен был получить, но из-за противоправного поведения другого лица не получил.

Следует отметить, что реальный ущерб включает в себя как расходы, которые уже произведены пострадавшим лицом, так и расходы, которые такому лицу только предстоит произвести для восстановления нарушенного права. Такого рода предстоящие доходы следует отличать от упущенной выгоды. При взыскании расходов, которые лицо должно будет понести для восстановления нарушенного права (будущих расходов), суды исходят из того, что необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть представлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг, договор, определяющий размер ответственности за нарушение обязательств, и т.п. Также следует отметить, что реальный ущерб может быть выражен в утрате имущества или в его повреждении (например, разрушение объекта капитального строительства в связи с воздействием температурно-влажностного режима по причине отказа теплосетевой организации в его подключении к системам теплоснабжения и др.).

Таким образом, ущерб (убытки) определяется исходя из характера последствий совершенного правонарушения, а не из его содержания. Одно и то же нарушение (например, отказ в поставке товара, предоставлении услуги) может вызвать различные последствия (уменьшение объема производства, снижение качества продукции и др.). Для взыскания убытков с нарушителя антимонопольного законодательства истец должен доказать 3 составляющих:

1. *Факт нарушения антимонопольного законодательства.*

Следует отметить, что важным вспомогательным инструментом в данном случае выступает решение антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства, подтверждающее нарушение антимонопольного законодательства. Такое решение существенным образом облегчает бремя доказывания самого правонарушения <1>, но не снижает требований к доказыванию истцом самого факта причинения убытков и наличия причинно-следственной связи.

--------------------------------

<1> См. напр.: [постановление](consultantplus://offline/ref=5FC01D57D0A253B77746148E0BDB03D79834B30938A67CE6D337B14D10d5yBE) Федерального арбитражного суда Московского округа от 4 сентября 2013 г. по делу N А40-135137/2012.

*2. Факт наличия убытков (включая их величину).*

И общие положения ГК, и специальная норма Закона о защите конкуренции предусматривают возможность взыскания как реального ущерба, так и упущенной выгоды, причиненных нарушением антимонопольного законодательства. В судебной практике есть примеры успешного взыскания обоих видов убытков.

Чаще всего суды удовлетворяют требования о взыскании убытков, вызванных такими нарушениями, как недобросовестная конкуренция и злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания условий договора или необоснованного прекращения поставок товаров. В качестве примера успешного взыскания реального ущерба за указанные нарушения можно привести постановление ФАС Московского округа от 04.09.2013 по делу № А40-135137/12-131-526. Ответчик — энергоснабжающая организация — в одностороннем порядке отказался от договора поставки тепловой энергии. Решением ФАС России эти действия ответчика были признаны злоупотреблением доминирующем положением. В связи с неправомерным поведением ответчика истцу пришлось понести расходы на приобретение блочно-модульной котельной и строительно-монтажные работы, чтобы обеспечить себя тепловой энергией альтернативным способом. Суд признал такие расходы убытками истца и взыскал их с ответчика в полном размере.

Однако стоит обратить внимание, что судебная практика по вопросу взыскания реального ущерба противоречива даже при схожих обстоятельствах дела. Так, ФАС Северо-Западного округа в постановлении от 04.03.2013 по делу № А56-14508/2012 отказал во взыскании расходов на строительство котельной, осуществленное истцом по причине прекращения ответчиком теплоснабжения. Суд указал, что удовлетворение требований о взыскании убытков может привести к неосновательному обогащению истца, поскольку построенная котельная останется в его собственности. При этом расходы на ее строительство не связаны с восстановлением нарушенного права на получение тепла, поскольку ответчик нарушил права истца только в части прекращения поставки тепловой энергии. Определением ВАС РФ от 05.06.2013 было отказано в передаче дела на рассмотрение Президиума.

Совместно с ассоциацией антимонопольных экспертов ФАС России были разработаны Разъяснения по определению размера убытка, причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства ([разъяснения Президиума ФАС России от 16.10.2017 № 11](https://www.eg-online.ru/upload/iblock/ea0/raziasnen.pdf)).

Данный документ обобщает большинство существующих методик определения убытков, сформированных по итогам исследования как российской правоприменительной практики, так и зарубежного опыта.

Практическая ценность данных Разъяснений заключается в следующем:

* помочь антимонопольным органам сформировать позицию, если соответствующее дело будет рассматриваться в суде;
* использовать их при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства на предмет недопущения, ограничения или устранения конкуренции, установления ущемления интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей при злоупотреблении доминирующим положением;
* использовать как рекомендации для территориальных органов ФАС России при определении размера ущерба, причиненного антимонопольными нарушениями, как отягчающего обстоятельства при привлечении к административной ответственности;
* использовать как рекомендации для пострадавших лиц и самих нарушителей при определении размера убытков, причиненных антимонопольными нарушениями.

По сути, разъяснения обобщают существующие в российской и зарубежной практике методики определения убытков и носят информационно-рекомендательный характер.

Кроме ключевых выводов правоприменительной практики, в разъяснениях описываются концептуальные подходы к расчету убытков. В частности, ФАС России рассмотрела экономические принципы, используемые при расчете убытков, контрфактуальный анализ (как могли бы выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта, если бы нарушения не было?), а также описала концептуальные подходы, составляющие базис для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, и привела модельные примеры их расчета.

*3. Причинно-следственную связь между нарушением антимонопольного законодательства и причиненными убытками.*

Судебная практика показывает, что при взыскании убытков за нарушение антимонопольного законодательства периодически возникают трудности с доказыванием причинно-следственной связи между противоправными действиями ответчика и убытками, возникшими у истца.

Пожалуй, самый сложный элемент доказывания в делах о взыскании убытков — наличие причинно-следственной связи. В вышеупомянутых разъяснениях Президиума ФАС России отмечается, что согласно сложившейся судебной практике прямая причинно-следственная связь существует тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности. Соответственно, истцу необходимо доказать причинно-следственную связь между противоправным поведением ответчика и заявленными убытками.

В соответствии с Определением ВАС РФ от 08.04.2013 по делу № А81-2843/2011 такая причинно-следственная связь должна быть прямой (непосредственной).

В соответствии с позицией, высказанной в постановлении Третьего арбитражного апелляционного суда от 26.06.2014 по делу № А33-6497/2013, «прямая (непосредственная) причинная связь имеет место тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности».

В качестве примера отказа в удовлетворении требования о взыскания убытков в связи с недоказанностью причинно-следственной связи можно привести Определение ВАС РФ от 19.08.2013 по делу № А40-82507/12-82-758. Компания, занимающая доминирующее положение, уклонялась от заключения договора на оказание услуг в сфере авиационных полетов с истцом. Истец потребовал взыскания упущенной выгоды, связанной с невозможностью осуществления соответствующей деятельности. Однако суд посчитал, что причинная связь между уклонением от заключения договора и убытками истца отсутствует, поскольку он имел возможность осуществлять иные виды деятельности, предусмотренные уставом.

Таким образом, с учетом того, что в рамках дела о взыскании убытков за антимонопольное нарушение, суды руководствуются ст. 15 ГК, для взыскания убытков за нарушение антимонопольного законодательства должна быть доказана та же совокупность обстоятельств, что и при взыскании иных убытков:

1) противоправность действий (бездействия) причинителя убытков;

2) наличие и размер понесенных убытков;

3) причинная связь между противоправными действиями (бездействием) и убытками.

При этом недоказанность одного из этих фактов может привести к невозможности взыскания убытков и отказу в удовлетворении иска. Подобная позиция была высказана во многих судебных актах (Определение ВАС РФ от 19.08.2013 по делу № А40-82507/12-82-758; постановление ФАС ЗСО от 15.05.2012 по делу № А27-8310/2011 (Определением ВАС РФ от 20.09.2012 в передаче в Президиум отказано).

Вместе с тем, в удовлетворении иска не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить.Размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению (Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25).

III. На практике принято выделять два вида частных исков о взыскании убытков за нарушения антимонопольного законодательства:

* иски, основанные на решении антимонопольного органа;
* иски, по которым истец самостоятельно обосновывает и доказывает нарушение антимонопольного законодательства*.*

Действующее законодательство не указывает на наличие решения антимонопольного органа как на необходимое условие для подачи иска о взыскании убытков. Возможность лица обратиться в суд с требованием о взыскании убытков в отсутствие решения антимонопольного органа, подтверждающего факт нарушения антимонопольного законодательства, в большинстве случаев признается судебной практикой, но количество таких исков крайне мало. Это связано с тем, что в таких делах истец должен доказать и нарушение ответчиком законодательства о защите конкуренции, и причинение ему таким нарушением убытков. Как правило, у истцов не хватает возможностей и ресурсов для надлежащего доказывания сложных составов антимонопольных правонарушений и установления всех их элементов.

Анализ правоприменительной практики показывает, что практически во всех случаях иски о взыскании убытков (а также неосновательного обогащения) инициируются после того, как антимонопольный орган вынес решение о нарушении антимонопольного законодательства. Хотя наличие такого решения не является обязательным для удовлетворения иска об убытках, оно избавляет истца от необходимости доказывать, что нарушитель совершил противоречащие законодательству о защите конкуренции действия.

## Антимонопольным органам даны рекомендации относительно их участия в делах о взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, по искам частных лиц (Письмо ФАС России от 01.12.2017 N СП/84318/17 «О системе мер по участию ФАС России и ее территориальных органов в качестве третьих лиц в судах по частным искам о взыскании убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства»).

В случае обращения лица в суд о возмещении убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения), при наличии решения органа о нарушении антимонопольного законодательства, антимонопольный орган может быть привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора по ходатайству стороны процесса или по инициативе суда.

В случае привлечения судом в качестве третьего лица участие представителей органа в судебных заседаниях и представление в материалы судебного дела письменной позиции с приложением копии решения о нарушении антимонопольного законодательства являются обязательными.

В случае обращения лица в суд с требованием о возмещении убытков в отсутствие установленного решением органа факта нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган также может быть привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, по ходатайству стороны или по инициативе суда.

В ходе рассмотрения подобных дел антимонопольному органу следует представлять в суд письменную позицию относительно наличия либо отсутствия признаков нарушения антимонопольного законодательства в рамках предмета заявленных исковых требований.

При этом в случае наличия признаков нарушения антимонопольному органу надлежит рассмотреть вопрос о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, о чем следует своевременно сообщить суду до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу.

Отмечается также, что представителям антимонопольных органов при участии третьими лицами, не заявляющими самостоятельных требований относительно предмета спора, по рассматриваемой категории дел следует в полной мере пользоваться предоставленным им процессуальными правами.

IV. Отдельный интерес в контексте взыскания реального ущерба представляет вопрос о возможности взыскания с нарушителя антимонопольного законодательства расходов, понесенных в связи с разбирательством в антимонопольном органе.

Ранее судебная практика по данному вопросу была противоречива.

Так, ФАС Западно-Сибирского округа в постановлении от 13.09.2013 по делу № А67-4342/2012 удовлетворил требование о взыскании расходов на оплату услуг представителя в антимонопольном разбирательстве в полном объеме. В то же время ФАС Московского округа в постановлении от 11.04.2013 по делу № А40-41535/11-110-327 указал, что расходы на представительство интересов в ФАС России не могут быть квалифицированы как убытки, так как произведены истцом по собственной инициативе и напрямую связаны с последующей защитой прав истца в суде.

Для обеспечения единообразия судебной практики по данному вопросу Президиумом ВАС РФ было принято Постановление от 17.12.2013 по делу № А67-8238/2012. ВАС РФ указал, что действия истца по сбору доказательств для обоснования позиции по делу, привлечению представителя по ведению дела в антимонопольном органе непосредственно связаны с восстановлением права, нарушенного действиями ответчика. Нарушение ответчиком антимонопольного законодательства создало реальную возможность для несения истцом расходов. В связи с этим расходы, связанные с обращением в антимонопольный орган за защитой нарушенных прав, являются убытками и подлежат возмещению в разумных пределах с учетом наличия доказательств их фактической выплаты, необходимости затрат, сформировавших расходы, для защиты нарушенного права.

V. Положительная практика взыскания убытков вследствие нарушения антимонопольного законодательства:

* решение АС г. Москвы от 12.07.2010 по делу № А40-46424/10 о взыскании ущерба, причиненного нарушением ст. 10 Закона о защите конкуренции: взыскан реальный ущерб в размере более 1,1 млрд. руб.

В качестве доказательства суд принял письменные рекомендации ФАС России от 22.11.2007 № ИА/22458 о ценообразовании в отношении данного товара и отзыв ФАС России по судебному делу, в котором выражалась позиция антимонопольного органа о величине экономически обоснованной цены на данный товар.

* постановление СИП от 12.10.2015 по делу № А56-23056/2013: взыскано более 1,6 млрд. руб. упущенной выгоды за недобросовестную конкуренцию в связи с приобретением и использованием товарного знака

Расчет убытков был проверен экспертным путем.

* определение ВС РФ от 07.12.2015 по делу № А40-14800/2014 о взыскании убытков, причиненных нарушением ст. 10 Закона о защите конкуренции: взыскано более 408 мил. руб. упущенной выгоды

В качестве доказательства суд принял решение антимонопольного органа

* постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.10.2016 по делу № А40-17761/2016: взыскано более 876 мил. руб. упущенной выгоды
* постановление АС Поволжского округа от 28.09.2017 по делу № А55-22501/2016 о взыскании убытков, причиненных в следствие нарушения 44-ФЗ: взысканы убытки в размере 724 992 руб.

Суды указали – при наличии возможности исполнить контракт истец в результате незаконных действий ответчика был лишен возможности заключения муниципального контракта и лишен доходов, которые он получил бы при выполнении данного контракта.

В качестве доказательства суд принял экспертное исследование о размере упущенной выгоды.

* постановление СИП от 12.10.2015 по делу № А56-23056/2013: взыскано более 1,6 млрд. руб. упущенной выгоды за недобросовестную конкуренцию в связи с приобретением и использованием товарного знака

Расчет убытков был проверен экспертным путем.

* постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2015 по делу № А40-79028/2014 о взыскании неосновательного обогащения: взыскано более 166 мил. руб.
* постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.04.2016 по делу № А40-79025/2014 о взыскании неосновательного обогащения: взыскано более 6 мил. руб.

В качестве доказательств суды приняли решение антимонопольного органа о нарушении ч. 1 ст. 13 Закона о торговле.

* Решение Арбитражного суда Самарской области от 02.11.2017 г. по делу А55-9901/2017 требования ООО «РН-Энерго» о взыскании с АО «Самарагорэнергосбыт» неосновательного обогащения.

Изначальная сумма иска составляла 1927580 руб. 46 коп. Впоследствии Заявитель уточнил исковые требования и просил взыскать с Ответчика неосновательное обогащение за период с января 2015 г. по апрель 2016 г. в размере 1352985 руб. 19 коп.

Итоговая сумма взыскания составила: 1352985 руб. 19 коп. неосновательного обогащения за период с января 2015 г. по апрель 2016 г., а также расходы по госпошлине в сумме 26530 руб.

При удовлетворении требований Заявителя суд учитывал, что решением Самарского УФАС России от 03.11.2016 г., действия (бездействие) АО «Самарагорэнергосбыт» признаны злоупотреблением доминирующим положением, выражающимся в неприменении тарифа по уровням напряжения «СН2» в расчетах за поставленную электрическую энергию по договору энергоснабжения № 02401 от 01.01.2013 г.

VI. С целью обеспечения единообразия в толковании и применении норм при разрешении споров, связанных с взысканием убытков вследствие нарушения антимонопольного законодательства предложить ВС РФ: издать Обзор практики по рассмотрению судами дел указанной категории.

По результатам обобщения судебной практики предложить ФАС России: доработать Методические рекомендации в части доказывания и расчета убытков, определения их размера

**ВОПРОСЫ**

**АНТИМОНОПОЛЬНОГО И ТАРИФНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

План

1. Введение.

Полномочия ФАС России и территориальных органов по контролю за соблюдением законодательства в сфере государственного регулирования цен (тарифов).

1. Отказ органа тарифного регулирования в открытии дела об установлении тарифа: основания, меры антимонопольного реагирования и нормативное регулирование.
2. Правоприменительная практика в сфере взаиморасчетов между смежными сетевыми организациями по оплате услуг по передаче электрической энергии.
3. Нарушение антимонопольного законодательства путем неправильного применения тарифа на электрическую энергию по уровню напряжения: практика Самарского УФАС России и суда.

**I. Полномочия ФАС России и территориальных органов по контролю за соблюдением законодательства в сфере государственного регулирования цен (тарифов).**

В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 21.07.2015 № 373 «О некоторых вопросах государственного управления и контроля в сфере антимонопольного и тарифного регулирования», функции по контролю за соблюдением законодательства в сфере государственного регулирования цен (тарифов), в том числе функции по отмене решений органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов, по внесудебному урегулированию разногласий между органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов и регулируемыми организациями переданы Федеральной антимонопольной службе.

При этом следует обратить внимание на то, что указанными полномочиями обладает исключительно Федеральная антимонопольная служба; её территориальным органам такие полномочия не передавались.

В соответствии с действующим законодательством региональное тарифное регулирование цен (тарифов) отнесено к полномочиям органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации.

Действия (бездействие) региональных органов тарифного регулирования могут являться нарушением антимонопольного законодательства и в этом случае могут быть предметом рассмотрения территориальных органов ФАС России.

Так, действия (бездействие) органа регулирования, которые могут привести или приводят к устранению регулируемой организации с товарного рынка (например, незаконная отмена ранее принятого решения об установлении тарифа), либо создают необоснованные препятствия для входа на товарный рынок, либо осуществления регулируемой деятельности (например, не утверждение тарифа на регулируемую деятельность; необоснованный отказ, либо уклонение в открытии тарифного дела) могут содержать признаки нарушения статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»).

**II. Отказ органа тарифного регулирования в открытии дела об установлении тарифа: основания, меры антимонопольного реагирования и нормативное регулирование.**

В практике Самарского УФАС России в 2017 году имел место случай необоснованного отказа органа тарифного регулирования в открытии тарифного дела об установлении для организации платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту.

Но этому предшествовала длительная история.

В 2015 году в результате рассмотрения Самарским УФАС России дела о нарушении антимонопольного законодательства, действия Сетевой организации, выразившиеся в несоблюдении процедуры осуществления технологического присоединения, установленной Правилами технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 27.12.2004 № 861 (далее – Правила технологического присоединения), были признаны нарушением части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»). ООО «РЭС» не был соблюден пункт 41 Правил технологического присоединения, в части направления заявки на технологическое присоединение в смежную сетевую организацию (ЗАО «Электросеть-Волга»), при осуществлении процедуры технологического присоединения энергопринимающих устройств Потребителя, максимальная мощность которых превышает согласованную в акте разграничения балансовой принадлежности ООО «РЭС» и ЗАО «Электросеть-Волга» максимальную мощность.

ООО «РЭС» было привлечено к административной ответственности по части 2 статьи 14.31 КоАП РФ.

Впоследствии в октябре 2015г. ООО «РЭС» подало заявку на технологическое присоединение к электрическим сетям ЗАО «Электросеть-Волга».

ЗАО «Электросеть-Волга» направило в адрес ООО «РЭС» для подписания оферту договора на технологическое присоединение и технические условия, как неотъемлемую часть договора. В ноябре 2015г. ООО «РЭС» направило в ЗАО «Электросеть-Волга» мотивированный отказ от подписания представленного проекта договора с предложением направить новую редакцию договора и технические условия, соответствующие законодательству, а ЗАО «Электросеть-Волга» сообщило об отказе во внесении изменений в оферту договора на технологическое присоединение и в технические условия.

В январе 2016 г. ЗАО «Электросеть-Волга» сообщило об аннулировании, ранее направленного в адрес ООО «РЭС» договора на ТП к электрическим сетям, а также сообщило, что её электрические сети в точке присоединения электроустановок ООО «РЭС» не имеют свободной максимальной мощности для технологического присоединения, что подтверждается постановлением Арбитражного суда Поволжского округа по делу № А55-22637/2014.

ООО «РЭС» обратилось в Самарское УФАС России с заявлением в отношении действий ЗАО «Электросеть-Волга», выразившихся в уклонении от заключения договора технологического присоединения.

Согласно пункту 30.1 Правил технологического присоединения, в случае отсутствия технической возможности присоединения к сетям сетевой организации, она должна была обратиться в 30-дневный срок после получения заявки в уполномоченный орган исполнительной власти в области государственного регулирования тарифов для расчета платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту.

Таким образом, поскольку в действиях ЗАО «Электросеть-Волга» содержались признаки нарушения пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального Закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 г. «О защите конкуренции», выразившиеся в уклонении от заключения договора технологического присоединения энергопринимающих устройств к электрическим сетям, Самарское УФАС России выдало ЗАО «Электросеть-Волга» предупреждение о необходимости прекращения данных действий путём рассмотрения заявки на технологическое присоединение.

ЗАО «Электросеть-Волга» повторно направило ООО «РЭС» оферту, в которую были внесены изменения, но ООО «РЭС» не подписало её и не направило мотивированный отказ.

В период рассмотрения Самарским УФАС России заявления об уклонении ЗАО «Электросеть-Волга» от заключения договора технологического присоединения, ООО «РЭС» обратилось в арбитражный суд с иском к ЗАО «Электросеть-Волга» об урегулировании разногласий по первому проекту договора технологического присоединения.

Разногласия по условиям договора об осуществлении технологического присоединения ООО «РЭС» к электрическим сетям ЗАО «Электросеть-Волга» были урегулированы решением Арбитражного суда Самарской области по делу № А55-649/2016, в том числе плата за технологическое присоединение энергопринимающих устройств установлена в соответствии со стандартизированной ставкой С1, техническими условиями предусмотрена замена питающих линий сетевой организации для создания возможности технологического присоединения заявителя.

Поскольку действия ЗАО «Электросеть-Волга», выразившиеся в несоблюдении пункта 30.1 Правил технологического присоединения, а именно в ненаправлении в орган тарифного регулирования заявления об установлении платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту, содержат формальный состав части 1 статьи 9.21 КоАП РФ, Самарское УФАС России привлекло ЗАО «Электросеть-Волга» к административной ответственности по статье 9.21 КоАП РФ.

ЗАО «Электросеть-Волга» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным и отмене постановления о назначении наказания (дело № А55-15361/2016), но обществу было отказано в удовлетворении заявленных требований.

При этом суд отметил, что плата за осуществление мероприятий по технологическому присоединению подлежит тарифному регулированию и должна быть установлена уполномоченным органом исполнительной власти в области государственного регулирования тарифов. В связи с чем, даже учитывая наличие судебного разбирательства между ООО «РЭС» и ЗАО «Электросеть-Волга», размер платы за технологическое присоединение должен быть установлен в соответствии с действующим законодательством в области тарифного регулирования, то есть по индивидуальному тарифу.

Далее, ЗАО «Электросеть-Волга» обратилось с заявлением в орган тарифного регулирования об установлении платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту.

Орган тарифного регулирования отказал ЗАО «Электросеть-Волга» в открытии дела об установлении данной платы, ссылаясь при этом на Правила технологического присоединения и приказ ФСТ России от 11.09.2012 г. № 209-э/1 «Об утверждении Методических указаний по определению размера платы за технологическое присоединение к электрическим сетям» (далее - Методические указания № 209-э/1), согласно которым, по его мнению, плата за технологическое присоединение по индивидуальному проекту устанавливается при отсутствии технической возможности, «а также при технологическом присоединении заявителей, присоединяющихся к электрическим сетям на уровне напряжения не ниже 35 кВ и максимальной мощности энергопринимающих устройств не менее 8900 кВт». Величина же максимальной мощности присоединяемых энергопринимающих устройств ООО «РЭС» составляет менее 8900 кВт, уровень напряжения 6 кВ.

Однако Управление, рассмотрев заявление, посчитало, что вывод органа тарифного регулирования противоречит вышеуказанным правовым нормам.

Правила технологического присоединения не устанавливают каких-либо ограничений по уровню напряжения и мощности при установлении платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту.

В соответствии с подпунктом 2 пункта 7 Методических указаний № 209-э/1, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов утверждается по обращению сетевой организации плата за технологическое присоединение к территориальным распределительным электрическим сетям энергопринимающих устройств отдельных потребителей максимальной мощностью не менее 8 900 кВт и на уровне напряжения не ниже 35 кВ и объектов по производству электрической энергии, ***а также***при присоединении по индивидуальному проекту.

В соответствии с Толковым словарём Ефремовой Т. Ф. (М.: Русский язык, 2000), союз *«а также»* употребляется при присоединении однородного члена предложения, который, являясь добавочным, отграничивается от другого или от ряда других однородных членов.

Таким образом, совместное применение условий, указанных в пункте 7 Методических указаний № 209-э/1 не только противоречит нормам Правил технологического присоединения, Методическим указаниям № 209-э/1, но и противоречит правилам русского языка.

Данный вывод Управления нашел подтверждение в решении Арбитражного суда Самарской области от 30.11.2016г. по делу № А55-15361/2016 , в котором был сделан вывод о том, что мнение органа тарифного регулирования «содержит в себе вольное толкование нормативных правовых актов».

Следует отметить, что с 31.10.2017г. Методические указания № 209-э/1 утратили силу в связи с изданием [Приказа](consultantplus://offline/ref=B04E1D46AC70E0C223BACCF265C26032CFAA8E9C8A06791A0728AF04709D03285F9AB9D82A33DABFu7h1I) ФАС России от 29.08.2017 № 1135/17 «Об утверждении методических указаний по определению размера платы за технологическое присоединение к электрическим сетям».

В новых Методических указаниях устранено данное разночтение.

Согласно пункту 9(1) [Правил](consultantplus://offline/ref=C45B2CF3FF9D822A1C9AD97BF2166E873FCEBEAE55249B83ABEB09D4721204666028CDD30C1B15A9gBJ9K) государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2011 г. № 1178 (далее - Правила государственного регулирования цен (тарифов) в электроэнергетике), регулирующий орган ***отказывает в открытии дела об установлении цены (тарифа)*** в случае, если регулируемая организация не опубликовала предложение о размере цен (тарифов) и долгосрочных параметров регулирования (при применении метода доходности инвестированного капитала или метода долгосрочной индексации необходимой валовой выручки), подлежащих регулированию, в порядке, установленном [стандартами](consultantplus://offline/ref=285FCB14D6BBF5A67A3801AE04BFCA86593B1A8797CC6EF0F306B905D0E56DAFF46D256367601E8Dn4OFK) раскрытия информации субъектами оптового и розничных рынков электрической энергии, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 21.01.2004 № 24, или указанное опубликованное предложение не соответствует предложению, представляемому в орган регулирования.

[Пунктом 9 (1)](consultantplus://offline/ref=6A2528654E44D57BD6EAB308CB39ECB49FF0FD69FE96204B372F297D67B7CB90044831C39Bw2I4K) [Правил](consultantplus://offline/ref=C45B2CF3FF9D822A1C9AD97BF2166E873FCEBEAE55249B83ABEB09D4721204666028CDD30C1B15A9gBJ9K) государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике предусмотрены ***исчерпывающие основания* *для отказа*** в открытии дела об установлении цен (тарифов). Данный вывод подтверждается судебной практикой (Определение Верховного суда Российской Федерации от 17.11.2016 г. № 2-АПГ16-23).

Управлением было установлено наличие в действиях органа тарифного регулирования признаков нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренного пунктом 2 части 1 статьи 15 ФЗ «О защите конкуренции», выразившихся в создании необоснованных препятствий в осуществлении деятельности хозяйствующего субъекта, не позволяющих организации на законном основании осуществлять деятельность по передаче электрической энергии и технологическому присоединению потребителей электрической энергии к объектам электросетевого хозяйства, и выдано предупреждение о необходимости прекращения указанных действий путем отзыва письма, содержащего отказ в открытии дела об установлении тарифов.

Предупреждение было выполнено органом тарифного регулирования в установленный срок; письмо было отозвано.

Орган тарифного регулирования на повторное обращение ЗАО «Электросеть-Волга» об утверждении платы за осуществление технологического присоединения по индивидуальному проекту сообщил, что размер платы за технологическое присоединение определен решением Арбитражного суда Самарской области от 26.05.2016г. по делу № А55-649/2016 в размере 624 012, 21 руб.

ЗАО «Электросеть-Волга» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным данного отказа в установлении размера платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту (Дело № А55-29459/2017).

Арбитражный суд отказал ЗАО «Электросеть-Волга» в удовлетворении заявленных требований, указав, что в рамках данного дела ЗАО «Электросеть-Волга», по сути, пытается изменить условие о плате в Договоре на технологическое присоединение, которое уже утверждено судебными актами по делу №А55-649/2016, вступившими в силу, что недопустимо в силу статьи 69 АПК РФ. Требование ЗАО «Электросеть-Волга» об обязании органа тарифного регулирования рассмотреть заявление об установлении платы по индивидуальному проекту противоречит судебным актам по делу №А55-649/2016.

* **Таким образом, нарушение сетевой организацией законодательства путем осуществления технологического присоединения без заключения договора на технологическое присоединение не позволило включить расходы сетевой организации на реконструкцию и (или) новое строительство, связанные с данным технологическим присоединением, что привело впоследствии к невыполнению договора на ТП и отсутствию до настоящего времени надлежащего оформления существующего технологического присоединения.**
* **В настоящее время существует необходимость установления такого основания для отказа регулирующего органав открытии дела об установлении цен (тарифов) как наличие вступившего в законную силу решения суда по утверждению условия договора технологического присоединения энергопринимающих устройств по цене.**

Согласно Методическим рекомендациям ФАС России для представителя территориального органа, участвующего в работе коллегиального органа органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов, необходимо учитывать, что правоустанавливающие документы, подтверждающие право собственности или законное право в отношении недвижимых объектов, используемых для осуществления регулируемой деятельности, должны соответствовать требованиям, установленным законодательством.

На практике нередки случаи, когда регулируемые организации при подаче заявлений об установлении цен (тарифов) предоставляют в орган тарифного регулирования противоречащие требованиям законодательства правоустанавливающие документы на имущество, которое предполагается использовать в регулируемой деятельности. Это касается, прежде всего, правоустанавливающих документов на муниципальное имущество.

В соответствии с Правилами регулирования цен (тарифов) в сфере электроэнергетики, теплоснабжения, к заявлениям об установлении цен (тарифов) прилагаются копии правоустанавливающих документов (копии гражданско-правовых договоров, концессионных соглашений, при реорганизации юридического лица - передаточных актов), подтверждающих право собственности, иное законное право в отношении объектов недвижимости (зданий, строений, сооружений, земельных участков), используемых для осуществления регулируемой деятельности (пункт 17 [Правил](consultantplus://offline/ref=C45B2CF3FF9D822A1C9AD97BF2166E873FCEBEAE55249B83ABEB09D4721204666028CDD30C1B15A9gBJ9K) государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 29.12.2011г. № 1178, пункт 16 Правил регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения), утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 22.10.2012 № 1075) .

С момента официального опубликования (08.05.2013) Федерального закона от 07.05.2013 № 103-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации», передача прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения, находящимися в государственной или муниципальной собственности, осуществляется с учетом требований, установленных статьей 28.1 Федерального закона от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении» и статьей 41.1 Федерального закона от 07.12.2011 № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении».

Из анализа норм законодательства о теплоснабжении и водоснабжении следует, что передача прав в отношении объектов теплоснабжения, централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельных объектов таких систем, находящихся в государственной или муниципальной собственности, может осуществляться исключительно на основании договоров аренды (в случае если дата ввода в эксплуатацию передаваемых объектов не превышает пять лет) или концессионных соглашений.

Договор аренды объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения находящихся в государственной или муниципальной собственности, заключенный с нарушением требований, является ничтожным.

Установление тарифа, в отсутствие правоустанавливающих документов, оформленных в соответствии с требованиями законодательства, будет являться нарушением норм права.

Однако до настоящего времени на практике нередки случаи отсутствия надлежаще оформленных в соответствии с требованиями законодательства правоустанавливающих документов, представляемых регулируемыми организациями для расчета тарифов.

При этом, как уже было сказано выше [Правил](consultantplus://offline/ref=C45B2CF3FF9D822A1C9AD97BF2166E873FCEBEAE55249B83ABEB09D4721204666028CDD30C1B15A9gBJ9K)ами государственного регулирования цен (тарифов) в электроэнергетике предусмотрены *исчерпывающие основания* для отказа в открытии дела об установлении цен (тарифов), среди которых нет такого основания для отказа в открытии дела об установлении цен, как представление в регулирующий орган правоустанавливающих документов, оформленных с нарушением требований действующего законодательства.

Кроме того, в Правилах государственного регулирования цен (тарифов) в электроэнергетике отсутствует норма, предусматривающая закрытие дела без вынесения решения об установлении тарифа. Таким образом, в случае если несоответствие правоустанавливающих документов требованиям законодательства, будет выявлено после открытия дела об установлении тарифов, орган регулирования не вправе закончить его рассмотрение закрытием дела.

Правила регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения, утверждённые постановлением Правительства Российской Федерации от 22.10.2012 № 1075 (далее – Правила регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения) не содержат перечень оснований для отказа в открытии дела.

Согласно пункту 11 Регламента открытия дел об установлении регулируемых цен (тарифов) в сфере теплоснабжения, утвержденного приказом ФСТ России от 07.06.2013г. № 163, единственным основанием для принятия решения об отказе в рассмотрении предложений об установлении цен (тарифов) и возврате представленных документов и материалов является несоблюдение заявителем сроков представления предложения об установлении цен (тарифов), установленных настоящим Регламентом, кроме случаев, указанных в [пункте 20](consultantplus://offline/ref=02CA412843D0814CB90C9309B4B2A3BB615AABB88E9682F54B9B4788DBCEF318E63521DCC3189435gDODM) настоящего Регламента. Принятие решения об отказе в рассмотрении предложений об установлении цен (тарифов) и возврате представленных документов и материалов по иным основаниям не допускается.

Таким образом, в настоящий момент в законодательстве отсутствуют нормы, предусматривающие полномочие органа регулирования тарифов принять решение об отказе в открытии дела (или закрытии дела) в связи с представлением регулируемой организацией правоустанавливающих документов, оформленных с нарушением требований действующего законодательства.

* **Для устранения пробела в правовом регулировании данного вопроса предлагаем внести изменения в нормативные правовые акты, устанавливающие правила государственного регулирования цен (тарифов) в соответствующих сферах, включив в полномочия органа регулирования тарифов принятие решения об отказе в открытии дела (или закрытии дела) об установлении цен (тарифов) в случае представления регулируемой организацией правоустанавливающих документов, оформленных с нарушением требований действующего законодательства.**

**III. Правоприменительная практика в сфере установления взаиморасчетов между смежными сетевыми организациями по оплате услуг по передаче электрической энергии.**

Далее, хотелось бы осветить вопросы, с которыми сталкивалось в своей практике Самарское УФАС России при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, связанных в том числе с вопросами тарифного регулирования.

Например, Управлению при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства пришлось столкнуться с проблемой правомерности получения сетевыми организациями тарифа за услуги по передаче электроэнергии, оказанные посредством объектов электросетевого хозяйства, которые не были учтены при утверждении тарифного решения.

В Самарское УФАС России обратилось ООО «Энерго-Центр» с заявлением о нарушении ООО «РЭС» антимонопольного законодательства, выразившегося в оказании услуг по передаче электрической энергии в 2014 году в отсутствие индивидуального тарифа, установленного для этой пары смежных сетевых организаций.

При рассмотрении дела было установлено, что ООО «Энерго-Центр» и ООО «РЭС» являются смежными. Необходимая валовая выручка обеих организаций учтена при утверждении (расчете) на 2014 год единых (котловых) тарифов на услуги по передаче электрической энергии в Самарской области.

После утверждения единых (котловых) тарифов на услуги по передаче электрической энергии в Самарской области в январе 2014г. ООО «РЭС» приняло в аренду электрические сети потребителя, которые не были учтены при установлении единых (котловых) тарифов на 2014 год.

ОАО «Самараэнерго», у которого в 2013 году был заключен с ООО «Энерго-Центр» договор на оказание услуг по передаче электрической энергии в интересах потребителей (в том числе потребителя, чьи сети позднее арендовало ООО «РЭС») начало осуществлять расчёты с ООО «РЭС» в соответствии с договором на оказание услуг по передаче электрической энергии по единым (котловым) тарифам на услуги по передаче электрической энергии, установленным приказом органа тарифного регулирования на 2014 год без учета арендованных сетей.

Согласно пункту 49 Методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую (тепловую) энергию на розничном (потребительском) рынке, утвержденных Приказом ФСТ России от 06.08.2004 № 20-э/2, индивидуальные тарифы на услуги по передаче электрической энергии, которые территориальные сетевые организации оказывают друг другу, то есть для взаиморасчетов пары сетевых организаций (далее - индивидуальные тарифы), определяются исходя из разности между тарифной выручкой сетевой организации - получателя услуги по передаче электрической энергии, получаемой ею от потребителей электрической энергии на всех уровнях напряжения, и необходимой валовой выручкой (НВВ).

Индивидуальные тарифы между двумя смежными сетевыми организациями ООО «Энерго-Центр» и ООО «РЭС» на 2014 год не были установлены.

Дело о нарушении антимонопольного законодательства приостанавливалось до рассмотрения дела №А55-5470/2014 арбитражным судом по иску ООО «Энерго-Центр» к ОАО «Самараэнерго» о взыскании задолженности по договору оказания услуг по передаче электрической энергии, в том числе по сетям, принятым в аренду ООО «РЭС» за январь 2014г. Данное дело рассматривалось арбитражным судом около полутора лет.

В решении Арбитражного суда Самарской области от 17.06.2014г. по делу № А55-5470/2014 был сделан вывод о том, что отсутствие утвержденного регулирующим органом индивидуального тарифа между смежными сетевыми организациями в случаях, когда законом установлена необходимость применения регулируемых цен, не может освобождать от исполнения обязанности по оплате фактически оказанных услуг. В этом случае сторона вправе доказывать размер платы за оказанные услуги по передаче электроэнергии средствами доказывания, предусмотренными главой 7 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Кроме того, суд указал, что выпадающие доходы ООО «Энерго-Центр», учтенные при тарифном регулировании и установлении НВВ на 2014 год, подлежат учету в периоде регулирования, следующем за 2014 годом, как будут учтены и денежные средства, полученные ООО «РЭС», *в размере, не предусмотренном уполномоченным органом*, если они в установленном порядке будут признаны экономически необоснованными.

Постановлением Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2014г. решение было отменено, принят новый судебный акт об удовлетворении иска. В постановлении указано, что согласно пунктам 5, 6 и 8 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 27.12.2004 № 861, и оказания этих услуг ООО «РЭС» на спорном участке сетей потребителей, граничащем с сетями истца (ООО «Энерго-Центр»), в отсутствие установленного индивидуального тарифа для взаиморасчетов с ООО «Энерго-Центр»:

- не участвует в системе взаиморасчетов и не является смежной сетевой организацией по отношению к ООО «Энерго-Центр»;

- не вправе оказывать услуги по передаче электрической энергии ответчику до установления индивидуального тарифа и учета затрат на содержание сетей в с составе НВВ с последующим отражением в единых котловых тарифах;

- не вправе препятствовать перетоку электрической энергии через принадлежащие ему объекты потребителям и требовать за это плату.

Арбитражный суд Поволжского округа постановлением от 17.03.2015г. отменил постановление апелляционной инстанции и направил дело на новое рассмотрение в Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд, поскольку посчитал, что выводы суда апелляционной инстанции основаны на неполном исследовании имеющихся в деле доказательств и обстоятельств по делу. При этом суд кассационной инстанции отметил, что в постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда были сделаны одновременно выводы о том, что ООО «РЭС» не являясь смежной сетевой организацией, фактически является лишь законным владельцем объектов электросетевого хозяйства, через которые опосредованно присоединено к электрическим сетям сетевой организации энергопринимающее устройство и о том, что в спорных правоотношениях ООО «РЭС» является потребителем электроэнергии.

При новом рассмотрении дела Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд постановлением от 06.08.2015г. оставил решение Арбитражного суда Самарской области от 17.06.2014г. без изменения, а апелляционную жалобу ООО «Энерго-Центр» без удовлетворения, указав, что отсутствие индивидуального тарифа не мешает проведению расчетов между двумя смежными сетевыми организациями, не лишает их статуса сетевых организаций, а также права на оказание услуг по передаче электрической энергии, сославшись при этом на аналогичную правовую позицию, изложенную в постановлении Арбитражного суда Поволжского округа по делу № А55-15293/2014. Определением Верховного суда РФ от 16.09.2016г. отказано в передаче кассационной жалобы по делу № А55-15293/2014 для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Таким образом, суды, по сути, признали правомерность оказания услуг сетевыми организациями в отсутствие индивидуального тарифа на услуги и правомерность получения сетевыми организациями денежных средств за услуги по передаче электроэнергии, оказанные, в том числе посредством объектов электросетевого хозяйства, которые не были учтены при утверждении тарифного решения.

Самарское УФАС России, учитывая выводы суда, приняло решение о прекращении рассмотрения дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых действиях ООО «РЭС».

Следует отметить, что с момента рассмотрения Самарским УФАС России дела о нарушении антимонопольного законодательства, в 2017-2018г.г. изменилась судебная практика по вопросу правомерности получения сетевыми организациями тарифа за услуги по передаче электроэнергии, оказанные посредством объектов электросетевого хозяйства, которые не были учтены при утверждении тарифного решения.

Верховный суд Российской Федерации при рассмотрении дела № А49-4064/2016 сделал выводы, прямо противоположные выводам, сделанным в судебных актах по делу № А55-5470/2014.

В Определении Верховного Суда РФ от 28.12.2017г. № 306-ЭС17-12804 по делу № А49-4064/2016 указано:

- Решение органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов об установлении тарифа (тарифное решение), включающее как котловой, так и индивидуальные тарифы, учитывает экономически обоснованные интересы всех электросетевых организаций, входящих в «котел». В силу нормативного характера тарифного решения оно обязательно для смежных сетевых организаций, а в силу [пункта 35](consultantplus://offline/ref=0FFA2F6A93D502A9976F83DAF6BB660B6912D65721F5F1DFC08A4C4D93E1E4AA656C130BF81BE287k1zAM) Правил государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 29.12.2011г. № 1178, оно должно применяться в расчетах по тем же правилам, по которым устанавливался тариф.

- Разумные ожидания сетевых организаций, осуществляющих регулируемую деятельность, сводятся к получению той необходимой валовой выручки и тем способом (то есть посредством использования тех объектов электросетевого хозяйства), которые оценены и признаны экономически обоснованными при утверждении тарифа.

- В условиях взаиморасчетов в рамках котловой модели несоблюдение этого правила и использование сетевой организацией по своей воле дополнительных объектов электросетевого хозяйства, не учтенных в тарифном решении, с требованием об оплате дополнительного объема услуг может повлечь дисбаланс в распределении котловой выручки и, как следствие, нарушение прав прочих участников котловой модели.

- Использование сетевой организацией дополнительных объектов электросетевого хозяйства (в том числе посредством аренды) после утверждения тарифа само по себе не является противозаконным. Однако сетевая организация как профессиональный участник рынка электроэнергетики должна соотносить экономические последствия своих действий с правилами взаиморасчетов за услуги по передаче электроэнергии, так как свобода ее деятельности ограничена государственным регулированием, и не должна нарушать права иных участников котловой модели. Риск наступления неблагоприятных последствий экономических решений сетевой организации, своей волей принявшей в пользование дополнительные сети, должен лежать на этом лице.

- Сетевая организация требовала оплаты услуг по передаче электроэнергии по электросетям, не учтенным в тарифном решении. Решение об аренде сетей принимала Сетевая организация. Объективных причин, понудивших ее арендовать и использовать дополнительные сети, не установлено. Экономическая обоснованность использования дополнительных сетей регулирующим органом не проверялась. Последствием действий Сетевой организацией явилось увеличение нагрузки на котловую выручку без очевидных дополнительных источников ее пополнения и перераспределение этой выручки в свою пользу вопреки принятому тарифному решению.

Определениями ВС РФ от 10.01.2018г. № 301-ЭС17-20066 по делу № А79-6718/2016, от 05.06.2018г. № 305-ЭС17-20124 по делу № А40-184764/2016 подтверждена позиция Верховного суда, изложенная в определении по делу № А49-4064/2016.

* **По нашему мнению, для обеспечения единообразия судебной практики было бы целесообразно, чтобы Верховный Суд РФ дал разъяснения по данному вопросу в Обзоре судебной практики или указал в соответствующем акте на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов по аналогичным делам на основании изложенной в нем правовой позиции.**

1. **Нарушение антимонопольного законодательства путем неправильного применения тарифа на электрическую энергию по уровню напряжения: практика Самарского УФАС России и суда.**

Далее остановимся на вопросе, возникшем при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, выразившемся в неправильном определении уровня напряжения в точке подключения потребителя к электросети сетевой организации и соответственно неправильном расчете тарифа.

Самарским УФАС России было установлено и пресечено нарушение антимонопольного законодательства, выразившееся в неправомерном применении ЗАО «Самарагорэнергосбыт» тарифа по уровню напряжения НН в расчетах с ООО «РН-Энерго» за поставленную электрическую энергию.

Между ЗАО «Самарагорэнергосбыт» и ООО «РН-Энерго» заключен договор энергоснабжения, согласно которому ЗАО «Самарагорэнергосбыт» обязалось осуществлять продажу электрической энергии ООО «РН-Энерго», действующему в интересах Потребителей, а также оказывать услуги по передаче электрической энергии по сетям Сетевой организации и иные услуги неразрывно связанные с процессом снабжения электрической энергии.

При исполнении договора в отношении ряда точек поставки у сторон возникли разногласия в определении уровня напряжения, применяемого при расчетах за потребленную электрическую энергию, а именно по некоторым точкам ЗАО «Самарагорэнергосбыт» применяло уровень напряжения «НН» вместо необходимого, по мнению ООО «РН-Энерго», напряжения «СН2».

ЗАО «Самарагорэнергосбыт» считало, что акты разграничения балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности по спорным точкам поставки, являющиеся неотъемлемой частью Договора энергоснабжения, заключенного с ООО «РН-Энерго», свидетельствуют о согласовании сторонами уровня напряжения «НН» и оснований для перерасчетов не имеется.

При этом ЗАО «Самарагорэнергосбыт» ссылалось на пункт 45 Методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую энергию (тепловую) энергию на розничном (потребительском) рынке, утвержденных Приказом ФСТ РФ от 06.08.2004 г. № 20-э/2 (далее - Методические указания № 20-э/2), согласно которому при расчете тарифа на услуги по передаче электрической энергии за уровень напряжения принимается значение питающего (высшего) напряжения центра питания (подстанции) независимо от уровня напряжения, на котором подключены электрические сети потребителя (покупателя, ЭСО), при условии, что граница раздела балансовой принадлежности электрических сетей рассматриваемой организации и потребителя (покупателя, ЭСО) устанавливается на: выводах проводов из натяжного зажима портальной оттяжки гирлянды изоляторов воздушных линий (ВЛ), контактах присоединения аппаратных зажимов спусков ВЛ, зажимах выводов силовых трансформаторов со стороны вторичной обмотки, присоединении кабельных наконечников КЛ в ячейках распределительного устройства (РУ), выводах линейных коммутационных аппаратов, проходных изоляторах линейных ячеек, линейных разъединителях.

По мнению ЗАО «Самарагорэнергосбыт», согласно актам разграничения по спорным точкам, границы ответственности потребителей начинаются с наконечников КЛ-0,4 кВ от РУ-0,4 кВ (Распределительного устройства) и расположены после трансформации тока, что подтверждает их фактическое потребление на уровне низкого напряжения, а центр питания для них является РУ-0,4 кВ, следовательно, питающим уровнем напряжения является 0,4 кВ, который соответствует напряжению «НН».

Порядок определения уровня напряжения в отношении каждой точки поставки для расчета и применения тарифов при различных вариантах присоединения (подключения) энергопринимающих устройств потребителей к объектам электросетевого хозяйства сетевых организаций установлен [постановлением](consultantplus://offline/ref=1B30789C5A2236C789F2A1D6403B87160DCB263FA607154CF3D50B9FEE78LDJ) Правительства Российской Федерации от 31.07.2014 № 740, в соответствии с которым с 01.08.2014г. изменен [пункт 15(2)](consultantplus://offline/ref=1B30789C5A2236C789F2A1D6403B87160DC5213DA70F154CF3D50B9FEE8D940A969E5C40F7ED0DA77ELEJ) Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 27.12.2004 № 861 (далее – Правила недискриминационного доступа).

В соответствии с [абзацем 3 пункта 15(2)](consultantplus://offline/ref=1B30789C5A2236C789F2A1D6403B87160DC5213DA70F154CF3D50B9FEE8D940A969E5C40F7ED0DA77ELCJ) Правил недискриминационного доступа, если граница раздела балансовой принадлежности объектов электросетевого хозяйства сетевой организации и энергопринимающих устройств потребителя электроэнергии установлена в трансформаторной подстанции, то при расчете и применении цены (тарифа) на услуги по передаче электрической энергии, принимается уровень напряжения, соответствующий значению питающего (высшего) напряжения указанной трансформаторной подстанции.

Таким образом, в данном случае определение уровня напряжения, на котором подключены энергопринимающие устройства потребителя к объектам электросетевого хозяйства сетевой организации, производится не по фактическому напряжению энергопринимающего устройства потребителя, а по фактическому значению питающего (высшего) «напряжения» центра питания (подстанции).

Согласно сведениям, полученным от ЗАО «ССК», к объектам электросетевого хозяйства которой присоединены энергопринимающие устройства потребителей и фактически оказывающей услуги по передаче электрической энергии до спорных точек поставки, граница раздела расположена в границах подстанции, после ячейки распределительного устройства.

Соответственно в данном случае должен применяться уровень напряжения, соответствующий значению питающего (высшего) напряжения указанных объектов электросетевого хозяйства.

В процессе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства по спорным точкам поставки ЗАО «Самарагорэнергосбыт» и ООО «РН-Энерго» было заключено дополнительное соглашение, в котором стороны согласовали, что уровень напряжения, используемый для расчетов за поставленную электрическую энергию, должен применяться «СН2».

Однако при рассмотрении дела были выявлены другие точки поставки электрической энергии, по которым у сторон также имелись разногласия по уровню напряжения.

Действия (бездействие) ЗАО «Самарагорэнергосбыт» были признаны Самарским УФАС России злоупотреблением доминирующим положением, выразившимся в неприменении тарифа по уровню напряжения «СН2» в расчетах за поставленную электрическую энергию по договору энергоснабжения, заключенному с ООО «РН-Энерго», что является нарушением пункта 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, поскольку они имеют своим результатом ущемление интересов ООО «РН-Энерго», а также интересов конечных потребителей; ЗАО «Самарагорэнергосбыт» выдано предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, путем прекращения применения в расчетах за потребленную электрическую энергию по договору энергоснабжения уровня напряжения «НН», вместо «СН-2»; ЗАО «Самарагорэнергосбыт» привлечено к административной ответственности.

Следует отметить, что ранее правовая позиция Высшего арбитражного суда Российской Федерации, по аналогичным делам была иной. Так, например, в постановлении от 29.05.2007г. по делу № А40-85382/06-68-664 ВАС РФ сделал вывод о том, что уровень напряжения является техническим параметром и может быть согласован сторонами в договоре без учета фактических условий присоединения.

В определении от 01.02.2016г. по делу № А19-15605/2013 Верховный суд Российской Федерации сделал прямо противоположный вывод о том, что уровень напряжения для целей расчетов не может определяться соглашением сторон и зависит от условий технологического присоединения сетей производителя к электрическим сетям сетевой организации, сославшись при этом на пункт 55 Методических указаний № 20-э/2 в редакции, действующей с 02.03.2010г., согласно которой для расчетов имеет значение уровень напряжения, на котором производитель выдает электрическую энергию в сеть сетевой организации.

С 01.08.2014г. [постановлением](consultantplus://offline/ref=1B30789C5A2236C789F2A1D6403B87160DCB263FA607154CF3D50B9FEE78LDJ) Правительства Российской Федерации от 31.07.2014 № 740, был изменен [пункт 15(2)](consultantplus://offline/ref=1B30789C5A2236C789F2A1D6403B87160DC5213DA70F154CF3D50B9FEE8D940A969E5C40F7ED0DA77ELEJ) Правил недискриминационного доступа, в том числе абзац 3, в соответствии с которым, если граница раздела балансовой принадлежности объектов электросетевого хозяйства сетевой организации и энергопринимающих устройств потребителя электроэнергии установлена в трансформаторной подстанции, то при расчете и применении цены (тарифа) на услуги по передаче электрической энергии, принимается уровень напряжения, соответствующий значению питающего (высшего) напряжения указанной трансформаторной подстанции.

Обязательность исполнения нормативных предписаний, установленных пунктом 15(2) Правил недискриминационного доступа вне зависимости от условий

заключенного договора подтверждена в определении ВС РФ от 22.08.2016г. по делу № А12-6570/2015.

На основании решения Самарского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства ООО «РН-Энерго» обратилось в арбитражный суд с иском к ЗАО «Самарагорэнергосбыт» о взыскании неосновательного обогащения, выразившегося в переплате оплаты электроэнергии в сумме 1 352 985 руб. 19 коп., который был удовлетворен.

Далее, ООО «РН-Энерго» обратилось в арбитражный суд с иском к ЗАО «Самарагорэнергосбыт» о взыскании убытков в размере 210 599 рублей в виде расходов на проживание и на проезд, связанных с участием представителей истца в заседаниях Самарского УФАС России. Исковые требование были обоснованы решением комиссии Самарского УФАС России, которым действия (бездействия) ЗАО «Самарагорэнергосбыт» признаны злоупотреблением доминирующим положением, выражающимся в неприменении тарифа по уровню напряжения «СН2» в расчетах за поставленную электрическую энергию.

**С целью обеспечения единообразия судебной практики, считаем необходимым, чтобы Верховный Суд РФ дал разъяснения по данному вопросу в Обзоре судебной практики.**

**«Предупреждения»**

**Самара,2018**

В 2016 году всего в РФ антимонопольными органами было выдано 5486 предупреждений по указанным статьям, в 2017 г. - 4477 предупреждений по указанным статьям.

В 2016 году Самарским УФАС выдано 180 предупреждений о прекращении действий, содержащих признаки нарушения пунктов 3, 5 части 1 статьи 10, статей 14.2, 14.3, 14.8, 15 ФЗ «О защите конкуренции».

В 2017 году Самарским УФАС выдано 75 предупреждений о прекращении действий, содержащих признаки нарушения пунктов 3, 5 части 1 статьи 10, статей 14.2, 14.3, 14.8, 15 ФЗ «О защите конкуренции».

Спор вокруг вопроса о возможности или невозможности судебного обжалования предупреждений разрешил ВАС РФ. В Постановлении от 15 апреля 2014 г. N 18403/13 Президиум ВАС РФ, рассматривая заявление о пересмотре актов в порядке надзора, пришел к выводу о том, что выданное заявителю предупреждение отвечает признакам ненормативного правового акта, установленным в ч. 1 ст. 198 АПК РФ, поскольку принято уполномоченным государственным органом на основании [с](consultantplus://offline/ref=17DBF7A81886CD768AA653A40D3805440E850F77391133F7783607B755C446151E78BDD7F013A9C9M3VFH)т. ст. 39.1 Закона о защите конкуренции в отношении конкретного хозяйствующего субъекта и содержит властное предписание, возлагающее на общество обязанности и влияющее тем самым на права хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской деятельности.

В рамках данного дела Президиум ВАС РФ констатировал, что предупреждение является ненормативным правовым актом и может быть предметом самостоятельного обжалования по правилам гл. 24 АПК РФ.

Судами единообразно применяется позиция Верховного суда Российской Федерации, в соответствии с которой судебный контроль при обжаловании предупреждения как при проверке его соответствия закону, так и при оценке нарушения им прав и законных интересов должен быть ограничен особенностями вынесения такого акта, целями, достигаемыми этим актом, соразмерностью предписанных мер и их исполнимостью. Поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта, то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам как основаниям вынесения предупреждения[[1]](#footnote-1).

Аналогичные позиции изложены в следующих судебных актах: Постановление арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.09.2017 г. №Ф03-3656/2017 по делу №А51-1982/2017 г.; Постановление арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.10.2017 г. №Ф08-7862/2017 г. по делу №А53-6585/2017 г.; Постановление арбитражного суда Центрального округа от 10.11.2017 г. №Ф10-4433/2017 по делу №А64-340/2017 г.

1) Также установлено, что предупреждение должно быть исполнимо, должно содержать конкретные указания, четкие формулировки относительно конкретных действий, которые необходимо совершать исполнителю.

Верховным Судом Российской Федерации установлено, что предупреждение является неисполнимым, если не указано, какие действия, которые отвечали бы требованиям законодательства, необходимо совершить для исполнения предупреждения[[2]](#footnote-2).

К примеру, Общество обратилось в арбитражный суд к антимонопольному органу с заявлением о признании недействительным предупреждения.

Как установлено из материалов дела, Общество-1 направило в адрес Общества-2 протокол разногласий к оферте договора купли-продажи электрической энергии (мощности).

Рассмотрев представленный протокол разногласий Общество-2 направило в адрес Общества-1 акт согласования протокола разногласий в части.

Посчитав действия Общества-1 нарушающими антимонопольное законодательство, Общество-2 обратилось в антимонопольный орган с заявлением о недобросовестной конкуренции и злоупотреблением доминирующим положением.

По результатам проведенной проверки антимонопольный орган признал общество нарушившим положения пункта 3 части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции», выдав ему предупреждение о необходимости привести дополнительное соглашение в соответствие с пунктами 166, 169 и 170 Основных положений №442.

Однако, как указали суды, оспариваемое предупреждение не содержало информации о том, какое дополнительное соглашение, какие нормы такого дополнительного соглашения не соответствуют пунктам 166, 169 и 170 Основных положений №442.

В связи с чем, суды сделали вывод о том, что предупреждение не соответствует положениям ФЗ «О защите конкуренции»[[3]](#footnote-3).

В тоже время, в другом судебном акте, суды пришли к выводу о несостоятельности ссылки Общества на неопределенность предписываемых в предупреждении действий.

Так, Общество-2 направило в адрес Общества-1 проект договора энергоснабжения. Общество-1 не согласилось с условиями названного проекта договора по причине их несоответствия требованиям, предусмотренным Основными положениями №442 и направило соответствующий протокол разногласий.

Общество-2 направило Обществу-1 протокол согласования разногласий к договору, в котором разногласия по спорным пунктам проекта договора урегулированы не были. Не согласившись с указанным проектом договора, Общество-1 обратилось в антимонопольный орган с жалобой на действия Общества-2.

Антимонопольным органом было выдано предупреждение о необходимости Обществу-2 направить в адрес Общества-1 проект договора, существенные условия которого соответствуют виду договора, указанному в заявлении и установлены Основными положениями.

В своем заявлении об оспаривании выданного предупреждения, истец ссылался на неопределенность предписываемых действий, однако, как установлено судами, выданное предупреждение содержит указание на необходимость направить в адрес потребителя проект договора, существенные условия которого соответствуют виду договора и установлены Основными положениям №442, в связи с чем, ссылки заявителя жалобы на неопределенность предписываемых действий не находят подтверждения[[4]](#footnote-4).

Суд, установив факт наличия нарушения антимонопольного законодательства, сделал вывод об отсутствии оснований для признания предупреждения недействительным.

Общество 1 обратилось в адрес Гарантирующего поставщика с заявлением о заключении государственного контракта купли-продажи (поставки) электрической энергии с началом действия с 1 января 2017 года. Заявление поступило в адрес Гарантирующего поставщика 29.11.2016 г. 22.12.2016 г.

Гарантирующий поставщик направил в адрес Общества 1 письмо о приостановлении заявки с требованием предоставить документы, указанные в пункте 34 Основных положений функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных постановлением Правительства РФ от 04.05.2012 г. №442.

20.01.2017 г. Общество 1 повторно обратилось в адрес Гарантирующего поставщика с просьбой заключить единый (один) контракт купли-продажи электрической энергии на все объекты Общества 1.

24.01.2017 г. Гарантирующий поставщик направил в адрес Общества 1 оферты договоров купли-продажи электрической энергии на 2017 г. в количестве 23 штук, по каждой точке поставки.

В связи с отказом Общества 1 от подписания указанных договоров, Гарантирующий поставщик вновь направил 23 договора, указав, что у Гарантирующего поставщика отсутствует техническая возможность сопровождения такого договора централизованно и ввиду особенностей формирования полезного отпуска, возникла необходимость в организации работы по районам.

Общество 1 обратилось в антимонопольный орган. Антимонопольный орган вынес предупреждение в связи с наличием в действиях Гарантирующего поставщика признаков нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренных пунктом 5 части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции», выразившихся в уклонении от заключения договора, обеспечивающего продажу электрической энергии Обществу 1.

Разрешая вопрос по существу, суды пришли к выводу о том, что в отношении одного энергопринимающего устройства не может быть заключено два и более договоров. Гарантирующий поставщик предложил Обществу 1 подписать 23 договора в отношении каждой точки поставки, то есть в отношении каждого объекта Общества 1. Наличие у Общества 1 23 объектов не свидетельствует о необходимости заключения отдельного договора в отношении каждого из них и о невозможности заключить один централизованный договор.

Следовательно, предложение Гарантирующего поставщика урегулировать отношения по продаже электрической энергии на 2017 год в рамках 23 договоров имеет признаки злоупотребления доминирующим положением в части навязывания невыгодных условий договора, поскольку увеличивает нагрузку на Общество 1 в части сопровождения 23 договоров одновременно.

Действия Гарантирующего поставщика направлены на создание искусственных необоснованных препятствий для реального заключения договора купли-продажи электрической энергии, создание дискриминационных условий при заключении договора, навязывание необоснованных (не выгодных) условий заключения договора купли-продажи электрической энергии, что свидетельствует об уклонении Гарантирующего поставщика от заключения договора купли-продажи электрической энергии.

2) Еще одной проблемой выдачи предупреждения при выявлении признаков нарушения Закона «О защите конкуренции» является случаи, когда при осуществлении государственного контроля антимонопольным органом выявляются (могут выявляться) признаки нарушения статей Закона «О защите конкуренции», которые на момент их выявления устранены, а соответственно отсутствуют основания для выдачи предупреждений о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Так, Самарским УФАС России были обнаружены признаки нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции, выразившиеся в бездействии Администрации внутригородского района по непроведению в установленный срок, в нарушение части 13 статьи 161 Жилищного кодекса Российской Федерации, открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления вновь возведенным многоквартирным домом. Однако на момент выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства, собственники помещений на общем собрании самостоятельно выбрали управляющую организацию и заключили договор управления многоквартирным домом.

В данном случае признаки нарушения антимонопольного законодательства были устранены не органом местного самоуправления, но основания для выдачи предупреждения о проведении открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом отсутствовали, в связи с наличием вышеуказанного решения собственников.

Учитывая вышеуказанное, возникает неопределенность по вопросу, какие действия должен предпринимать антимонопольный орган при выявлении признаков нарушения, в случае, если они устранены на момент выявления, либо возникает ситуация, когда выдача предупреждений невозможна и нецелесообразна.

В связи с чем, усматривается необходимость законодательного урегулирования данного вопроса (возможность применения иных мер реагирования).

3) Примерами развития института предупреждения в отношении случаев выявления признаков недобросовестной конкуренции могут служить факты выдачи предупреждений в адрес страховых компаний, которые допускают снижение цены контрактов при участии в торгах и запросах котировок на оказание услуг ОСАГО для нужд государственных и муниципальных заказчиков.

В антимонопольные органы поступают жалобы страховщиков либо материалы от уполномоченных на проведение процедур торгов органов в отношении участников закупок по ОСАГО. Количество заявок на участие варьируется от 2 и доходит до 5-7.

В свою очередь, цена контракта по каждой закупке устанавливается Заказчиками в пределах от несколько тысяч до несколько миллионов рублей. По итогам рассмотрения и оценки поданных заявок победителем проведенной закупки признается страховая компания (далее СК), предложившая наиболее низкую цену контракта по сравнению с установленной Заказчиком в документации (извещении).

В тоже время цена контракта, рассчитанная Заказчиком и установленная в документации (извещении), является минимально возможной в соответствии с положениями Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (далее – ФЗ «Об ОСАГО», Указанием Банка России № 3384-У от 19.09.2014г. «Положение о правилах обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (далее – Указание Банка России), следовательно, участником закупки не могла быть предложена меньшая цена контракта по сравнению с установленной документацией (извещением).

Таким образом, правовыми основаниями расчета и установления в документации (извещении) цены контракта на оказание услуг по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств являются нормы ФЗ «Об ОСАГО» и Указания Банка России.

В соответствии с частью 1 статьи 8 ФЗ «Об ОСАГО» регулирование страховых тарифов по обязательному страхованию осуществляется посредством установления Банком России в соответствии с настоящим Федеральным законом актуарно (экономически) обоснованных предельных размеров базовых ставок страховых тарифов (их минимальных и максимальных значений, выраженных в рублях) и коэффициентов страховых тарифов, требований к структуре страховых тарифов, а также порядка их применения страховщиками при определении страховой премии по договору обязательного страхования.

Согласно части 2 статьи 8 ФЗ «Об ОСАГО» страховые тарифы по обязательному страхованию и структура страховых тарифов определяются страховщиками с учетом требований, установленных Банком России в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи.

В силу части 1 статьи 9 ФЗ «Об ОСАГО» страховые тарифы состоят из базовых ставок и коэффициентов. Страховые премии по договорам обязательного страхования рассчитываются как произведение базовых ставок и коэффициентов страховых тарифов.

Страховые тарифы по ОСАГО, структура страховых тарифов и порядок их применения страховщиками при определении страховых премий по договору обязательного страхования установлены Банком России.

В соответствии с пунктом 2 статьей 3 ФЗ «О контрактной системе» под определением поставщика (подрядчика, исполнителя) понимается совокупность действий, которые осуществляются заказчиками в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, начиная с размещения извещения об осуществлении закупки товара, работы, услуги для обеспечения государственных нужд (федеральных нужд, нужд субъекта Российской Федерации) или муниципальных нужд либо в установленных настоящим Федеральным законом случаях с направления приглашения принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершаются заключением контракта.

В соответствии с извещениями при установлении начальной (максимальной) цены контракта заказчиками используется тарифный метод в соответствии с Указанием Банка России №3384-У от 19.09.2014г.

Следовательно, цена контракта, рассчитанная заказчиком и указанная в конкурсной документации, является минимально возможной в соответствии с Законом об ОСАГО, Указанием Банка России №3384-У от 19.09.2014г.

Из материалов обращений антимонопольными органами устанавливается, что снижение стоимости по контрактам происходит в связи с применением участниками закупок коэффициента страховых тарифов в зависимости от наличия или отсутствия страховых возмещений при наступлении страховых случаев, произошедших в период действия предыдущих договоров обязательного страхования (Кбм), отличных от коэффициентов, установленных документацией о закупке либо по всем транспортным средствам, либо по некоторым из указанных в документации.

Следует отметить, что в соответствии с требованиями пункта 10.1 статьи 15 ФЗ «Об ОСАГО» при заключении договора обязательного страхования в целях расчета страховой премии и проверки данных о наличии или отсутствии страховых выплат, а также проверки факта прохождения технического осмотра страховщик использует информацию, содержащуюся в автоматизированной информационной системе обязательного страхования, созданной в соответствии со статьей 30 Закона об ОСАГО, и информацию, содержащуюся в единой автоматизированной информационной системе технического осмотра.

Также из данной нормы следует, что заключение договора обязательного страхования без внесения сведений о страховании в автоматизированную информационную систему обязательного страхования, созданную в соответствии со статьей 30 Закона об ОСАГО, и проверки соответствия представленных страхователем сведений содержащейся в автоматизированной информационной системе обязательного страхования и в единой автоматизированной информационной системе технического осмотра информации не допускается.

Однако, указанный закон не регламентирует, чьи данные имеют приоритет в случае расхождений между данными страхователя и автоматизированной информационной системы обязательного страхования.

Из абз. 5,6 п.1.8 «Положения о правилах обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (утв. Банком России от 19.09.2014г.) следует, что при заключении договора обязательного страхования страховщик проверяет соответствие представленных страхователем сведений, о страховании и сведений, указанных в заявлении о заключении договора обязательного страхования, информации содержащейся в автоматизированной информационной системе обязательного страхования и в единой автоматизированной информационной системе технического осмотра.

При выявлении несоответствия между предоставленными страхователем сведениями и информацией, содержащейся в автоматизированной информационной системе обязательного страхования и (или) в единой автоматизированной системе технического осмотра, страховщик заключает договор обязательного страхования исходя из представленных страхователем сведений.

Нарушение порядка определения стоимости услуг обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств при участии в закупке позволяет участникам, ставшими победителями, предложить наименьшую цену контракта и получить преимущество по сравнению с участниками, которые не снижали цену.

При этом в результате подобных действий участники, добросовестно определившие стоимость своего предложения, лишились возможности стать победителями Закупки.

На основании изложенного следует, что в действиях страховых компаний, выразившихся в применении коэффициентов (Кбм), отличных от коэффициентов Заказчика, и предложении цены страховой премии ниже цены, установленной документацией Заказчика и, как следствие получении возможности необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности на рынке услуг страхования, усматриваются признаки нарушения ст. 14.8 Закона «О защите конкуренции».

Выявление фактов расчета страховой премии с применением заниженных коэффициентов страховых тарифов признается недобросовестной конкуренцией судами различных инстанций, что подтверждается:

- определением Верховного Суда РФ от 17.07.2015 № 308-КГ15-8926 по делу № А53 - 19327/2014;

- постановлением ФАС Северо-Западного округа от 17.01.2012 по делу № А52-1714/2011;

- определением ВАС РФ от 09.02.2012 № ВАС-319/12 по делу № А58- 2053/11;

- определением ВАС РФ от 10.08.2012 № ВАС-10484/12 по делу № А53-3716/2012;

- постановлением ФАС Волго-Вятского округа от 04.06.2013 по делу № А39-2781/2012.

Кроме того, аналогичная позиция судов изложена в решениях и постановлениях судов по делам №№А55-23164/2015, А52-3514/2015, А52-13/2016, А55-30960/2016.

При этом следует отметить, что имеется и иная судебная практика, которая склоняется к тому, что изменение КБМ по отношению к документации Заказчика не является недобросовестной конкуренцией, поскольку страховые компании в данном случае выполняют требования законодательства РФ об ОСАГО.

Примерами такой судебной практики являются судебные дела №А06-2000/2016, А53-19327/2014.

В начале применения института предупреждения в отношении нарушений, установленных статьей 14.8 ФЗ О «Защите конкуренции» в сфере ОСАГО, антимонопольные органы в адрес страховых компаний преимущественно выдавали предупреждения о необходимости осуществления следующих действий:

издания локального нормативного акта (внесения изменений в существующий), содержащего требования осуществлять расчет страховых сумм в соответствии с нормами действующего законодательства,

проведения разъяснительной работы с сотрудниками, осуществления расчетов страховой премии в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Ввиду неэффективности требований, содержащихся в предупреждениях, выдаваемых в адрес страховых компаний (страховые компании направляли в антимонопольные органы уведомительные письма о выполнении предупреждений и осуществлении действий, отраженных в них, но на систематической основе продолжали снижать цены на услуги ОСАГО при участии в конкурентных процедурах), антимонопольные органы пришли к пониманию о необходимости модернизации формулировок в выдаваемых предупреждениях и установлении в качестве обязанности совершить действия, которые способствовали бы предупреждению от совершения нарушения повторно и служили ли бы реальной, а не формальной мерой воздействия, имеющей пресекательный характер.

Так, Мурманским УФАС России впервые в предупреждении использовалась следующая формулировка необходимости совершения действий страховой компанией, которая при участии в торгах на оказание услуг ОСАГО снизила цену контракта и стала победителем:

УФАС России предупреждает о необходимостиустранения последствий выявленного нарушения путем перечисления в бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

За доход, полученный вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо принимать сумму страховой премии, причитающуюся страховой премии в соответствии с государственным контрактом на оказание услуг ОСАГО, заключенным по результатам процедуры торгов на право заключения договора об оказании услуг по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств (ОСАГО).

Данное предупреждение Мурманского УФАС России было обжаловано страховой компанией в судебном порядке и оставлено в силе (А42-3238/2016).

Ряд территориальных органов, руководствуясь данной практикой Мурманского УФАС России, осуществило выдачу предупреждений в адрес страховых компаний с аналогичной формулировкой действий, которые необходимо осуществить страховым компаниям.

Самарское УФАС России также применило данную практику в отношении страховых компаний. В частности, в 2018 году в адрес 2 страховых компаний выдано 10 предупреждений (по 5 каждой из организаций) с требованием о необходимостиустранения последствий выявленного нарушения путем перечисления в бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

5 предупреждений исполнены одной страховой компанией в полном объеме, денежные средства общей суммой 1 589 573,94 рублей перечислены в бюджет.

Другая страховая компания в настоящее время выданные ей предупреждения, в связи с несогласием с ними, обжалует в судебном порядке.

В ходе обеспечения надлежащего перечисления в бюджет поступившего от страховой компании дохода на основании 5 предупреждений, выданных Самарским УФАС России, возникла проблема правомерности зачисления указанного дохода в качестве дохода, полученного обществом вследствие нарушения антимонопольного законодательства при участии в закупке, поскольку предупреждение выдается антимонопольными органами при выявлении лишь признаков этого нарушения.

Данный вопрос соответствующими актами ФАС России и иных органов в настоящий момент не урегулирован.

Более того, аналогичный подход в отношении формулировки в предупреждении конкретных действий, которые носят пресекательный характер по отношению к лицам, совершающим нарушения, Самарское УФАС России применило и к другим случаям выдачи предупреждений, а именно, случаям представления в составе заявке на участие в конкурсе недостоверных сведений, подтверждающих квалификацию участников закупки.

В частности, Самарским УФАС России было выдано в адрес одного юридического лица предупреждение об устранения последствий выявленного нарушения путем перечисления в бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, а именно, суммы заключенного контракта на поставку специальной крупной техники в размере 62 950 000 рублей.

В настоящее время предупреждение обжалуется, что позволит сформировать практику относительно ситуаций с выявлением подобного рода признаков нарушений в действиях лиц, участвующих в процедурах закупок.

Относительно вопроса, что может пониматься под доходом, подлежащим взысканию в федеральный бюджет с лица, в действиях которого выявлены признаки нарушения законодательства о защите конкуренции, необходимо отметить следующее.

Исходя из [пункта 3 статьи 51](consultantplus://offline/ref=BBE230AAF8B073BD8F08194D4D973BF246A2178044CF96258CD5DB319BBA1ADDFEA9112C92S80BK) того же Закона № 135-ФЗ лицо, чьи действия (бездействие) признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми, обязано перечислить в федеральный бюджет полученный в результате их осуществления доход.

В [пункте 13](consultantplus://offline/ref=BBE230AAF8B073BD8F08194D4D973BF246A3118240C296258CD5DB319BBA1ADDFEA91124938A866BSC0DK) Обзора ВС РФ от 16.03.2016 года разъяснено, что под доходом, подлежащим взысканию в федеральный бюджет с лица, чьи действия (бездействия) признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, следует понимать доход, полученный от таких противоправных действий (бездействия).

По смыслу положений [Закона](consultantplus://offline/ref=BBE230AAF8B073BD8F08194D4D973BF246A2178044CF96258CD5DB319BSB0AK) № 135-ФЗ взыскание дохода является мерой ответственности в виде изъятия дохода, полученного в результате незаконных действий. Правило определения размера дохода, подлежащего перечислению в бюджет, основано на принципе взыскания только того дохода, который получен именно от противоправных действий, и не предполагает его исчисление в виде суммы "чистого" дохода (с учетом особенностей результатов хозяйственной деятельности того или иного субъекта).

Следовательно, предложение о перечислении в бюджет суммы, полученной по договору, заключенному в результате действий, содержащих признаки недобросовестной конкуренции, соответствует нормам [Закона](consultantplus://offline/ref=BBE230AAF8B073BD8F08194D4D973BF246A2178044CF96258CD5DB319BSB0AK) № 135-ФЗ.

В целом, можно сказать, что механизм предупреждений является эффективным, что доказывается и практикой Самарского УФАС России.

Вместе с тем, несмотря на всю эффективность указанного института, правовая регламентация этого механизма еще не нашла достаточного регулирования.

Во-первых, отсутствует легальное определение предупреждения, которое определяло бы его режим как ненормативного правового акта.

Вместе с тем, как было указано ранее, Президиум ВАС РФ в Постановлении от 15.04.2014 г. №18403/13 установил, что предупреждение антимонопольного органа отвечает признакам ненормативного правового акта, в связи с чем, его можно обжаловать в соответствии с правилами Главы 24 АПК РФ.

Во-вторых, необходимо исключить возможность манипулирования участниками рынка предупреждениями.

К примеру, по факту необоснованного уклонения от заключения договора путем ненаправления ответа (оферты) на заявку на заключение договора (что подпадает под признаки нарушения пункта 5 части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции»), антимонопольным органом должно быть выдано предупреждение.

Предупреждение может быть выполнено в установленный срок путем направления проекта договора, однако впоследствии, при получении согласия от заявителя на подписание договора хозяйствующий субъект не направил подписанный со своей стороны договор либо предложил изменить условия договора и в конечном результате договор так и не заключается.

Указанную проблему можно решить путем формулирования в предупреждении предложений, которые будут наиболее полно соответствовать обстоятельствам конкретной рассматриваемой ситуации (например, рассмотреть в определенный в предупреждении срок заявки заявителя на заключение договора и направить в соответствии с требованиями законодательства подписанный со стороны хозяйствующего субъекта проект договора либо мотивированный отказ от заключения договора).

В-третьих, необходимо исключить формальный подход к описанию в предупреждении действий, которые необходимо совершить для исполнения предупреждения, а также исключить использование формулировок, которые устраняют индивидуальные особенности предупреждения, обезличивают его.

Таким образом, подытоживая все вышесказанное, можно сделать вывод о том, что, несмотря на имеющуюся в научной среде критику института предупреждения, нельзя умалять его значение.

Весьма непродолжительная по меркам длительности исторических процессов, но при этом, довольно наглядная история применения указанного механизма в работе антимонопольных органов свидетельствует о том, что цели, которые преследуются антимонопольными органами для предупреждения нарушения законодательства, ими достигаются, а значит, указанный институт является действенным и эффективным в сфере борьбы с нарушениями Закона "О защите конкуренции".

В то же время, в связи с имеющимися проблемными моментами при применении института предупреждения, Самарское УФАС России полагает, что для обеспечения единообразия судебной практики было бы целесообразно, чтобы ФАС России обратилась в Верховный Суд Российской Федерации с предложением о подготовке разъяснений по данному вопросу в Обзоре судебной практики относительно действий страховых компаний по снижению КБМ при участии в торгах на оказание услуг ОСАГО, поскольку данные процедуры регулируются специальным законодательством Российской Федерации, а именно, ФЗ «О контрактной системе».

Также для обеспечения надлежащего перечисления в бюджет поступившего от лиц дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, на основании предупреждений, выданных антимонопольными органами, имеется необходимость направления со стороны ФАС России в территориальные органы указаний относительно учета указанных перечислений.

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ВЕДЕНИЯ**

**РЕЕСТРА НЕДОБРОСОВЕСТНЫХ ПОСТАВЩИКОВ**

В пункте 42 обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017, Верховный суд РФ дал следующую оценку назначения реестра недобросовестных поставщиков (далее также – РНП):

*«Контрактная система в сфере закупок основывается на принципах открытости, прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок (*[*статья 6*](consultantplus://offline/ref=2666A8DBC93E65E769690BF0EAC0E7AAC77CA5F6EC125141BC1A01ED8BE1E438035B15ADD89F5411fA76E) *Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон о контрактной системе)).*

*По смыслу* [*части 1 статьи 12*](consultantplus://offline/ref=2666A8DBC93E65E769690BF0EAC0E7AAC77CA5F6EC125141BC1A01ED8BE1E438035B15ADD89F5518fA7DE) *Закона о контрактной системе заказчики, реализуя принцип ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективность осуществления закупок, при планировании и осуществлении закупок должны исходить из необходимости достижения заданных результатов обеспечения государственных и муниципальных нужд.*

*Одним из таких средств, обеспечивающих заказчикам возможность достижения "заданных результатов", является ведение реестра недобросовестных поставщиков участников (подрядчиков, исполнителей), в который включается информация об участниках закупок, уклонившихся от заключения контрактов, а также о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми контракты расторгнуты по решению суда или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением ими условий контрактов.*

*Необоснованный отказ антимонопольного органа во включении указанных участников закупок в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) прямым образом затрагивает права заказчика, поскольку участие таких лиц в последующих закупках не позволит заказчику с оптимальными издержками добиться "заданных результатов", приведет к неэффективному использованию бюджетных средств и нарушению конкуренции.»*

В то же время последствия неправомерного включения в РНП по понятным причинам колоссальны, они могут быть губительными как для конкретного попавшего в реестр хозяйствующего субъекта, так и для целых отраслей и экономики страны в целом.

Но есть и еще один аспект – это ответственность самих антимонопольных органов.

Ранее суды соглашались с подходом ФАС России о том, что вопрос об исполнении контракта, заключенного по результатам закупки, регулируется нормами гражданского законодательства Российской Федерации, в связи с чем ФАС России не уполномочен давать правовую оценку действиям сторон при исполнении контракта. Об этом, в частности, сказано в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № А40-53353/16: *«…антимонопольный орган действует в пределах предоставленных ему законом полномочий и оценивает лишь формальную обоснованность расторжения контракта со стороны заказчика. По существу, решение контролирующего органа в данном случае носит опосредованный характер по отношению к действиям государственного заказчика и сводится к проверке процедуры расторжения контракта на предмет соответствия Закону о контрактной системе. При этом, в случае установления судом по результатам рассмотрения гражданско-правового спора между сторонами контракта факта неправомерности действий государственного заказчика, решение государственного органа о включении сведений об исполнителе контракта в реестр недобросовестных поставщиков может быть пересмотрено.»*

Такой подход более чем «удобен» антимонопольным органам в контексте переноса ответственности и рисков взыскания ущерба за неправомерное расторжение контракта и, как следствие, последующее включение в РНП, на заказчика.

Однако, несмотря на однозначность и формальность условий включения сведений об участниках закупок в РНП, определенных частью 2 статьи 104 Закона о контрактной системе, более поздняя судебная практика со ссылкой на конституционные принципы справедливости, юридического равенства, пропорциональности и соразмерности вводимых мер конституционно значимым целям и их согласованности с системой действующего правового регулирования выработала иной подход, согласно которому именно на антимонопольные органы возлагается бремя доказывания виновного, а также недобросовестного поведения поставщика.

В соответствии с правовой позицией, сформулированной еще в определениях Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.09.2012 № ВАС-11617/12 и от 12.07.2013 № ВАС-8371/13, включение сведений в реестр недобросовестных поставщиков является санкцией за *недобросовестное* поведение участника размещения заказа, выражающееся в *намеренном* и *умышленном* нарушении положений Закона о контрактной системе. Так, в определении от 23.03.2018 N 306-КГ18-1349 по делу N А65-3076/2017 Верховный Суд РФ акцентировал внимание на том, что управлением не исследовались обстоятельства незаключения обществом контракта в установленный срок, а также степень его *вины*. В определении от 14.08.2017 N 302-КГ17-10155 по делу N А19-5908/2016 Верховный суд РФ пришел к выводу о том, что суды исходили из отсутствия *виновных* действий общества, приведших к невозможности исполнения контракта и т.д.

Очевидно, что при такой постановке вопроса существенно возрастает как репутационная, так и материальная ответственность антимонопольных органов за принятые решения о включении сведений в РНП. И если в случае с незаключением контракта в установленные сроки исследование и оценка виновного поведения участника может осуществляться в рамках административного процедурного контроля, то при оценке обоснованности принятого заказчиком решения об одностороннем расторжении контракта, а также существенности допущенных поставщиком нарушений условий контракта полномочия антимонопольных органов фактически трансформируются в разрешение гражданско-правового спора по существу, что исконно отнесено к исключительной компетенции суда.

При существующем регулировании процесса принятия решений о включении сведений в РНП вышеуказанные риски взыскания ущерба с антимонопольных органов за неправомерное включение сведений в РНП многократно увеличиваются.

Как известно, включению в РНП подлежат не только сведения об участнике (поставщике), но и об учредителях, членах коллегиальных исполнительных органов, лицах, исполняющих функции единоличного исполнительного органа юридических лиц. Каждого из указанных субъектов необходимо надлежащим образом известить о факте поступления обращения заказчика, месте и времени заседания комиссии, обеспечить им возможность ознакомления с доводами заказчика и подготовки возражений и доказательств в их обоснование.

При этом, напомним, что в соответствии с частью 7 статьи 104 Закона о контрактной системе у антимонопольного органа всего 10 рабочих дней на проведение проверки и принятие решения о включении в РНП по существу. Указанного срока, учитывая географию поставщиков, порою недостаточно даже для надлежащего извещения лиц, сведения о которых подлежат включению в РНП, не говоря уже о запросе, получении доказательств по делу, необходимости обеспечения реализации прав и законных интересов участников спора, полноценной проверке и исследовании материалов дела, принятии взвешенного и обоснованного решения.

Практике известны случаи, когда решения антимонопольных органов о включении сведений в РНП отменялись исключительно по мотиву несоблюдения сроков либо неизвещения лиц о проведении заседаний комиссий.

Ущерб, причиненный нахождением в РНП, и выраженный преимущественно в виде упущенной выгоды, а также обусловленный умалением деловой репутации, распространением порочащих сведений, сопутствующие судебные расходы могут исчисляться десятками и сотнями миллионов рублей. И несмотря на сложность доказывания и исчисления размера упущенной выгоды, не стоит недооценивать соблазн лиц, добившихся в суде отмены решения о включении в РНП, в последующем взыскать свои потери с антимонопольных органов. Не стоит забывать и о наличии административной и уголовной ответственности для должностных лиц антимонопольных органов за неправомерное включение сведений в РНП.

Минимазация рисков подобного сценария развития события становится все более актуальной задачей в свете формирования и расширения практики предъявления исков о взыскании убытков с антимонопольных органов (дела №№А68-1296/2017, А45-10107/2017, А53-23364/2015, А40-49220/14, А79-10866/2011).

Представляется, нет никаких объективных препятствий к продлению срока рассмотрения обращений заказчиков о включений сведений в РНП вплоть до 3-х месяцев. Устанавливая изначально срок в 10 рабочих дней, законодатель, очевидно, стремился к усилению дисциплины, сокращению периода правовой неопределенности в вопросе юридической квалификации факта недобросовестного поведения, максимально скорому ограждению государственных и муниципальных заказчиков от недобросовестных исполнителей. Столь сжатый срок соответствовал общему подходу по оперативному административному рассмотрению споров в сфере закупок. Однако в период, когда срок в 10 рабочих дней прописывался в Законе, антимонопольные органы рассматривали обращения заказчиков только в случаях уклонения от заключения контракта, не давая оценку гражданско-правовым отношениям на этапе исполнения контракта, которая требует гораздо больше трудовых, временных затрат, а также высокой квалификации лиц, принимающих решения.

Следует пересмотреть подход по вопросу «автоматического» включения в РНП вслед за хозяйствующим субъектом сведений о его учредителях и членах коллегиального исполнительного органа без оценки роли и поведения каждого из поименованных субъектов в ситуации, послужившей поводом к включению в РНП.

Оценивая практику рассмотрения споров в этой сфере на современном этапе, становится очевидным, что антимонопольным органам со всех точек зрения правильнее действовать по принципу «не навреди» и увеличение срока рассмотрения обращения заказчика этому будет лишь способствовать.

К сожалению, не получила должного развития практика приостановления рассмотрения вопроса о включении в РНП при предъявлении требований в суд о принятии обеспечительных мер по делу об оспаривании решения заказчика об одностороннем расторжении контракта, а также практика приостановления решения о включении в РНП на период его оспаривания в суде. Судами отмечается, что приостановление действия реестровой записи может нарушить интересы третьих лиц, публичные интересы при заключении муниципальных и государственных заказов (дело №№ А21-5664/2015, А39-4151/2015)

В этой связи по аналогии со статьей 52 Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" целесообразно в силу закона приостанавливать рассмотрение обращения заказчика о включении сведений в РНП при наличии любых споров в суде по обстоятельствам, выводы суда по которым могут иметь значение для рассмотрения дела в антимонопольном органе.

По аналогии с судебным процессом необходимо установить правило, согласно которому дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом только в случае, если лицо, сведения о котором внесены в РНП, обосновало невозможность их представления в антимонопольный орган по причинам, не зависящим от него. Указанный подход представляется справедливым по отношению к органу государственной власти, способствует укреплению его авторитета и повышает правовую культуру и дисциплину. В рамках административного контроля и последующего административного судопроизводства правовое значение имеет последовательное полное и объективное установление правоприменителем во взаимодействии с лицом, в отношении которого организован и проводится административный контроль, всех фактов, которые имеют правовое значение. В свою очередь проверяемое (контролируемое) лицо может и должно на этапе административного (досудебного) контроля привести исчерпывающие объяснения, сведения в обоснование своим доводам. Решение антимонопольного органа принимается в соответствии с тем объемом документов и сведений, которые были им собраны и раскрыты участниками процесса на данной стадии. Ввиду того, что судебное разбирательство не должно подменять осуществление контроля в соответствующей административной процедуре, новые доказательства должны признаваться относимыми к делу и могут быть приняты (истребованы) судом, если ходатайствующее об этом лицо обосновало наличие объективных препятствий для получения этих доказательств до вынесения оспариваемого решения властного органа. В частности, новые доказательства могут быть приняты судом лишь в том случае, если со стороны властного органа слабому в публичном правоотношении субъекту не была обеспечена возможность устранения определенных сомнений, представления пояснений, иных сведений. В свою очередь, представляемые властным органом новые доказательства должны приниматься судом, если обоснованы объективные причины, препятствовавшие их своевременному получению до вынесения оспариваемого решения.

Увы, в практике Самарского УФАС России имеются случаи отмены решений о включении в РНП лишь потому, что лицо не предоставило обоснований и доказательств своей невиновности на заседании комиссии, однако сделало это на этапе судебного обжалования решения (Дело N А55-17998/2015).

В качестве альтернативы запрету на предоставление новых доказательств, и автору статьи этот вариант импонирует больше, поскольку позволяет добиться справедливости без потерь для антимонопольного органа, следует рассмотреть развитие и распространение практики заключения мировых соглашений, следствием которых явилось бы исключение из РНП при условии предоставления поставщиком доказательств своей добросовестности, а также обоснования невозможности их предоставления при первичном рассмотрении дела. Пока такая практика мало распространена среди территориальных органов ФАС России и для ее популяризации необходимо ведение разъяснительной работы со стороны ФАС России и судейского сообщества.

Еще одним вариантом могла бы стать законодательно установленная возможность антимонопольному органу пересмотреть дело по вновь открывшимся обстоятельствам.

В завершение темы минимизации негативных последствий от ошибок при включении в РНП хотелось бы отметить, что ранее по основанию расторжения контракта в связи с его ненадлежащим исполнением поставщиком сведения включались только при наличии судебного решения на основании приказа антимонопольного органа без какой-либо административной проверки. Уже отмечалось, что разрешение споров, связанных с неисполнением обязательств сторонами контракта – исконная компетенция судов. У заказчиков должно остаться право на односторонний отказ от исполнения контракта, но если заказчик хочет включить сведения о своем недобросовестном контрагенте в РНП, такое расторжение могло бы осуществляться только в судебном порядке.

1. Постановление Президиума ВАС РФ от 15.04.2014 N 18403/13 по делу N А43-26473/2012 [↑](#footnote-ref-1)
2. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 23.01.2017 г. №301-КГ 16-19355 по делу №А79-625/2016 [↑](#footnote-ref-2)
3. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.10.2017 г. №Ф08-7862/2017 по делу №А53-6585/2017 [↑](#footnote-ref-3)
4. Постановление арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 01.03.2017 г. №Ф02-321/2017 по делу №А74-8186/2016 [↑](#footnote-ref-4)