

МП «ЕЦМЗ»

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении

№052/04/14.32-1237/2019

**08 августа 2019 года
Новгород**

г. Нижний

Резолютивная часть постановления оглашена 05 августа 2019 года.

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области, рассмотрев по адресу: город Нижний Новгород, площадь Максима Горького, дом 6, - материалы дела №052/04/14.32-1237/2019 об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 1 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении муниципального предприятия города Нижнего Новгорода «Единый центр муниципального заказа» (..) (далее – МП «ЕЦМЗ», предприятие),

УСТАНОВИЛ:

Основанием для возбуждения настоящего дела об административном правонарушении явилось принятие комиссией Нижегородского УФАС России решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1744-ФАС52-02/18 от 13.05.2019, которым зафиксирован факт нарушения МП «ЕЦМЗ» части 4 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закона о защите конкуренции).

При составлении протокола об административном правонарушении в отношении МП «ЕЦМЗ» участвовал защитник юридического лица –, которая не согласилась с обстоятельствами относительно вменяемого правонарушения.

Определением от 30.05.2019 (№СК-02/2669) дело назначено к рассмотрению на 10 июня 2019 года в 17 часов 00 минут.

Определением от 11.06.2019 в соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 29.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях рассмотрение настоящего дела отложено на 08.07.2019 в 14 часов 00 минут.

На основании части 2 статьи 29.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях срок рассмотрения дела об административном правонарушении продлен до 12.07.2019.

08.07.2019 рассмотрение дела №052/04/14.32-1237/2019 отложено до 11.07.2019 в 09 часов 30 минут.

11.07.2019 при рассмотрении данного дела установлена необходимость в дополнительном выяснении обстоятельств дела. Определением от 11.06.2019 рассмотрение настоящего дела отложено на 12.07.2019 в 15 часов 10 минут.

12.07.2019 срок рассмотрения дела об административном правонарушении продлен до 12.08.2019, заседание назначено на 05.08.2019 в 11 часов 45 минут.

05.08.2019 на рассмотрение дела присутствовал защитник юридического лица МП «ЕЦМЗ» (доверенность от 27.05.2019), которому разъяснены права, предусмотренные статьей 25.5 КоАП РФ.

Права понятны, отводов не заявлено.

Резолютивная часть постановления объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела 05.08.2019.

Исследовав и оценив в совокупности имеющиеся в материалах дела об административном правонарушении доказательства, должностное лицо, рассматривающее дело, приходит к следующим выводам.

Согласно части 1 статьи 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении выяснению подлежат: 1) наличие события административного правонарушения; 2) лицо, совершившее противоправные действия (бездействие), за которые настоящим Кодексом или законом субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность; 3) виновность лица в совершении административного правонарушения; 4) обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность; 5) характер и размер ущерба, причиненного административным правонарушением; 6) обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении; 7) иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения административного правонарушения.

Доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела (часть 1 статьи 26.2 Кодекса).

В соответствии со статьей 26.11 КоАП РФ должностное лицо, осуществляющее производство по делу об административном правонарушении, оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств дела в их совокупности. Никакие доказательства не могут иметь заранее установленную силу.

Из анализа позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в постановлении №4-П от 25.02.2014, следует, что

привлечение к административной ответственности не должно сопровождаться такими существенными обременениями, которые могут оказаться непосильными для лиц, совершивших правонарушение, и привести к самым серьезным последствиям, вплоть до вынужденной ликвидации.

При рассмотрении настоящего дела об административном правонарушении установлено следующее.

Муниципальное предприятие города Нижнего Новгорода «Единый центр муниципального заказа» (603122 г. Н. Новгород ул. Ванеева 205, п. 21) (далее - МП «ЕЦМЗ», предприятие, организатор питания) является организатором питания, в том числе в муниципальных общеобразовательных организациях, учреждениях для общественного воспитания детей дошкольного возраста на территории г. Н. Новгорода. В своей закупочной деятельности предприятие руководствуется положениями Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон 44-ФЗ), нормами Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон № 223-ФЗ).

Анализ практик проведения МП «ЕЦМЗ» закупочных процедур, договоров поставки продуктов питания и дополнительных соглашений к ним, заключенных предприятием с ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп», ООО «Бона Фиде Трейдинг», ООО ЗАО «Молоко» (далее – поставщики), показывает следующее.

МП «ЕЦМЗ» проводило закупочные процедуры, где заявлялся единственный участник, с которым в дальнейшем заключался договор.

Запрос котировок (номер извещения на сайте <http://zakupki.gov.ru> – 31604543113) - подана единственная заявка от ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп», снижение НМЦ составило 0,74%.

Запрос котировок (номер извещения на сайте <http://zakupki.gov.ru> – 31604554060) - подана единственная заявка от ООО «Бона Фиде Трейдинг», без снижения НМЦ.

МП «ЕЦМЗ» 27.03.2015 заключен с ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп» договор поставки №911 на сумму 10353830,40 (десять миллионов триста пятьдесят три тысячи восемьсот тридцать) рублей 40 копеек.

Согласно пункту 8 договора срок его действия – до 30.07.2015. Согласно спецификации (приложение 1) к договору поставки №911 поставщик обязан был поставить меланж яичный жидкий пастеризованный ПЭТ-бутылка 0,9 кг. (14688 шт., стоимость 1333670,40 руб.) и яйцо куриное С1 (1670400 шт. на сумму 9020160,00 руб.). Дополнительным соглашением от 28 июля 2015 года внесены изменения в п. 4.1 договора поставки №911, а именно «цена настоящего договора поставки составила 8481653,00 (восемь миллионов четыреста восемьдесят одна тысяча шестьсот пятьдесят три) руб.». Также уменьшился объем поставляемой продукции.

МП «ЕЦМЗ» 12.01.2015 заключен с ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп» договор поставки №391 на сумму 10 267 491 рублей 20 копеек. Согласно спецификации (приложение 1) к договору поставки №391 поставщик обязан был поставить меланж яичный жидкий пастеризованный ПЭТ-бутылка 0,9 кг. (15 124 шт., стоимость 1373259,20 руб.) и яйцо куриное С1 (1647080 шт. на сумму 8894232,00 руб.). Дополнительным соглашением от 12 января 2015 года внесены изменения в п. 4.1 договора поставки №319, а именно «цена настоящего договора поставки составила 10647600 руб.». Цена договора увеличилась на 3,7 %, а именно на 380 108,8 руб. Также увеличился объем поставляемой продукции на 7%, а именно на 119796 шт.

МП «ЕЦМЗ» 30.06.2015 заключен с ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп» договор поставки №1411 на сумму 24337500 (двадцать четыре миллиона триста семьдесят семь тысяч пятьсот) рублей, сроком действия до 30.01.2016. Согласно спецификации (приложение 1) к договору поставки №1411 поставщик обязан был поставить меланж пастеризованный охлажденный ПЭТ-бутылка 0,9 кг. (35000 шт., стоимость 3657500 руб.) и яйцо куриное С1 (3700000 шт. на сумму 20720000 руб.). Дополнительным соглашением №2 к договору поставки №1411 от 30.06.2015, заключенным 22.01.2016, срок договора продлен до 31 марта 2016 года. Дополнительным соглашением №3 от 30.03.2016 срок договора поставки №1411 от 30.06.2015 продлен до 30 июня 2016 года. Дополнительным соглашением №4 от 22.04.2016 изменена цена договора (40767161,40 руб.) и изменен объем согласно спецификации (меланж пастеризованный охлажденный ПЭТ-бутылка 0,9 кг. - 37646 шт., стоимость 3934007 руб. и яйцо куриное С1 (3005914 шт. на сумму 16833154,40 руб.).

Договор №2950 от 30.12.2015, заключенный между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп», изменен дополнительными соглашениями №2 от 24.01.2017 (срок договора продлен до 25.04.2017), №3 от 25.04.2017

(срок договора продлен до 01.08.2017), дополнительным соглашением №4 от 06.06.2017 (изменена цена и объем поставляемого товара). Цена договора уменьшилась на 33,6 %, а именно на 15980104,65 руб. Также уменьшился объем поставляемой продукции на 32,5%, а именно на 1915800 шт.

29.12.2016 между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп» заключен договор поставки №2348 на сумму 61504896 (шестьдесят один миллион пятьсот четыре тысячи восемьсот девяносто шесть рублей 00 копеек) на срок до 24 января 2018 года. Дополнительным соглашением №2 от 29.12.2017 срок действия договора №2348 продлен 25.03.2018. Дополнительным соглашением №3 от 08.01.2018 срок договора продлен до 25.01.2019, изменена спецификация, в том числе объем поставляемого товара.

30.03.2015 МП «ЕЦМЗ» заключен с ООО «Бона Фиде Трейдинг» договор поставки №912 на сумму 19262807 (девятнадцать миллионов двести шестьдесят две тысячи восемьсот семь) руб. 20 коп. на срок до 30.10.2015. Дополнительным соглашением №2 от 30.10.2015 изменена цена (18660901,54 руб. и объем – 947095 шт.).

01.10.2015 МП «ЕЦМЗ» заключен с ООО «Бона Фиде Трейдинг» договор поставки №2241 на сумму 19 630 175 (девятнадцать миллионов шестьсот тридцать тысяч сто семьдесят пять) руб. на срок до 30.01.2016 (объем поставки 949 700 шт. соков и йогуртов). Дополнительным соглашениями №2 от 22.01.2016 срок договора продлен до 31.03.2016, соглашением №3 от 30.03.2016 – до 30.06.2016, дополнительным соглашением №4 изменена стоимость (19 296 738,36 руб.) и объем договора (1 002 137 шт.). При увеличении объема поставки на 52 437 шт., цена уменьшилась 333 436,64 руб.

МП «ЕЦМЗ» 29.12.2015 заключен с ООО «Бона Фиде Трейдинг» договор поставки №2940 на срок до 31.01.2017. Цена настоящего договора составила 65 174 864,00 (шестьдесят пять миллионов сто семьдесят четыре тысячи восемьсот шестьдесят четыре) рубля 00 копеек. Согласно спецификации к договору №2940 ООО «Бона Фиде Трейдинг» должно поставить соки и йогурты в объеме 2935211 шт. Дополнительным соглашением №2 от 27.01.2017 срок договора №2940 продлен до 22.05.2017. Дополнительным соглашением от 20.04.2017 срок договора продлен до 01.08.2017. Дополнительным соглашением от 24.07.2017 изменена цена договора – уменьшена до 29077017,52 (двадцати девяти миллионов семидесяти семи тысяч семнадцати) рублей 52 копеек и спецификация к договору (объем составил

1294330 шт.).

Условия договоров поставки № 1639 от 31 августа 2016 года, №2403 от 09.01.2017 также были изменены (срок, объем, цена) соответствующими дополнительными соглашениями. Цена договора №1639 31 августа 2016 года уменьшилась на 66,5 %, а именно на 625800 руб. Также уменьшился объем поставляемой продукции на 66,5%, а именно на 2607,5 шт. Цена договора №2403 от 09.01.2017 осталась прежней, при этом увеличился объем поставляемой продукции на 20,9%, а именно на 160872,08 шт.

Кроме того, установлено, что МП «ЕЦМЗ» и ООО «Бона Фиде Трейдинг» заключали договоры поставки искусственно раздробленные и оформленные отдельными договорами. Так, 25.08.2017 МП «ЕЦМЗ» и ООО «Бона Фиде Трейдинг» заключили 5 договоров поставки (№1550-№1554) до 100 тысяч рублей; 07.11.2017 - 4 договора поставки (№1929 - №1932) до 100 тысяч рублей.

Между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» 29.12.2016 заключен договор поставки №2519. Цена договора 99980,48 (девятьсот девять тысяч девятьсот восемьдесят руб. 48 коп.). Объем поставки 2158 шт. Срок договора – до полного исполнения обязательств. 25.01.2017 дополнительным соглашением №1 к договору №2519 срок договора установлен до 06.02.2017, цена договора снижена до 52335,52 руб., объем – 15822 шт.

Вместе с тем установлено, что МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» заключали договора поставки искусственно раздробленные и оформленные отдельными договорами. Так, 30.12.2016 МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» более 40 договоров поставки до 100 тысяч рублей.

Вместе с тем следует дополнительно отметить, что указание договоров за период 2015-2016 гг. свидетельствует о системности заключения таких договоров и дополнительных соглашений к ним.

Соглашение, достигнутое в устной форме, не может и не должно быть документально подтверждено. В отсутствие доказательств об обратном наличия письменного соглашения вывод о существовании между сторонами устного соглашения может быть сделан на основе анализа их поведения, и доказывание наличия антиконкурентного соглашения между субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

Как следует из пункта 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.

Разъяснения, содержащиеся в пункте 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», применимы и к доказыванию соглашений, поскольку разъясняет возможность доказывания как согласованных действий, так и соглашений через их результат в отсутствие документального подтверждения договоренности об их совершении (данный вывод подтверждается также судебными актами по делам № А71-992/2011, № А40-64690/12). Иное применение указанных разъяснений будет являться неверным толкованием норм материального права, что подтверждается постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа № Ф09-6977/11 от 02.11.2011 по делу №А71-992/2011, оставленным в силе Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № ВАС-15592/11 от 13.02.2012.

Факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок.

Закон о защите конкуренции содержит специальное определение соглашения, которое подлежит применению при оценке факта правонарушения в сфере антимонопольного законодательства, такие соглашения запрещаются и у антимонопольного органа отсутствует обязанность доказывания фактического исполнения участниками достигнутых соглашений (судебные акты по делу №А40-14219/2013).

Факт наличия антиконкурентного соглашения может быть доказан, в том числе, с использованием совокупности иных доказательств. Для констатации антиконкурентного соглашения необходимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий может сыграть решающую роль.

Исследованные и установленные факты свидетельствуют о нетипичном, недобросовестном поведении заказчика и поставщиков,

и о том, что результат заключения дополнительных соглашений невозможен без информированности каждой стороны о поведении и намерении в заключении таких соглашений.

Соответственно, заключение дополнительных соглашений не может быть признано результатом конкурентной борьбы, так как в этом случае действия заказчика и поставщиков не отвечают принципам конкуренции.

Закупочные процедуры, проводимые МП «ЕЦМЗ» путем запроса котировок, указанных ранее, носили формальный характер и фактически являлись не конкурентными (заявлялся единственный участник).

Закон не возлагает на антимонопольный орган безусловную обязанность доказывания во всех случаях получения выгоды от реализации антиконкурентного соглашения всеми его участниками, равно как и не обязывает доказывать в обязательном порядке всю совокупность поведенческих аспектов участников такого соглашения (судебные акты по делу № А23-1472/2016).

Заказчик и поставщики систематически отказывались от проведения конкурентных процедур путем заключения дополнительных соглашений к ранее заключенным договорам.

Стороны, намеренно продлевали заключенные договоры с целью избежания проведения конкурентных закупочных процедур. При этом препятствий технологического или экономического характера, не позволяющих провести конкурентные процедуры, не имелось. Изменение дополнительными соглашениями, заключенными между сторонами по договору, существенных условий договора, в том числе продление срока, изменение цены, объема является произвольным, направлено на нивелирование условий проведенных закупочных процедур, не соответствует принципам осуществления закупок (эффективности, обеспечения конкуренции, недопущения злоупотреблений, в том числе коррупции), нарушает требования пункта 8 статьи 448 ГК РФ о недопущении изменения договора, которое влияет на его условия, имевшие существенное значение для определения цены на торгах.

В дополнение к изложенным фактическим обстоятельствам следует отметить, что МП «ЕЦМЗ» заключало также крупные контракты на поставку товаров. Заключение такого договора (победа в соответствующей закупочной процедуре) было возможно только при

соблюдении определённых условий, а именно при заключении договора ежемесячно должностным лицам предприятия необходимо было передавать денежное вознаграждение пропорционально сумме поставки. При этом если указанные условия соблюдались, стороны (МП «ЕЦМЗ» и определенный поставщик) заключали дополнительные соглашения с целью пролонгации соответствующих договоров (контрактов).

МП «ЕЦМЗ» заключало крупные контракты на поставку товаров при соблюдении определенных условий, а именно при заключении договора ежемесячно должностным лицам предприятия необходимо было передавать денежное вознаграждение должностным лицам МП «ЕЦМЗ» пропорционально сумме поставки. В период с 2015 по 2016 год МП «ЕЦМЗ» проводило закупки в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». На участие в закупке поступала одна заявка от организации, которая в последствии была признана победителем закупочной процедуры. Вместе с тем условием такой победы являлось передача такого денежного вознаграждения. В случае несоблюдения указанного условия предприятие отказывало в заключении договора (контракта) – отклоняло заявку участника. При этом если указанные условия соблюдались, стороны (МП «ЕЦМЗ» и определенный поставщик) заключали дополнительные соглашения с целью пролонгации соответствующих договоров (контрактов). На протяжении всего периода времени поставка продуктов происходила с учетом так называемых «откатов», когда поставщики ежемесячно передавали денежные средства должностным лицам заказчика. Данные действия носили длительный характер, соответственно пролонгация договоров, поставка (или допоставка) продукции проходила с учетом данных «откатов».

13.05.2019 в Управление поступило заявление от ООО «Бона Фиде Трейдинг» (вх. №2837 от 13.05.2019), в котором указано, что ООО «Бона Фиде Трейдинг» заключило договоры с МП «ЕЦМЗ» в период 2015-2016 гг., далее к таким договорам заключались дополнительные соглашения. Такие соглашения заключались в том, что «за поставки и оплаты за поставленный товар ООО «Бона Фиде Трейдинг» должны были выплачивать вознаграждения посредникам». В настоящий момент все договорные соглашения между МП «ЕЦМЗ» и ООО «Бона Фиде Трейдинг» расторгнуты.

13.05.2019 в Управление поступило заявление от ЗАО ПКФ

«РусАгроГрупп» (вх. №2841 от 13.05.2019), в котором указано, что в период 2015-2016 гг. МП «ЕЦМЗ» заключило договоры с ЗАО ПКФ «РусАгроГрупп». Однако перед заключением таких договоров была достигнута договоренность между ЗАО ПКФ «РусАгроГрупп» и руководством МП «ЕЦМЗ» о возможности получения определенных преференций в заключении таких контрактов. Также в данном заявлении ЗАО ПКФ «РусАгроГрупп» отмечает: «в настоящее время, мы признаем факт нарушения антимонопольного законодательства РФ». Однако также отмечает, что в данных действиях ЗАО ПКФ «РусАгроГрупп» «отсутствует прямой умысел».

Вина заказчика выражается в том, что у него имелась возможность не заключать дополнительные соглашения к ранее заключенным договорам в обход конкурентных процедур, а заключить контракты по итогам проведения конкурентных процедур МП «Единый центр муниципального заказа» на принципах добросовестности, открытости, соперничества, однако, ответчики не предприняли мер для соблюдения соответствующих принципов, а направленность их действий свидетельствует о намеренном совершении указанных противоправных действий.

Доказательства об обратном, свидетельствующие о принятии МП «ЕЦМЗ» всех зависящих от них мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых антимонопольным законодательством предусмотрена ответственность, отсутствуют.

Материалами дела опровергается тот факт, что вменяемые ответчику нарушения антимонопольного законодательства были вызваны чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвидимыми, непредотвратимыми препятствиями, находящимися вне контроля данных юридических лиц, при соблюдении ими той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась от них в целях надлежащего исполнения обязанностей по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

По содержанию нормы Закона о контрактной системе и Закона о закупках предусматривают для заказчика возможность заключения закупок «малого объема». Вместе с тем следует отметить, что такие действия заказчика возможны в случаях, когда проведение процедур конкурентного отбора нецелесообразно ввиду несоответствия организационных затрат на проведение закупки и стоимости закупки. Искусственное дробление единой закупки на множество закупок до

100 000 рублей не соответствует целям введения такой возможности заключения контракта без проведения торгов.

Принимая во внимание тождественность предмета договоров, временной интервал, в течение которого заключены контракты, свидетельствует о наличии факта дробления указанных контрактов на сумму до 100 000 рублей в целях их заключения с единственным подрядчиком.

Между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» заключено более 40 договоров на поставку продуктов питания за период с 28.12.2016 по 30.12.2016:

- 1) договор № 2519 от 29.12.2016 на сумму 99980,48 руб.;
- 2) договор № 2521 от 30.12.2016 на сумму 96397,77 руб.;
- 3) договор № 2522 от 30.12.2016 на сумму 99604,8 руб.;
- 4) договор № 2523 от 30.12.2016 на сумму 99018,48 руб.;
- 5) договор № 2533 от 30.12.2016 на сумму 82926,71 руб.;
- 6) договор № 2542 от 28.12.2016 на сумму 82507,83 руб.;
- 7) договор № 2543 от 30.12.2016 на сумму 92141,11 руб.;
- 8) договор № 2544 от 30.12.2016 на сумму 96428,61 руб.;
- 9) договор № 2568 от 30.12.2016 на сумму 88423,87 руб.;
- 10) договор № 2569 от 30.12.2016 на сумму 63237,88 руб.;
- 11) договор № 2570 от 30.12.2016 на сумму 92486,92 руб.;
- 12) договор № 2571 от 30.12.2016 на сумму 65093,66 руб.;
- 13) договор № 2572 от 30.12.2016 на сумму 83578,19 руб.;
- 14) договор № 2573 от 30.12.2016 на сумму 64892,06 руб.;
- 15) договор № 2574 от 30.12.2016 на сумму 94816,60 руб.;
- 16) договор № 2575 от 30.12.2016 на сумму 71190,62 руб.;
- 17) договор № 2576 от 30.12.2016 на сумму 74465,56 руб.;
- 18) договор № 2577 от 30.12.2016 на сумму 82957,62 руб.;

- 19) договор № 2641 от 30.12.2016 на сумму 69 000,27 руб.;
- 20) договор № 2642 от 30.12.2016 на сумму 70088,56 руб.;
- 21) договор № 2643 от 30.12.2016 на сумму 77900,62 руб.;
- 22) договор № 2644 от 29.12.2016 на сумму 93272,14 руб.;
- 23) договор № 2656 от 30.12.2016 на сумму 73961,35 руб.;
- 24) договор № 2666 от 30.12.2016 на сумму 74199,55 руб.;
- 25) договор № 2667 от 30.12.2016 на сумму 74013,19 руб.;
- 26) договор № 2668 от 30.12.2016 на сумму 67093,47 руб.;
- 27) договор № 2669 от 30.12.2016 на сумму 82889,62 руб.;
- 28) договор № 2671 от 30.12.2016 на сумму 99907,98 руб.;
- 29) договор № 2672 от 30.12.2016 на сумму 78147,76 руб.;
- 30) договор № 2673 от 30.12.2016 на сумму 65145,21 руб.;
- 31) договор № 2674 от 30.12.2016 на сумму 35633,88 руб.;
- 32) договор № 2690 от 30.12.2016 на сумму 74409,84 руб.;
- 33) договор № 2691 от 30.12.2016 на сумму 67638,09 руб.;
- 34) договор № 2692 от 30.12.2016 на сумму 86155,06 руб.;
- 35) договор № 2693 от 30.12.2016 на сумму 81319,79 руб.;
- 36) договор № 2694 от 30.12.2016 на сумму 49649,05 руб.;
- 37) договор № 2695 от 30.12.2016 на сумму 74598,63 руб.;
- 38) договор № 2696 от 30.12.2016 на сумму 99482,96 руб.;
- 39) договор № 2697 от 30.12.2016 на сумму 91083,97 руб.;
- 40) договор № 2698 от 30.12.2016 на сумму 74122,28 руб.;
- 41) договор № 2699 от 30.12.2016 на сумму 66007,81 руб.

На основании изложенного можно прийти к выводу, что действия МП «ЕЦМЗ» и определенной группы поставщиков носят постоянный характер и направлены на достижение единой цели – поставка определенного договором товара во избежание проведения новых

закупочных процедур, а также предоставление исключительного преимущества поставки товара конкретным поставщикам.

Так, договоры до 100 тыс. руб., указанные выше, имеют идентичные сроки оказания услуг, поставки товара, спецификацию товара. Группа договоров образует единую сделку на сумму, превышающую 100 тыс. руб., искусственно раздробленную и оформленную отдельными договорами. Таким образом, такие действия МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» вывели данные закупки из сферы конкурентных процедур, нарушили принципы открытости, прозрачности, обеспечения конкуренции, эффективности осуществления закупок, положения законодательства о закупках.

Данные действия заказчика и поставщика (ЗАО «Молоко») не соответствуют принципу обеспечения конкуренции, поскольку такое заключение контрактов не обусловлено техническими и организационными особенностями исполнения контрактов, а исключительно намерениями избежать необходимости проведения торгов при осуществлении закупки на сумму свыше 100 000 рублей. Заключение такого количества договоров за один день является невозможным без предварительной договоренности заказчика и поставщика. Более того анализируя спецификацию можно сделать вывод о том, что данные продукты питания являются единой крупной сделкой, намеренно разделенной на десятки небольших.

В результате заключения вышеуказанных договоров между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко» - единственным поставщиком, данный хозяйствующий субъект получил доступ к поставке продуктов питания по максимально возможной цене, без участия в какой - либо конкурентной борьбе, без подачи предложений о снижении цены договора, тем самым был поставлен в преимущественное положение с иными хозяйствующими субъектами, осуществляющими аналогичную деятельность.

Указанные обстоятельства подтверждаются аналитическим отчетом от 07.03.2019 г. по результатам проведения анализа состояния конкуренции на рынке поставки продуктов питания за период с 01.10.2016 по 01.08.2018. Доказательств об обратном не представлено (представленные в материалы дела копии заключения специалистов №52.00.009-19 от 05.03.2019 и №52.00.012-19 от 18.03.2019 также не свидетельствуют об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства).

Довод заказчика о единоличном принятии решения генеральным

директором, и, как следствие, освобождении от ответственности заказчика за вменяемое нарушение относительно заключения 40 договоров в один день с одним поставщиком, должностное лицо считает несостоятельным, поскольку увольнение руководителя не освобождает организацию от ответственности за правонарушения, предусмотренные антимонопольным законодательством.

Более того, следует отметить, что в соответствии с приказом Нижегородского УФАС России от 19.02.2019 № 106 в отношении МП «Единый центр муниципального заказа» (далее — Проверяемое лицо) была проведена внеплановая выездная проверка.

При проведении данной проверки инспекцией был осуществлен осмотр территорий, помещений, предметов и документов Проверяемого лица.

В ходе анализа полученной в рамках проведенной внеплановой выездной проверки информации установлено, что в действиях заказчика усматривается исключительное намерение избежать проведения новых закупочных процедур, договоры заключались с одним и тем же поставщиком неоднократно, при этом предварительно стороны договаривались об условиях их заключения. Стоит отметить, что МП «ЕЦМЗ», намереваясь заключить договор на поставку продуктов питания, предварительно согласовывало условия таких договоров с заранее известным поставщиком. При этом в ходе согласования таких условий предприятие запрашивало коммерческие предложения у потенциального поставщика. Однако во избежание наличия невыгодных условий, сторонами обговаривалось каким образом и какое коммерческое предложение должен предоставить поставщик в целях устранения возможных конкурентов аналогичной продукции. Так в ходе анализа электронной почты МП «ЕЦМЗ», а именно zakaz@ecmz.ru, а также haschevich@ecmz.ru выявлена переписка между заказчиком и представителем организации (поставщика) ЗАО «Молоко» (электронная почта поставщика torg@moloko-gorodec.ru). В ходе данной переписки представители данных организаций направляли коммерческие предложения третьих лиц (ИП Богатырев Д.С., ИП Прокофьев Е.А., ООО «Гранд») для формирования предложения, заранее известного и выгодного сторонам в обход каких-либо конкурентных процедур (письма от 18.04.2017, 14.04.2017, 13.04.2017, 27.06.2016).

Письмом от 23.01.2017 МП «ЕЦМЗ» в адрес ЗАО «Молоко» направило

следующую информацию: «....., обстоятельства немного изменились. Ситуация складывается следующим образом: по продлению срока поставки в рамках контракта 2016 годы мы не укладываемся в сроки размещения информации на сайте госзакупок. Поэтому все поставки с начала этого года до 31 января 2017 года оформим договором до 100 тыс. руб. Поэтому прошу Вас подписать доп. соглашение в том варианте, который я вам отправляла ранее и выслать его с подписью и печатью в виде скан-копии. А договор будем оформлять по истечению января. По факту отгрузки, которая буде подтверждена бухгалтерскими свертками со стороны покупатель-поставщик».

Антиконкурентные соглашения, запрещенные конкретными пунктами части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, подпадают под категорию безусловных запретов, то есть запретов, для выявления которых не требуется доказательств фактического негативного влияния на конкуренцию конкретного вида нарушения антимонопольного законодательства, а требуется только подтверждение факта заключения двумя и более хозяйствующими субъектами определенного антиконкурентного соглашения как такового, в отношении которого уже действует неопровержимая презумпция ограничения конкуренции (Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 16.07.2018 № 01АП-4803/2018 по делу № А38-1705/2018, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 04.05.2017 № 02АП-1417/2017 по делу № А29-4073/2016).

В ходе осмотра документов МП «ЕЦМЗ» выявлено, что специалист отдела организации процедур закупок на имя и.о. генерального директора написала служебную записку (вх.№10-2001 от 01.11.2018), в которой ясно изложила свое мнение о неправомерности проведения закупок МП «ЕЦМЗ» с единственным поставщиком, а именно, что такие действия предприятия образуют состав многочисленных нарушений, ответственность за которые предусмотрена, в том числе статьей 178 Уголовного кодекса Российской Федерации. Следовательно, предприятию было известно о незаконности и возможных последствиях заключения договоров, противоречащих антимонопольному законодательству.

Также следует отметить, что по итогам проведенного осмотра документов организации, анализа полученных (скопированных) документов МП «ЕЦМЗ» установлено, что предприятие массировано проводит закупки посредством заключения договоров с единственным поставщиком. Такие действия предприятия

противоречат принципам осуществления закупок (эффективности, обеспечения конкуренции, недопущения злоупотреблений, в том числе коррупции), нарушают требования пункта 8 статьи 448 ГК РФ о недопущении изменения договора, которое влияет на его условия, имевшие существенное значение для определения цены на торгах.

В соответствии с пунктом 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Соглашение – договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, соглашение является согласованным выражением воли двух или более участников. Согласованность выражения воли означает осведомленность каждого из участников о намерении каждого другого участника действовать определенным образом и согласованность воли невозможна без намерения каждого из участников действовать сообразно с известными ему предполагаемыми действиями других участников.

Следовательно, для установления состава правонарушения, установленного в части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции необходимо установить наличие недопустимого соглашения и его форму (письменную или устную), лицо, в отношении которого осуществляется реализация соглашения и возможность наступления или угрозы наступления последствий в виде ограничения конкуренции.

Для квалификации действий хозяйствующих субъектов как антиконкурентного соглашения, необходимо доказать, что заключение соглашения между хозяйствующими субъектами привело или может привести к ограничению конкуренции, установить причинно-следственную связь между заключением соглашения и наступлением (либо возможностью наступления) отрицательных последствий в виде отказа от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Согласно разъяснению №3 Президиума ФАС России при доказывании антиконкурентных соглашений и согласованных

действий могут использоваться прямые и косвенные доказательства.

Прямыми доказательствами наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде.

Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

Таким образом, из анализа представленных в антимонопольный орган материалов следует совокупность обстоятельств, косвенно свидетельствующих о заключении МП «Единый центр муниципального заказа» и ЗАО «ПКФ «РусАгроГрупп»; МП «Единый центр муниципального заказа» и ООО «Бона Фиде Трейдинг»; МП «Единый центр муниципального заказа» и ЗАО «Молоко» антиконкурентных соглашений.

Данное нарушение образует объективную сторону состава правонарушения, предусмотренную ч.4 ст.14.32 КоАП РФ.

В силу части 4 статьи 14.32 КоАП РФ запрещается заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо участие в нем, за исключением случаев, предусмотренных частями 1 - 3 настоящей статьи.

Нарушение части 4 статьи 14.32 КоАП РФ влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от пятнадцати тысяч до тридцати тысяч рублей; на юридических лиц - от одной сотой до пяти 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, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75

процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), - от двух тысячных до двух сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей.

С учетом вышеизложенного в данном случае имеется событие административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 4 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Статьей 2.10 КоАП РФ предусмотрено, что юридические лица подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями раздела II Кодекса или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с пунктом 20 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 года № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», если при рассмотрении дела будет установлено, что протокол об административном правонарушении содержит неправильную квалификацию совершенного правонарушения, судья может переквалифицировать действия (бездействие) лица на другую статью, предусматривающую состав правонарушения, имеющий единый родовой объект посягательства, при условии, что это не ухудшает положения лица, в отношении которого возбуждено дело, и не изменяет подведомственности его рассмотрения.

Несмотря на то, что данная позиция высказана по вопросу применения переквалификации судом совершенного правонарушения, учитывая, что дела об административном правонарушении, предусмотренные статьей 14.32 КоАП РФ рассматривает должностное лицо антимонопольного органа при наличии обстоятельств, свидетельствующих о необходимости переквалификации рассматриваемого правонарушения, должностное лицо вправе также разрешить вопрос об осуществлении такой переквалификации.

Частью 1 статьи 14.32 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за заключение хозяйствующим субъектом соглашения, признаваемого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации картелем, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи, либо участие в нем.

Частью 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.

Однако, как следует из материалов дела № 1744-ФАС52-02/18 договорные отношения между МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «Молоко», МП «ЕЦМЗ» и ЗАО «РусАгроГрупп», МП «ЕЦМЗ» и ООО «Бона Фиде Трейдинг» являются отношениями «покупатель-поставщик», то есть конкурентами в данном рассматриваемом случае указанные организации не являются. Должностное лицо, принимая во внимание вышеуказанное обстоятельство, приходит к выводу о том, что настоящее дело подлежит переквалификации, считает, что факт совершения административного правонарушения подлежит рассмотрению по части 4 статьи 14.32 КоАП РФ, санкции которой не ухудшают, а напротив, улучшают положение привлекаемого к ответственности лица ввиду того, что максимальный размер штрафа, предусмотренный частью 4 статьи 14.32 КоАП РФ меньше максимального размера штрафа по части 1 статьи 14.32 КоАП РФ.

Срок давности привлечения к административной ответственности по данной категории правонарушений согласно положениям части 6 статьи 4.5 КоАП РФ исчисляется со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения законодательства Российской Федерации, в рассматриваемом случае – с 13 мая 2019 года.

В соответствии с частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых данным Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их

соблюдению.

В рассматриваемой ситуации должностное лицо Нижегородского УФАС России приходит к выводу о том, что в действиях МП «ЕЦМЗ» имеется вина в совершенном административном правонарушении, поскольку у предприятия имелась возможность для соблюдения требований антимонопольного законодательства, запрещающих заключение антиконкурентного соглашения, однако им не были предприняты все необходимые меры по его соблюдению.

С учетом всего вышеизложенного в действиях МП «ЕЦМЗ» имеется состав вмененного административного правонарушения.

Как указывалось, выше, в силу статьи 26.11 КоАП РФ должностное лицо, осуществляющее производство по делу об административном правонарушении, оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств дела в их совокупности. Никакие доказательства не могут иметь заранее установленную силу.

Местом совершения административного правонарушения является Нижегородская область, город Нижний Новгород. Время совершения административного правонарушения - период с 13.05.2016 по июнь 2018.

Исследовав характер совершенного МП «ЕЦМЗ» правонарушения, должностное лицо, рассматривающее дело, не усматривает исключительных обстоятельств, позволяющих считать деяние общества малозначительным и применить положения статьи 2.9 КоАП РФ.

Согласно письму МП «ЕЦМЗ» от 17.04.2019 №58 выручка данного общества от оказания всех видов услуг и реализации товаров за 2017 год составила 1 916 770 000 рублей.

Сумма затрат (расходов) на приобретение продуктов питания МП «ЕЦМЗ» за год, предшествующий году выявления правонарушения, а именно в 2017 году составила 1 609 754 000 рублей.

1. Базовый штраф (БШ)

1. Рассчитывается максимальный штраф (МаксШ):

$\text{МаксШ} = 1\,609\,754\,000 \times 0,02 = 32\,195\,080 \text{ руб.}$

2. Рассчитывается минимальный штраф (МинШ):

МинШ = 1 609 754 000 x 0,002 = 3 219 508 руб.

$$3. \text{ БШ} = \text{МинШ} + (\text{МаксШ} - \text{МинШ})/2 = 3\,219\,508 + (32\,195\,080 - 3\,219\,508)/2 = 24\,592\,419,38 = 17\,707\,294 \text{ руб.}$$

II. Размер обстоятельств, смягчающих (ОС) или отягчающих (ОО) административную ответственность.

$$\text{ОО (ОС)} = (\text{МаксШ} - \text{МинШ})/8 = (32\,195\,080 - 3\,219\,508)/8 = 3\,621\,946,5 \text{ руб.}$$

Обстоятельства смягчающие административную ответственность:

В отношении МП «ЕЦМЗ» должностным лицом применены следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

- лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающего конкуренцию соглашения;
- добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль.

Обстоятельства отягчающие административную ответственность:

В отношении МП «ЕЦМЗ» не выявлено обстоятельств отягчающих административную ответственность.

III. Расчет размера штрафа, который подлежит применению (ПШ):

$$\text{ПШ} = \text{БШ} + (\text{ОО} \times n) - (\text{ОС} \times n) = 17\,707\,294 + (3\,621\,946,5 \times 0) - (3\,621\,946,5 \times 2) = 10\,463\,41 \text{ руб.}$$

Расчет 4% от суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) за 2017 год = $(1\,916\,770\,000 \times 4)/100 = 76\,670\,800$ руб.

Рассчитываемый штраф не превышает 4% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг).

Следовательно, МП «ЕЦМЗ» подлежит административному наказанию в виде административного штрафа в размере 10 463 401 руб.

Основания для замены административного наказания в виде

административного штрафа на предупреждение, в соответствии со статьей 4.1.1 КоАП РФ, равно как и основания для снижения не усматриваются (совершенное правонарушение подпадает под исключения, предусмотренные частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ), равно как и не усматривается оснований для снижения административного штрафа ниже низшего предела, установленного санкцией части 1 статьи 14.32 КоАП РФ.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 23.48, 26.11, 29.9-29.11 КоАП РФ, заместитель руководителя

ПОСТАНОВИЛ:

признать МП «ЕЦМЗ» (603122, г. Н. Новгород, ул. Ванеева, д. 205, ИНН 5260114601) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за совершение, которого установлена частью 4 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере **10 463 401 рубля**.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1, частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях настоящее постановление может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в арбитражный суд в течение десяти дней со дня вручения или получения копии постановления.

В случае подачи жалобы в суд (в вышестоящий орган или вышестоящему должностному лицу) постановление, если оно не будет изменено или отменено, вступит в законную силу со дня вступления в силу решения суда по жалобе либо после истечения срока, установленного для обжалования решения вышестоящего органа или вышестоящего должностного лица по жалобе, за исключением случая, если решением вынесенное постановление будет отменено или изменено.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях штраф должен

быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предложить МП «ЕЦМЗ» после оплаты административного штрафа представить в Управление документы, подтверждающие факт оплаты.

Предупредить МП «ЕЦМЗ» о том, что в соответствии с частью 1 статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный данным Кодексом, влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

Сумма административного штрафа должна быть перечислена по следующим реквизитам в соответствии с УИН,

Банк получателя – Волго-Вятское ГУ Банка России г.Н.Новгород;

БИК – 042202001; расчетный счет – 40101810400000010002;

Получатель – УФК по Нижегородской области (Управление Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области, лицевой счет – 04321510030);

ИНН – 5260041262;

КПП – 526001001;

КБК – 16111602010016000140;

ОКТМО 22701000.

УИН 16100500000000180795

Назначение платежа: Денежные взыскания (штрафы) за нарушение антимонопольного законодательства, предусмотренное частью 4 ст.14.32 КоАП согласно постановлению №052/04/14.32-1246/2019 от 12.07.2019 Нижегородского УФАС России

Заместитель

руководителя управления

.....