

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «20» февраля 2020 г.

Решение в полном объеме изготовлено «28» февраля 2020 г.

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

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «Новатор» на решение и предписание Московского УФАС России от 05.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-1573/2019, в присутствии представителей: от АО «Новатор» - "<...>" (по доверенности), "<...>" (по доверенности), от Московского УФАС России: "<...>" - заместителя начальника отдела антимонопольного контроля финансовых и товарных рынков Московского УФАС России,

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 16.01.2020 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

в Апелляционную коллегия в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «Новатор» (далее – Заявитель) (вх. № 779/20 от 09.01.2020) на решение и предписание Московского УФАС России (далее также — антимонопольный орган) от 05.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-1573/2019 (далее — жалоба).

Оспариваемым решением Московского УФАС России АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» признаны нарушившими требования пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на 2 аукционах в электронной форме с реестровыми №№ 0373100087417000046 и 0373100087417000083.

Комиссией Московского УФАС России АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» выданы предписания от 05.12.2019 о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства, а также о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Заявитель жалобы с решением и предписанием Московского УФАС России не согласен, считает, что указанные акты нарушают единообразие практики применения антимонопольного законодательства, просит решение и предписание отменить. Доводы Заявителя изложены в жалобе и сводятся к тому, что по спорным аукционам в материалах дела отсутствуют, как прямые, так и косвенные доказательства наличия антиконкурентного соглашения.

В ходе рассмотрения жалобы АО «Новатор» Апелляционная коллегия установила следующее.

В Московское УФАС России поступило заявление ООО «КДК СТРОЙ» (вх. №28064-ЭП/18 от 04.06.2018), направленное также ФАС России письмом от 15.06.2018 исх. №РП/44287/18 (вх. №30870-ЭП/18 от 19.06.2018), содержащее информацию о возможных признаках нарушения Закона о защите конкуренции в ходе проведения ФГБУ «Федеральный Институт Промышленной Собственности» торгов с реестровым №0373100087417000083.

Кроме того, Московским УФАС России были проанализированы сведения, представленные оператором электронной торговой площадки АО «Единая электронная торговая площадка».

По итогам анализа вышеуказанной информации были установлены признаки нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в действиях АО «Новатор», ООО «В.А.П.», ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС» в ходе электронного аукциона с реестровым № 0373100087417000083 и приказом Московского УФАС России от 12.04.2019 № 75 было возбуждено дело № 077/01/11-1573/2019 о нарушении антимонопольного законодательства (далее - Дело) в отношении АО «Новатор», ООО «В.А.П.», ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС».

Вместе с тем в ходе рассмотрения дела № 077/01/11-1573/2019 Комиссией Московского УФАС России были также выявлены признаки нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в действиях АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» при участии в электронном аукционе с реестровым № 0373100087417000046.

Как следует из решения по Делу, на сайте zakupki.gov.ru 31.05.2017 и 15.10.2017 ФГБУ «Федеральный институт промышленной собственности» были опубликованы 2 аукциона в электронной форме с реестровыми №№ 0373100087417000046 и 0373100087417000083, предметами которых являлись:

- ремонт спортивного зала;
- ремонт входной группы и лифтовых холлов по адресу: г. Москва, Бережковская наб., д 24, стр.12.

В аукционе с реестровым № 0373100087417000046 приняли участие АО «Новатор» и ООО «В.А.П.», в аукционе с реестровым № 0373100087417000083 - АО «Новатор», ООО «В.А.П.», ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС».

Общая начальная максимальная цена контрактов (далее - НМЦК) составила 13 270 594,98 руб.

В решении Московского УФАС России установлено следующее.

Наименование участника	Предложение о цене	Снижение	Дата и время подачи заявок	Наименование файла в составе заявки	Дата и время создания файла заявки	Наименование учетной записи	Дата и время изменения файла заявки	Наименование учетной записи
Аукцион № 0373100087417000046, дата проведения — 13.06.2017, НМЦК 2 775 726,98 Победитель АО «Новатор»								
АО «Новатор»	2761848,35	0,5%	07.06.2017 12:38:39	Форма-2	06.06.2017 08:52:00	"<...>"	07.06.2017 04:53:00	Ольга Громова
ООО «В.А.П.»	2761848,35	0,5%	07.06.2017 08:11:00	Форма-2	06.06.2017 08:52:00	"<...>"	06.06.2017 08:52:00	vera
Аукцион № 0373100087417000083, дата проведения — 07.11.2017, НМЦК 10 494 868,00								

Победитель ООО «В.А.П.»								
ООО «В.А.П.»	10022598,64	4,5%	30.10.2017 10:09	Форма-2	27.10.2017 13:48:00	"<...>"	27.10.2017 13:49:00	Солодовников Андрей
АО «Новатор»	10022598,94	4,5%	30.10.2017 15:42	Форма-2	30.10.2017 09:42:00	"<...>"	30.10.2017 10:27:00	Солодовников Андрей
ООО «Строй-Сити»	Не подавало		30.10.2017 21:22	Форма-2	27.10.2017 13:50:00	"<...>"	30.10.2017 15:24:00	admin
ООО «Асус»	Не подавало		30.10.2017 21:36	Форма-2	26.10.2017 17:13:00	"<...>"	30.10.2017 18:12:00	-

Доказательства заключения и участия в соглашении:

- АО «Новатор» и ООО «В.А.П.», подав в ходе аукционов с реестровыми №№ 0373100087417000046 и 0373100087417000083 по одному одинаковому ценовому предложению отказывались от дальнейшей конкурентной борьбы друг с другом. В результате снижение по рассматриваемым аукционам составило 0,5% и 4,5 % от НМЦК. При этом ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС» в ходе участия в аукционе с реестровым № 0373100087417000083 отказались от подачи ценовых предложений;
- подача заявок осуществлялась в один день с разницей во времени от 4 до 11 часов, при том, что для подачи заявок в аукционе № 0373100087417000046 заказчиком предоставлялось 14 дней, а в аукционе №0373100087417000083 — 22 дня;
- идентичное содержание файлов заявок, а именно «Форма-2» в части предлагаемых для осуществления ремонтных работ материалов и их характеристик, при том, что заказчиком указанные сведения не стандартизированы и конкретные показатели не предусмотрены;
- совпадение свойств файлов первых частей заявок, подаваемых ответчиками для участия в аукционах.

При этом, как указано в решении и подтверждено материалами Дела, фактов, указывающих на наличие признаков заключения картельного соглашения ООО «В.А.П.» и АО «Новатор» с ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС», в том числе использование единых учетных записей, не установлено. Также в результате проведенного анализа участия указанных обществ в торгах за период с 01.01.2016 по 14.11.2019 фактов совместного участия ООО «В.А.П.» и АО «Новатор» с ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС» Комиссией Московского УФАС России не установлено.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России в решении по Делу пришла к выводу, что доказательств, указывающих на заключение ООО «В.А.П.» и АО «Новатор» с ООО «СТРОЙ-СИТИ» и ООО «АСУС» ограничивающих конкуренцию картельных соглашений, запрет на которые установлен пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, Комиссией не установлено.

Вместе с тем Комиссией Московского УФАС России в решении по Делу отражено, что анализ банковской документации ООО «В.А.П.» показал наличие устойчивых финансово-хозяйственных взаимосвязей между АО «Новатор» и ООО «В.А.П.».

Кроме того, в решении Московского УФАС России установлено, что в рамках исполнения ООО «В.А.П.» государственного контракта № 03-17-1564-30/39 от 25.12.2017, заключенного по итогам проведения рассматриваемого аукциона с реестровым №0373100087417000083, ООО «В.А.П.» заключило с АО «Новатор» договор субподряда №29/12-17 от 29.12.2017 на сумму 10 022 598,94 руб., предметом которого являлись работы, связанные с ремонтом

входной группы и лифтовых холлов по адресу: Бережковская наб., д 24, стр.12.

Комиссией Московского УФАС России были также проанализированы иные аукционы за период с 01.01.2016 по 31.12.2017, в которых принимали активное участие помимо ООО «В.А.П» и АО «Новатор» различные по составу участников хозяйствующие субъекты и установлено, что в указанных аукционах общество подавало ценовые предложения значительно ниже начальных максимальных цен контрактов (снижение НМЦК в аукционах в таких случаях составляет от 19% до 72%).

На основании изложенных доказательств Московским УФАС России было принято обжалуемое решение и выданы предписания ответчикам по Делу.

По результатам рассмотрения жалобы АО «Новатор» на решение и предписание Московского УФАС России от 05.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-1573/2019, Апелляционная коллегия установила следующее.

Пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещается заключение соглашений (картелей) между хозяйствующими субъектами-конкурентами, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции определено, что под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Согласно правовой позиции, приведенной в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10 у антимонопольного органа отсутствует необходимость доказывания фактического исполнения участниками условий соглашения, поскольку нарушение в виде заключения антиконкурентного соглашения состоит в достижении договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции последствиям. Доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципа разумности и обоснованности.

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 антиконкурентного соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

Кроме того, 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 (далее - Разъяснение Президиума ФАС России №3), факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств. В качестве доказательств могут использоваться документы и материалы, полученные с соблюдением требований к порядку и оформлению их получения.

Указанная позиция также находит отражение в Постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016, где суд указал, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

Как следует из Решения Московского УФАС России и материалов дела, факт заключения устного картельного соглашения между АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» при участии в аукционах с реестровыми №№ 0373100087417000046, 0373100087417000083 подтверждается следующими доказательствами:

- поведение АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» в ходе аукционов, выражающееся в подаче по одному ценовому предложению и отказе от дальнейшей конкурентной борьбы;
- минимальное снижение НМЦК (0,5% и 4,5%);
- подача заявок на участие в указанных аукционах с минимальной разницей во времени;
- идентичное содержание файлов заявок;
- совпадение свойств файлов первых частей заявок в аукционе с реестровым № 0373100087417000046, а также использование единых учетных записей при создании и изменении файлов заявок в аукционе с реестровым № 0373100087417000083;
- наличие устойчивых финансово-хозяйственных взаимосвязей;
- наличие между указанными обществами договора подряда по исполнению государственного контракта, заключенного по итогам проведения аукциона № 0373100087417000083;
- фактическая реализация хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения (картеля), выразившаяся в поддержании цен на торгах.

По мнению Апелляционной коллегии, указанная совокупность доказательств в том числе при наличии факта заключения договора подряда между АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» по исполнению государственного контракта, заключенного по итогам проведения аукциона, является необходимой и достаточной для установления в действиях АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, что выразилось в заключении устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цены на аукционе с реестровым № 0373100087417000083.

При этом Апелляционная коллегия отмечает, что материалы Дела не содержат достаточной совокупности доказательств заключения и участия АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» в соглашении, реализация которого могла привести к поддержанию цены на аукционе с реестровым № 0373100087417000046.

Кроме того, выводы, к которым пришло Московское УФАС России при рассмотрении Дела в части признания нарушения при участии в аукционе с реестровым № 0373100087417000083 со стороны АО «Новатор» и ООО «В.А.П.», подтверждаются практикой применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, а также указанные выводы поддерживаются судами.

Аналогичный подход к доказыванию картеля на торгах, а именно оценки косвенных доказательств по делу в совокупности, применен в решении Апелляционной коллегии ФАС России от 14.11.2017 по жалобе АО «Мелиострой» на решение Свердловского УФАС России от 14.07.2017 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 06-04/22 (выводы данного решения подтверждены арбитражными судами по делу № А60-46349/2017); решении Иркутского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства от 24.02.2015 № 63 (выводы данного решения подтверждены арбитражными судами по делу № А19-2590/2016 вплоть до Верховного Суда Российской Федерации).

В решении Алтайского краевого УФАС России от 31.08.2017 по делу № 3-А/17 проанализирована следующая совокупность косвенных доказательств антиконкурентного соглашения: одновременное использование участниками аукционов одних и тех же IP-адресов при подаче заявок и участии в электронных торгах; наличие между ними устойчивых связей (характер которых исключает их юридическую подконтрольность одному лицу); использование определенной модели поведения на торгах (при совместном участии в торгах и отсутствии иных участников создавали видимость конкурентной борьбы, минимально снижая начальную цену контракта до 0,5 %, что не является типичным для них при участии в аукционах иных участников, где ими применялась иная модель поведения); взаимное получение экономической выгоды при заключении контрактов по наиболее высокой цене. Решение Алтайского краевого УФАС России поддержано судами, признано законным и обоснованным в рамках дела № А02-1841/2017. При этом суды для констатации антиконкурентного соглашения проанализировали косвенные доказательства, не обременяя процесс доказывания обязательным поиском прямого доказательства.

Таким образом, решение Московского УФАС России подлежит изменению в части установления факта заключения устного картельного соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, реализация которого могла привести к поддержанию цен на аукционе с реестровым № 0373100087417000083; исключения признания АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на аукционе с реестровым номером № 0373100087417000046.

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 частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

изменить решение Московского УФАС России от 05.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 077/01/11-1573/2019, изложив пункт 1 в следующей редакции:

«1. Признать АО «Новатор» и ООО «В.А.П.» нарушившими требования пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного картельного соглашения, реализация которого могла привести к поддержанию цен на аукционе в электронной форме с реестровым номером № 0373100087417000083».

"<...>"

"<...>"

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.