РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «10» февраля 2020 года.

В полном объеме решение изготовлено «17» февраля 2020 года.

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

в присутствии: от ООО «РТК»: "<...>"; от Департамента лесного хозяйства Томской области: "<...>"; от Томского УФАС России: "<...>".

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «РТК» на решение Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Закона о защите конкуренции поступила жалоба ООО «РТК» на решение Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18.

Решением Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 Департамент лесного хозяйства Томской области (далее - Департамент, заказчик), ООО «Региональная транспортная компания» (далее - ООО «РТК») и ООО Авиакомпания «Феникс» (далее - ООО АК «Феникс») признаны нарушившими абзац 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции путем заключения ограничивающего конкуренцию соглашения, выразившегося в отказе от проведения торгов на выполнение работ по реализации

мероприятий по ликвидации очагов сибирского шелкопряда на территории Томской области и заключении договоров с единственным поставщиком.

ООО «РТК» с вынесенным решением Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 не согласно, просит решение отменить.

Доводы ООО «РТК» изложены в жалобе, в частности, заявитель полагает, что заключение и исполнение рассматриваемых в деле государственных контрактов от 19.04.2017 № 24/2017, от 02.05.2017 № 40/2017 и от 23.08.2017 № 90/2017 проводилось в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

В Томское УФАС России поступили материалы проверки Томской транспортной прокуратуры по факту заключения и фактического исполнения контрактных обязательств по выполнению авиационных работ в 2017 году Департаментом, ООО «РТК» и ООО АК «Феникс» (вх. № 4742 от 19.07.2018), указывающие на признаки нарушения антимонопольного законодательства в действиях Департамента, ООО «РТК» и ООО АК «Феникс».

Из материалов проверки следует, что в целях выполнения работ по локализации и ликвидации очагов вредных организмов авиационным способом в насаждениях лесничеств Томской области в 2017 году Департаментом заключены с ООО «РТК» следующие государственные контракты: от 19.04.2017 № 24/2017, от 02.05.2017 № 40/2017 и от 23.08.2017 № 90/2017.

Исходя из материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 Томским УФАС России было установлено, следующее.

В 2016 году на территории Томской области обнаружены очаги сибирского шелкопряда, о чем 24.10.2016 Департаментом уведомлен директор ФБУ «Рослесозащита» с целью проведения необходимых мероприятий по ликвидации его последствий на площади 473,6 тыс. га.

С целью организации вышеуказанных мероприятий 11.11.2016 рабочей группой Департамента совместно с представителями МЧС России проведено совещание, на котором объявлено о необходимости введения режима чрезвычайной ситуации.

Несмотря на то, что о наступлении обстоятельств непреодолимой силы

было известно заранее, распоряжением Администрации Томской области № 215-ра режим «чрезвычайная ситуация» введен лишь 11.04.2017.

В соответствии с пунктом 1 резолютивной части протокола заседания рабочей группы по организации и проведению мероприятий по уничтожению или подавлению численности вредных организмов от 21.03.2017 № 39 было решено, что авиаобработку на территории Томской области возможно осуществлять ООО «Авиакомпания «Феникс», ООО «РТК». Также в пункте 6 резолютивной части рассматриваемого протокола указано: «ООО «РТК» рассчитать стоимость раскачки горюче-смазочных материалов в аэропорту и развозки бензовозами до мест обработки очагов сибирского шелкопряда».

22.03.2017 на сайте Департамента было размещено приглашение к сотрудничеству авиапредприятий для обработки лесов от сибирского шелкопряда, в котором указано одно из требований к авиакомпании «наличие сертификата эксплуатанта и разрешение осуществлять услуги в соответствии с условиями и ограничениями, содержащимися в спецификациях сертификата», при этом в приглашении отсутствовало разрешение на привлечение субподрядных организаций, имеющих сертификат эксплуатанта воздушных судов.

Согласно пункту 1.2 резолютивной части протокола заседания рабочей группы по организации и проведению мероприятий по уничтожению или подавлению численности вредных организмов от 17.04.2017 № 52 было решено заключить государственный контракт с единственным поставщиком ООО «РТК» на выполнение авиационным способом работ по обработке насаждений биологическим препаратом «Лепидоцид».

В результате Департаментом были заключены 3 контракта с ООО «РТК», не имеющим необходимых сертификата эксплуатанта воздушных судов и разрешения осуществлять соответствующие услуги, на выполнение указанных работ от 19.04.2017 № 24/2017, от 02.05.2017 № 40/2017 и от 23.08.2017 № 90/2017, установив в них право подрядчика привлечь субподрядную организацию, имеющую сертификат (свидетельство) эксплуатанта воздушных судов. ООО «РТК», в свою очередь, заключены договоры субподряда на выполнение аналогичных работ с ООО АК «Феникс», имеющим необходимые сертификат и разрешение.

Кроме того, между Департаментом и ООО «РТК» заключались дополнительные соглашения с целью изменения основных условий контрактов, в том числе после истечения сроков действия таких контрактов.

На основании проведенного анализа состояния конкуренции в

соответствии с частью 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции и Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденном приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, Томским УФАС России было установлено, что на рынке работ по локализации и ликвидации очагов вредных организмов авиационным способом осуществляют свою деятельность (могут выступать субподрядчиками) и иные хозяйствующие субъекты: ООО «Гидро Авиа», АКТУ «Алтайские авиалинии», ООО «АЭРОГЕО», НОУ «Томский клуб ДОСААФ», ООО «Три пилота» и др., что свидетельствует о наличии конкуренции на рассматриваемых рынках.

При данных обстоятельствах Комиссия Томского УФАС России пришла к выводу о наличии ограничивающего конкуренцию соглашения между Департаментом, ООО «РТК» и ООО АК «Феникс».

По результатам рассмотрения жалобы ООО «РТК» на решение Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18, Апелляционная коллегия установила следующее.

Статьей 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

В соответствии с пунктом 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. Применительно к статье 16 Закона о защите конкуренции — органа власти (организации, осуществляющий функции органов власти) и хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов).

В соответствии с Разъяснениями № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и

согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденными протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3, факт заключения ограничивающего конкуренцию соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

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 ограничивающего 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».

Кроме того, для квалификации действий, как нарушающих абзац 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции необходимо также установить факт ограничения или возможности ограничения такими действиями конкуренции на соответствующем товарном рынке.

В материалах дела о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 имеется следующая совокупность косвенных доказательств, указывающих на наличие антиконкурентного соглашения между Департаментом, ООО «РТК» и ООО АК «Феникс»:

- решения, принятые по итогам заседаний рабочей группы по организации и проведению мероприятий по уничтожению или подавлению численности вредных организмов, согласно которым: авиаобработку на территории Томской области возможно осуществлять ООО АК «Феникс», ООО «РТК»; было решено заключить государственный контракт с единственным поставщиком ООО «РТК» на выполнение авиационным способом работ по обработке насаждений биологическим препаратом «Лепидоцид»;

- 22.03.2017 на сайте Департамента было размещено приглашение к сотрудничеству авиапредприятий для обработки лесов от сибирского шелкопряда, в котором указано на необходимость наличия у авиакомпании сертификата эксплуатанта воздушных судов и разрешения осуществлять услуги в соответствии с

условиями и ограничениями, содержащимися в спецификациях сертификата, а также отсутствовала информация о возможности привлечения субподрядных организаций, имеющих сертификат эксплуатанта воздушных судов.

- фактическое заключение Департаментом трех контрактов с ООО «РТК» от 19.04.2017 № 24/2017, от 02.05.2017 № 40/2017 и от 23.08.2017 № 90/2017;

- заключение ООО «РТК» договоров субподряда с ООО АК «Феникс», имеющим необходимые сертификат эксплуатанта воздушных судов и разрешение;

- заключение Департаментом и ООО «РТК» дополнительных соглашений об изменении основных условий контрактов, в том числе после истечения сроков действия таких контрактов, с целью приведения в соответствие фактически выполненных работ условиям контрактов.

Относительно влияния рассматриваемых действий ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 на конкуренцию Апелляционная коллегия отмечает следующее.

Отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок регулируются Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о контрактной системе).

В соответствии с частью 1 статьи 24 Закона о контрактной системе заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).
Перечень случаев, при которых допускается возможность осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), закреплен в статье 93 Закона о контрактной системе. Одним из таких случаев является закупка работ или услуг, выполнение или оказание которых может осуществляться только органом исполнительной власти в соответствии с его полномочиями либо подведомственными ему государственным учреждением, государственным унитарным предприятием, соответствующие

полномочия которых устанавливаются федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации или нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, законодательными актами соответствующего субъекта Российской Федерации (пункт 6 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе).

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 24 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2017), утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 12.07.2017, в тех случаях, когда требуется проведение публичных процедур, подразумевающих состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем.

Аналогичная позиция изложена в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 18.10.2018 № 306-КГ18-10294 по делу № А65-2262/2017.

Кроме того, в части вопроса о целесообразности проведения закупки у единственного поставщика, Апелляционная коллегия обращает внимание, что в соответствии с Обзором судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденному Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.05.2018, из которой следует, что для целей экономической эффективности закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконкурентных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы). Кроме того, закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика возможна по результатам несостоявшейся конкурентной закупочной процедуры.

При этом Томским УФАС России на основании проведенного анализа состояния конкуренции в соответствии с частью 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции и Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденном приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, установлено, что на рынке работ по локализации и ликвидации очагов вредных организмов авиационным способом

осуществляют свою деятельность (могут выступать субподрядчиками) и иные хозяйствующие субъекты: ООО «Гидро Авиа», АКТУ «Алтайские авиалинии», ООО «АЭРОГЕО», НОУ «Томский клуб ДОСААФ», ООО «Три пилота» и др., что свидетельствует о наличии конкуренции на рассматриваемых рынках.

Исходя из этого следует, что рассматриваемый рынок является конкурентным, следовательно, определение исполнителя по контрактам на выполнение работ по ликвидации очагов сибирского шелкопряда подразумевает проведение торгов, непроведение которых может привести к ограничению конкуренции на соответствующем товарном рынке.

Введение 11.04.2017 режима чрезвычайной ситуации в рассматриваемом случае не может свидетельствовать о нецелесообразности проведения торгов, в связи с тем, что исходя из материалов рассматриваемого дела информация об обнаружении на территории Томской области очагов сибирского шелкопряда была известна еще в октябре 2016.

Кроме того, согласно имеющемуся в материалах дела протоколу селекторного совещания Федерального агентства Лесного хозяйства по вопросу организации мероприятий по защите лесов от сибирского шелкопряда от 11.11.2016 № ИВ-13/546-пр, в том числе Томской области было рекомендовано принять меры по введению режима чрезвычайной ситуации, то есть задолго до его фактического введения.

Таким образом, у Департамента было достаточное количество времени как для своевременного введения режима чрезвычайно ситуации, так и для проведения торгов на право заключения контракта на выполнение работ по ликвидации очагов сибирского шелкопряда.

При данных обстоятельствах Комиссия Томского УФАС России обоснованно пришла к выводу о наличии ограничивающего конкуренцию соглашения между Департаментом, ООО «РТК» и ООО АК «Феникс».

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что решение Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 не нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе: оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или)

предписание территориального антимонопольного органа; изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 1 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу ООО «РТК» на решение Томского УФАС России от 12.11.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 02-10/86-18 без удовлетворения.

"<...>" "<...>"

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.