

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «17» апреля 2024 года.

В полном объеме решение изготовлено «24» апреля 2024 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: представителей АО «Водоканал Ростова-на-Дону»: <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), представителя ООО СК «Энергия»: <...> (по доверенности), представителя ООО «Энергоэффект»: <...> (по доверенности), представителя Ростовского УФАС России: <...> – <...>.

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «Водоканал Ростова-на-Дону» на решение и предписание Ростовского УФАС России от 19.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/17-2442/2022 (далее – Жалоба) (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 АО «Водоканал Ростова-на-Дону» на решение и предписание Ростовского УФАС России от 19.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/17-2442/2022 (далее соответственно – Решение, Предписание, Дело).

Решением АО «Водоканал Ростова-на-Дону» (далее также – Заказчик) признано нарушившим часть 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, а также АО «Водоканал Ростова-на-Дону», ООО «ЭнергоЭффект», ООО «ЭнергоЭффективность» признаны нарушившими пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

АО «Водоканал Ростова-на-Дону» выдано Предписание о прекращении выявленных нарушений путем проведения конкурентной закупки, предметом которой является выбор поставщика электрической энергии и мощности.

АО «Водоканал Ростова-на-Дону» с вынесенными Решением и Предписанием не согласно, считает, что Решение и Предписание нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит их отменить.

В частности, в Жалобе приведены следующие доводы:

– выводы Ростовского УФАС России, изложенные в Решении, и доводы заявления ООО СК «Энергия» противоречат решению ФАС России от 27.05.2022 № 28/51677/22 и решениям судов по делу № А53-20824/2022;

– антимонопольный орган необоснованно пришел к выводу о наличии аффилированности между АО «Ростовводоканал», ООО «ЭнергоЭффект» и ООО «ЭнергоЭффективность». Так, в Решении используются термины «косвенная аффилированность», «взаимосвязь юридических лиц», которым нормативными правовыми актами не даны соответствующие определения, выводы территориального органа ФАС России по данному вопросу также противоречат решениям судов по делу № А53-20824/2022;

– в качестве доказательств Ростовское УФАС России использует материалы, поступившие из Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Ростовской области (далее – ГУ МВД России по Ростовской области), в частности опросы, проведенные в ходе оперативно-розыскной деятельности, однако данные материалы не могут быть использованы в качестве допустимых доказательств;

– заключение трехстороннего соглашения от 30.06.2021 о замене поставщика по договору купли-продажи электрической энергии и мощности от 10.02.2011 № 2/2011 не противоречит законодательству Российской Федерации;

– заключение трехстороннего соглашения не создает преимущественного положения для ООО «ЭнергоЭффект».

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В Ростовское УФАС России поступило заявление ООО СК «Энергия» о нарушении антимонопольного законодательства Заказчиком и ООО «ЭнергоЭффект» при проведении конкурса на закупку мощности и электрической энергии.

Ростовским УФАС России установлено, что извещение о проведении конкурса № 32211262234 (далее также – Конкурс) размещено 28.03.2022. Начальная (максимальная) цена договора составила 1 304 803 370,00 рублей.

На участие в проведении указанной закупки было подано 2 заявки (ООО СК «Энергия» и ООО «ЭнергоЭффект»).

Победителем признано ООО «ЭнергоЭффект», которому присвоено по совокупности критериев оценки 70,36 баллов, ООО СК «Энергия» присвоено 12,50 баллов.

Между Заказчиком и ООО «ЭнергоЭффект» заключен договор на поставку электрической энергии и мощности от 31.05.2022 № 103.

ООО «ЭнергоЭффект» получило большее количество баллов по таким критериям, как:

- цена за единицу электрической энергии, поставляемой АИМГ (коэффициент значимости 0,8);
- условия оплаты 20% (коэффициент значимости 0,2);
- квалификация участника 5% (коэффициент значимости 0,05);
- качество товара 25% (коэффициент значимости 0,25).

В Решении указано, что с 2011 года по настоящее время поставщиком электрической энергии и мощности для АО «Водоканал Ростова-на-Дону» являлись ООО «ЭнергоЭффект» и ООО «ЭнергоЭффективность».

Между АО «Водоканал Ростова-на-Дону», ООО «ЭнергоЭффект» и ООО «ЭнергоЭффективность» 30.06.2021 заключено соглашение о замене поставщика по договору купли-продажи электрической энергии и мощности от 10.02.2011 № 2/2011.

Как указано в данном соглашении о замене поставщика, его заключение обусловлено ликвидацией ООО «ЭнергоЭффективность», при этом в настоящее время общество не ликвидировано.

Также АО «Водоканал Ростова-на-Дону» заключен договор с ООО «ЭнергоЭффект» на поставку электрической энергии и мощности от 24.12.2021 без проведения конкурентных процедур.

По мнению Ростовского УФАС России, нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции выразилось в создании преимущественных условий участия для участника (ООО «ЭнергоЭффект») конкурса по выбору поставщика электрической энергии и мощности, а также нарушении порядка определения победителя указанной закупки.

Из Решения следует, что нарушение пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции выразилось в действиях АО «Водоканал Ростова-на-Дону», ООО «ЭнергоЭффект», ООО «ЭнергоЭффективность» по заключению ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело или могло привести к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок поставки электрической энергии и мощности.

По результатам рассмотрения жалобы АО «Водоканал Ростова-на-Дону» на решение и предписание Ростовского УФАС России от 19.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/17-2442/2022 Апелляционная коллегия установила следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

В пункте 37 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее – Пленум № 2) установлено, что в соответствии с частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений (далее для целей данного раздела - процедуры определения поставщика, процедуры) запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами или заказчиками процедур определения поставщика деятельности их участников, создание участнику (участникам) преимущественных условий участия, нарушение порядка определения победителя, участие организаторов и (или) заказчиков, их работников в процедурах определения поставщика.

Признаки ограничения конкуренции указаны в пункте 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции, данный перечень не является исчерпывающим.

Таким образом, для установления нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции требуется в том числе установление конкретных действий организатора соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений; установление признаков ограничения конкуренции, а также причинно-следственной связи между такими действиями и признаками ограничения конкуренции.

При этом для квалификации действий, совершенных при осуществлении закупочной деятельности, в качестве нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 (в части антиконкурентных соглашений), части 1 статьи 17 (за исключением пунктов 2 – 4 части 1 статьи 17) Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу необходимо доказывать последствия нарушения (в том числе возможные) в виде недопущения, ограничения, устранения

конкуренции (либо цель ограничения конкуренции в случае доказывания антиконкурентных соглашений, запрещенных пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции) (аналогичная позиция отражена в письме ФАС России от 04.09.2017 № ИА/60890/17).

Согласно пункту 3 части 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 Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе, к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств (указанная позиция приводится также в разъяснениях Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3).

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

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».

Апелляционная коллегия, изучив материалы Дела и доводы Жалобы, считает, что совокупности доказательств, указанных в Решении Ростовского УФАС России, недостаточно для квалификации действий ответчиков по Делу как нарушающих положения Закона о защите конкуренции.

По доводу Жалобы о даче оценки действиям ответчиков по Делу в решении ФАС России от 27.05.2022 № 28/51677/22 и решениях судов по делу № А53-20824/2022 Апелляционная коллегия отмечает следующее.

В ходе рассмотрения жалобы ООО СК «Энергия» Комиссией ФАС России в сфере закупок рассмотрены следующие обстоятельства:

- Заказчиком неправомерно предоставлено право Победителю по изменению сведений в составе заявки по результатам направления дополнительного запроса о разъяснении положений заявок, поданных на участие в Конкурсе;
- Заказчиком ненадлежащим образом осуществлена оценка заявок участников закупки по подкритерию «Наличие филиала в г. Ростов-на-Дону или г. Батайск» критерия «Квалификация участника»;
- Заказчиком в Документации неправомерно установлен подкритерий «Наличие документа, подтверждающего соответствие поставляемой энергии ГОСТ 32144-2013» критерия «Качество товара».

В решении ФАС России от 27.05.2022 № 28/51677/22 указано, что Заказчиком неправомерно присвоено 100 баллов заявке победителя при расчете баллов по подкритерию «Наличие филиала в г. Ростов-на-Дону или г. Батайск и предоставление подтверждающих документов», поскольку положениями документации установлено, что при расчете баллов заявкам

участников Конкурса по указанному подкритерию Заказчиком принимаются к оценке исключительно сведения о наличии филиалов в г. Ростове-на-Дону или г. Батайске, вместе с тем в составе заявки ООО «ЭнергоЭффект» не представлено сведений и документов, подтверждающих соответствие ООО «ЭнергоЭффект» вышеуказанному критерию оценки.

При этом довод жалобы ООО СК «Энергия» об изменении сведений в составе заявки не нашел документального подтверждения, довод об установлении подкритерия «Наличие документа, подтверждающего соответствие поставляемой энергии ГОСТ 32144-2013» не подлежал рассмотрению Комиссией ФАС России в сфере закупок, поскольку указанная жалоба была направлена после окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе.

Решениями судов по делу № А53-20824/2022 ООО СК «Энергия» отказано в иске о признании недействительным итогов подведения Конкурса.

Судом при рассмотрении данного спора также рассмотрены обстоятельства, связанные с оценкой Заказчиком подкритериев «Наличие филиала в г. Ростов-на-Дону или г. Батайск и предоставление подтверждающих документов», «Наличие документа, подтверждающего соответствие поставляемой энергии ГОСТ 32144-2013».

В постановлении Пятнадцатого Арбитражного Апелляционного Суда от 23.03.2023 по делу № А53-20824/2022 указано, что во исполнение положений Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) Заказчиком были установлены вышеуказанные подкритерии, которые не являются ограничением конкуренции.

Суд также отметил, что законный критерий оценки заявки заказчика в предоставлении документа, подтверждающего качество товара, работы, услуги, не может свидетельствовать об ограничении конкуренции или о создании участнику закупки преимущественных условий, так как данные критерии едины для всех, а также документация содержит измеримые показатели объективности по каждому оспариваемому критерию, что исключает субъективный подход к оценке заявок участников.

В рамках рассмотрения дела № А53-20824/2022 судами также исследовался вопрос взаимосвязи АО «Ростовводоканал» с ООО «ЭнергоЭффект».

На основании имеющихся в судебном деле доказательств суд установил, что у АО «Водоканал Ростова-на-Дону» отсутствует взаимосвязь с ООО «ЭнергоЭффект», в том числе формально-юридические признаки аффилированности (через родство или свойство с лицами, входящими в состав органов должника, прямое или опосредованное участие в капитале либо в управлении и т.п.), а также влияние данных лиц на комиссию Заказчика. Также не обоснован довод истца о необходимости упоминания ООО «ЭнергоЭффект» в разрезе отношений АО «Водоканал Ростова-на-Дону» и победителя конкурса ООО «ЭнергоЭффект».

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия полагает, что предмет рассмотрения Дела не идентичен ранее рассмотренным обстоятельствам Комиссией ФАС России в сфере закупок и судами в рамках дела № А53-20824/2022, следовательно, довод Жалобы подлежит отклонению.

По доводу Жалобы о наличии аффилированности между ответчиками по Делу Апелляционная коллегия отмечает, что в Жалобе не представлены сведения, которые бы опровергали позицию Ростовского УФАС России о наличии взаимосвязи между ними.

По вопросу об использовании Ростовским УФАС России в качестве доказательств материалов, поступивших из ГУ МВД России по Ростовской области, Апелляционная коллегия сообщает, что доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства могут служить полученные в установленном законом порядке доказательства по уголовным

делам, переданные в антимонопольный орган (с учетом положений статьи 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации).

Материалы (копии материалов) уголовных дел могут использоваться в качестве доказательств по делам о картелях вне зависимости от наличия или отсутствия приговора по уголовному делу («Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере», утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016).

Апелляционная коллегия, изучив материалы Дела, отмечает, что Ростовским УФАС России сведения, поступившие из ГУ МВД России по Ростовской области, при рассмотрении Дела использованы с учетом положений законодательства Российской Федерации.

Апелляционная коллегия ФАС России соглашается с доводами Жалобы о том, что заключение трехстороннего соглашения от 30.06.2021 о замене поставщика по договору купли-продажи электрической энергии и мощности от 10.02.2011 № 2/2011 не противоречит гражданскому законодательству Российской Федерации.

В пункте 37 Пленума № 2 указано, что действия хозяйствующих субъектов при осуществлении закупки товаров, работ, услуг у единственного поставщика согласно положению о закупке, принятому в соответствии с Законом о закупках, не могут быть рассмотрены на предмет нарушения статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Апелляционная коллегия обращает внимание, что в период заключения соглашения о замене поставщика от 30.06.2021 действовало Положение о закупках товаров, работ, услуг АО «Водоканал Ростова-на-Дону».

Пунктом 2.3 раздела 67 указанного Положения предусмотрено, что закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) может быть осуществлена в случае заключения договора купли-продажи электроэнергии и мощности, договора энергоснабжения, договора оказания услуг по передаче электроэнергии и мощности.

Основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является в том числе неполное исследование территориальным органом обстоятельств дела и имеющихся в нем доказательств (решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 № СП/73927/17, решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

Если решения приняты по неполно исследованным обстоятельствам, имеющим существенное значение для правильного рассмотрения дела, они подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение (например, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.03.2013 по делу № А63-6158/2011, постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.07.2014 № Ф03-2772/2014 по делу № А51-23833/2013, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.10.2020 № Ф10-744/2020 по делу № А35-6841/2018).

В пункте 49 Пленума № 2 указано, что принятие коллегиальным органом на основании части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции решения об отмене решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа (в том числе ввиду нарушения единообразия в применении положений законодательства, определяющих компетенцию территориальных антимонопольных органов по рассмотрению конкретных дел) не исключает возможность возобновления рассмотрения дела соответствующим антимонопольным органом, если отсутствуют основания для прекращения рассмотрения дела в соответствии со статьей 48 Закона о защите конкуренции.

Апелляционная коллегия, изучив материалы Дела, рассмотрев доводы Жалобы, полагает, что Ростовским УФАС России не полно исследованы обстоятельства, имеющие значение для Дела, и полагает необходимым направить на новое рассмотрение Дело в части действий АО «Водоканал Ростова-на-Дону» при проведении Конкурса, при этом при повторном

рассмотрении Дела Ростовскому УФАС России следует учесть следующее.

Пунктами 1, 2 и 4 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлены запреты на осуществление организатором обязательных процедур, конкурентных закупок или заказчиком действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, включая запреты на координацию деятельности участников, создание преимущественных условий участия для отдельных ее участников (в том числе посредством открытия доступа к информации), нарушение порядка определения победителя.

По смыслу указанных норм не допускаются к участию в обязательных процедурах, конкурентных закупках организатор, заказчик, работники организатора или заказчика, а также иные лица, которым организатор или заказчик имеют фактическую возможность давать обязательные для исполнения указания или иным образом определять их действия. Осуществление фактического контроля возможно вне зависимости от наличия (отсутствия) формально-юридических признаков связанности (например, через родство или свойство с лицами, входящими в состав органов управления участника, прямое или опосредованное участие в капитале либо в управлении).

Аналогичная позиция отражена также в пункте 40 Пленума № 2.

С учетом изложенного, Ростовскому УФАС России необходимо дополнительно исследовать обстоятельства Дела на предмет наличия (отсутствия) причинно-следственной связи между действиями Заказчика при проведении Конкурса и возможными (наступившими) последствиями в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции на товарном рынке электрической энергии и мощности, в частности, о возможности создания участнику Конкурса преимущественных условий участия в торгах в том числе путем доступа к информации.

По мнению Апелляционной коллегии, в части квалификации действий АО «Водоканал Ростова-на-Дону», ООО «ЭнергоЭффект», ООО «ЭнергоЭффективность» по пункту 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции Ростовским УФАС России не установлена согласованность, взаимосвязанность и обусловленность действий ответчиков по Делу по заключению ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело или могло привести к ограничению конкуренции на соответствующем товарном рынке.

С учетом изложенного, в связи с недоказанностью вменяемых составов нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Ростовским УФАС России действиях ответчиков по Делу Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Решение и Предписание нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм 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 или изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

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

РЕШИЛА:

1. Отменить решение и предписание Ростовского УФАС России от 19.12.2023 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/17-2442/2022;

2. Направить материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/17-2442/2022 на новое рассмотрение в Ростовское УФАС России.

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.