Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе:
Председателя Апелляционной коллегии:
"...";
Членов Апелляционной коллегии:
"...";
"...",
рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу на решение и предписание Санкт - Петербургского УФАС России от 28.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-22/78-06-18, в присутствии представителей по доверенностям, от Заявителей: "..."; от АО «Фирма Флоридан»: "..."; от Санкт - Петербургского УФАС России: "..."; "..." (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в разделе «База решений» в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:
на рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила коллективная жалоба АО «КСП Василеостровского района», ООО «Воскресенье» и АО «Фирма Флоридан» (далее также — Заявители, Общества) на решение и предписание Санкт - Петербургского УФАС России (далее также — антимонопольный орган) от 28.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-22/78-06-18 (далее — Жалоба).
Решением Санкт - Петербургского УФАС России от 28.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-22/78-06-18 (далее также — решение по делу) АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» признаны нарушившими пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), выразившееся в заключении антиконкурентного соглашения при участии в следующих аукционах в электронной форме: № 0172200002217000046, № 0172200002217000047, № 0172200002217000049, № 0172200002217000051, № 0172200002217000054, № 0172200002217000058, № 0172200002217000060, № 0172200002217000061, № 0172200002217000063, № 0172200002217000064, № 0172200002217000065, № 0172200002217000069, № 0172200002217000072, № 0172200002217000077, № 0172200002217000080, № 0172200002217000082, № 0172200002217000084, № 0172200002217000085, № 0172200002217000086, № 0172200002217000091, № 0172200002217000093, № 0172200002217000095, № 0172200002217000097, № 0172200002217000098, № 0172200002217000099, № 0172200002217000102, № 0172200002217000108, № 0172200002217000110, № 0172200002217000111, № 0372200045517000001, № 0372200050317000001, № 0372200062117000003, № 0372200072617000003, № 0372200123017000003, № 0372200145217000004, № 0372200171417000006, № 0372200205217000003, № 0372200209515000005, № 0372200219815000020, № 0372200219817000005, № 0372200229217000006, № 0372200232217000001, № 0372200236017000001, № 0372200250215000004, № 0372200250217000006, № 0372200250717000004, № 0372200254317000003, № 0372200257417000004, № 0372200258317000001, № 0372200261717000005 (далее - аукционы).
На основании принятого решения по делу Санкт-Петербургское УФАС России

выдало АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» предписания о недопущении действий по ограничению конкуренции при участии в торгах.
Антимонопольным органом в ходе рассмотрения дела установлены следующие фактические обстоятельства.
В 2015-2017 годах АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» попарно участвовали в аукционах. В ходе торгов подавались ценовые предложения АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье».
Объектами проводимых торгов являлись комплексная поставка продуктов питания для организации питания и оказание услуг по организации горячего питания в социальных учреждениях Санкт-Петербурга.
По результатам проведения рассматриваемых электронных аукционов были заключены контракты с АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» на общую сумму 65 521 497,58 руб., после исполнения которых указанными хозяйствующими субъектами был получен совокупный доход в размере 52 246 554,95 руб.
По мнению антимонопольного органа, результат, имевший место при проведении указанных торгов, был невозможен при отсутствии взаимных договоренностей и информированности участников торгов. Такая договоренность могла быть достигнута исключительно до проведения торгов. Победители торгов, заключив указанное соглашение, реализовывали его в ходе торгов.
ООО «Воскресенье» и ООО «КСП Василеостровского района» находятся по адресу: Санкт-Петербург, ул. Наличная, д. 32, к. 1. При этом АО «Фирма Флоридан» арендует помещения у ООО «КСП Василеостровского района».
При проведении антимонопольным органом внеплановой проверки установлено, и из пояснений должностных лиц АО «Фирма Флоридан» следует, что сотрудники тендерного отдела АО «Фирма Флоридан», работающие по совместительству в ООО «Воскресенье», осуществляют деятельность по анализу конкурсной документации на предмет участия в закупке, анализу технического задания и специальной части конкурсной документации, осуществляют деятельность по согласованию указанного анализа с директорами АО «Фирма Флоридан», ООО «Воскресенье».
В указанных организациях ведется единый реестр торгов, в которых предполагается участие фирм (реестры скопированы на флеш-носитель и приобщены к протоколу осмотра территорий, помещений, документов и предметов проверяемого лица от 20.04.2018).
Решение об участии конкретной организации в определенной конкурсной процедуре принимается на общем совещании генеральных директоров ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан»
Решение принимается с учетом территориальности проводимого конкурса (места поставки), исходя из установленных конкурсной документацией требований, в том числе требования об участии в торгах только субъектов малого предпринимательства. В таких конкурсных процедурах участвует
ООО «Воскресенье».
По согласованию генеральных директоров ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан» принимается совместное решение об участии в торгах нескольких из названных хозяйствующих субъектов.
Процент снижения цены при участии в аукционах в электронной форме
ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан» определяется сотрудниками договорного отдела АО «Фирма Флоридан», при этом

максимальный порог снижения установлен заранее и при необходимости его изменения согласуется с генеральным директором соответствующего хозяйствующего субъекта.
В случае заключения контракта по результатам проведения конкурсной процедуры сотрудниками договорного отдела загружаются в программу «1С» спецификации по заключенным контрактам для всех указанных организаций.
Договорной отдел АО «Фирма Флоридан», где работают по совместительству сотрудники ООО «Воскресенье», готовит всю документацию, в том числе заявки для участия в конкурсах АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье». Также сотрудники указанного отдела осуществляют деятельность по участию указанных фирм в аукционах в электронной форме.
При участии в торгах в электронной форме, после принятия решения об участии нескольких из названных выше хозяйствующих субъектов, сотрудники договорного отдела АО «Фирма Флоридан» подают заявки, используя электронные цифровые подписи ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан».
Деятельность по расторжению и изменению условий заключенных контрактов осуществляется договорным отделом АО «Фирма Флоридан» в отношении контрактов, заключенных с ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан».
Исполнение обязательств по заключенным контрактам осуществляется, в том числе начальником склада АО «Фирма Флоридан», часть которого используется ООО «Воскресенье» по договору субаренды (бухгалтерия АО «Фирма Флоридан», клиентский отдел, отдел логистики АО «Фирма Флоридан»).
В указанном порядке осуществляется исполнение всех контрактов, заключенных по результатам проведенных конкурсных процедур, с ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан».
Анализ антимонопольным органом информации, представленной электронными торговыми площадками АО «ЭТС», ООО «РТС-тендер», АО «ЕЭТП», АО «АГЗРТ», ЗАО «Сбербанк-АСТ» показал, что при проведении рассматриваемых аукционов АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» осуществляли подачу заявок на участие в торгах и подачу ценовых предложений с одних ip-адресов с незначительной разницей во времени, что подтверждается сводной информацией в таблице №1 решения по делу.
Антимонопольный орган установил общую модель экономического поведения указанных хозяйствующих субъектов, которая выражалась в поддержании начальной максимальной цены контракта в аукционах с ограниченной конкурентной средой и обеспечении участия (подстраховки) в аукционах с широким кругом участников.
В решении по делу отражено и материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства подтверждается, что 24.04.2018 инспекцией Санкт-Петербургского УФАС России в порядке, предусмотренном положениями примечания к статье 14.32 КоАП РФ, было принято заявление от АО «Фирма Флоридан» (вх.№10666/18 от 24.04.2018), подтверждающее, что
ООО «Воскресенье» и АО «Фирма Флоридан» при участии в закупках действовали по взаимной договоренности в рамках антиконкурентного соглашения с целью поддержания цен на торгах.
Из совокупности перечисленных фактических обстоятельств, установленных антимонопольным органом в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, и представленных документов и информации, имеющихся в материалах дела, Комиссия Санкт-петербургского

УФАС России пришла к выводу о том, что АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье», участвуя в рассмотренных торгах, действовали самостоятельно и от своего имени, их действия имели общую модель поведения, которая была заранее известна каждому из участников правоотношений и обусловлена, в том числе, наличием антиконкурентного соглашения, что исключает конкуренцию и приводит к поддержанию цен на торгах.

Заявители по жалобе с решением и предписанием Санкт-Петербургского УФАС России не согласны.

В жалобе Общества указали, что единственный акционер АО «Фирма Флоридан» является матерью единственного участника ООО «Воскресенье», соответственно указанные лица входят в одну группу лиц в соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции. По мнению Обществ, АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» не являются субъектами-конкурентами и в силу части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции на них не распространяются.

Общества указывают, что электронные аукционы, в которых принимали совместное участие АО «КСП Василеостровского района» и АО «Фирма «Флоридан», проводились более чем за три года до даты возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, в связи с чем полагают, что на основании статьи 41.1 Закона о защите конкуренции предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства могли являться действия, совершенные позднее 01.06.2015.

Общества считают, что в отношении действий АО «КСП Василеостровского района» и АО «Фирма «Флоридан», выразившихся в участии в электронных аукционах, проводившихся 12.05.2015 и 13.05.2015, дело о нарушении антимонопольного законодательства не могло быть возбуждено, а возбужденное дело подлежало прекращению.

На основании указанного, Общества считают решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России подлежащими отмене как нарушающие единообразие практики применения антимонопольного законодательства.

Изучив жалобу на решение и предписание Санкт - Петербургского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства, Апелляционная коллегия приходит к следующим выводам.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

В соответствии со статьей 41.1. Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Из материалов дела следует, что АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» принимали участие в

перечисленных в решении Санкт-Петербургского УФАС России аукционах (Таблица №1 решения), по результатам проведения 42 аукционов были признаны победителями: при совместном участии АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» победителем в 12 аукционах признано АО «Фирма Флоридан», в 27 аукционах - ООО «Воскресенье»; при совместном участии АО «Фирма Флоридан» и АО «КСП Василеостровского района» в 3 аукционах победителем признано АО «Фирма Флоридан».

Кроме того, в материалах дела имеется заявление АО «Фирма Флоридан», поданное в порядке примечания к статье 14.32 Кодекса об административных нарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ) о том, что при участии в рассматриваемых Санкт-Петербургским УФАС России аукционах, между АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» действовали по взаимной договоренности в рамках заключения антиконкурентного соглашения, направленного на поддержание цен на торгах.

Апелляционной коллегией установлено, что датой первого участия указанных лиц в аукционах в рамках заключенного антиконкурентного соглашения является 12.05.2015 (подача заявок АО «Фирма Флоридан» и АО «КСП Василеостровского района» на участие в аукционах №№0372200209515000005, 0372200219815000020, 0372200250215000004), а последнего участия — 15.05.2017 (подача заявок АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» на участие в аукционах №№0372200205217000003, 0372200229217000006).

Из заявления АО «Фирма Флоридан», а также из решения по делу следует, что аукционы №№ 0372200209515000005, 0372200219815000020, 0372200250215000004, в которых принимали участие АО «Фирма Флоридан» и АО «КСП Василеостровского района», не были указаны в заявлении о заключении антиконкурентного соглашения.

Вместе с тем, из доказательств по делу следует, что достигнутое между АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» соглашение является моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повторяющихся (аналогичных) действий, которые не обусловлены внешними условиями функционирования соответствующего товарного рынка и замещающей конкурентные отношения между ними.

Кроме того, на заседании Апелляционной коллегии представители Обществ подтвердили, что принимали участие в аукционах попарно в целях «подстраховки» друг друга.

Таким образом, установленные антимонопольным органом и Апелляционной коллегией факты свидетельствуют о нетипичном, недобросовестном поведении участников аукционов и о том, что результат рассматриваемых аукционов невозможен без полной информативности каждого участника соглашения.

Согласно Разъяснениям Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3, при доказывании антиконкурентных соглашений и согласованных действий могут использоваться прямые и косвенные доказательства.

Таким образом, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Комиссией Санкт-Петербургского УФАС России, на основании совокупности собранных доказательств, в частности: заявления АО «Фирма Флоридан» о заключении запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством устного картельного соглашения при участии с ООО «Воскресенье» в торгах; совместного

анализа конкурсной документации сотрудниками АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье»; подачи АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» заявок на участие в аукционах и ценовых предложений с одних ip-адресов с незначительной разницей во времени; ведение Обществами единого реестра торгов; принятия генеральными директорами ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района», АО «Фирма Флоридан» совместных решений об участии в торгах нескольких из названных хозяйствующих субъектов; подачи заявок на участие в торгах для ООО «Воскресенье», АО «КСП Василеостровского района» сотрудниками АО «Фирма Флоридан», - установлен факт заключения между АО «Фирма Флоридан», АО «КСП Василеостровского района» и ООО «Воскресенье» единого антиконкурентного соглашения при участии в аукционах, которое реализовывалось вплоть до 15.05.2017. Соответственно, сроки давности, предусмотренные статьей 41.1 Закона о защите конкуренции, при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства были соблюдены антимонопольным органом.

Доводы заявителей по жалобе о том, что на действия АО «Фирма Флоридан» и ООО «Воскресенье» не распространялись запреты пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в связи с необходимостью применения в рассматриваемом случае, по их мнению, частей 7 и 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, подлежат отклонению Апелляционной коллегией ввиду следующего.

Установлено и материалами дела подтверждается, что единственный акционер АО «Фирма Флоридан» является матерью единственного участника ООО «Воскресенье», соответственно указанные лица входят в одну группу лиц в соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции положения статьи 11 Закона о защите конкуренции не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В силу части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции под контролем в данной статье понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;

2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

При этом указанный в части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции перечень действий является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит.

Учитывая изложенное, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Санкт-Петербургское УФАС России верно пришло к выводу, что группа лиц, образуемая ответчиками по делу в рассматриваемый период не соответствовала условиям, предусмотренным частями 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в частности, указанные лица не распоряжались более чем 50% доли уставного капитала, а также не установлен факт осуществления одним лицом функций исполнительного органа данных хозяйствующих субъектов, следовательно,

действия указанных хозяйствующих субъектов подпадают под запреты, установленные частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Аналогичный подход также отражен в решениях Апелляционной коллегии от 25.05.2018 по жалобе на решение Забайкальского УФАС России от 30.01.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 15, от 08.11.2018 по жалобам на решение Карельского УФАС России от 03.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/03-2018

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения и предписания территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Таким образом, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что решение и предписание Санкт-Петербургского УФАС России от 28.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-22/78-06-18 не нарушают единообразия применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, в связи с чем основания для отмены решения и предписания на основании части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции отсутствуют.

Руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу АО «КСП Василеостровского района», ООО «Воскресенье» и АО «Фирма Флоридан» на решение и предписание Санкт - Петербургского УФАС России от 28.09.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-22/78-06-18 без удовлетворения.