

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «05» декабря 2022 года.

В полном объеме решение изготовлено «12» декабря 2022 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; заместителя председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; членов Апелляционной коллегии: «<...>»; «<...>»,

при участии: представителя ООО «Единая Справочная Служба» (ООО «ЕСС»): «<...>» (по доверенности); представителя ООО «Эднот»: «<...>» (генеральный директор); представителя Московского УФАС России: «<...>»,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Единая Справочная Служба» на решение Московского УФАС России от 29.09.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-23377/2021 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»), руководствуясь частью 10 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Закона о защите конкуренции поступила жалоба ООО «ЕСС» на решение Московского УФАС России от 29.09.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства

№ 077/01/11-23377/2021 (далее – Решение, Дело).

Решением Московского УФАС России ООО «ЕСС» и ООО «Эднот» (далее также — Общества) признаны нарушившими требования пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на торгах в электронной форме с реестровыми № № 0373200215519000492, 0373200097819000047, 0373200152819000425, 0373200009819000434, 0373200009819000480, 0373200063120000044, 0373200581920000084; ООО «ЕСС» и ООО «Партнер» (далее также — Общества) признаны нарушившими требования пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на торгах в электронной форме с реестровым № 0373200052319000301; производство по Делу в отношении ООО «Партнер» прекращено в связи с прекращением деятельности указанного лица с 30.06.2022 путем исключения из Единого государственного реестра юридических лиц сведений о нем.

ООО «ЕСС» с вынесенным решением Московского УФАС России по Делу не согласно, считает, что решение Московского УФАС России нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

В частности, в Жалобе указывается, что само по себе взаимодействие хозяйствующих субъектов к общей выгоде, в том числе предполагающее объединение их усилий,

антимонопольным законодательством не запрещается; совпадение IP-адресов и свойств файлов заявок недостаточно для вывода о заключении Обществами антиконкурентного соглашения; отсутствие заявок от ООО «Эднот» и ООО «Партнер» никак не повлияло бы на цену контракта, поскольку в таком случае контракт заключался бы с участником конкурса в электронной форме, подавшим единственную заявку на участие в нём. Кроме того, в Жалобе указывается на отсутствие негативных для конкуренции последствий в результате действий Обществ, поскольку в рассматриваемых в Деле Конкурсах не принимали участие иные лица, а также на непроведение Комиссией Московского УФАС России анализа того, является ли достигнутый уровень снижения цены обычным для торгов или нет, и анализа экономической целесообразности снижения ООО «Партнер» и ООО «Эднот» цены контракта.

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В адрес Московского УФАС России поступило обращение ООО «Телеком-Вист», направленное ФАС России письмом от 26.08.2021 исх. № 22/71792/21 (вх. 73555-ЭП/21 от 26.08.2021), о возможных признаках нарушения антимонопольного законодательства в действиях ООО «ЕСС», ООО «Эднот», ООО «Партнер» в ходе торгов в электронной форме.

По результатам рассмотрения вышеуказанного обращения ООО «Телеком-Вист» в действиях ООО «ЕСС», ООО «Эднот», ООО «Партнер» выявлены признаки нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Приказом Московского УФАС России от 28.12.2021 № 267 было возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-23377/2021 по признакам нарушения ООО «ЕСС», ООО «Эднот», ООО «Партнер» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В рамках рассмотрения Дела Московским УФАС России установлено следующее.

При рассмотрении Дела Комиссией Московского УФАС России было установлено, что в Единой информационной системе в сфере закупок в 2019 — 2020 гг. было опубликовано 13 открытых конкурсов в электронной форме (**далее — Конкурсы**), в которых приняли участие ООО «ЕСС», ООО «Партнер» и ООО «Эднот».

Общая начальная (максимальная) цена контракта (далее — НМЦК) составила 95 062 649,00 руб. Конкурсы состоялись в период с 20.03.2019 по 20.07.2020. По их итогам ООО «ЕСС» было заключено 13 контрактов на общую сумму 93 161 306,00 руб.

Комиссией Московского УФАС России исследованы данные 13 Конкурсов и сделан вывод, что действия ООО «ЕСС», ООО «Эднот» и ООО «Партнер» возможны исключительно в результате достигнутых договоренностей.

В рамках рассмотрения Дела Московским УФАС России установлена совокупность косвенных доказательств, указывающая на заключение и реализацию ООО «ЕСС» и ООО «Эднот», ООО «ЕСС» и ООО «Партнер» антиконкурентных соглашений при участии в Конкурсах.

24.08.2022 Комиссией Московского УФАС России было принято заключение об обстоятельствах Дела.

Вместе с тем Московским УФАС России установлено, что на дату вынесения заключения по п я т и рассматриваемым торгам с реестровыми №№ 0373200063119000044, 0373200026119000043, 0373200581919000029, 0373200154219000041, 0373200009819000283, состоявшимся в период с 19.02.2019 по 12.08.2019, трехгодичный срок давности истек.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России пришла к выводу о наличии в действиях ООО «ЕСС» и ООО «Эднот» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация

которого могла привести к поддержанию цен на торгах в электронной форме с реестровыми № № 0373200215519000492, 0373200097819000047, 0373200152819000425, 0373200009819000434, 0373200009819000480, 0373200063120000044, 0373200581920000084; в действиях ООО «ЕСС» и ООО «Партнёр» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на торгах в электронной форме с реестровым № 0373200052319000301.

По результатам рассмотрения Жалобы Апелляционная коллегия установила следующее.

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, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В силу пункта 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции соглашение — это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Следовательно, при квалификации тех или иных действий хозяйствующих субъектов в качестве соглашения, обязательным является наличие и доказанность волеизъявления всех сторон соглашения.

Согласно пункту 22 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее — постановление Пленума № 2) при установлении наличия картельного соглашения подлежит доказыванию факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке и достигнутые между ними договоренности имеют предмет, определенный в пунктах 1 — 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Наличие конкурентных отношений между участниками картеля подтверждается результатами проведенного анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Ограничение конкуренции картелем в случаях, упомянутых в пунктах 1 — 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в силу закона предполагается.

При этом факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств (аналогичная позиция содержится в Разъяснении Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденном протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3).

Кроме того, согласно «Обзору по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере», утвержденному Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016, факт заключения хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

Указанная позиция также находит отражение в судебной практике, например, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 суд указал, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

В рамках рассмотрения Дела Московским УФАС России была установлена следующая совокупность косвенных доказательств:

- подача заявок ООО «Эднот» и ООО «Партнер» при участии в Конкурсах с ООО «ЕСС» с одного IP-адреса 194.154.71.218, принадлежащего ООО «ЕСС», в то время как при участии в иных торгах с третьими лицами ООО «Эднот» и ООО «Партнер» использовали различные IP-адреса;

- использование идентичных приложений создания файлов в составе заявок;

- разница во времени создания и изменения файлов в составе заявок от 6 минут до 1 часа 05 минут;

- подача заявок ООО «Эднот» и ООО «Партнер» в один день с разницей во времени от 17 минут до 7 часов 33 минут при том, что участникам предоставлялось значительное время для подготовки и подачи заявок — от 22 до 32 дней;

- подача заявок от имени ООО «Партнер» с использованием IP-адреса 194.154.71.218 сотрудником ООО «ЕСС» «<...>», который ранее работал в ООО «Партнер»;

- получение сертификатов ключей электронно-цифровых подписей, с помощью которых ООО «ЕСС», ООО «Партнер» и ООО «Эднот» подавались заявки и подписывался контракт по результатам конкурса на Торговой площадке, в одном удостоверяющем центре – АО «Единая электронная торговая площадка»;

- получение сертификатов ключей электронно-цифровых подписей от имени ООО «ЕСС» и ООО «Партнер» одним и тем же физическим лицом «<...>»;

- победа ООО «ЕСС» в Конкурсах за счет того, что в файлах заявок ООО «ЕСС» предоставлялось значительное количество документов, подтверждающих опыт выполнения работ сопоставимого характера по ранее успешно реализованным, исполненным в полном объеме контрактам с медицинскими учреждениями, в то время как ООО «Партнер» и ООО «Эднот» данные документы не предоставлялись;

- несмотря на отсутствие необходимого для победы опыта и обеспеченности материальными ресурсами ООО «Партнер» и ООО «Эднот» не осуществляли соответствующее снижение НМЦК для целей получения наивысших баллов по стоимостному критерию;

- в результате проведения сравнительного анализа участия и поведения ООО «Эднот» с иными хозяйствующими субъектами в ходе торгов было установлено, что в рамках конкурса по аналогичному предмету ООО «Эднот» в составе заявки были представлены документы и сведения для целей оценки заявки по нестоимостному критерию.

Апелляционная коллегия соглашается с выводами Московского УФАС России о том, что предоставление одного IP-адреса по разным фактическим адресам, в том числе одним и тем же провайдером, невозможно в силу того, что действующие стандарты DHCP (англ. Dynamic Host Configuration Protocol – протокол динамической настройки узла – сетевой протокол, позволяющий компьютерам получить IP-адрес и другие параметры, необходимые для работы в сети TCP/IP) не позволяют организовывать повторяющуюся IP-адресацию, как для статических, так и для динамических адресов. При попытке искусственного создания повторяющегося IP-адреса происходит блокировка отправителей с последующей блокировкой IP-адреса.

Кроме того, указанное подтверждается представленной ПАО «ВымпелКом» в ответ на запрос Московского УФАС России (исх. № ЕП/58883/21 от 27.09.2021) информацией, согласно которой IP-адрес 194.154.71.218 на период проведения Конкурсов выделен ООО «ЕСС» по адресу: г. Москва, ул. Космонавтов, д. 18, корп. 2.

В части доводов Жалобы об отсутствии негативных последствий для конкуренции в результате действий Обществ, поскольку в рассматриваемых в Деле Конкурсах не принимали участие иные лица, Апелляционная коллегия сообщает следующее.

Наступление или возможность наступления последствий в виде поддержания цен ответчиками на конкурсах было установлено Комиссией Московского УФАС России в ходе рассмотрения Дела, что подтверждается материалами Дела.

В то же время факт ограничения конкуренции в случае наступления либо возможности наступления указанных негативных последствий предполагается и не требуется доказывания антимонопольным органом (запрет «per se»). Комиссией Московского УФАС России была установлена необходимая совокупность доказательств нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, которое в свою очередь привело к таким последствиям, как заключение договоров по итогу проведенных конкурсов с минимальным снижением НМЦК.

В части приведенного в Жалобе ООО «ЕСС» довода о том, что само по себе взаимодействие хозяйствующих субъектов к общей выгоде, в том числе предполагающее объединение их усилий, антимонопольным законодательством не запрещается, Апелляционная коллегия отмечает, что Комиссией Московского УФАС России установлена совокупность доказательств, указывающих на наличие нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Целью проведения любых торгов является заключение договоров на лучших условиях, при этом, учитывая принципы состязательности (соперничества), каждый хозяйствующий субъект должен действовать на торгах самостоятельно, то есть вести конкурентную борьбу за право заключения договора по результатам торгов.

По мнению Апелляционной коллегии, материалы дела содержат достаточную совокупность доказательств наличия между ответчиками по делу запрещенного антимонопольным законодательством соглашения.

Исходя из доказательств, указанных в Решении, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что общества намеренно совместно принимали участие в Конкурсах и реализовывали в процессе единую стратегию поведения с тем, чтобы получить определенные экономические последствия (выгоду) в виде заключения государственного контракта ООО «ЕСС» при максимальном сохранении уровня начальной цены, предложенной заказчиками.

Таким образом, нарушение ООО «ЕСС», ООО «Эднот» и ООО «Партнёр» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции заключается именно в отказе ООО «Эднот» и ООО «Партнёр» от конкурентной борьбы с ООО «ЕСС», в том числе путем подачи ценовых предложений, содержащих минимальное снижение НМЦК, в целях обеспечения победы ООО «ЕСС», несмотря на то, что ответчики являлись самостоятельными хозяйствующими субъектами, которые должны были конкурировать между собой за право заключения государственных контрактов при участии во всех Конкурсах, рассматриваемых в Деле.

Кроме того, отсутствие прямых доказательств получения материальных выгод между ответчиками по делу о нарушении антимонопольного законодательства само по себе не свидетельствует об отсутствии реализованного устного сговора между организациями, поскольку материальная выгода может быть получена впоследствии.

Указанный подход находит подтверждение в судебной практике, например, определении Верховного суда Российской Федерации от 28.04.2022 № 307-ЭС22-5304 по делу № А56-112781/2020, постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 04.06.2021 № 11АП-4732/2021 по делу № А55-3902/2020.

В части доводов Жалобы о непроведении Комиссией Московского УФАС России анализа того, является ли достигнутый уровень снижения цены обычным для торгов или нет, и анализа

экономической нецелесообразности снижения ООО «Партнер» и ООО «Эднот» цены контракта Апелляционная коллегия сообщает следующее.

Исходя из пункта 24 постановления Пленума № 2 для установления факта наличия ограничивающего конкуренцию соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в том числе необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров.

В материалах Дела имеется сравнительный анализ среднего снижения по торгам, проведенным в тот же период, что и рассматриваемые в Деле Конкурсы, по идентичному коду ОКПД 2 63.91.12.000, по городу Москве и по всей территории Российской Федерации.

По результатам такого анализа было установлено, что среднее снижение НМЦК по городу Москве составляет от 6,57% до 14,85%, среднее снижение НМЦК по всей территории Российской Федерации составляет от 5,49% до 13,51%, что во всех случаях превышает снижение НМЦК, произведенное Обществами в рамках Конкурсов.

При этом согласно сложившейся судебной практике нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции состоит в достижении и реализации участниками антиконкурентного соглашения договоренности. При нарушении хозяйствующим субъектом пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции возможность наступления последствий в виде влияния на конкуренцию презюмируется, следовательно, не доказывается, ввиду чего на антимонопольный орган не возложено обязанности по установлению фактов, квалифицирующих согласованные действия хозяйствующих субъектов на торгах. Анализ поведения участников с точки зрения экономической выгоды, рентабельности снижения цены и ее адекватности как таковой не входит в предмет доказывания по указанной категории дел.

Указанный вывод находит подтверждение в судебной практике, например, постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.03.2022 № 18АП-17359/2021 по делу № А07-5465/2021, постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.05.2020 № Ф07-5141/2020 по делу № А21-12627/2019, постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14.05.2021 № Ф01-1277/2021 по делу № А79-9125/2019, постановлении Арбитражного суда Московского округа от 20.07.2020 № Ф05-1498/2018 по делу № А40-175855/2016.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что имеющиеся в материалах Дела документы и сведения, а также выявленная Московским УФАС России совокупность косвенных доказательств свидетельствуют о наличии антиконкурентных соглашений между ООО «ЕСС» и ООО «Эднот», ООО «ЕСС» и ООО «Партнёр», которые привели (могли привести) к поддержанию цен при проведении 8 открытых конкурсов в электронной форме, что является нарушением пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, Апелляционная коллегия ФАС России пришла к выводу о том, что решение Московского УФАС России от 29.09.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-23377/2021 не нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

С учетом изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу ООО «Единая Справочная Служба» на решение Московского УФАС России от 29.09.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-23377/2021 без удовлетворения.

Председатель «<...>»

Апелляционной
коллегии: _____

Заместитель
председателя

Апелляционной «<...>»
коллегии:

_____ «<...>»

Члены

Апелляционной
коллегии: _____

«<...>»

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.