РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «17» сентября 2020 года.

В полном объеме решение изготовлено «24» сентября 2020 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 (в том числе по видео-конференц-связи): от <«...»>: <«...»> (по доверенности); от Управления ФСБ по Хабаровскому краю: <«...»>; от Хабаровского УФАС России: <«...»>, <«...»>, <«...»>, <«...»>, <«...»>.

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу <«...»> на решение Хабаровского УФАС России от 10.07.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020 (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) поступила жалоба <«...»> (далее также – Заявитель) на решение Хабаровского УФАС России от 10.07.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020 (далее также соответственно — Решение, Дело).

Решением Хабаровского УФАС России ООО «Хабаровский аграрий» и <«...»> признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем заключения и участия в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах в открытом аукционе по продаже акций АО «Хорское».

<«...»> с вынесенным решением Хабаровского УФАС России по Делу не

согласен, просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в жалобе. В частности, <«...»> указывает, что Хабаровским УФАС России не было учтено, что участие хозяйствующих субъектов в торгах не может быть квалифицировано по пункту 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции только лишь на том основании, что один из участников осуществляет пассивное поведение при проведении торгов, а также не принято во внимание решение Хабаровского УФАС России от 18.09.2019 об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства по результатам рассмотрения заявления Министерства сельского хозяйства, торговли, пищевой и перерабатывающей промышленности Хабаровского края (вх. № 3/6915 от 18.06.2019), нарушено право Заявителя знакомиться с материалами дела и делать выписки из них.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

18.03.2020 в Хабаровское УФАС России поступило обращение Управления ФСБ России по Хабаровскому краю о действиях <«...»> и ООО «Хабаровский аграрий» при участии в открытом аукционе по продаже АО «Хорское», по результатам рассмотрения которого Хабаровским УФАС России было возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020.

В ходе рассмотрения Дела Хабаровским УФАС России установлено следующее.

27.07.2017 КГКУ «Фонд имущества Хабаровского края» в соответствии с Федеральным законом от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», Положением об организации и проведении продажи государственного или муниципального имущества в электронной форме, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 27.08.2012 № 860, Законом Хабаровского края от 23.04.2003 № 115 «О приватизации краевого государственного имущества» был проведен аукцион в электронной форме по продаже акций АО «Хорское», являющихся государственной собственностью Хабаровского края (далее — Аукцион).

В соответствии с размещенным на официальном сайте www.torgi.gov.ru извещением № 300617/0024667/01 о проведении Аукциона (далее — Извещение): предметом Аукциона являлись обыкновенные бездокументарные акции АО «Хорское» в количестве 3 886 110 штук, что составляло 100% уставного капитала указанного общества; начальная цена продажи – 190 000 000 рублей; сумма задатка для участия в Аукционе — 38 000 000 рублей; шаг Аукциона — 1 900 000 рублей.

В соответствии с Извещением Аукцион признается несостоявшимся в следующих случаях: а) не было подано ни одной заявки на участие либо ни один из претендентов не признан участником; б) принято решение о признании только одного претендента участником; в) ни один из участников не сделал предложение о начальной цене акций.

На участие в Аукционе было подано 2 заявки – ООО «Хабаровский аграрий» и <«...»>.

В соответствии с информацией, предоставленной Единой электронной торговой площадкой (далее — ЕЭТП), при проведении Аукциона поступали следующие предложения о цене:

- в 03:01:31 ООО «Хабаровский аграрий» сделало предложение о цене в размере 191 900 000 рублей;

- в 03:29:57 <«...»> сделал предложение о цене в размере 193 800 000 рублей;

- в 03:30:45 ООО «Хабаровский аграрий» сделало предложение о цене в размере 195 700 000 рублей.

Согласно протоколу об итогах Аукциона от 27.07.2017 победителем Аукциона было признано ООО «Хабаровский аграрий» с ценой предложения 195 700 000 рублей, с которым заключен договор купли-продажи от 31.07.2017 № 1232.

По итогам рассмотрения Дела Хабаровское УФАС России пришло к выводу о заключении между <«...»> и ООО «Хабаровский аграрий» (далее также вместе именуемые — Участники Аукциона) антиконкурентного соглашения ввиду следующего:

- в соответствии со сведениями об ООО «Хабаровский аграрий», содержащимися в выписках из Единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ) от 14.07.2017, от 31.07.2017, <«...»> на дату проведения Аукциона являлся директором ООО «Хабаровский аграрий», а также владел 10% уставного капитала указанного общества;

- согласно представленной УМВД России по Хабаровскому краю в ответ на запрос Хабаровского УФАС России от 16.03.2020 № 44/876 информации <«...»> и <«...»> являются родными братьями, проживающими по одному адресу: г. Хабаровск, ул. Николаевская, д. 18;

- в соответствии со сведениями об ООО «Горные ключи», содержащимися в выписках из ЕГРЮЛ от 01.06.2017, от 31.07.2017, <«...»> и <«...»> на момент проведения Аукциона являлись участниками данного общества, владеющими соответственно долями 60% и 40% уставного

капитала общества;

- вход на сайт электронной площадки для подачи заявок на участие в Аукционе осуществлялся Участниками Аукциона с одного IP-адреса, принадлежащего ООО «Горные ключи»;

- Участниками Аукциона была реализовала единая стратегия поведения в части предложений о цене.

Кроме того, Хабаровским УФАС России также было установлено, что сумма задатка для участия в Аукционе <«...»> после проведения Аукциона была перечислена на счет ООО «Хабаровский аграрий».

Так, 20.07.2017 на счет <«...»> были зачислены денежные средства в сумме 38 000 000 рублей, которые затем были перечислены в ЕЭТП в качестве задатка для участия в Аукционе. 10.08.2017 указанная сумма возвращена на счет <«...»> 23.08.2017 по договору займа б/н от 23.08.2017 38 000 000 рублей были перечислены на счет ООО «Хабаровский аграрий».

На основании изложенного, Решением Хабаровского УФАС России ООО «Хабаровский аграрий» и <«...»> признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

По результатам рассмотрения жалобы <«...»> **на решение Хабаровского УФАС России от 10.07.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020 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.

При этом в соответствии с Разъяснением Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденным протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3 (далее — Разъяснение ФАС России № 3), факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

Кроме того, 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.

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».

Апелляционной коллегией установлено, что в материалах Дела имеются и описаны в Решении нижеследующие косвенные доказательства, свидетельствующие о нарушении при участии в Аукционе ООО «Хабаровский аграрий» и <«...»> пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

1. Хабаровское УФАС России, исследовав поведение <«...»> и ООО «Хабаровский аграрий» при проведении Аукциона, установило отсутствие конкурентной борьбы за предмет Аукциона, что выразилось в незначительном повышении начальной максимальной цены предмета Аукциона на 2%-3%, а также в пассивном поведении <«...»>

2. Согласно информации, представленной ЕЭТП, вход на сайт электронной площадки для подачи заявок на участие в Аукционе

осуществлялся Участниками Аукциона с одного IP-адреса: <«...»>, который на дату подачи заявок на Аукцион использовался ООО «Горные ключи», о чем свидетельствует письмо Макрорегионального филиала «Дальний восток» ПАО «Ростелеком» от 13.05.2020 № 08/05/6280/20.

3. Фактический возврат суммы задатка для участия в Аукционе <«...»> победителю Аукциона ООО «Хабаровский аграрий».

4. Устойчивые деловые и родственные связи между <«...»> и <«...»>, являющимся директором ООО «Хабаровский аграрий»: указанные лица являются родными братьями и являются участниками ООО «Горные ключи» с долями владения 40% и 60% уставного капитала соответственно.

Согласно Разъяснению ФАС России от 30.05.2018 № 14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах», утвержденному протоколом Президиума ФАС России от 30.05.2018 № 7 (далее — Разъяснение ФАС России № 14), в случаях, когда регламентированная законодательством процедура проведения торгов предусматривает признание их несостоявшимися при наличии лишь одного участника и не создает оснований для заключения договора с единственным участником, соглашения двух хозяйствующих субъектов о совместном (согласованном) участии в таких торгах не могут быть квалифицированы по пункту 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции только лишь на том основании, что один из участников осуществляет пассивное поведение при проведении торгов или такое пассивное поведение является предметом их договоренности.

Прямым следствием такого соглашения в отсутствие иных доказательств его заключения для целей повышения, снижения или поддержания цен (например, последующий раздел предмета торгов между участниками) является признание торгов состоявшимися и заключение договора, что отвечает правомерным целям и интересам заказчиков (организаторов) торгов и заинтересованного участника и не может противоречить требованиям части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В ходе рассмотрения Дела Хабаровским УФАС России установлено, что <«...»> участвовал в Аукционе с целью приобретения акций АО «Хорское» для последующего использования их в предпринимательских целях.

Указанный вывод Хабаровского УФАС России подтверждается сведениями из ЕГРЮЛ, согласно которым <«...»> 10.07.2018 зарегистрирован Федеральной налоговой службой в качестве индивидуального предпринимателя с основным видом деятельности — выращивание зерновых (кроме риса), зернобобовых культур и семян масличных культур.

В свою очередь, указанный вид деятельности также является основным видом деятельности ООО «Хабаровский аграрий».

Изложенное подтверждает обоснованность признания Хабаровским УФАС России <«...»> и ООО «Хабаровский аграрий» хозяйствующими субъектами-конкурентами.

На основании изложенного, Апелляционной коллегией отклоняется довод Заявителя о том, что Решение не соответствует Разъяснению ФАС России № 14, а также выводам Апелляционной коллегии, указанным в решении коллегиального органа ФАС России от 09.06.2018 по жалобе на решение Астраханского УФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 23-К-03-17, поскольку выводы Решения о наличии антиконкурентного соглашения между <«...»> и ООО «Хабаровский аграрий» основаны не только на установлении факта пассивного поведения <«...»> при участии в Аукционе, а также на совокупности имеющихся в материалах дела и описанных в Решении косвенных доказательствах, свидетельствующих о том, что целью антиконкурентного соглашения являлось не признание Аукциона состоявшимся, а получение преимуществ в осуществлении предпринимательской деятельности.

Апелляционная коллегия отклоняет довод Заявителя о том, что Дело было возбуждено с нарушением Закона о защите конкуренции в связи со следующим.

Исходя из пункта 4 части 9 статьи 44 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе в случае если по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, имеется вступившее в силу решение антимонопольного органа, за исключением случая, если имеется решение антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с отсутствием признаков нарушения антимонопольного законодательства или решение о прекращении рассмотрения дела в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции и заявитель представляет доказательства нарушения антимонопольного законодательства, не известные антимонопольному органу на момент принятия такого решения.

Согласно материалам Дела в обращении Управления ФСБ России по Хабаровскому краю, послужившем основанием для возбуждения Дела, представлены новые доводы и доказательства нарушения антимонопольного законодательства Участниками Аукциона,

неизвестные антимонопольному органу на момент принятия решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства от 18.09.2019 № 9353/1 по результатам рассмотрения заявления Министерства сельского хозяйства, торговли, пищевой и перерабатывающей промышленности Хабаровского края (вх. № 3/6915 от 18.06.2019).

Довод Заявителя о нарушении прав лиц, участвующих в деле, знакомиться с материалами Дела также отклоняется Апелляционной коллегией в связи со следующим.

Вместе с тем согласно материалам Дела обращение Управления ФСБ России по Хабаровскому краю, на основании которого возбуждено Дело, и дополнительные материалы к нему являются служебной тайной и направлены в Хабаровское УФАС России с грифом «для служебного пользования» (далее - «ДСП»), в связи с чем не были представлены Заявителю для ознакомления.

Согласно части 1 статьи 43 Закона о защите конкуренции с момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства лица, участвующие в деле, имеют право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной или устной форме комиссии, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, знакомиться с ходатайствами других лиц, участвующих в деле, возражать против ходатайств, доводов других лиц, участвующих в деле.

В соответствии со статьей 26 Закона о защите конкуренции информация, составляющая коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну и полученная антимонопольным органом при осуществлении своих полномочий, не подлежит разглашению, за исключением случаев, установленных федеральными законами. За разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, работники антимонопольного органа несут гражданско-правовую, административную и уголовную ответственность.

При этом норма части 1 статьи 26 Закона о защите конкуренции является специальной по отношению к общей норме статьи 43 Закона о защите конкуренции и подлежит приоритетному применению. Возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом допускается и частью 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации, в том числе, в целях защиты прав и законных интересов других лиц (постановление ФАС Московского округа от 28.11.2011 по

делу № А40-7263/11-145-84).

Кроме того, Хабаровским УФАС России в порядке статьи 48[1] Закона о защите конкуренции было принято заключение об обстоятельствах Дела от 11.06.2020, которое содержало полную информацию о фактических и иных обстоятельствах Дела, установленных Хабаровским УФАС России.

Апелляционная коллегия также отмечает, что Заявителем в полной мере было реализовано право знакомиться с материалами Дела, не содержащими охраняемую законом служебную тайну, что подтверждается имеющейся в материалах Дела отметкой об ознакомлении 02.07.2020 Заявителя с материалами Дела.

Таким образом, Хабаровским УФАС России в полной мере были обеспечены права лиц, участвующих в Деле, на ознакомление с материалами Дела.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что имеющиеся в материалах Дела документы и сведения, а также выявленная Хабаровским УФАС России совокупность косвенных доказательств свидетельствуют о наличии антиконкурентного соглашения между ООО «Хабаровский аграрий» и <«...»> при участии в Аукционе, что является нарушением пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Исходя из изложенного, решение Хабаровского УФАС России от 10.07.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020 соответствует требованиям Закона о защите конкуренции и не нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

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

РЕШИЛА:

оставить жалобу <«...»> на решение Хабаровского УФАС России от 10.07.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/11-358/2020 без удовлетворения.

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.