

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «19» ноября 2021 года.

В полном объеме решение изготовлено «26» ноября 2021 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: «<...>»; «<...>»,

в присутствии (по видео-конференц-связи): от АО «Гидроремонт-ВКК»: «<...>» (по доверенности); ООО «Строительная компания Строй Лайн»: «<...>» (по доверенности); от Хакасского УФАС России: «<...>»; АО «Федеральная гидрогенерирующая компания-РусГидро» надлежащим образом уведомлено о рассмотрении, представителей для участия в заседании не заявило,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «Гидроремонт-ВКК» на решение Хакасского УФАС России от 16.08.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 019/01/11-105/2021 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) поступили жалоба АО «Гидроремонт-ВКК» (далее соответственно — Жалоба, Заявитель) на решение Хакасского УФАС России от 16.08.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 019/01/11-105/2021 (далее — Решение, Дело).

Решением по Делу ООО СК «Стройлайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем заключения и реализации соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, которое привело к поддержанию цен на торгах (открытый конкурс в электронной форме № 31806621281 на право заключения договора

на выполнение работ по ремонту и антикоррозийной защите гидромеханического оборудования для нужд филиала ПАО «РусГидро» – «Новосибирская ГЭС» (лот № 1-Рем-2018-НовГЭС)).

Заявитель с вынесенным решением Хакасского УФАС России не согласен и просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в Жалобе, в частности, Заявитель АО «Гидроремонт-ВКК» считает, что косвенные доказательства, установленные Хакасским УФАС России, не свидетельствуют о заключении ограничивающего конкуренцию соглашения между ООО Строительная компания «Стройлайн» и АО «Гидроремонт-ВКК».

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее.

В соответствии с Приказом Хакасского УФАС России от 05.02.2021 № 8 в отношении ООО Строительная компания «Стройлайн», АО «ГИДРОРЕМОНТ-ВКК» возбуждено дело по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в поддержании цен на торгах (открытый конкурс в электронной форме 31806621281 на право заключения договора на выполнение работ по ремонту и антикоррозийной защите гидромеханического оборудования для нужд филиала ПАО «РусГидро» – «Новосибирская ГЭС» (лот № 1-Рем-2018-НовГЭС)).

В рамках рассмотрения Дела Хакасским УФАС России установлено следующее.

19.06.2018 организатором конкурса (ПАО «РусГидро»), действующим на основании агентского договора по организации и проведению конкурентных закупочных процедур, заключенного между АО «РГС» и ПАО «РусГидро» размещено извещение № 31806621281 о проведении открытого конкурса в электронной форме.

Начальная (максимальная) цена договора 58 240 830 рублей 88 копеек.

В соответствии с протоколом заседания закупочной комиссии от 17.08.2018 поступило всего 4 заявки: заявки ООО «Орион», ООО «Центрстрой» отклонены; заявки АО «Гидроремонт-ВКК», ООО СК «СтройЛайн» признаны соответствующими условиям документации о закупке и приняты к дальнейшему рассмотрению.

Участники закупки – ООО СК «СтройЛайн», АО «Гидроремонт-ВКК» допущены к участию в переторжке заявки. Шаг переторжки: 0,1 - 5 % от начальной (максимальной) цены договора без учета НДС. Переторжка назначена на 12:00 (мск) 23.08.2018.

23.08.2018 АО «Гидроремонт-ВКК» при переторжке заявки улучшило свое ценовое предложение на 0,1 % и было признано победителем закупки (протокол Закупочной комиссии от 08.10.2018).

Согласно протоколу о результатах преддоговорных переговоров по итогам проведенной закупки способом открытый одноэтапный конкурс в электронной форме на право заключения договора «Ремонт и антикоррозийная защита гидромеханического оборудования» (лот № 1-Рем-2018-НовГЭС) от 03.12.2018 ПАО «Русгидро» и АО «ГИДРОРЕМОНТ-ВКК» достигли следующих договоренностей, которые учтены в договоре, право на заключение которого является предметом закупки: стоимость заявки АО «ГИДРОРЕМОНТ-ВКК» на право заключения договора «Ремонт и антикоррозийная защита гидромеханического оборудования» составила 48 717 823,00 рублей без учета НДС.

По результатам открытого одноэтапного конкурса, проведенного в электронной форме, между ПАО «Русгидро» и АО «ГИДРОРЕМОНТ-ВКК» 17.12.2018 заключен договор № 1-РЕМ-2018 «Ремонт и антикоррозийная защита гидромеханического оборудования».

Из решения Хакасского УФАС России следует, что в результате телефонных переговоров должностных лиц участников закупки № 31806621281 - «<...>» и «<...>» была достигнута договоренность о поведении ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» при проведении переторжки при участии в открытом конкурсе, что подтверждается материалами уголовного дела, поступившими в Хакасское УФАС России письмом СУ МВД России по Республике Хакасия от 28.03.2020 исх. № 34/0095.

По мнению Хакасского УФАС России, договоренность состояла в том, что ООО «СК «СтройЛайн» при проведении переторжки не снижает ранее поданную цену своего предложения, что позволяет АО «Гидроремонт-ВКК» без риска проигрыша в закупке снизить цену своего предложения на минимальный шаг переторжки и победить в закупке с максимально возможной ценой.

В решении по делу также отражено, что ответчики не привели доводы, свидетельствующие о наличии разумных экономических и (или) обусловленных законодательством (в том числе отраслевым регулированием) причин в достижении соответствующих договоренностей между участниками рассматриваемого антиконкурентного соглашения.

По мнению Хакасского УФАС России, применение выработанной стратегии повлекло извлечение выгоды из картеля его участниками (АО «Гидроремонт-ВКК» признано победителем по цене, наиболее приближенной к начальной (максимальной) цене контракта, с ним заключен контракт).

В рамках рассмотрения Дела Хакасским УФАС России установлена совокупность косвенных доказательств, указывающая на заключение и реализацию ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» антиконкурентного соглашения при участии в Аукционах, в частности, единая стратегия поведения участников соглашения, выводы эксперта, указанные в заключении эксперта Экспертно-криминалистического центра

МВД по Республике Хакассия № 4/156 от 03.07.2020.

На основании изложенного, Хакасское УФАС России пришло к выводу о наличии в действиях ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» факта нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

По результатам рассмотрения Жалобы Заявителя на решение Хакасского УФАС России от 16.08.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 019/01/11-105/2021 Апелляционная коллегия установила следующее.

Согласно пункту 2 части 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, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Согласно пункту 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция — соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Признаки ограничения конкуренции определены в пункте 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции. В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции, соглашение — это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме. Следовательно, при квалификации тех или иных действий хозяйствующих субъектов в качестве соглашения, обязательным является наличие и доказанность волеизъявления всех сторон соглашения.

Для установления факта заключения антиконкурентного соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу необходимо доказать совокупность следующих обстоятельств: факт достижения (заключения) хозяйствующими субъектами-конкурентами соглашения, наличие последствий в виде снижения, поддержания или повышения цены на торгах либо возможность их наступления.

При отсутствии одного из необходимых элементов состава правонарушения, предусмотренного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, квалификация действий лица по делу о нарушении антимонопольного законодательства в качестве нарушения запрета на заключение антиконкурентного соглашения на торгах, которое привело к поддержанию цены, является незаконной.

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.

Также согласно пункту 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», ограничение конкуренции картелем в случаях, упомянутых в пунктах 1 - 5 части 1 статьи 11 Закона, в силу закона предполагается.

Вместе с тем, указанное не означает отсутствие необходимости доказывания наличия антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами.

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.

Аналогичная позиция отражена в Разъяснениях № 3 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 (далее - Разъяснение Президиума ФАС России № 3), согласно которой факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

Также, например, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 отражено, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

Как следует из Решения Хакасского УФАС России и материалов Дела, факт заключения антиконкурентного соглашения между ООО СК «Стройлайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» при участии в открытом конкурсе установлен лишь на основании анализа фактического поведения ООО СК «Стройлайн» и АО «Гидроремонт-ВКК».

По мнению Хакасского УФАС России, указанными лицами в результате телефонных переговоров была достигнута договоренность о поведении ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» при проведении переторжки при участии в открытом конкурсе, что подтверждается материалами уголовного дела, поступившими в Хакасское УФАС России письмом СУ МВД России по Республике Хакассия от 28.03.2020 исх. № 34/0095, а также выводами эксперта, указанными в заключении эксперта Экспертно-криминалистического центра МВД по Республике Хакассия № 4/156 от 03.07.2020.

Вместе с тем Апелляционная коллегия, проанализировав материалы Дела, не соглашается с выводами Решения Хакасского УФАС России о доказанности достигнутой договоренности ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» о поведении при проведении переторжки при участии в открытом конкурсе на основании следующего.

Установлено, что в материалах Дела имеется заключение экспертизы Экспертно-криминалистического центра МВД по Республике Хакассия, проведенной в рамках уголовного дела, в котором сделан вывод, что в стенограммах телефонных разговоров между «<...>» и «<...>» (должностными лицами ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК») «вероятно» имеется наличие договоренности по поводу совместной переторжки, однако установить условия этой договоренности контекст содержания разговоров не позволяет.

В материалах Дела также имеется заключение специалиста Российского экспертного фонда «ТЕХЭКО» от 28.07.2021 №14237/Ц по результатам лингвистического исследования, в котором указано, что в речевых событиях, зафиксированных в стенограммах аудиозаписей телефонных разговоров от 10.07.2018 и 22.08.2018 отсутствуют лингвистические и психологические признаки договоренности между коммуникантами («<...>» и «<...>»).

Таким образом, Апелляционная коллегия считает, что сделать вывод о наличии (отсутствии) в результате телефонных переговоров достигнутой договоренности о поведении ООО «СК «СтройЛайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» при проведении переторжки не представляется возможным, в том числе ввиду неоднозначности выводов, указанных в заключении эксперта Экспертно-криминалистического центра МВД по Республике Хакассия № 4/156 от 03.07.2020, а также заключении специалиста Российского экспертного фонда «ТЕХЭКО» от 28.07.2021 №14237/Ц.

Апелляционная коллегия отмечает, что содержание приведенных стенограмм, являвшихся предметом экспертных исследований, само по себе однозначно не свидетельствует о заключении антиконкурентного соглашения, предметом которого являлось бы поддержание цен на торгах, в связи с чем указанное доказательство в форме записи переговоров не

может являться прямым доказательством факта нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в рамках рассматриваемого Дела.

По мнению Апелляционной коллегии, необходимая совокупность доказательств, которая могла бы свидетельствовать о наличии антиконкурентного соглашения, в рассматриваемом деле отсутствует. При этом само по себе бездействие одного из участников конкурсной процедуры не может свидетельствовать о заключении антиконкурентного соглашения, запрет на которое установлен пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в отсутствие иных доказательств (прямых или совокупности косвенных доказательств).

С учетом исследования всех обстоятельств по Делу, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что описанная в решении совокупность доказательств не является достаточной для установления в действиях ООО Строительная компания «Стройлайн» и АО «Гидроремонт-ВКК» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в связи с чем решение Хакасского УФАС России от 16.08.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 019/01/11-105/2021 нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

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

РЕШИЛА:

отменить решение Хакасского УФАС России от 16.08.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 019/01/11-105/2021.

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.