**«Проблемные вопросы применения действующего законодательства при рассмотрении жалоб в порядке, предусмотренном ст. 18.1 Федерального закона «О защите конкуренции»**

В полномочия Новосибирского УФАС России входит рассмотрение жалоб на нарушение процедуры обязательных в соответствии с законодательством Российской Федерации торгов.

Порядок рассмотрения жалоб регламентирован ст. 18.1 ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ст. 18.1). В соответствии с данной статьей антимонопольный орган рассматривает жалобы: на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц", *за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено* *законодательством* *Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд*.

С января 2016г. в связи с вступлением в силу ФЗ N 250-ФЗ от 13.07.15 в соответствии с правилами статьи 18.1 антимонопольный орган рассматривает также жалобы на действия госорганов, муниципалитетов и инженерно-технических организаций, отвечающих за сферу строительства, а именно:

- на акты и (или) действия (бездействие) федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта Российской Федерации, органа местного самоуправления либо иных осуществляющих функции указанных органов органа или организации, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, должностных лиц указанных органов или организаций (далее - уполномоченный орган) при осуществлении в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, утвержденные Правительством Российской Федерации в соответствии с частью 2 статьи 6 Градостроительного кодекса Российской Федерации (ПП РФ № 403 от 30.04.14г.) (далее также - исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства) (за исключением процедур, осуществляемых государственным органом, уполномоченным на осуществление государственной регистрации прав на имущество в соответствии с законодательством Российской Федерации) (п. 2 ч. 1 ст. 18.1), в части:

а) нарушения установленных сроков осуществления процедуры, включенной в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства;

б) предъявления требования осуществить процедуру, не включенную в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства;

- на действия (бездействие) территориальной сетевой организации, оказывающей услуги по передаче электрической энергии, организации, осуществляющей холодное водоснабжение и (или) водоотведение (организации водопроводно-канализационного хозяйства), организации, осуществляющей горячее водоснабжение, газораспределительной организации, теплоснабжающей организации (далее - организация, осуществляющая эксплуатацию сетей) при осуществлении в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства (п. 3 ч. 1 ст. 18.1), выраженные в:

а) незаконном отказе в приеме документов, заявлений;

б) предъявлении к лицу, подавшему жалобу, документам и информации требований, не установленных федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, в случае, если предусмотренная указанными актами процедура включена в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства;

в) нарушении установленных сроков осуществления процедуры, включенной в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства;

г) предъявлении требования осуществить процедуру, не включенную в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства.

Рассмотрение подобных жалоб в судебном порядке занимает более длительный срок, что может препятствовать восстановлению нарушенных прав заявителей, т. к. к моменту вынесения решения судом, например, договор по результатам торгов может быть уже заключен. Предусмотренный ст. 18.1 порядок рассмотрения жалоб направлен на оперативное устранение нарушения порядка проведения торгов, защиту нарушенных прав как участников торгов, так и лиц, чьи права или законные интересы могут быть ущемлены в результате торгов (например, лиц, которые имели намерение участвовать в них), а также юрлиц и ИП, чьи права, по их мнению, нарушены актами или действиями (бездействием) уполномоченного органа или организацией, осуществляющей эксплуатацию сетей. Оперативность рассмотрения является несомненной положительной стороной механизма защиты прав посредством административного ресурса.

Процедура обжалования.

С жалобой в антимонопольный орган могут обратиться юридические лица не позднее 10 дней с момента совершения обжалуемого действия *или, если договор по итогам торгов не заключен, не позднее 3 месяцев*.

*Обжалование актов и (или) действий (бездействия) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, в порядке, установленном ст. 18.1, допускается не позднее чем в течение трех месяцев со дня принятия акта и (или) совершения действия (бездействия) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.*

Требования к содержанию жалобы также установлены ч. 6 ст. 18.1:

Жалоба на акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей (далее - жалоба), подается в письменной форме в антимонопольный орган и должна содержать:

1) наименование, указание на место нахождения, почтовый адрес, номер контактного телефона организатора торгов, оператора электронной площадки, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, акты и (или) действия (бездействие) которых обжалуются;

2) наименование, сведения о месте нахождения (для юридического лица), фамилию, имя, отчество, сведения о месте жительства (для физического лица) заявителя, почтовый адрес, адрес электронной почты, номер контактного телефона, номер факса;

3) указание на обжалуемые торги, если размещение информации об обжалуемых торгах на сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, адрес сайта, на котором она размещена (указанная информация не представляется при обжаловании актов и (или) действий (бездействия) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей);

4) указание на обжалуемые действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, *акты и (или) действия (бездействие) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, на нормативный правовой акт, устанавливающий порядок осуществления в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, а также соответствующие доводы*

5) перечень прилагаемых к жалобе документов.

Жалоба подписывается заявителем или его представителем. К жалобе, поданной представителем заявителя, должны быть приложены доверенность или иной подтверждающий полномочия представителя заявителя на подписание жалобы документ (ч. 8 ст. 18.1).

Жалоба возвращается заявителю в следующих случаях (ч. 9 ст. 18.1):

1) жалоба не содержит сведения, предусмотренные [частью 6](#Par0) настоящей статьи;

2) жалоба не подписана или подписана лицом, полномочия которого не подтверждены документами;

3) наличие вступившего в законную силу судебного акта, в котором содержатся выводы о наличии или об отсутствии нарушения в обжалуемых актах и (или) действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей;

4) антимонопольным органом принято решение относительно обжалуемых актов и (или) действий (бездействия) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей;

5) акты и (или) действия (бездействие) уполномоченного органа были обжалованы в порядке, установленном Федеральным законом от 27 июля 2010 года N 210-ФЗ "Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг".

Решение о возвращении жалобы может быть принято в течение трех рабочих дней со дня ее поступления в антимонопольный орган, который в день принятия решения о возвращении жалобы обязан сообщить в письменной форме заявителю о принятом решении с указанием причин возвращения жалобы (ч. 10 ст. 18.1),

Если жалоба соответствует требованиям, установленным статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, и нет оснований для возвращения такой жалобы заявителю, антимонопольный орган должен рассмотреть жалобу по существу. Жалоба рассматривается в течение 7 рабочих дней.

При этом в случае принятия жалобы к рассмотрению антимонопольный орган размещает в течение трех рабочих дней со дня ее поступления информацию о поступлении жалобы и ее содержании на официальном сайте торгов или на сайте антимонопольного органа, направляет заявителю, организатору торгов, оператору электронной площадки, в конкурсную или аукционную комиссию, уполномоченный орган и (или) организацию, осуществляющую эксплуатацию сетей, уведомление о поступлении жалобы и о приостановлении торгов до рассмотрения жалобы по существу (далее в настоящей статье - уведомление) (ч. 11 ст. 18.1).

Со дня направления уведомления, предусмотренного [частью 11](#Par15) настоящей статьи, торги приостанавливаются до рассмотрения жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии по существу (ч. 18 ст. 18.1).

В случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому в порядке, установленном [частью 11](#Par15) настоящей статьи, направлено уведомление, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор, заключенный с нарушением требования, установленного настоящим пунктом, является ничтожным (ч. 19 ст. 18.1).

Если по результатам рассмотрения жалобы обоснованность жалобы подтверждается, антимонопольный орган может выдать нарушителю обязательное для исполнения предписание с указанием устранить нарушение (это может быть отмена протоколов, внесение изменений в документацию о торгах, аннулирование торгов).

При этом необходимо сразу отметить, что жалобы на действия госорганов, муниципалитетов и инженерно-технических организаций, отвечающих за сферу строительства, поданные в порядке ст. 18.1, в Новосибирском УФАС практически отсутствуют (в 2016 – 2017г.г. не было подано ни одной жалобы). Возможно, отсутствие указанных жалоб объясняется неосведомленностью юридических лиц и индивидуальных предпринимателей о возможности подачи жалобы в порядке, установленном п.п. 2, 3 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О защите конкуренции».

Однако, количество поступающих в УФАС жалоб по вопросу обжалования обязательных в соответствии с законодательством РФ торгов неизменно остается высоким на протяжении последних лет.

Так, в 2016г. Новосибирским УФАС России в соответствии со ст. 18.1 ФЗ «О защите конкуренции» рассмотрено 224 жалобы на торги и закупки, в 1пг 2017г. - 118. При этом из общего количества рассмотренных жалоб наибольшую долю – 66 % - занимают жалобы на торги, проводимые в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»; 9 % - торги в соответствии с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)»; 6 % - аренда и продажа земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности; 5 % - аренда, безвозмездное пользование, доверительное управление имуществом, иные договоры, предусматривающие передачу прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления; 4,5 % - отбор управляющей организации для управления многоквартирным домом.

По видам нарушений наиболее часто поступают жалобы на отказ в допуске к участию в торгах; установление в конкурсной документации условий, ограничивающих конкуренцию; нарушение порядка определения победителя.

Однако, необходимо отметить, что согласно ч. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-Ф3 «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», участник закупки, корпорация развития малого и среднего предпринимательства, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации или созданные ими организации вправе обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном антимонопольным органом, действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в случаях:

1. неразмещения в единой информационной системе положения о закупке, изменений, вносимых в указанное положение, информации о закупке, подлежащей в соответствии с настоящим Федеральным законом размещению в единой информационной системе, или нарушения сроков такого размещения;
2. предъявления к участникам закупки требования о представлении документов, не предусмотренных документацией о закупке;
3. осуществления заказчиками закупки товаров, работ, услуг в отсутствие утвержденного и размещенного в единой информационной системе положения о закупке и без применения положений Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»;
4. неразмещения или размещения в единой информационной системе недостоверной информации о годовом объеме закупки, которую заказчики обязаны осуществить у субъектов малого и среднего предпринимательства.

Указанная норма Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» носит императивный характер и приведенный в ней перечень оснований для обжалования действий (бездействия) заказчика в антимонопольный орган является исчерпывающим, соответственно положения ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» должны применяться с учетом данной нормы.

При этом право участника закупки обжаловать в судебном порядке действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг предусмотрено в пункте 9 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и не ограничено какими-либо условиями, как это определено при обращении с жалобой в антимонопольный орган.

Таким образом, правовое значение имеет как установленный порядок обжалования, так и исчерпывающий перечень случаев нарушений процедуры закупки, предусматривающий право участника закупки на обжалование в административном порядке.

Приведенная позиция сформирована Верховным судом Российской Федерации в Определении от 11.04.2017г. по делу № 304-КГ 16-17592. Аналогичной позиции придерживается и ФАС России (письмо ИА/59767/17 от 30.08.17). Также об этом говорит и многочисленная судебная практика.

Как видно из данных цифр, из жалоб, поданных в порядке ст. 18.1, наибольшее число занимают жалобы на закупки, проведенные в соответствии с ФЗ № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц".

При этом в качестве проблемного вопроса применения Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" при рассмотрении жалоб в порядке ст. 18.1 можно отметить следующий. Зачастую заказчики, работающие по 223-ФЗ устанавливают в Положении о закупке нормы, предусматривающие, что такие виды закупок, как запрос предложений, запрос котировок и пр. (за исключением конкурсов и аукционов) не является разновидностью торгов. При этом Заказчик не имеет обязанности заключения договора по его результатам. Такие нормы могут привести к злоупотреблениям со стороны заказчиков, т. к. в случае признания победителем «не того» участника, заказчик может без объяснения причин отказаться от заключения договора с ним и провести закупку повторно. Кроме того, в системе действующего правового регулирования при проведении конкурентного отбора контрагента является недопустимым наличие у одного субъекта исключительно прав, у другого - исключительно обязанностей. Принципу стабильности и определенности положение потенциального участника открытого запроса предложений в правоотношениях с Заказчиком не отвечает.

Так, например, в случае уклонения положение потенциального участника открытого запроса предложений от заключения договора с Заказчиком участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. В то же время Заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем без принятия на себя какой-либо ответственности.

Однако судебной практикой подтверждено мнение Новосибирского УФАС, что при проведении торгов в иной, помимо конкурса и аукциона форме, у организатора не отпадает обязанность по заключению договора с победителем (Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда №А45-26064/2015 от 13.07.2016г.). Кроме того, суд считает, что вышеуказанные действия по отказу в заключении договора на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг по результатам размещения закупки в форме запроса котировок, запроса предложений в любое время, не неся при этом никакой ответственности перед участником закупок, в том числе по возмещению затрат связанных с подготовкой и подачей заявок на участие в запросе котировок или предложений могут привести к необоснованному ограничению числа потенциальных участников данной закупки. Наличие таких условий в Положении о закупке недопустимо.

Также следует отметить, что согласно 223-ФЗ, Положение о закупках — это ключевой документ, который описывает весь процесс закупок в конкретной организации, которая выступает заказчиком приобретаемых товаров или услуг. По сути, это основа закупочной деятельности. Ни 223-ФЗ, ни иные НПА не содержат никаких унифицированных форм такого документа, лишь установлены общие принципы, которые необходимо соблюдать при осуществлении закупок.

Зачастую заказчики устанавливают в Положении о закупке срока для заключения договора ранее 10 дней после подведения итогов закупки. Установление такого срока недопустимо по следующим обстоятельствам. Из положений статьи 1 Закона о закупках следует, что целью регулирования данного Закона является, в том числе, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Для достижения названных целей участникам закупки предоставлено право в порядке, установленном антимонопольным органом, обжаловать действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг (часть 10 статьи 3 Закона о закупках).

Согласно части 4 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции обжалование действий (бездействия) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии в антимонопольный орган в порядке, установленном названной статьей, допускается не позднее десяти дней со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", со дня такого размещения, за исключением случаев, предусмотренных названным Законом.

Частями 18, 19 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что со дня направления уведомления, предусмотренного частью 11 названной статьи, торги приостанавливаются до рассмотрения жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии по существу. В случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому в порядке, установленном частью 11 названной статьи, направлено уведомление, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор, заключенный с нарушением данного требования, является ничтожным.

Следовательно, установление в Положении о закупках срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, фактически исключает применение оперативных мер, предусмотренных статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, лишает обращение с соответствующей жалобой какого-либо юридического смысла, а потому направлено против прав участников закупки.

В силу требований статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Сокращение либо исключение указанного срока направлено на снижение эффективности защиты гражданских прав, в связи с чем предписание антимонопольного органа в оспариваемой части соответствует требованиям Закона. Данная позиция принята Определением Верховного Суда № 309-КГ15-14384 от 02.02.16 по делу № А60-28335/2014.

Далее приводятся примеры рассмотрения жалоб в порядке, установленном ст. 18.1, на иные обязательные в соответствии с законодательством РФ торги, иллюстрирующие проблемы применения законодательства.

Кроме того, приводится практика применения административной ответственности за нарушения порядка осуществления закупки товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц (223-ФЗ), установленная ст. 7.32.3 КоАП РФ, а также за нарушение процедуры обязательных в соответствии с законодательством Российской Федерации торгов, продажи государственного или муниципального имущества, порядка заключения договоров по результатам проведения таких торгов и продажи или в случае, если такие торги признаны несостоявшимися, установленная ст. 7.32.4 КоАП РФ.