

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «27» сентября 2017

Полный текст решения изготовлен «4» октября 2017

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

рассмотрев на заседании Коллегии ФАС России жалобу ООО «Управляющая Компания «Трансюжстрой» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области от 21.06.2017 № 03-0/03-2017,

в присутствии:

представителя ООО «Управляющая Компания «Трансюжстрой» — <...>;

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы, размещено 11.09.2017 информации на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступила жалоба ООО УК «Трансюжстрой» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области (далее — решение Курского УФАС России) от 21.06.2017 по делу № 03-05/03-2017 на наличие нарушения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Оспариваемым решением Курского УФАС России АО «Инжиниринговая компания «АСЭ» в лице Курского филиала «Дирекция Генерального подрядчика на Курской атомной станции-2», ООО Управляющая компания «Трансюжстрой» признаны нарушившими часть 4 статьи 11

Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) путем заключения и участия в устном соглашении о выполнении группой лиц ООО УК «ТЮС», ООО «ТЮС-Путь», ООО «ТЮС-СМП-608» строительных работ на Курской АЭС-2 Энергоблока №1 и 2, Внешние железнодорожные пути (03UZE 04UZE) без предварительного проведения АО ИК «АСЭ» (в лице Курского филиала) конкурентных процедур, предусмотренных частью 2 статьи 1, статьей 3 Федерального закона, от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - ФЗ «О закупках»), Единым отраслевым стандартом закупок (Положением о закупке) Госкорпорации «Росатом».

В ходе рассмотрения жалобы Коллегией установлено следующее.

В Курское УФАС России поступило заявление управления Федеральной службы безопасности Российской Федерации по Курской области (далее - УФСБ России по Курской области) о признаках нарушения антимонопольного законодательства со стороны АО Инжиниринговая компания «АСЭ» в лице Курского филиала «Дирекция Генерального подрядчика на Курской атомной станции-2 (далее Курский филиал АО ИК «АСЭ») и ООО Управляющая компания «Трансюжстрой» (далее ООО УК «ТЮС»).

По информации, представленной ГК «Росатом» АО ИК «АСЭ» является генеральным подрядчиком на строительстве Курской АЭС-2.

Между АО ИК «АСЭ» (подрядчик) в лице Курского филиала и ООО УК «ТЮС» (субподрядчик) заключен договор субподряда № 40/87/103-14 от 03.08.2014 «Подготовительный период строительства энергоблоков № 1, № 2 Курской АЭС-2. Подъездной железнодорожный путь с мостом через р.Сейм» на сумму 898,7 млн. руб.

Для выполнения работ по указанному договору ООО УК «ТЮС» по договорам субподряда привлечены дочерние организации ООО «ТЮС-Путь» и ООО «ТЮС-СМП-608» (100 % уставного капитала принадлежит ООО УК «ТЮС»).

Договором № 40/87/103-14 от 03.08.2014 в числе прочих работ предусмотрены работы по монтажу железобетонных балок пролетных строений железнодорожного моста, которые производятся железнодорожным краном ГПК-130У. Доставка данного крана к месту проведения работ осуществляется по железнодорожным путям.

Из имеющихся материалов дела установлено, что при проведении комиссионного обследования существующих железнодорожных путей следования крана к месту производства работ было выявлено наличие

аварийного (дефектного) участка пути (пояснения ООО «ТЮС-Путь» вх. №354 от 01.02.2017г., вх.№404 от 03.02.2017г.).

При этом данный участок железнодорожного пути не был отражен в технической документации к договору №40/87/103-14 от 03.08.2014г., следовательно, не входил в состав работ, предусмотренных данным договором (пояснения Курского филиала АО ИК «АСЭ» вх.№262 от 25.01.2017г., вх.№2034 от 19.05.2017г.).

Выполнение ремонтных работ на аварийном участке железнодорожных путей, АО ИК «АСЭ» было поручено ООО УК «ТЮС» и его дочерним организациям без проведения предусмотренных действующим законодательством и ЕОСЗ конкурентных процедур.

Данный факт установлен на основе следующих доказательств.

В апреле 2016 года ООО УК «ТЮС» письмом исх.№101-02-1076 от 18.04.2016г. уведомило Курский филиал АО ИК «АСЭ» о наличии аварийного участка пути и сообщило, что готово выполнить ремонтные работы на данном участке в апреле-мае 2016 года. Организация просила принять решение о включении ремонтных работ в дополнительное соглашение и определить источник финансирования.

В мае 2016 года ООО УК «ТЮС» уведомило Курский филиал ООО ИК «АСЭ» о том, что приступает к работам по ремонту аварийного участка пути.

Фактически ремонтные работы дефектного участка путей, в который входят пути №№14,28,44 и стрелочные переводы №№9,65,13а,81,38,70, предусмотренные техническим заданием по лоту №106 «Курская АЭС-2. Энергоблоки №1 и 2. Внешние железнодорожные пути (03УZE, 04УZE)» и ППР-02-002-2016 начаты ООО УК «ТЮС», ООО «ТЮС-Путь» и ООО «ТЮС-СМП-608» в мае 2016 года.

Также в материалах дела имеются акты освидетельствования скрытых работ, отражающие осмотр работ, произведенных ООО «ТЮС-СМП-608» и ООО «ТЮС-Путь», доказывающие выполнение работ на аварийном участке путей, отражающие осмотр работ, произведенных ООО «ТЮС-СМП-608» и ООО «ТЮС-Путь», в том числе и в июле 2016 года.

Таким образом, установлено, что ремонтные работы на аварийном участке путей, ограниченном координатами СП-13А ПК 37+04 – СП-71 ПК 48+34,6, были начаты и выполнялись ООО «УК «ТЮС» и его дочерними компаниями без проведения предусмотренных действующим законодательством конкурентных процедур, с ведома и согласия Курского филиала АО ИК «АСЭ» с мая 2016 года.

В июле 2016 года, т.е. после начала указанных ремонтных работ на аварийном участке, Курским филиалом АО ИК «АСЭ» был объявлен открытый конкурс по лоту №106 «Курская АЭС-2. Энергоблоки №1, №2. Внешние железнодорожные пути (03UZE, 04UZE)». Предметом закупки являлось выполнение работ по теме: «Курская АЭС-2. Энергоблоки №1 и №2. Внешние железнодорожные пути (03UZE, 04UZE) (лот №106)». Заказчиком данной закупки выступил Курский филиал АО ИК «АСЭ», организатором закупки - АО ИК «АСЭ».

Извещение о проведении открытого конкурса и конкурсная документация были опубликованы на сайте www.zakupki.gov.ru 20.06.2016г. (реестровый номер закупки №31603793595), начальная (максимальная) цена контракта составила 96 702 866,76 (девять миллионов семьсот две тысячи восемьсот шестьдесят шесть) рублей 76 копеек, включая НДС. Данная закупка признана несостоявшейся, в связи с тем, что для участия в конкурсе не было подано ни одной заявки.

Лот №106 «Курская АЭС-2. Энергоблоки №1, №2. Внешние железнодорожные пути (03UZE, 04UZE)» включает в себя работы на путях и стрелочных переводах, которые уже были частично выполнены и продолжали выполняться ООО УК «ТЮС» и его дочерними организациями.

Закупочная процедура по лоту №106 «Курская АЭС-2. Энергоблоки №1, №2. Внешние железнодорожные пути (03UZE, 04UZE)» была объявлена повторно. Извещение о проведении открытого одноэтапного запроса предложений и закупочная документация были опубликованы на сайте www.zakupki.gov.ru 05.08.2016г. (закупка №31603966507).

Начальная (максимальная) цена договора составила 96 702 866 руб. 76 коп.

На участие в закупке №31603966507 было подано 2 заявки – ООО УК «ТЮС» и ООО «ЖД-Стройгруппа» (протокол № 8916-47-КУР-16-ПВ от 16.08.2016г.).

ООО «ЖД-Стройгруппа» было отказано в допуске к участию в запросе предложений на основании подпункта б) пункта 8.3 раздела 8 Тома 1 Части 2 закупочной документации (протокол №8916-47-КУР-16-ПР от 23.08.2016г.), а именно:

- отсутствует опыт выполнения работ, указанный в требованиях закупочной документации;
- отсутствует достаточное для исполнения договора количество

собственных или арендованных материально-технических ресурсов;

- не представлены копии бухгалтерской (финансовой) отчетности за 6 месяцев 2016 года, оформленные в соответствии с требованиями и порядком, предусмотренными закупочной документацией.

По результатам закупки №31603966507 с ООО УК «ТЮС» заключен договор №40/17198-Д от 14.09.2016г. на сумму 96 702 866 руб. 76 коп.

Таким образом, договор на выполнение в т.ч. и ремонтных работ на аварийном участке путей с ООО УК «ТЮС» был заключен 14.09.2016г., а работы, которые входят в перечень видов работ по данному договору, были начаты дочерними организациями ООО УК «ТЮС» и выполнялись ранее – с мая 2016 года.

Проведение АО «ИК «АСЭ» закупочной процедуры на выполнение указанных работ носило фактически формальный характер, поскольку работы уже были начаты и частично выполнены группой лиц ООО УК «ТЮС», вследствие чего реальная возможность состязательности иных хозяйствующих субъектов за право выполнения работ отсутствовала. Единственный участник, реально принявший участие в закупке и заинтересованный в заключении договора – это ООО УК «ТЮС», уже выполнившее эти работы.

Коллегия, в рамках рассмотрения жалобы приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 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 соответствии с разъяснениями 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.

В качестве доказательств заключения антиконкурентного соглашения Курским УФАС исследованы следующие факты:

1. Заявление ООО ИК «АСЭ» о заключении соглашения с ООО УК «ТЮС».
2. Переписка между Курским филиалом и ООО «УК «ТЮС» о выполнении

указанных работ, факт предоставления соответствующего строительного участка, разработка проекта производства работ, наличие актов выполненных работ, показания работников, предоставленные УФСБ России по Курской области, т.е. доказательства, которые свидетельствуют о начале работ в мае 2016 года, тогда как договор по итогам конкурсной процедуры на выполнение в том числе этих работ был заключен значительно позже, в сентябре 2016 года.

Кроме того, обширная правоприменительная практика подтверждает выводы Курского УФАС России.

В постановлении Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2017 № А35-7804/2016 подтвержден вывод решения комиссии УФАС по Курской области по делу № 02/08-61-2016 от 03.08.2016 в частности, о том, что «... последующее проведение торгов на производство уже выполненных работ вводит в заблуждение потенциальных участников торгов (непонятна цель их проведения – найти наиболее выгодного участника либо оформление расчета с лицом, которое выполнило эти работы) и способно привести к ограничению конкуренции на соответствующем товарном рынке».

Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа в Постановлении по делу № А10-2722/2016 от 18.04.2017 (решение Бурятского УФАС 08.04.2016 №05-11/20-2015) указал: «Суды также правильно признали, что соглашение было достигнуто и это привело к ограничению конкуренции на рынке услуг по строительству, реконструкции, капитальному ремонту тепловых сетей в г. Улан-Удэ; возможность для индивидуального предпринимателя «Ш» осуществить работы самостоятельно, до проведения закупочных процедур в целях определения подрядной организации, в связи с участием в незаконном соглашении, привела к невозможности осуществления этих работ иными участниками товарного рынка; названное свидетельствует о том, что соглашение повлияло на общие условия обращения товара на данном товарном рынке»;

ФАС Западно-Сибирского округа в Постановлении по делу № А45-3584/2011 от 15.11.2011 (решение Новосибирского УФАС России № 02-01-59-10-10 от 25.02.2011) пришел к выводу о том, что, поскольку общество-подрядчик располагало сведениями о предстоящем проведении закупочной процедуры до опубликования извещения и начало проводить соответствующие работы, эти работы являются невыполнимыми для иных лиц, претендующих на заключение государственного контракта. Суд указал, что, поскольку общество располагало документацией для реконструкции объекта, предоставленной заранее заказчиком, это

подтверждает факт устного соглашения между сторонами, что является нарушением антимонопольного законодательства. Результатом соглашения явилась ситуация, при которой обществу предоставлены преимущественные условия для проведения работ, для участия в конкурсе и заключения государственного контракта, что сделало доступ иных хозяйствующих субъектов к названной деятельности невозможным, что приводит к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

ФАС Уральского округа в Постановлениях по делам № А71-9200/2012 от 18.07.2013 (решение Удмуртского УФАС России № СЮ 06-06/2011-52 от 15.05.2012) № А50-16779/10 от 05.04.2011 (решение Пермского УФАС России № 215-10-а от 03.06.2010), № А71-7292/2010 от 28.08.2011 (решение Удмуртского УФАС России от 27.04.2010 № СЮ 06-06/2010-6) указал, что проведение конкурентных процедур по отбору подрядчика для выполнения работ, которые уже начаты и частично выполнены определенным подрядчиком, с которым заказчик заключил антиконкурентное соглашение, приводят к ограничению конкуренции в виде невозможности доступа иных лиц к выполнению указанных работ.

Таким образом, в практике антимонопольных органов и судов сложилась позиция о правильности квалификации действий организаторов торгов (заказчиков) и участников по организации и проведению фиктивных торгов, предмет которых уже исполнен или исполняется участником торгов, как действий по реализации антимонопольного соглашения, поскольку такие действия приводят к невозможности осуществления этих работ иными участниками рынка, что ограничивает доступ хозяйствующего субъекта на рынок и влияет на общие условия обращения товара на товарном рынке.

При этом Коллегия отмечает, что ООО «УК Трансюжстрой» не является участником товарного рынка строительства и модернизации атомных электростанций на территории Российской Федерации (подтверждается аналитическим отчетом от 12.05.2017), не имеет соответствующей государственной лицензии для выполнения соответствующих работ.

Коллегия приходит к выводу, что Комиссией Курского УФАС России не верно определены границы товарного рынка, на котором достигнуто антиконкурентное соглашение. Комиссией следовало учитывать при определении границ товарного рынка только работы на аварийном участке путей, которые были выполнены без проведения торгов и в последующем включены в состав закупки №31603966507, в частности работы на участках ремонта путей: № 14, 28, 44; стрелочных переводов № 9, 65, 13а, 81, 38, 70. Именно при исполнении указанных работ был

ограничена конкуренция, так как не были проведены надлежащие закупочные процедуры.

Исходя из изложенного, Коллегия пришла к выводу что предмет антиконкурентного соглашения установлен Комиссией Курского УФАС России верно, а границы товарного рынка должны быть ограничены объемами работ, исполненными на участках ремонта путей: № 14, 28, 44; стрелочных переводов № 9, 65, 13а, 81, 38, 70. Данное обстоятельство необходимо также учитывать при применении административного наказания, принимая во внимание выручку полученную при выполнении непосредственно указанных работ.

Вместе с тем, Коллегия исходит из того, на конкурентных рынках заключение и реализация такого соглашения не могут не влиять негативно на состояние конкуренции. Учитывая, что неточности при установлении предмета соглашения, допущенные Курским УФАС России не ухудшают положение заявителя жалобы и не повлияли на квалификацию содеянного правонарушения, Коллегия пришла к выводу, что решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области от 21.06.2017 № 03-05/03-2017 отмене не подлежит. При этом в таком случае применимы выводы Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, сформулированные в постановлении от 29.11.2011 № 8799/11 по делу № А 66-7056/2010, а также в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.04.2011 № 14686/10 в отношении торгов, а именно: когда требуется проведение торгов, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги .

Таким образом, решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области от 21.06.2017 № 03-05/03-2017 принято с учетом требований Закона о защите конкуренции, соответствует практике его применения, не нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами.

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

РЕШИЛА:

Оставить жалобу ООО «Управляющая Компания «Трансюжстрой» на

решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Курской области от 21.06.2017 № 03-05/03-2017 без удовлетворения.