

МОДЕРНИЗАЦИЯ «МЫШЕЛОВОК»

Анатолий Борисович Вифлеемский,
доктор экономических наук, г. Нижний Новгород

Мы писали про своеобразные «мышеловки», в которые региональные органы управления образованием приглашает ООО «Дневник.ру». В результате изобретённые ими схемы обхода требований законодательства в целях монополизации рынка информационных услуг в сфере образования в интересах этой компании, учредители которой прячутся в офшорах, признаются нарушением антимонопольного законодательства. Однако ООО «Дневник.ру» непрерывно модернизирует свои «мышеловки», изобретает всё новые и новые способы, которые в конечном итоге также признаются нарушением антимонопольного законодательства. Известная поговорка гласит, что сколько верёвочке ни виться, конец найдётся. Эта поговорка применима и по отношению к креативным мышеловкостроителям — их новые схемы вскрываются антимонопольными органами. А учитывая, что в роли «мышей» в этих «мышеловках» выступают региональные органы управления образованием, как правило, министерства (или департаменты), то эти модернизированные «мышеловки» ООО «Дневник.ру» можно назвать министерстволовками. В статье рассматривается, какие последствия для региональных министерств образования влечёт попадание в эти мышеловки.

«Мышеловка № 1»: бесплатный сыр

В статье в «Народном образовании» № 6–7 2017 года мы описывали «мышеловку» ООО «Дневник.ру» № 1, в которую попало Министерство образования Саратовской области, говоря о том, что «бесплатный сыр бывает только в мышеловке». В рамках этой схемы ООО «Дневник.ру» сначала предоставляло принадлежащее учреждению иностранным офшором компании программное обеспечение бесплатно, потом Саратовское министерство образования заплатило без конкурса 100 тыс. рублей, затем оплата исчислялась уже сотнями тысяч рублей и миллионами, пока эту схему не пресекло Саратовское УФАС

России. Посредником — «прокладкой» в схеме выступало ПАО «Ростелеком», поэтому антимонопольным органом нарушившими антимонопольное законодательство были признаны и ООО «Дневник.ру», Министерство образования Саратовской области и ПАО «Ростелеком».

Все нарушители стали обжаловать решение антимонопольного органа в суде.

Двенадцатый арбитражный апелляционный суд своим постановлением от 9 августа 2018 года признал законным и обоснованным решение антимонопольного органа. При этом в объёмном постановлении суда (27 страниц) немало интересных моментов.

Так, суд указал на то, что участники соглашения строили отношения таким образом, чтобы исключить возможность допуска

конкурентов к выполнению госзаказа. Последовательность их действий свидетельствует об их определённой направленности и связанности общим мотивом. В 2014 году из официальных источников становится очевидным, что в ближайшие несколько лет будет производиться выделение значительных объёмов денежных средств на реализацию государственной программы. На этот момент между министерством и ООО «Дневник.ру» существовали сложившиеся отношения и результаты сотрудничества. Ради сохранения сложившихся отношений заключено соглашение, в рамках реализации которого указанные лица на протяжении нескольких лет последовательно совершали действия по легализации этих отношений, направленные на достижение общей цели — обеспечить возможность выполнения государственного заказа ООО «Дневник.ру» в обход обеспечивающих конкуренцию процедур. Для этого в 2014 году заключён договор на незначительную относительно общего объёма выделяемых на цели реализации государственной программы средств сумму 100 тысяч. Представитель органа субъекта не смог дать каких-либо объяснений, чем обоснован такой размер договора. Суд апелляционной инстанции согласен с выводом антимонопольного органа, что выбор такого объёма вознаграждения за услуги объясняется возможностью заключить договор без конкурса с единственным участником.

Суд апелляционной инстанции также учёл, что министерству было очевидно, что в дальнейшем на эти цели будет обеспечено выделение значительных денежных средств. При этом у министерства имелись легальные основания приобрести необходимый объём прав на АИС, позволяющий исключить зависимость от правообладателя и обеспечить конкуренцию, однако каких-либо мер к этому предпринято не было.

Однако министерство, «одурманенное бесплатным сыром» ООО «Дневник.ру», попало в «мышеловку» — антиконкурентное соглашение в интересах ООО «Дневник.ру», и было вынуждено участвовать в схемах легализации оплаты этой компании денежных средств во всё возрастающих объёмах.

Суд указал на то, что ООО «Дневник.ру» в связи с введением запрета на использование иностранного программного обеспечения госу-

дарственными структурами непосредственно само не могло участвовать в госзакупках, поскольку — это организация со 100% долей иностранного участия. Кроме необходимости преодоления указанного барьера иного разумного объяснения для участия в соглашении ПАО «Ростелеком» предоставлено не было, поскольку последний не обладает никакими ресурсами для выполнения контракта на АИС.

Досталось и ПАО «Ростелеком» — суд признал обоснованным утверждение антимонопольного органа, что разница в стоимости услуг, выполненных ООО «Дневник.ру» во исполнение госконтракта, которую ПАО «Ростелеком» получил в результате участия в соглашении, необоснованно завысила расходы бюджета.

Интересно, когда эти выводы суда и антимонопольного органа заинтересуют органы прокуратуры и Следственного комитета, которые у директоров школ видят любую «соринку в глазу», а тут целое бревно с нарушениями органа власти, причинившего огромный ущерб бюджету, остаётся без внимания.

А пока что министерство, ПАО «Ростелеком» и ООО «Дневник.ру» привлекаются антимонопольным органом к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, а равно участие в нём или осуществление хозяйствующим субъектом недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий влечёт административную ответственность согласно части 1 статьи 14.32 КоАП РФ в виде административного штрафа на должностных лиц в размере от сорока тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию

на срок от одного года до трёх лет; на юридических лиц — от трёх сотых до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей.

Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них влечёт наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трёх лет; на юридических лиц — от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Заключение федеральным органом исполнительной власти, органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органом местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органом или организацией либо государственным внебюджетным фондом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо осуществление указанными органами или организациями недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации

Федерации согласованных действий влечёт наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трёх лет.

Итак первая противоправная схема — «мышеловка» для министерств заключается в продаже ООО «Дневник.ру» своих программ очень дёшево или бесплатно, а потом взимание платы за его «модернизацию», без которой продукт просто «не работает». И ответственность для руководителей министерств, попавших в эту мышеловку, установлена достаточно серьёзная — ведь может быть наложен не только существенный штраф, министр может быть подвергнут дисквалификации на срок до трёх лет, то есть не сможет занимать должность.

ООО «Дневник.ру» непрерывно совершенствует деятельность по всем направлениям, в том числе придумывая всё новые и новые схемы оформления взаимоотношений с региональными органами управления образованием. Схемы становятся всё замысловатее, но всё также противоречат закону.

Рассмотрим модернизированную «мышеловку» ООО «Дневник.ру», активно предлагаемую органам управления образованием в настоящее время, и в которую уже попались несколько региональных образовательных ведомств.

Модернизированная «мышеловка»: инвестиционный договор

Инвестиционный договор или соглашение — такими «умными» словами внешне оформляется новая «мышеловка» ООО «Дневник.ру». И в неё уже попало, в частности, Министерство образования Новгородской области (интересно, что ранее это министерство именовалось департаментом, а как только переименовалось в министерство в декабре 2017 года, так сразу и угодило в «мышеловку» для министерств образования).

Несколько лет тому назад Новгородская региональная общественная организация «Собрание коренных новгородцев» направляло жалобу на действия государственного заказчика — Департамента образования и молодёжной политики Новгородской области, которое действовало очевидным образом в интересах всё тех же ООО «Дневник.ру» и ПАО «Ростелеком». Департамент таким образом составлял критерии оценки заявок, чтобы обеспечить победу именно этим компаниям. В частности, был придуман весьма странный для государственного заказчика показатель оценки заявок участников — объём чистой прибыли, который создавал необоснованное преимущество участникам закупки из числа крупных компании (в частности, одному из участников закупки — ПАО «Ростелеком»), в том числе государственным компаниям, чей объём суммарной чистой прибыли в разы превышает объём суммарной чистой прибыли остальных потенциальных участников закупки. При этом государственный заказчик в конкурсной документации указывал, что лучшим условием исполнения государственного контракта признаётся предложение участника конкурса с большим объёмом суммарной чистой прибыли.

Антимонопольный орган признал проведённую министерством закупку, в которой участвовало всего лишь 2 участника — ПАО «Ростелеком» и ООО «Дневник.ру», незаконной и выдал предписание об аннулировании закупки.

Вероятно, что это, в сочетании с разоблачённой саратовской «мышеловкой», подвигло ООО «Дневник.ру» к созданию новой схемы.

Суть схемы — модернизированной «мышеловки» заключается в подписании между региональным министерством образования и ООО «Дневник.ру» так называемого инвестиционного договора или соглашения, в рамках которого техническое сопровождение и доработка «Цифровой образовательной платформы Новгородской области» будет проводиться специалистами ООО «Дневник.ру» бесплатно, а министерство должно организовать активную работу образовательных организаций с программами ООО «Дневник.ру». Сумма соглашения (якобы инвестиции ООО «Дневник.ру») составляет 34 151 635 руб. 00 коп.

Инвестор в качестве инвестиций вносит неисключительные права на разработанные в рамках реализации инвестиционного проекта компоненты платформы, представляющие собой его интеллектуальную собственность, обеспечивает поддержку функционирования платформы на весь срок действия соглашения.

Встречные обязательства министерства образования многочисленны, в том числе:

- обеспечить достижение основных целевых показателей, изложенных в приложении № 2 к соглашению;
- не реализовывать программные решения, позволяющие проводить импорт в платформу оценок, расписания, домашних заданий без использования стандартного пользовательского интерфейса платформы на сайте <https://dnevnik.ru>;
- издать приказ о ведении учёта посещаемости и успеваемости учащихся в образовательных организациях в электронном журнале при помощи Платформы в соответствии с графиком, указанным в приложении № 2 к соглашению;
- рекомендовать и способствовать отмене использования бумажных журналов учёта посещаемости и успеваемости учащихся в образовательных организациях и ведении учёта посещаемости и успеваемости учащихся в электронном журнале при помощи платформы и многое другое.

Учитывая, что в состав платформы входят исключительно программные решения ООО «Дневник.ру», антимонопольный орган констатировал факт, что для надлежащего исполнения соглашения министерство приняло на себя обязательства обеспечить продвижение в регионе указанных систем, способствовать распространению программных продуктов именно ООО «Дневник.ру». При этом антимонопольный орган отклонил доводы ООО «Дневник.ру» о том, что действия по заключению

спорного соглашения соответствуют положениям ГК РФ о свободе заключения договора (ст. 421 ГК РФ), комиссией, так как в силу статьи 10 ГК РФ не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

ООО «Дневник.ру» будучи коммерческой организацией, извлекает доход от рекламных материалов, публикуемых в пользовательском интерфейсе программных продуктов, в том числе электронных дневников, а также электронных сервисов, предоставляемых за дополнительную плату. Из содержания Соглашения следует, что основное его назначение — обеспечение министерством стабильного охвата использования программных продуктов ООО «Дневник.ру» в обмен на предоставление во временное пользование лицензий и модернизацию рассматриваемых АИС. Использование образовательными организациями Новгородской области платформы, в свою очередь, обеспечивает Обществу доход от реализации рекламных материалов и дополнительных сервисов.

Новгородское УФАС России сделало вывод о том, что встречные обязательства, принятые министерством по Соглашению, недопустимы. министерству фактически надлежит издать приказ о ведении учёта посещаемости и успеваемости учащихся в образовательных организациях в электронном журнале при помощи платформы, тем самым установив для приобретателей товаров (образовательных организаций) ограничение в выборе хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары, что является нарушением прямого законодательного запрета, установленного п. 5 ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции.

Благом, предоставляемым министерством обществу, считается, в частности, обязанность министерства по оказанию содействия инвестору в реализации проекта по вопросам, входящим в компетенцию министерства, в том числе обеспечение организационно-нормативного сопровождения на объекте внедрения,

выделение помещений для обучения работе в платформе, обеспечение заключения соглашений с муниципальными образованиями региона для урегулирования отношений участников платформы в качестве единой инфраструктуры региона по созданию, хранению, обработке и обмену информацией в сфере общего образования.

Министерство не просто сторона гражданско-правового договора, а субъект, использовавший в отношениях с обществом (при игнорировании интересов значимой конкурентной среды) «административный ресурс», статус органа исполнительной власти специальной компетенции, призванного на постоянной основе реализовывать властные полномочия в общественных интересах, в том числе в отношении подведомственных органов и организаций образования.

Использование министерством особого статуса в интересах распространения программ ООО «Дневник.ру» — недопустимо.

Нарушение принципа автономии образовательной организации

Крайне важно, по моему мнению, признание незаконности «инвестиционного соглашения» и с точки зрения нарушения принципа автономии образовательных организаций.

Антимонопольный орган указал на то, что статья 28 Федерального закона от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (далее — Закон об образовании) устанавливает компетенцию, права, обязанности и ответственность образовательной организации. Согласно части 1 вышеназванной статьи, образовательная организация обладает автономией, под которой понимается самостоятельность в осуществлении образовательной, научной, административной, финансово-экономической деятельности, разработке и принятии локальных нормативных актов в соответствии с настоящим Федеральным

законом, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации и уставом образовательной организации.

Согласно части 2 вышеназванной статьи, образовательные организации свободны в определении содержания образования, выборе учебно-методического обеспечения, образовательных технологий по реализуемым ими образовательным программам. В соответствии с частью 3 вышеуказанной статьи к компетенции образовательной организации в установленной сфере деятельности относятся, в частности:

- текущий контроль успеваемости и промежуточной аттестации учащихся, установление их форм, периодичности и порядка проведения (пункт 10 части 3 статьи 28 Закона об образовании);
- индивидуальный учёт результатов освоения учащимися образовательных программ и поощрений учащихся, а также хранение в архивах информации об этих результатах и поощрениях на бумажных и (или) электронных носителях (пункт 11 части 3 статьи 28 Закона об образовании).

Таким образом, указанные положения Закона об образовании закрепляют автономию, то есть самостоятельность в принятии решений в пределах компетенции образовательной организации.

Индивидуальный учёт результатов освоения учащимися образовательных программ относится к компетенции образовательных учреждений и регулируется соответствующими локальными нормативными актами образовательного учреждения.

Следовательно, образовательные учреждения вправе избрать и закрепить локальным нормативным актом тот либо иной способ (электронный, бумажный, и электронный и бумажный) ведения учёта результатов освоения учащимися образовательных программ, а также самостоятельно выбрать тот либо иной программный продукт.

В то же время, анализируя положения Закона об образовании в части полномочий органов государственной власти субъекта РФ, антимонопольный орган констатировал отсутствие таковых

относительно определения способа ведения учёта успеваемости в образовательных организациях, посещаемости, программных средств ведения такого учёта.

Поэтому руководителям необходимо чётко знать, что образовательное учреждение самостоятельно разрешает вопрос о выборе платформы для ведения электронного журнала успеваемости и вмешиваться в эти вопросы органы управления образованием не вправе, в том числе в интересах ООО «Дневник.ру».

Реклама в школьных дневниках недопустима

На страницах журнала уже писали о недопустимости рекламы в школьных дневниках, в том числе о противоправности деятельности ООО «Дневник.ру», размещающего рекламу.

Наконец-то этим вопросом заинтересовались антимонопольные органы, что позволяет надеяться на пресечение незаконного размещения рекламы в школьных дневниках.

Так, Новгородское УФАС России возбудило в отношении ООО «Дневник.ру» дело № Р-27/18 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе.

Антимонопольный орган указал на то, что индивидуальный учёт результатов освоения учащимися образовательных программ относится к компетенции образовательных учреждений и регулируется соответствующими локальными нормативными актами образовательного учреждения. Электронный журнал успеваемости — государственный нормативно-финансовый документ, и ведение его обязательно. Результат работы по информационному наполнению электронных журналов успеваемости общеобразовательных организаций — предоставление получателю-пользователю актуальной и достоверной информации в форме электронных

дневников учащихся. Актуальность и достоверность информации, предоставляемой получателю электронного дневника, обеспечивается её регулярным обновлением.

Электронный дневник учащегося представляет собой модуль электронного классного журнала. Пользователи электронного дневника, как части электронного классного журнала — учащиеся и родители (законные представители). Родители (законные представители) и учащиеся имеют доступ только к собственным данным, и используют электронный классный журнал для их просмотра и ведения переписки. Таким образом, электронный дневник обеспечивает возможность оперативного ознакомления с ходом и содержанием образовательного процесса, а также с результатами текущего контроля посещаемости уроков, успеваемости, промежуточной аттестации учащихся.

Цель ведения электронных журналов и электронных дневников успеваемости — оперативное и объективное информирование родителей (законных представителей) о ходе и содержании образовательного процесса, а также о результатах текущего контроля посещаемости уроков, успеваемости, промежуточной аттестации учащихся.

Таким образом, ведение электронного дневника учащегося посредством образовательной платформы ООО «Дневник.ру» (<http://dnevnik.ru>) для конкретного образовательного учреждения обязательно в силу принятого им локального нормативного акта, связи с чем электронный дневник, доступный через профиль (учётную запись) конкретного ученика на сайте в сети «Интернет» по адресу <http://dnevnik.ru>, равнозначен школьному дневнику на бумажном носителе, а следовательно, на него распространяются нормы действующего законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 10 части 5 статьи 5 Закона о рекламе не допускается размещение рекламы в учебниках, учебных пособиях, дру-

гой учебной литературе, предназначенных для обучения детей по основным образовательным программам начального общего, основного общего, среднего общего образования, школьных дневниках, школьных тетрадях. Следовательно, реклама, распространённая в электронном школьном дневнике в личном кабинете (учётной записи) учащегося на портале <http://dnevnik.ru>, имеет признаки нарушения пункта 10 части 5 статьи 5 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, считается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Скоро мы увидим, как антимонопольный орган доведёт это дело до логического конца, и, надеюсь, что это позволит освободить школьные дневники от рекламы ООО «Дневник.ру».

Интересно, что работники ООО «Дневник.ру» сами понимают, что в школьных дневниках не место рекламе. Однако они хотят денег. Поэтому ООО «Дневник.ру» придумало платную услугу «Отключение рекламы» (<https://dnevnik.ru/news/1502439>), в рамках которой берёт деньги с родителей учащихся за то, чтобы в школьном дневнике их ребёнка не было рекламы. Однако жадность ООО «Дневник.ру» превысила здравый смысл, даже получая деньги за то, чтобы ребёнок не видел рекламы, ООО «Дневник.ру» заявляет, что такая платная услуга не распространяется на рекламу собственных товаров, работ, услуг, которая продолжает распространяться на страницах школьного дневника.

Однако в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом

реклама признаётся распространённой без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Поэтому требование уплатить деньги за прекращение направления рекламы противоречит ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе. Тем более нарушает закон продолжение направления рекламы после прямого волеизъявления потребителя на отказ от получения рекламы.

Позиция территориального антимонопольного органа полностью совпадает с правовой позицией ФАС России, согласно разъяснениям которого от 27.01.2016 № АК/4368/16 «О размещении рекламы на портале www.school.mosreg.ru» нормы Закона о рекламе не определяют форму школьных дневников, в которых запрещается распространение рекламы. Соответственно, этот запрет установлен для любой формы школьного дневника.

* * *

Итак, формальная экономическая основа деятельности ООО «Дневник.ру» — реклама в школьном дневнике — противоречит закону не только по моему мнению, но и согласно позиции ФАС России и её территориальных органов.

В то же время, учитывая, что ООО «Дневник.ру» любые сведения о своих доходах от рекламы объявляет коммерческой тайной, по моему оценочному суждению, основной доход ООО «Дневник.ру» получает отнюдь не от рекламы, а от иного использования персональных данных учащихся и их родителей.

Как именно использует ООО «Дневник.ру» эти персональные данные и кому их передаёт и на каких условиях — пока что тайна. Однако всё тайное когда-нибудь становится явным.

И скоро, после прекращения рекламы в школьных дневниках на сайте <https://dnevnik.ru>, мы увидим, как изменится деятельность ООО «Дневник.ру». Если реклама действи-

тельно была значительным доходом этой компании, то школьные дневники этой компании станут платным сервисом. Если же нет, то можно предположить, что доходы от продажи персональных данных учащихся и их родителей кому-то значительно превышают затраты на их получение посредством ведения сайта со школьными дневниками.

Ведь не зря же условие работы на этом сайте — согласие с «пользовательским соглашением» (не путать с даваемым школе согласием на обработку персональных данных!). Это «соглашение» почти никто не читает, а зря! Ведь нажатие кнопки «Зарегистрироваться» обозначает полное и безоговорочное согласие пользователя с пользовательским Соглашением, (акцепт оферты) в соответствии со ст. 438 Гражданского кодекса РФ. В случае несогласия с пользовательским Соглашением пользователь должен прекратить просмотр или пользование услугами системы, а также удалить любые материалы, размещённые им в системе (причём это соглашение периодически меняется, см. <http://www.dnevnik.ru/agreements/terms>).

Согласно редакции, с которой автор ознакомился при написании статьи, **цель обработки персональных данных пользователей и несовершеннолетних пользователей, родителей и/или законных представителей которых он является, у ООО «Дневник.ру» — оказание последнему услуг администрацией и/или третьими лицами, предоставление возможности использования сервисов сайта, проведение рекламных кампаний, предоставление таргетированной рекламы, проведение статистических исследований и анализа полученных статистических данных, осуществление иных действий, описанных в Соглашении и соответствующих разделах сайта.** А разделов у сайта очень много и прочитать всё, что на нём содержится, мне представляется просто невозможным...