

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «15» сентября 2016

Полный текст решения изготовлен «22» сентября 2016

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Коллегия) в составе: <...>,

рассмотрев жалобу ООО «Техномакс» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия от 11.05.2016 по делу № 61-А-15, в присутствии посредством видео-конференц-связи:

представителей Хакасского УФАС — главного специалиста-эксперта отдела антимонопольного законодательства и рекламы <...>;

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы, размещено 01.09.2016 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступила жалоба ООО «Техномакс» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия от 11.05.2016 по делу № 61-А-15 на наличие нарушения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Оспариваемым решением Хакасского УФАС России ООО «Техномакс» было признано нарушившим пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) в части заключения и участия ООО «Техномакс», а также ООО «Форвард», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Акцепт» в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах при участии в электронном аукционе.

В ходе рассмотрения жалобы Коллегией установлено следующее.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия 27.08.2015 поступило заявление Министерства по регулированию контрактной системы в сфере закупок Республики Хакасия о нарушении ООО «Акцепт», ООО «Форвард» и ООО «Техномакс» антимонопольного законодательства при участии в торгах № 0380200000115003622.

Из заявления следует, что в ходе проведения торгов 10.08.2015 ООО «Техномакс», ООО «Форвард» и ООО «Акцепт» участвовали аукционе с целью исключить участие и победу иных добросовестных участников и обеспечить победу ООО «Техномакс», путем снижения минимальной цены государственного контракта более чем на 70,37 % без намерения в последующем заключить государственный контракт. Поведение ООО «Техномакс», ООО «Форвард» и ООО «Акцепт» в указанном аукционе было следующим: двое из участников соглашения в течение короткого промежутка времени поочередно снижали цену на существенную величину, пока не убеждались, что добросовестные участники аукциона, введенные в заблуждение такой стратегией поведения своих конкурентов, отказались от конкурентной борьбы в ходе аукциона. Третий участник соглашения предлагал цену, незначительно ниже цены, предложенной добросовестным участником аукциона, не состоящем в соглашении, и становился победителем аукциона, так как заведомо знал, что иных участников соглашения отклонят по вторым частям заявок, как несоответствующих действующему законодательству о контрактной системе и аукционной документации.

Указанные обстоятельства, по мнению Министерства по регулированию контрактной системы в сфере закупок Республики Хакасия, свидетельствуют о нарушении ООО «Техномакс», ООО «Форвард» и ООО «Акцепт» положений пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, на основании чего Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия Приказом от 21.09.2015 года № 312 возбудило дело № 61-А-15 в отношении указанных хозяйствующих субъектов.

В ходе рассмотрения дела № 61-А-15 Хакасским УФАС России также выявлено аналогичное поведение ответчиков в других открытых аукционах в электронной форме, а именно:

- закупка № 0119300019815001438 поставка с доставкой системных блоков для нужд Управления социальной защиты населения Администрации Железнодорожного района в городе Красноярске у субъектов малого предпринимательства, социально ориентированных некоммерческих организаций. Организатор: Департамент муниципального заказа администрации города Красноярска (Красноярский край).

- закупка № 0134200000115002007 поставка персональных компьютеров и оргтехники для подразделений полиции Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Иркутской области. Организатор: Министерство по регулированию контрактной системы в сфере закупок Иркутской области (Иркутская область).
- закупка № 0134300051915000044 поставка компьютерной техники для МБОУ СОШ № 9. Организатор: Финансовое управление Администрации города Усть-Илимска (Иркутская область).

- закупка № 0319100005515000180 поставка компьютерного оборудования для фармколледжа (ноутбуки, МФУ, экраны, моноблоки). Организатор: ГБОУ ВПО «Красноярский государственный медицинский университет имени профессора В.Ф. Войно-Ясенецкого» Министерства здравоохранения Российской Федерации (Красноярский край).

В закупках № 0134300051915000044, № 0134200000115002007, № 0319100005515000180, вместо ООО «Акцепт» участвовал ООО «Техномакс-ИТ».

Во всех закупках участники соглашения использовали одну и ту же схему поведения. Двое участников соглашения в течение короткого промежутка времени поочередно снижали цену на существенную величину, пока не убедились, что добросовестные участники аукциона, введенные в заблуждение такой стратегией поведения своих конкурентов, отказались от конкурентной борьбы в ходе аукциона. Третий участник соглашения предлагал цену, незначительно ниже цены, предложенной добросовестным участником аукциона, не состоящем в соглашении, и становился победителем аукциона, так как заведомо знал, что иных участников соглашения отклонят по вторым частям заявок, как несоответствующих действующему законодательству о контрактной системе и аукционной документации. Такое поведение участников соглашения позволило во всех закупках обеспечить победу ООО «Техномакс» с незначительным снижением начальной максимальной ценой контракта.

Наличие соглашения между указанными участниками также подтверждаются следующими фактами, установленными Хакасским УФАС России в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства:

1. Вход на электронную площадку, осуществление действий по аукциону при участии в аукционе осуществлялся ООО «Техномакс», ООО «Акцепт», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Форвард» с одних и тех же ip-адресов.

2. ip-адрес, с которого осуществляли свои предложения по цене ООО «Техномакс», ООО «Акцепт» и ООО «Форвард», принадлежал одним и тем же физическим лицам.

- - - ip-адрес, с которого подавали свои заявки хозяйствующие субъекты ООО «Техномакс», ООО «Акцепт», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Форвард», принадлежал ООО «Техномакс».
 - Отсутствие рационального объяснения расходов ООО «Акцепт», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Форвард» по внесению обеспечения заявок для участия в аукционе при реальном отсутствии цели заключения контракта по итогам торгов, кроме того объясняется, что такое поведение имеет иную мотивацию и является результатом реализации группового «стратегического» поведения, направленного на предоставление преимуществ иному определенному участнику торгов.

При этом комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия отмечает, что частью 1 статьи 2 Гражданского Кодекса Российской Федерации установлено, что предпринимательской деятельностью является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Таким образом, финансовые затраты на участие в аукционе экономически нецелесообразны и могут быть выгодными только в случае наличия намерения участника заключить по его итогам договор.

- - Согласно информации из выписок Единого государственного реестра юридических лиц ООО «Техномакс» и ООО «Техномакс-ИТ» юридические адреса у обществ одинаковы.
 - Осведомленность ООО «Акцепт», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Форвард» о том, что их заявки будут отклонены презюмировалась комиссией антимонопольного органа, поскольку данное обстоятельство следует из правил проведения аукционов, установленных законом, и должно было быть известно ответчикам. Учитывая, что в других аукционах данные хозяйствующие субъекты оформляют свои заявки в строгом соответствии с законодательством Российской Федерации.

При этом что подача заявки на участие в торгах является юридически значимым действием, осуществляемым участником размещении заказа. В случае признания участника победителем, контракт исполняется, в том числе, на условиях, предложенных участником и отраженных в его заявке. Следовательно, добросовестный участник должен уделять повышенное внимание содержанию подаваемой им заявки.

В силу пункта 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.

Таким образом, Закон о защите конкуренции устанавливает специальные требования к определению соглашения, как волеизъявления хозяйствующих субъектов, отличные от содержащихся в Гражданском Кодексе Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Согласно разъяснениям Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств так и совокупности косвенных доказательств.

На практике к таким косвенным доказательствам обычно относятся:

- отсутствие экономического обоснования поведения одного из участников соглашения, создающего преимущества для другого участника соглашения, не соответствующего цели осуществления предпринимательской деятельности – получению прибыли;
- заключение договора поставки (субподряда) победителем торгов с одним из участников торгов, отказавшимся от активных действий на самих торгах;
- использование участниками торгов одного и того же IP-адреса (учетной записи)

при подаче заявок и участии в электронных торгах;

- фактическое расположение участников соглашения по одному и тому же адресу;
- оформление сертификатов электронных цифровых подписей на одно и то же физическое лицо;
- формирование документов для участия в торгах разных хозяйствующих субъектов одним и тем же лицом;
- наличие взаиморасчетов между участниками соглашения, свидетельствующее о наличии взаимной заинтересованности в результате реализации соглашения.

ООО «Техномакс» в своей жалобе указывает, что антимонопольный орган не привел надлежащих доказательств заключения ими запрещенного антиконкурентного соглашения. По мнению ООО «Техномакс» наличие одного IP-адреса не свидетельствует о картельном сговоре, поскольку в материалах дела имеются доказательства наличия объективных причин для возникновения указанного обстоятельства.

Решением Хакасского УФАС России установлено и подтверждено материалами дела, что при проведении аукциона ценовые предложения четырех формально независимых хозяйствующих субъектов подавались с использованием единой инфраструктуры: ООО «Техномакс», ООО «Акцепт» и ООО «Техномакс-ИТ» подавались с одного IP адреса: 178.169.87.12, ООО «Форвард» использовал IP адрес 84.22.152.167, принадлежащий ООО «Техномакс».

В судебных актах по делам (№ А 64-718/2015, А 53-6176/2015, А 32- 10775/2015, А 50-22188/2015, А40-101519/15, А40-179811-2014, А40-143188- 2014, А40-64891-2015, № А57-4980/2014, № А40-179811/2014) суды приходят к выводу о том, что использование участниками торгов единой инфраструктуры, возможно только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой цели и исключительно в результате достигнутых договоренностей, поскольку коммерческие организации в аналогичных ситуациях, конкурируя между собой, не действуют в интересах друг друга.

В частности в решении по делу № А32-10775/2015 Арбитражный суд Краснодарского края указал, что «установление принадлежности используемого IP-адреса конкретному субъекту правового значения для рассмотрения настоящего спора не имеет, ввиду того, что сам по себе факт направления ценовых предложений формально независимых хозяйствующих субъектов с одного IP-адреса свидетельствует о заключении обществами недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения».

В решении по делу А40-101519/15 «антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу об использовании заявителями единой инфраструктуры, что возможно только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой цели и исключительно в результате достигнутых договоренностей»

- -

- Указанная позиция подтверждается существующей правоприменительной практикой:

- Комиссия Тамбовского УФАС России от 23.12.2014 № А4-21/14 в решении пришла к выводу: участники аукциона реализовывали единую стратегию поведения, что подтверждается тем, что общества подали заявки на участие в аукционе и были признаны участниками аукциона, однако при рассмотрении второй части заявки были признаны несоответствующими заявки некоторых участников, заявки подавались с одинаковых ip-адресов. Законность и обоснованность решения, было подтверждено Арбитражным судом Тамбовской области (А64-718/2015). Суд пришел к выводу о том что поведение участников аукциона не могло быть случайным совпадением обстоятельств, а является следствием договоренности, которая реализована с целью введения добросовестного участника аукциона в заблуждение и выведения его из конкурентной борьбы и получения контракта по максимально возможной цене.
- Комиссия Краснодарского УФАС России от 24.06.2014 № 356/13 в решении установила, что фактический и юридический адрес участников аукциона совпадает, ценовые предложения участников аукциона, формально независимых хозяйствующих субъектов подаются с одинаковых ip-адресов. Законность и обоснованность решения была подтверждена Арбитражным судом Краснодарского Края (А32-10775/2015), а также 15 арбитражным апелляционным судом. Суд указал, что «установление принадлежности используемого ip-адреса конкретному субъекту правового значения для рассмотрения настоящего спора не имеет, ввиду того, что сам по себе факт направления ценовых предложений формально независимых хозяйствующих субъектов с одного ip-адреса свидетельствует о заключении обществами недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения».
- Комиссия Московского областного УФАС России от 30.04.2015 № 05/АА/598 установила, что подача заявок на участие в аукционе подавалось с одинаковых ip-адресов. Законность и обоснованность решения была подтверждена Арбитражным судом города Москвы (А40-101519/15), а также 9 арбитражным апелляционным судом. В решении по делу суд указал «антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу об использовании заявителями единой инфраструктуры, что возможно только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой цели и исключительно в результате достигнутых договоренностей».

К аналогичным выводам пришли комиссии Ростовского УФАС России в решении от 02.02.2015 № 90/05 (А53-6176/2015),

Пермского УФАС России в решении от 23.06.2015 № 091-15-А (А50-22188/2015), Московского УФАС России в решении от 30.07.2014 № 1-11-1721/77-13 (А40-179811/2014), Саратовского УФАС России в решении от 07.12.2013 № 5-136/тр (А57-4980/2014). Во всех случаях суд подтвердил, что использование участниками торгов единой инфраструктуры, возможно только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой цели и исключительно в результате достигнутых договоренностей, поскольку коммерческие организации в аналогичных ситуациях, конкурируя между собой, не действуют в интересах друг друга. Кроме того, решение Хакасского УФАС России от 11.05.2016 № 61-А-15 вынесено в отношении ООО «Техномакс» по аналогичным обстоятельствам.

Согласно постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10 в силу части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами, если такие соглашения приводят или могут привести, в том числе к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков). Из взаимосвязанных положений статей 11, 12, 13 Закона о защите конкуренции следует, что соглашения, которые приводят или могут привести к перечисленным в части 1 статьи 11 последствиям, запрещаются.

Необходимость доказывания антимонопольным органом фактического исполнения участниками условий соглашения отсутствует, поскольку нарушение состоит в достижении договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции последствиям.

Приводимый в жалобе ООО «Техномакс» довод о предоставлении сервера ООО «Форвард» по договору аренды, который использовался последним при участии в аукционе, напротив лишь подтверждает наличие взаимодействия и консолидации между указанными хозяйствующими субъектами. С точки зрения нормальной конкуренции не является логичным данное поведение ООО «Техномакс», направленное на обеспечение технической возможности для выхода на торги своему конкуренту.

Однако Коллегией, установлено, что решением Иркутского УФАС России № 137 от 17.03.2016 ООО «Техномакс» было признано нарушившим пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) в части заключения и участия ООО «Техномакс», а также ООО «Форвард» и ООО «Техномакс-ИТ» в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах № 0134200000115002007 при участии в электронном аукционе на поставку персональных компьютеров и оргтехники для подразделений полиции Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Иркутской области. Данное обстоятельство также исследовалось в решении Хакасского УФАС России от 11.05.2016 по делу № 61-А-15.

Таким образом, Коллегия приходит к выводу о необходимости изменения решение Хакасского УФАС России от 11.05.2016 по делу № 61-А-15 в части исключения из

резолютивной части решения пункта 3, так как обстоятельства, изложенные в нем, были предметом отдельного изучения и принятия соответствующего решения Иркутским УФАС России.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Коллегия,

РЕШИЛА:

Решение Хакасского УФАС России от 11.05.2016 по делу № 61-А-15 изменить. Из резолютивной части решения исключить пункт 3 следующего содержания: «3. Признать ООО «Техномакс», ООО «Техномакс-ИТ» и ООО «Форвард» нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в части заключения соглашения между хозяйствующими субъектами — конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, которое привело (могло привести) к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах № 0134200000115002007 на поставку персональных компьютеров и оргтехники для подразделений полиции Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Иркутской области».