

Как не нарушить закон при участии в госзакупках

Участие в тендере — это не только возможность заработать на хорошем заказе, но и риск понести уголовную ответственность. За что наказывает ФАС и как этого избежать, рассказала Екатерина Усачева, юрист МКА «Князев и партнеры»

Участники госзакупок редко задумываются о взаимосвязи антимонопольного дела и уголовно-правовых последствий, поэтому не осознают всю серьезность ситуации и при рассмотрении дела о нарушении закона «О защите конкуренции» (Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ) соглашаются с решением ФАС или даже признают вину в надежде на смягчение ответственности. Однако это фатальная ошибка — признание вины в данной ситуации может сделать участника сделки фигурантом уголовного дела, так как материалы проверки могут быть переданы в правоохранительные органы.

Наиболее прогрессивные компании, которые следят за тенденциями правоприменительной практики и новыми способами минимизации рисков, внедряют в работу процедуры по проверке действий компании на соответствие антимонопольному законодательству. Это позволяет не допустить нарушений и дальнейшего привлечения к ответственности, а значит, минимизирует не только антимонопольные, но и уголовно-правовые риски.

Взаимодействие ФАС и МВД

ФАС России уделяет особое внимание межведомственному взаимодействию с правоохранительными органами.

Совместная работа двух ведомств приносит свои плоды:

- увеличивает уровень раскрываемости антиконкурентных соглашений;
- позволяет привлечь нарушителей не только к антимонопольной, но и уголовной ответственности.

Обычно взаимодействие строится по следующей схеме: антимонопольная служба проводит проверку, выявляет нарушения, выносит решение и передает материалы в правоохранительные органы. Если обратиться к статистике, то можно отметить, что число передаваемых из ФАС дел увеличивается из года в год.

Например, по последним данным ФАС, служба и ее территориальные органы в 2018 году передали в МВД 148 заявлений и сообщений о преступлениях, из которых 81 по ст. 178 УК («Ограничение конкуренции»). Еще за год до этого в МВД передали всего 81 заявление, из которых только 30 были по ст. 178 УК. Если сопоставить количество переданных материалов и общее число дел, которые рассматривала ФАС по ст. 11, 16 и 17 закона «О защите конкуренции», то доля переданных дел превышает 10%. Более того, этот показатель тоже постепенно увеличивается (в 2017 году — 676 дел, в 2018-м — 768 дел).

Когда решение ФАС может обернуться уголовным делом

В основе совместной работы ФАС и правоохранителей лежит действующее законодательство. Некоторые статьи из закона «О защите конкуренции» и Уголовного кодекса (УК) можно

сопоставить, так как за одни и те же нарушения предусмотрена как антимонопольная ответственность, так и уголовная.

Картельный сговор

По правилам закона «О защите конкуренции» (ст. 11), компании не могут заключать между собой соглашения, которые ограничивают конкуренцию на рынке. То есть не могут вступать в так называемый картельный сговор. Уголовная ответственность предусмотрена в УК (ст. 178) за ограничение конкуренции при заключении между участниками госзакупок соглашения (картеля). Получить уголовное преследование можно, только если это действие причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло за собой получение дохода.

Как участвовать в госзакупках в 2020 году: новые правила

Фактически и в законе «О защите конкуренции», и в УК речь идет об одном нарушении. Но если рассматривать действия со стороны антимонопольного законодательства, не нужно доказывать причиненный ущерб, а для привлечения к уголовной ответственности данный аспект имеет существенное значение. Так что решение ФАС — это только предпосылка для возбуждения уголовного дела, потому что она устанавливает факт нарушения и обстоятельства его совершения.

Правда, даже при наличии ущерба бизнесменов редко привлекают к ответственности по ст. 178 УК. Обычно спорные соглашения между контрагентами переключают в мошенничество по ст. 159 УК. Это происходит потому, что зачастую правоохранители не оценивают действия сторон с точки зрения ограничения конкуренции. При этом ФАС считает, что некоторые действия участников торгов можно квалифицировать по совокупности ст. 178 и 159 УК. Это возможно, когда действия участников не только ограничивают

конкуренцию, но и направлены на хищение чужого имущества или приобретение права на него путем обмена.

Сговор с заказчиком

Заключать антиконкурентные соглашения между заказчиком (организатором) торгов и его участниками нельзя. Признаки и ответственность за подобный сговор предусмотрены ст. 16 и 17 закона «О защите конкуренции».

В отличие от ответственности за картельный сговор, корреспондирующей нормы о сговоре с заказчиком в УК в настоящее время нет. Поэтому такие действия при передаче материалов ФАС для возбуждения уголовного дела чаще всего расследуют по ст. 285 УК («Злоупотребление должностными полномочиями»), 286 УК («Превышение должностных полномочий» в части ответственности представителей заказчика), а также по ст. 159 УК («Мошенничество» в том случае, когда речь идет об участнике).

ФАС в течение двух лет активно лоббировала внесение изменений в ст. 178 УК в части установления ответственности лиц за сговор заказчика с участниками. Однако недавно появились сведения о том, что служба учла предложения коллег из правительства Москвы и отказалась от ранее занимаемой позиции, исключив из законопроекта пункт об уголовном наказании за сговоры заказчиков и участников торгов. Вероятно, изменений в правоприменительной практике не произойдет, и квалификация таких действий будет происходить по статьям о должностных преступлениях.

В отдельных случаях действия участников сговора могут квалифицировать как дачу взятки (ст. 291 УК), получение взятки (ст. 290 УК), а также организацию преступного сообщества или участие в нем (ст. 210 УК).

Как избежать наказания за участие в госзакупках

1. Соблюдать требования законодательства

Самый очевидный способ не привлекать к себе внимания антимонопольной службы и правоохранительных органов — действовать в соответствии с законом. Если нет нарушений, то даже при появлении у госорганов интереса к вам он быстро пропадет, а вы продолжите деятельность без ущерба для своего бизнеса.

2. Обучать сотрудников

Часто сотрудники не знают о том, что их действия могут расценить как вступление в сговор. Поэтому контрагенты ведут себя неосмотрительно, а в дальнейшем это приводит к возникновению проблем у компании, ее руководства и у самого сотрудника. Чтобы снизить риск возникновения такой ситуации, регулярно проводите обучающие семинары для сотрудников, разъясняйте требования к их деятельности и возможные последствия нарушений.

Это позволит повысить уровень квалификации сотрудников, а при допущенном нарушении речь может идти не о привлечении руководства и самой компании к ответственности, а об эксцессе исполнителя и личной ответственности работника.

3. Не участвовать в одних торгах взаимосвязанным компаниям

Чем больше точек соприкосновения между компаниями-конкурентами, участвующими в госзакупках, тем выше вероятность того, что возникнут подозрения в картельном сговоре между ними. Среди таких признаков могут отметить взаимосвязь между учредителями, совпадение адресов

фактической деятельности компаний, подачу заявок с одного IP- адреса, одновременную подачу документов и другие.

Почему в России растет объем неконкурентных госзакупок

4. Обосновать контакты с заказчиком

Каждый факт взаимодействия участника с заказчиком должен иметь свое обоснование. В противном случае такое поведение может быть расценено как вступление в сговор с заказчиком. Чтобы этого избежать, сотрудникам лучше письменно фиксировать дату и причину того или иного взаимодействия.

5. Грамотно составить КП

Прежде чем направлять коммерческое предложение (КП) заказчику, дождитесь от него поступления письменного запроса на имя вашей компании. Если запрос будет устным, вам будет сложнее подтвердить то, что он был, и обосновать, откуда вы узнали о необходимости прислать данные.

Кроме того, даже в целях удобства и по согласованию с конкурирующими компаниями не направляйте КП от кого-либо, кроме своей организации. Также при составлении КП разработайте для себя систему обоснования цены. Это поможет пояснить принцип ее расчета и доказать отсутствие завышения, если к вам возникнут вопросы.

6. Пояснить, зачем вам субподрядчики

Зачастую при сговоре участников победитель привлекает проигравшую компанию в качестве субподрядчика. На это обращают внимание представители антимонопольных и правоохранительных органов. Именно по этой причине необходимо заранее быть готовым дать пояснения — почему вам необходимо привлечь третьих лиц и по каким причинам вы выбрали конкретного субподрядчика.

7. Аккуратно хранить информацию

Правильное хранение данных позволяет минимизировать вопросы со стороны ФАС и правоохранителей. Ведь если у них нет информации, то ее и не получится использовать против вас.

8. Внедрять процедуры комплаенса

Процедуры комплаенса — это комплексный инструмент, который закрепляет приведенные ранее рекомендации, обеспечивает информирование сотрудников о необходимости следовать закрепленным правилам, а также обеспечивает регулярный мониторинг и аудит результатов принимаемых мер.

9. Согласовать антимонопольный комплаенс с ФАС

Чтобы согласовать разработанный антимонопольный комплаенс, компания может обратиться в антимонопольную службу. Если прописанные правила соответствуют необходимым требованиям и действительно работают на практике, то антимонопольный орган может снизить группу риска компании. Это влияет на частоту проведения проверок. Кроме того, при выявлении нарушений сотрудники службы примут функционирование антимонопольного комплаенса как обстоятельство, которое смягчает ответственность.

Источник: <https://pro.rbc.ru/news/5e3bf4a39a7947b6c49aeb24>