

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА № 054/01/11-193/2021

09 сентября 2021

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее- Новосибирское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...>

рассмотрев дело № 054/01/11-193/2021 о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденное по признакам нарушения:

Обществом с ограниченной ответственностью «СофтМолл» (ИНН/КПП 5406975663/540601001, ОГРН: 1175476054819, юридический адрес: 630005, Новосибирская обл., г. Новосибирск, ул. Достоевского, д. 58);

Обществом с ограниченной ответственностью ГРУППА КОМПАНИЙ «НОВЫЕ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИИ» (ИНН/КПП 5406587237/770401001, ОГРН 1155476070078, зарегистрировано по адресу: 119121, г. Москва, ул. Плющиха, д. 53/25, стр.1, этаж 1) (далее – ООО ГК «НОВТЕЛ») запрета, установленного пунктом 2 части 1 статьи 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции» (далее Закон о защите конкуренции), при участии ООО «Спецтехнологии» как третьего лица (заинтересованного лица).

в присутствии представителя ООО «СофтМолл»: <...> (по доверенности);

в присутствии представителя ООО ГК «Новтел»: <...> (по доверенности);

в присутствии представителя заинтересованного лица по делу ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ»: <...> (по доверенности);

в присутствии/отсутствии заявителя УФАС по НСО (уведомлено о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом), руководствуясь статьей 48.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее- ФЗ-135 «О защите конкуренции»)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили материалы УФАС России по Новосибирской области (вх. № 135 ДСП от 10.11.2020).

По результатам предварительного анализа поступившей информации с отношении ООО «СофтМолл» на основании Приказа Новосибирского УФАС России 12 от 05.02.2021 г. была проведена внеплановая выездная проверка.

По результатам рассмотрения вышеназванных материалов, в связи с выявлением в действиях ООО «СофтМолл», ООО ГК «НОВТЕЛ» признаков нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 ФЗ «О защите конкуренции», выразившихся в достижении картельного соглашения, направленного на поддержание цен на торгах, приказом Новосибирского УФАС России N 14 от 10.02.2021 возбуждено настоящее дело.

Определением от 10.02.2021 о назначении дела № 054/01/11-193/2021 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению к участию в рассмотрении дела в качестве ответчиков привлечены: ООО «СофтМолл», ООО ГК «НОВТЕЛ» и ООО «КИБЕРИТ», а рассмотрение дела назначено на 10.03.2021 года в 10-00 часов.

Определением от 10.03.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 09.04.2021 в связи с необходимостью получения дополнительной информации, назначено к рассмотрению на 10-00 часов.

Определением от 09.04.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 11.05.2021 в связи с необходимостью получения дополнительной информации, назначено к рассмотрению на 14-00 часов.

Определением от 11.05.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 27.05.2021 в связи с привлечением к участию в рассмотрении дела № 054/01/11-193/2021 в качестве заинтересованного лица по делу ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ» (ИНН/КПП 5406528425/540601001, ОГРН 1095406011678, юридический адрес: 630091, Новосибирская область, г. Новосибирск, ул. Фрунзе, д. 5, офис 408) -по ходатайству указанного лица, назначено к рассмотрению на 10-00 часов.

Определением от 27.05.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 01.07.2021 в связи с необходимостью получения дополнительной информации, назначено к рассмотрению на 10-00 часов.

Определением от 01.07.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 28.07.2021 в связи с необходимостью получения дополнительной информации, назначено к рассмотрению на 14-00 часов.

Определением от 28.07.2021 рассмотрение дела № 054/01/11-193/2021 отложено на 13.08.2021, в связи с тем, что на рассмотрение дела представители ООО «СофтМолл» не явились. В материалах дела данные о надлежащем уведомлении по делу отсутствуют.

Определением от 28.07.2021 участие в рассмотрении дела ответчика ООО «КИБЕРИТ» прекращено.

ООО «СофтМолл» представлены письменные пояснения (вх. № 3189 от 03.03.2021, вх. № 3120э от 02.03.2021, вх. № 7034э от 21.04.2021, вх. № 7126э от 22.04.2021, вх. № 7166 от 22.04.2021, вх. № 7399 от 26.04.2021).

Пояснения ответчика сводятся к несогласию с наличием состава вменяемого правонарушения.

ООО «СофтМолл» как самостоятельное юридическое лицо участвовало в электронных аукционах №№0851200000620006008; 0851200000620005990; 0851200000620005911; 01652000003320000248 с целью заключения контракта по итогам проведенной конкурентной закупки.

ООО «СофтМолл» сообщило, что в электронном аукционе № 01652000003320000248 помимо ООО «СофтМолл» и ООО ГК «Новтел» приняли участия следующие участники: Общество с ограниченной ответственностью "ПОБЕДИТЕЛЬ ТЕНДЕРА", Общество с ограниченной ответственностью "ИНВЕСТКОМ", ИП Кутьков <...>, ИП Тажгалиева <...>, Общество с ограниченной ответственностью "АНТ", Общество с ограниченной ответственностью "ДЕМАР-ЦЕНТР", О Общество с ограниченной ответственностью "УПРАВЛЕНЧЕСКИЕ СИСТЕМЫ".

ООО «СофтМолл» указало, что Штатное расписание и штатная расстановка ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663) и ООО ГК «Новтел» (ИНН 5406587237) не содержат сведений об использовании единой кадровой инфраструктуры.

ООО «СофтМолл» как самостоятельное юридическое лицо участвовало в электронном аукционе № 0851200000620005583 с целью заключения контракта по итогам проведенной конкурентной закупки.

В электронном аукционе № 0851200000620005583 кроме ООО «СофтМолл» и ООО «Киберит» приняло участие ООО «ГАЛЭКС Н», который и признан победителем.

В разъяснениях от 13.03.2019 N 16 Президиума ФАС России «О применении частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции» указано, что одновременное участие членов одной группы лиц в торгах или в сделках на товарных рынках, если эта группа не находится под контролем одного лица, не означает обязательного наличия между ними антиконкурентного соглашения.

Само по себе нахождение в одной группе лиц, даже в силу близких родственных отношений между учредителями входящих в нее хозяйствующих субъектов, не может рассматриваться как достаточное доказательство заключения между ними антиконкурентного соглашения.

ООО «СофтМолл» возражает относительно акта внеплановой выездной проверки, считает его незаконным и необоснованным, в связи существенным нарушением Новосибирским УФАС России, в ходе проведения проверки, норм процессуального права, а также неправильным толкованием и применением норм материального права.

Ответчик указывает на следующие нарушения процессуальных норм права.

В ходе осуществления уполномоченным органом выездной проверки нарушены нормы ФЗ-135, а также пункт 1.6 административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного федеральной антимонопольной службы приказа ФАС от 25.05.2012 № 340 (далее - Регламент).

Так перед проведением проверки, и совершением действий по осмотру, директору Общества, либо иному уполномоченному лицу не был предъявлен для ознакомления Приказ Новосибирского УФАС России № 12 от 05.02.2021 о проведении проверки в отношении Общества. Кроме того, такое лицо не ознакомлено с положениями административного регламента, в соответствии с которым проводится проверка. А также в журнале учета проверок не осуществлена запись о проведении настоящей проверки.

<...> указанный в Акте в качестве заместителя директора (на основании доверенности № СМ-005 от 06.05.2019) не наделялся указанной доверенностью полномочиями участия в проведении проверок в отношении ООО «СофтМолл» и на подписание документов, как в ходе, так и по итогам проверки. При этом <...>, в отсутствие полномочий, также подписан протокол осмотра территорий, помещений, документов и предметов проверяемого лица от 05.02.2021.

Кроме того, полномочия всех должностных лиц ООО «СофтМолл» не были надлежащим образом оформлены и зафиксированы в ходе проведения проверки ООО «СофтМолл».

Ответчик полагает, что в нарушение пункта 3.44. Регламента в ходе проведения осмотра участвовали лица, указанные в качестве понятых, незаинтересованность, которых Общество проверить не может. Так в состав инспекции были включены понятые, которые пришли в осматриваемое помещение совместно с сотрудниками Новосибирского УФАС России.

По итогам осмотра- кабинета ООО «СофтМолл», расположенного по адресу г. Новосибирск, ул. Достоевского, 58, оф. 404 составлен протокол осмотра территорий, помещений, документов 05.02.2021.

Ответчик полагает, что в нарушение ст. 25.3 ФЗ-135, пункта 3.65. и приложения № 4 к Регламенту, в протоколе осмотра территорий, помещений, документов и предметов проверяемого лица отсутствуют следующие сведения:

- об адресе территории осмотра, указание конкретных помещений, документов, предметов проверяемого лица;
- об установленных осмотром обстоятельствах;
- о приобщённых к протоколу осмотра документах по результатам осмотра (копии документов с указанием вида документа, номера и даты).

Кроме того, в нарушение положений Регламента приложения № 5 в ходе проведения осмотра не составлен и участвующими лицами не подписан отчет об исследовании документов (информации), содержащихся на электронном носителе информации, так как объектами осмотра, помимо прочего являюсь рабочие стационарные компьютеры менеджера договорного отдела по ООО «СофтМолл» <...> и тендер менеджера ООО «СофтМолл» <...>

Таким образом в силу указанных обстоятельств вся информация, изъятая со стационарных компьютеров <...> и <...>, в том числе «реестр торгов 04.02» и «реестр торгов 06.07», приобщенные в дальнейшем к Акту, не являются допустимым доказательством. В свою очередь недопустимые доказательства, по смыслу ст. 45.1 ФЗ-135, не имеют юридической силы, не могут использоваться для установления каких-либо обстоятельств, поэтому подлежат исключению из материалов дела № 054/01/11- 193/2021.

ООО «СофтМолл» сообщает, что уполномоченный орган в Акте указывает в качестве доказательства ответ ООО «Новотелеком» (вх. № 23019 от 21.12.2020). При этом в нарушение прав Ответчика на ознакомление с материалами Акта, и материалами дела, предусмотренных ч. 1 и 2 ст. 43 ФЗ-135 такое доказательство Обществу не раскрыто, поэтому не может считаться относимым, допустимым доказательством и подлежит исключению из материалов дела № 054/01/11-

193/2021. А ссылка уполномоченного органа на письмо вх. № 23019 от 21.12.2020 незаконна.

Ответчик полагает, что объяснение тендер менеджера ООО «СофтМолл» <...>, полученное в ходе проведения внеплановой проверки, не является допустимым доказательством, так как законодателем в ФЗ-135 и Регламентом не установлен порядок получения и закрепления **объяснения** как доказательства по делу.

Законом не установлен порядок личного написания объяснения или его составления работником орган со слов лица, не регламентирована процедура как разъяснения прав опрашиваемого, так и присутствия при совершении такого процессуального действия представителя (адвоката). В свою очередь аналогия права не применима.

Кроме того, по смыслу положений ч. 3 ст. 45.1 ФЗ-135 законодателем установлен иной вид документа, отнесенный к числу доказательств - это пояснения лиц, которые в ходе проведения проверки от <...> не получены.

Ответчик указывает на то обстоятельство, что уполномоченным органом в акте проверки допущено самостоятельное, произвольно толкование объяснения <...>, которое не соответствует фактически изложенным <...> обстоятельствам.

Так из объяснения следует, что она является сотрудником ООО «СофтМолл» , проживает по адресу: <...>, осуществляет подготовку и участие в торгах (согласно ее должностной инструкции), а также собирает аналитические материалы по итогам прошедших конкурентных закупок, в том числе других участников торгов (в т.ч. ООО ГК «НОВТЕЛ» и ООО «КИБЕРИТ» и других участников).

ООО «СофтМолл» считает, что уполномоченным органом сделаны выводы, которые не подтверждаются и противоречат материалам дела, а обстоятельствам дана «самовольная» трактовка с целью придания им обвинительного уклона.

Довод уполномоченного органа о принадлежности ip-адреса <...> <...> (по адресу её регистрации <...>), а равно принадлежность и совпадение такого ip, при подаче заявок, ООО «СофтМолл», ООО ГК «НОВТЕЛ», ООО «КИБЕРИТ» не подтверждается фактическими обстоятельствами дела.

Так, трудовой договор <...> не предусматривает удаленной работы вне рабочего места на дому, ей установлено конкретное место работы по адресу - г. Новосибирск, ул. Достоевского, 58. Поэтому вывод уполномоченного органа о направлении заявок на торги с якобы домашнего ip-адреса <...> <...> (<...>) является предположением антимонопольного органа и не подтверждается доказательствами и документами, находящимися в материалах дела.

Недопустимые доказательства - электронные документы «реестр торгов 04.02» и «реестр торгов 06.07», включенные в акт проверки, содержат исключительно аналитические материалы подведения итога торгов, которые готовит тендер-менеджер по итогам прошедших закупок, согласно своей должностной инструкции.

Сведения, содержащиеся в изъятых и не осмотренных документах - «реестре торгов 04.02» и «реестр торгов 06.07» содержат оценочны-субъективные сведения с точки зрения тендер-менеджера и созданы для упрощения работы.

Структуризация аналитических материалов, изложенных тендер-менеджером в «реестре торгов 04.02» и «реестр торгов 06.07» не свидетельствует и не подтверждает модель «свой/чужой» при которых ООО «СофтМолл» дает положительную оценку выигрышу иного лица, так как аналитические материалы имеют ошибки в том числе в оценке «выигран/проигран». Формулировка «выигран» трактуется исключительно в контексте - выиграло конкретное юридическое лицо, признанное «победителем» в конкретной закупке.

Предположения антимонопольного органа не совпадает с целями создания аналитических материалов тендер-менеджера (анализ прошедших закупок, разработка стратегии участия в будущих закупках). При этом в акте не представлены фрагменты таблицы с «лексемой «аукцион-проигран», подтверждающий довод ООО «СофтМолл» об отсутствии системы «свой/чужой» в документах «реестр торгов 04.02» и «реестр торгов 06.07». Умышленное неуказание в Акте таких сведений направлено на создание негативной оценки имеющимся обстоятельствам, с целью их изложения в выгодном, для уполномоченного органа, контексте.

Помимо прочего, в отсутствии у лица, составившего Акт, специальных знаний в области лингвистики и семантики, а также не привлечения специалиста из таких научных областей при проведении проверки, с учетом отсутствия письменного доказательства в виде заключения эксперта, как предусмотрено ст. 45.1 ФЗ-135, выводы уполномоченного органа о четко обозначенной системе - «свой/чужой» не имеют в рассматриваемом деле доказательственного значения, так как основаны на предположениях.

Скриншот сайта ООО «СофтМолл» является частью маркетингового плана по увеличению числа клиентов ООО «СофтМолл» и никак не может служить доказательством «создания видимости конкуренции», «маскировки» под добросовестных участников торгов.

На 14 странице Акта указаны закупки, в которых участвовали ООО «СофтМолл» и ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ». На 15 странице в первом абзаце акта антимонопольным органом сделан вывод, что ООО «СофтМолл» и ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ» принимали участие в аукционах «лишь создавая видимость конкуренции», причем состав объективной стороны, выражающийся в создании видимости конкуренции, а также причинно-следственная связь между действиями и наступлениями негативных последствий (возможным наступлением негативных последствий) антимонопольным органом не установлен и не указывается. Так, не представлено доказательств того, что такие закупки могли быть осуществлены по более высокой цене.

Также на 15 странице в первом абзаце, на 19 странице 9 абзаце акта антимонопольным органом сделан вывод, что при появлении иных участников ООО «СофтМолл» отказывался от дальнейшей борьбы, при этом каким образом ООО «СофтМолл» способствовал «повышению, снижению или поддержанию цены на торгах», а также причинно-следственная связь между отказом ООО «СофтМолл» от борьбы в торгах и наступившим (предполагаемыми) негативными последствиями не указано.

В соответствии с правовой позицией Пленума Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении № 2 от 04.03.2021, пассивное поведение

одного из участников торгов либо отказ от участия в торгах после подачи заявки, само по себе не являются следствием участия в ограничивающем конкуренцию соглашении на торгах.

В Акте, антимонопольным органом на 14 странице, и на 19 странице в 4 абзаце указаны закупки признанные несостоявшимися, в котором подана одна заявка ООО «КИБЕРИТ» и закупки, которые признаны несостоявшимися, в которых подана одна заявка ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ», при этом сделан вывод о признаках антиконкурентного соглашения, заключенного ООО «СофтМолл» с ООО «КИБЕРИТ» и ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ». При этом, непонятно на основании каких доводов сделан вывод о признаках участия ООО «СофтМолл» в антиконкурентном соглашении, если анализируются несостоявшиеся закупки иных субъектов — ООО «КИБЕРИТ» и ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ». Кроме того, каких-либо допустимых доказательств, свидетельствующих о наличии между указанными хозяйствующими лицами сговора Акт, не содержит. При этом обязанность доказывать такие обстоятельства возложена на антимонопольный орган.

В 3 абзаце на 19 странице акта проверки указаны закупки, в которых была подана только одна заявка ООО «СофтМолл», при этом не указано какие действия (бездействия) Ответчика повлекли негативные последствия для участников в виду отсутствия заявок от других лиц.

При этом, факт подачи одного ценового предложения участником закупки также не противоречит действующему законодательству ФЗ-44.

В 5 абзаце 21 страницы Акта указано, что квалификация уполномоченным органом действий не может являться исчерпывающей для вменения вины, однако служит косвенным доказательством наличия антиконкурентного соглашения.

Исходя из норм ГПК РФ связь содержания косвенного доказательства с обстоятельствами дела всегда многозначна. Косвенное доказательство не позволяет сделать однозначный, т.е. категорический вывод о существовании доказываемого обстоятельства,- вытекающий из него вывод всегда носит характер предположения. Доказывание на основе косвенных доказательств в силу многозначности их связи с доказываемым фактом нуждается в гораздо большей совокупности доказательств, чем при использовании прямых доказательств. Это обусловлено тем, что каждое косвенное доказательство должно быть, во-первых, проверено с точки зрения достоверности его содержания, во-вторых, сопоставлено с другими доказательствами, содержание которых направлено на установление того же факта. С учетом сказанного одно косвенное доказательство не может служить надежным средством установления какого-либо обстоятельства, тем более наличия антиконкурентного соглашения.

В абзаце 6 страницы 21 Акта указано, что ранее антимонопольным органом при производстве по делу о нарушении антимонопольного законодательства №33 от 26.12.2017 был внедрен инструмент доказывания вины. При этом, какой инструмент именно, был внедрен в рамках производства антимонопольного законодательства не известно, что имеет отношение к нашему акту не имеет достоверности.

Кроме того, непонятно какие именно документы ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ» позволяют оценить признаки участия ООО «СофтМолл» в соглашении, которое может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, ведь в

акте нет документов и ссылок на документы ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ», к которым имел доступ ООО «СофтМолл». Кроме всего прочего, ООО «СПЕЦТЕХНОЛОГИИ» не является Ответчиком по делу № 054/01/11-193/2021.

При рассмотрении дела № 054/01/11-193/2021 Комиссией установлены следующие обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела.

Давая оценку факту нахождения/не нахождения ответчиков по делу в составе группы лиц (в понимании норм Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции») необходимо отметить следующее.

Общество с ограниченной ответственностью «СофтМолл» (ИНН/КПП 5406975663/540601001, юридический адрес: 630005, Новосибирская обл., г. Новосибирск, ул. Достоевского, д. 58 офис 404).

Директором ООО «СофтМолл» является <...> (с 15.05.2019), а учредителем является <...> (с 05.07.2018) (согласно ЕГРЮЛ).

Общество с ограниченной ответственностью «ГК «НОВТЕЛ» (ИНН/КПП 5406587237/770401001, ОГРН 1155476070078, зарегистрировано по адресу: 119121, г. Москва, ул. Плющиха, д. 53/25, стр.1, этаж 1).

Генеральным директором ООО «ГК «НОВТЕЛ» является <...> (с 24.12.2019), а учредителем является <...> (с 24.06.2015) (согласно ЕГРЮЛ).

В соответствии с частью 1 статьи 9 ФЗ-135 «О защите конкуренции» группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким признакам, указанным в пунктах 1-9 части 1 статьи 9 ФЗ-135 «О защите конкуренции».

Согласно части 7 статьи 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции» положения настоящей статьи не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Под контролем в указанной статье закона понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;

2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Таким образом, ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663), ООО «ГК «НОВТЕЛ» (ИНН 5406587237), не входят и ранее не входили в одну группу лиц по основаниям, указанным в частях 7, 8 статьи 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции».

Следовательно, условия о допустимости соглашений, установленные в части 7 статьи 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции», на ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663), ООО «ГК «НОВТЕЛ» (ИНН 5406587237), не распространяются, при участии в торгах данные хозяйствующие субъекты должны соблюдать требование пункта 2 части 1 статьи 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции».

Согласно информации, представленной электронной торговой площадкой ООО «РТС-тендер», ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663) и ООО ГК «НОВТЕЛ» (ИНН 5406587237) принимали совместное участие в 4 электронных аукционах по ФЗ № 44-ФЗ.

Ниже представлены сведения о закупочных процедурах, в которых принимали совместное участие вышеуказанные хозяйствующие субъекты (таблица 1):

Таблица 1

номер закупки	Дата размещения	Участники	НМЦК	Контракт заключен
0851200000620006008	03.11.2020	ООО «СофтМолл» , ООО ГК «НОВТЕЛ»	585 000	ООО «СофтМолл»
0851200000620005990	02.11.2020	ООО «СофтМолл» , ООО ГК «НОВТЕЛ»	5 980 000	ООО «СофтМолл»
0851200000620005911	29.10.2020	ООО «СофтМолл» , ООО ГК «НОВТЕЛ»	7 520 000	ООО «СофтМолл»
0165200003320000248	05.11.2020	В общей сложности подано 18 заявок, в том, числе ООО «СофтМолл» , ООО ГК «НОВТЕЛ»	4 387 110	ООО «СофтМолл»

При участии в закупках ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663), ООО «ГК «НОВТЕЛ» (ИНН 5406587237) использовали следующий ip-адрес: <...>.

Исходя из ответа ООО «Новотелеком» (вх.№ 23019 от 21.12.2020)(1), ip-адрес, с которого осуществлялись процессуально значимые действия участниками предполагаемого картеля (<...>), выделен с 12.12.2018г. <...> (доступ предоставляется по адресу <...>, MAC-адрес: <...>).

Отделом по борьбе с картелями Новосибирского УФАС России проведен анализ хозяйственной деятельности ООО «СофтМолл» (ИНН 5406975663) и ООО «ГК «НОВТЕЛ» (ИНН 5406587237) при участии в государственных закупках.

03.11.2020 г. в единой информационной системе в сфере закупок было опубликовано извещение № 0851200000620006008 о проведении аукциона на оказание услуг по обеспечению доступа к технической поддержке от производителя на систему защиты информации участников взаимодействия ТИС НСО.

Уполномоченный орган: ГКУ НСО «УКСиС».

Заказчик: Министерство цифрового развития и связи Новосибирской области.

НМЦК: 585 000 рублей.

Победитель торгов ООО «СофтМолл» (цена контракта: 579 150 руб., снижение цены 1 %).

ООО ГК «НОВТЕЛ» осуществило снижение цены 0,5 %.

Установлено, что заявки на участие в торгах, а также иные процессуально значимые действия на площадке подавались участниками ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» с одного ip-адреса <...>.

02.11.2020 г. в единой информационной системе в сфере закупок было опубликовано извещение № 0851200000620005990 о проведении аукциона на оказание услуг по предоставлению (передаче) неисключительных (пользовательских) прав на программное обеспечение межсетевое экранирования уровня веб-приложений для защищенного серверного сегмента центра обработки данных Правительства Новосибирской области.

Уполномоченный орган: ГКУ НСО «УКСиС» .

Заказчик: Министерство цифрового развития и связи Новосибирской области.

НМЦК: 5 980 000 руб.

Победитель торгов ООО «СофтМолл» (цена контракта: 5 920 200 руб., снижение цены 1 %).

ООО ГК «НОВТЕЛ» осуществило снижение цены 0,5 %.

Установлено, что заявки на участие в торгах, а также иные процессуально значимые действия на площадке подавались участниками ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» с одного ip-адреса <...>.

29.10.2020г. в единой информационной системе в сфере закупок было опубликовано извещение № 0851200000620005911 о проведении аукциона на оказание услуг по предоставлению (передаче) неисключительных (пользовательских) прав на систему сбора и корреляции событий информационной безопасности.

Уполномоченный орган: ГКУ НСО «УКСИС» .

Заказчик: Министерство цифрового развития и связи Новосибирской области.

НМЦК: 7 520 000 руб.

Победитель торгов ООО «СофтМолл» (снижение цены 1 %, предложенная цена 7 444 800 руб., цена контракта: 3 722 400 руб.).

ООО ГК «НОВТЕЛ» осуществило снижение цены 0,5 %.

Установлено, что заявки на участие в торгах, а также иные процессуально значимые действия на площадке подавались участниками ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» с одного ip-адреса <...>.

05.11.2020г. в единой информационной системе в сфере закупок было опубликовано извещение № 0165200003320000248 о проведении аукциона на поставку системных блоков.

Уполномоченный орган: Департамент государственного заказа Томской области.

Заказчик: группа заказчиков.

НМЦК: 4 387 110 руб.

На участие в аукционе было подано 18 заявок, допущены 17 заявок, 8 участников право на участие в торгах не реализовали.

По результатам рассмотрения вторых частей заявок, 5 заявок признаны не соответствующими требованиям.

Победитель торгов ООО «СофтМолл» (снижение 5 %).

Установлено, что заявки на участие в торгах, а также иные процессуально значимые действия на площадке подавались участниками ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» с одного ip-адреса <...>.

	7017219555	4160109	5,174271901
ООО "ДЕМАР-ЦЕНТР"			
ООО "ПОБЕДИТЕЛЬ ТЕНДЕРА"	6686083680	2237426,1	49
ООО "АНТ"	3257003993	4159000	5,199550501
ООО "УПРАВЛЕНЧЕСКИЕ СИСТЕМЫ"	5029191879	4185000	4,606905229

ООО «СофтМолл»	5406975663	4155000	5,290726697
ООО "ИНВЕСТКОМ"	9701076251	2237426,1	49
ИП ТАЖГАЛИЕВА АЙНУРА МАЗУЛЛАЕВНА	637205983173	4048000	7,729689933
ИП КУТЬКОВ НИКОЛАЙ АНДРЕЕВИЧ	638144171254	3999000	8,84659833
ООО ГК "НОВТЕЛ"	5406587237	4255496,7	3

Вместе с тем, в соответствии с Постановлением Пленум Верховного Суда РФ № 2 от 04.03.2021г. «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» при возникновении спора о наличии соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона, судам следует давать оценку совокупности доказательств, свидетельствующих о наличии причинно-следственной связи между действиями участников торгов и повышением, снижением или поддержанием цен на торгах.

В том числе необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров; имеются ли в поведении нескольких участников торгов признаки осуществления единой стратегии; способно ли применение этой стратегии повлечь извлечение выгоды из картеля его участниками.

При этом пассивное поведение одного из участников торгов либо отказ от участия в торгах после подачи заявки сами по себе не являются следствием участия в ограничивающем конкуренцию соглашении на торгах.

В части оценки закупки № 0165200003320000248 Комиссией Новосибирского УФАС России не было установлено наличие единой стратегии, реализованной участниками предполагаемого антиконкурентного соглашения.

Исключая указанный эпизод противоправной деятельности из состава вменения вины по делу, Комиссия антимонопольного органа указывает на тот факт, что все сомнения или неустановленные мотивы отказа третьих лиц от конкурентной борьбы толкуются в пользу ответчиков по делу, так как связь между бездействием третьих лиц по участию в торгах (при наличии факта подачи заявки) и действиями ответчиков по делу не установлена.

Давая оценку иным эпизодам противоправной деятельности комиссия антимонопольного органа отмечает следующее.

Как указывалось ранее, в соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021г. N 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» при возникновении спора о наличии соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона, судам следует давать оценку совокупности доказательств, свидетельствующих о наличии причинно-следственной связи между действиями участников торгов и повышением, снижением или поддержанием цен на торгах.

В том числе необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень

снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров; имеются ли в поведении нескольких участников торгов признаки осуществления единой стратегии; способно ли применение этой стратегии повлечь извлечение выгоды из картеля его участниками.

Комиссия антимонопольного органа приходит к выводам о том, что в действиях ответчиков по делу указанная стратегия наличествует при проведении торгов №№: 0851200000620006008, 0851200000620005990, 0851200000620005911

Фактически ответчиками по делу сформирована и реализована «стратегия добровольного отказа от конкурентной борьбы».

В торгах, поименованных во вменяемой части вины, где заявок третьих лиц не было (кроме заявок ответчиков по делу) лица действовали по единому алгоритму, разделяясь на «формального игрока» и «основного игрока»:

- формальный игрок подает минимальное ценовое предложение;
- основной игрок подает ценовое предложение с минимально возможным снижением от первого;
- формальный игрок отказывается от дальнейшей борьбы.

Применение указанной стратегии не соответствует целям конкурентной борьбы на торгах.

Принимая решение об участии в торгах хозяйствующие субъекты несут финансовые затраты как на подготовку соответствующих заявок, так и на внесение обеспечения участия в торгах (в ряде установленных законом случаях).

Отказ от конкурентной борьбы (либо формальное участие в такой борьбе) указывает на добровольное отсутствие добросовестной конкуренции между такими лицами, что содержит в себе состав нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции» и напрямую несет вред для охраняемых обществом интересов.

При этом следует отметить, что отказ от конкурентной борьбы участниками картельного соглашения может быть компенсирован таким участникам в дальнейшем. С учетом юрисдикционного порядка, установленного главой 9 ФЗ-135 «О защите конкуренции», получение какой-либо материальной выгоды участником соглашения, отказавшимся от конкурентной борьбы, не всегда может быть доказано антимонопольным органом в отсутствие у него статуса органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия и при высокой латентности всех осуществляемых в рамках картельного соглашения действий.

Отсутствие факта установления прямой выгоды (заключения контракта) ООО «ГК НОВТЕЛ» не слагает с ответчика вины по участию в антиконкурентном соглашении в пользу других членов картеля.

Давая оценку доводу о соответствии уровня снижения (повышения) цены на торгах как обычному/не обычному для указанной категории товара необходимо отметить, что рынок информатизации и компьютерных программ является технически сложным.

Вместе с тем, исключенная из состава вменения вины закупка № 0165200003320000248 иллюстрирует тот подход, при котором во время участия в торгах третьих лиц участники картеля допускают снижение от 3 % до 5 %.

В тех случаях, когда в торгах участвует только картель, процент снижения цены минимален (не превышает 1%).

Описывая прямые доказательства по делу необходимо отметить, что как установлено ранее, процессуально значимые действия на площадке ООО «РТС-Тендер» участия ответчиками в торгах № № 0851200000620006008, № 0851200000620005990, № 0851200000620005911 осуществлялись с одного ip-адреса <...>.

Указанные сведения об ip-адресе (вопреки доводам ответчиков) предоставлены электронной торговой площадкой.

Исходя из ответа ООО «Новотелеком» (вх. № 23019 от 21.12.2020), ip-адрес: <...>, принадлежит гражданке <...> (доступ предоставляется по адресу <...>, MAC-адрес: <...>).

Соотнеся указанный факт с деятельностью ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «Новтел» Комиссия Новосибирского УФАС России отмечает, что в ходе проведения внеплановой выездной проверки, проводимой в ООО «СофтМолл» указанная гражданка была опрошена(2).

Согласно опросу <...>, она трудоустроена в ООО «СофтМолл» на должность тендер-менеджера.

<...> показала, что адрес по <...> является адресом её проживания. <...> подтвердила, что осуществляла процессуально значимые действия на ЭТП с вышеуказанного адреса.

<...> показала, что также осуществляла подготовку и участие в торгах от имени ООО «ГК Новтел» (помимо прочего), что указанное было частью её работы, в том числе одновременно для одной закупки.

При этом <...> показала, что официально не была трудоустроена в иных организациях (только в ООО «СофтМолл»).

Факт трудоустройства <...> в ООО «СофтМолл» не отрицается ответчиком.

Предоставление одного ip-адреса по разным фактическим адресам, в том числе одним и тем же провайдером, невозможно в силу того, что действующие стандарты DHCP (англ. Dynamic Host Configuration Protocol - протокол динамической настройки узла - сетевой протокол, позволяющий компьютерам получать ip-адрес и другие параметры, необходимые для работы в сети TCP/IP) не позволяют организовывать повторяющуюся ip-адресацию, как для статических, так и для динамических адресов. При попытке искусственного создания повторяющегося ip-адреса происходит блокировка отправителей с последующей блокировкой ip-адреса.

Таким образом, исходя из имеющихся сведений, заявки на участие в торгах ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» подготавливались одним и тем же лицом, которое и принимало участие в торгах от поименованных лиц.

ООО «СофтМолл» и ООО «ГК «НОВТЕЛ» совершали юридически значимые действия в рассматриваемых закупках, такие, как подача заявок, подача ценовых предложений, используя единую инфраструктуру.

Довод ответчика о процессуальных нарушениях при опросе <...> не принимается Комиссией антимонопольного органа по следующим основаниям.

Согласно ч. 11 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» проведение проверок соблюдения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, получение от них необходимых документов и информации, а также объяснения в письменной или устной форме отнесено к полномочиям антимонопольного органа.

Процедура проведения внеплановой выездной проверки строго регламентирована Приказом ФАС России от 25.05.2012 N 340 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации» (Зарегистрирован в Минюсте России 18.06.2012 N 24593).

В соответствии с пунктами 3.64, 3.78 вышеуказанного Регламента, руководитель и члены инспекции при проведении проверки вправе получать необходимые письменные объяснения от должностных лиц проверяемого лица.

К акту проверки прилагаются протоколы проведения действий по осуществлению антимонопольного контроля, объяснения должностных лиц проверяемого лица, другие материалы.

В соответствии с пп. 4 п. 6 Приказа № 12 от 05.02.2021г. о проведении внеплановой выездной проверки в отношении ООО «СофтМолл» (3) члены инспекции были вправе получать объяснения от проверяемых лиц.

Таким образом, объяснение <...> получено уполномоченным на проведение проверки лицом, руководителем инспекции Новосибирского УФАС России <...> (начальник отдела по борьбе с картелями Новосибирского УФАС России) правомерно. Такое право обусловлено: Федеральным законом от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Приказом ФАС России от 25.05.2012 N 340 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации» (Зарегистрирован в Минюсте России 18.06.2012 N 24593), Приказом № 12 от 05.02.2021г. о проведении внеплановой выездной проверки в отношении ООО «СофтМолл» .

Действительно, как указывает заявитель, подробная форма получения объяснений от проверяемого лица действующим законодательством не установлена.

При получении соответствующих объяснений сотрудники антимонопольного органа руководствуются общими принципами общими положениями

административного законодательства, а также безусловными конституционными правами граждан.

Так, в соответствии с ч.1 ст. 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом.

Содержание указанной нормы было доведено до гражданки <...>, о чем в листе объяснения содержится соответствующая подпись последней.

Объяснения <...> приложены к акту проверки, наличествуют в материалах дела, доступны для ознакомления всем сторонам дела.

Как было установлено ранее, на основании Приказа Новосибирского УФАС России № 12 от 05.02.2021 г. была проведена внеплановая выездная проверка в отношении Общества с ограниченной ответственностью «СофтМолл» (ИНН/КПП 5406975663/540601001, ОГРН 1175476054819, юридический адрес: 630005, Новосибирская обл., г. Новосибирск, ул. Достоевского, д. 58).

Указанная проверка проведена в строгом соответствии с требованиями действующего законодательства.

Доводы ответчика о нарушении норм процессуального права при проведении проверки не принимаются Комиссией антимонопольного органа по следующим основаниям.

05.02.2021г. Письмо исх. № 11-1375 от 05.02.2021 о проведении внеплановой выездной проверки(4) в отношении ООО «СофтМолл» с приложением Приказа о проведении проверки было вручено гражданину <...>.

<...> предъявил приказ (распоряжение) о приеме на работу в должности заместителя директора ООО «СофтМолл» а также доверенность № СМ-005 от 06.05.2019(5), согласно которой <...> может представлять интересы ООО «СофтМолл» во всех органах государственной власти (помимо прочего).

Отсутствие в доверенности указаний на полномочия по участию в проведении проверок в отношении ООО «СофтМолл» и подписание документов (как указывает ответчик) не являются сколь-либо существенными основаниями для признания <...> как не уполномоченного лица, так как наличествующая в деле доверенность дает последнему широкие полномочия по предоставлению интересов общества.

Членами инспекции Новосибирского УФАС России перед проведением проверки был вручен сопроводительный лист с Приказом Новосибирского УФАС России № 12 от 05.02.2021 заместителю директора ООО «СофтМолл» <...> (действовавшего на основании доверенности № СМ-005 от 06.05.2019) на котором собственноручно была поставлена подпись об ознакомлении с данными документами, а также разъяснено, что правовыми основаниями проведения проверки являются: пункт 11 части 1 статьи 23, статьи 24, 25, 25.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

При проведении выездной части внеплановой проверки был осуществлен осмотр

территории, помещений, документов и предметов проверяемых лиц, по результатам составлен соответствующий протокол осмотра(6).

В соответствии с требованиями п. 3.44 Регламента проведения внеплановых выездных проверок, в осуществлении осмотра помещений и предметов проверяемых лиц вправе участвовать проверяемое лицо, его представитель, а также иные привлекаемые антимонопольным органом к участию в проверке лица. Осмотр осуществляется в присутствии не менее чем двух понятых.

В качестве понятых могут быть вызваны любые не заинтересованные в исходе дела физические лица. Не допускается участие в качестве понятых должностных лиц антимонопольных органов.

Во исполнение указанных требований к проведению выездной части внеплановой проверки были привлечены представители общественности: понятые <...> и <...> о чем было сообщено присевающим лицам, в протокол осмотра внесена соответствующая отметка.

При проведении осмотра <...> (заместитель директора ООО «СофтМолл»), а также <...> (генеральный директор ООО «ГК «Новтел») недоверия понятым не выказали, отметки о несогласии с участием поименованных представителей общественности в протокол осмотра не внесли.

Права и обязанности лиц, в отношении которых осуществляются мероприятия по контролю (надзору) в том числе определены разделами 1.7 и 1.8 Регламента проведения проверок.

Присутствующим лицам указанные права оглашены, что отражено на стр. 1 протокола осмотра, граждане <...> (заместитель директора ООО «СофтМолл») и <...> (генеральный директор ООО «ГК «Новтел») собственноручно поставили подписи об ознакомлении с правами и обязанностями.

Протокол осмотра содержит сведения об адресе территории осмотра, указание конкретных помещений, документов, предметов проверяемого лица; об установленных осмотром обстоятельствах; о приобщённых к протоколу осмотра документах по результатам осмотра, что также скреплено подписями граждан <...> (заместитель директора ООО «СофтМолл») и <...> (генеральный директор ООО «ГК «Новтел»).

В ходе осмотра помещений ООО «СофтМолл» было обнаружено присутствие в расположении ответчика гражданина <...> (генеральный директор ООО «ГК «Новтел»), который был опрошен(7).

Генеральный директор ООО «ГК «Новтел» затруднился ответить с какого рабочего места осуществляется подача заявок на участие в торгах и ценовая игра на аукционах.

Указанное является дополнительным фактом, указывающим на взаимосвязь ответчиков по делу.

Отчет об исследовании документов (информации), содержащихся на электронном носителе информации, вопреки доводам ответчика составлен и наличествует в материалах дела.(8)

Указанный отчет составлен 17.03.2021г. <...> (член инспекции), утвержден <...><...> (руководитель инспекции).

Приглашение представителей проверяемых лиц на анализ и осмотр информации с электронных носителей действующим нормами права не предполагается. Указанный осмотр производится в служебных помещениях сотрудников антимонопольного органа с соответствующей копии электронных доказательств.

В соответствии с Регламентом проведения проверок, права и интересы проверяемых лиц в указанном случае гарантируются следующим:

- копирование информации с электронных носителей проверяемого лица происходит в присутствии представителей проверяемого лица и понятых;
- информация копируется в двух идентичных копиях, запечатывается в пакеты, скрепляется подписями присутствующих лиц и понятых (при этом анализу подвергается только одна копия, вторая является «эталонным» экземпляром, т.е. «контрольной» копией информации).

Указанные условия соблюдены при проведении проверочных мероприятий.

Так как при проведении внеплановой выездной проверки представителями ООО «СофтМолл» журнал учета проверок, находящийся у хозяйствующего субъекта не предъявлен, соответствующая запись о проверке не внесена по независящим от должностных лиц антимонопольного органа обстоятельствам.

Описывая иные доказательства, наличествующие в материалах дела следует отметить, что согласно упомянутому ранее протоколу осмотра от 05.02.2021г. осмотрено рабочее место менеджера договорного отдела ООО «СофтМолл» <...>. В том числе стационарный компьютер MAC- адрес рабочего компьютера <...> <...>; IP-адрес <...>. С рабочего компьютера <...> скопирована информация на флэш-карту в двух экземплярах (приложения № 6, копия № 1 и № 2).

Новосибирским УФАС России установлено, что на рабочем компьютере менеджера договорного отдела ООО «СофтМолл» <...> имеются документы, относящиеся к деятельности ООО ГК «Новтел»:

Согласно протоколу осмотра от 05.02.2021г. осмотрено рабочее место тендер

менеджера ООО «СофтМолл» <...>. В том числе стационарный компьютер. MAC - адрес рабочего компьютера <...> <...> IP-адрес <...>. С рабочего компьютера <...> скопирована информация на флэш-карту в двух экземплярах.

Установлено, что на рабочем компьютере тендер менеджера ООО «СофтМолл» <...> имеются документы, относящиеся к деятельности ООО ГК «Новтел»:

<...>

<...>

Таким образом, юридические лица, имеющие все внешние признаки самостоятельности имитируя добросовестные намерения здоровой конкуренции при проведении торгов, при этом не имеют целью в существенной мере конкурировать между собой.

Наличие у ООО «СофтМолл» доступа к вышепоименованным документам, отражающим хозяйственную деятельность ООО «ГК «НОВТЕЛ».

Переходя к квалификации вменяемого нарушения Комиссия антимонопольного органа отмечает следующее.

В соответствии с ч. 7 ст. 4 ФЗ-135 «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.

Согласно ч. 2 ст. 11 ФЗ-135 «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.

В соответствии с частью 18 статьи 4 ФЗ-135 «О защите конкуренции», соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме. Факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов.

Как обосновано, указывает Седьмой Арбитражный Апелляционный суд в Постановлении № А45-12373/2018, хозяйствующие субъекты, являясь отдельными юридическими лицами, выступали в торгах как самостоятельные участники, подавали заявки и принимали участие в аукционах, создавая лишь видимость

конкуренции, в дальнейшем осуществляли исполнение контрактов.

Указанная позиция поддержана Определением Верховного Суда РФ от 19 августа 2019 г. N 304-ЭС19-14085.

Как следует из разъяснений Президиума ФАС России, утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016г. № 3, при доказывании антиконкурентных соглашений и согласованных действий могут использоваться прямые и косвенные доказательства.

Прямыми доказательствами наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде.

Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

При этом использование самостоятельными субъектами гражданского оборота единой инфраструктуры возможно только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия, как правило, осуществляются для достижения единой для всех цели. Коммерческие организации в аналогичных ситуациях, конкурируя между собой, не действуют в интересах друг друга.

Совместное участие лиц, внешне являющихся самостоятельными субъектами в государственных (муниципальных закупках), при этом не позиционируют себя как конкуренты, свидетельствует о наличии запрещённого статьёй 11 ФЗ-135 «О защите конкуренции» соглашения, которое может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Данное подтверждается судебной практикой (постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.02.2020 г. по делу N А40-253778/2018, оставленное в силе Определением Верховного суда РФ от 16 ноября 2020 г. N 304-ЭС20-18368).

В соответствии с понятиями, закрепленными в статье 4 ФЗ-135 «О защите конкуренции», под конкуренцией понимается 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; монополистическая деятельность - злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью; соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - ФЗ-44 «О контрактной системе»)

закупка товара, работы, услуги для обеспечения государственных или муниципальных нужд (далее - закупка) - совокупность действий, осуществляемых в установленном законом порядке заказчиком и направленных на обеспечение государственных или муниципальных нужд. Закупка начинается с определения поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершается исполнением обязательств сторонами контракта.

Согласно статье 6 ФЗ-44 «О контрактной системе» обеспечение конкуренции и эффективность закупок являются основополагающими принципами контрактной системы в сфере закупок. В соответствии со статьей 8 ФЗ-44 «О контрактной системе» осуществление закупок должно быть основано на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Таким образом, ФЗ-44 «О контрактной системе» предполагает, что между участниками закупок должна быть добросовестная ценовая и неценовая конкуренция в целях наиболее эффективного удовлетворения государственных и муниципальных нужд.

Согласно статье 24 ФЗ-44 «О контрактной системе» заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), к которым в том числе относится аукцион.

В соответствии с частью 4 статьи 24 ФЗ-44 «О контрактной системе» под аукционом понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта. Таким образом, аукцион предполагает наличие ценовой конкуренции между участниками торгов.

В исследуемых торгах такая конкуренция между участниками антиконкурентного соглашения минимальна

Довод ответчиков об участии в части торгов только с целью признания торгов состоявшимися не принимается во внимание, так как качественный состав торгов, на которых действовал картель, их начальные (максимальные) цены контрактов, форм проведения **не позволяют сделать вывод о том**, что участие ответчиков по делу в торгах было направлено исключительно на то, чтобы торги были признаны состоявшимися и к ним не применялись правила заключения контракта с единственным участником.

Как указывалось ранее, указанные торги проходили в соответствии с требованиями Федерального закона от 5 апреля 2013 года N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в форме электронного аукциона.

Заключение контракта с единственным участником аукциона не требует ни согласования таких действий с антимонопольными органами, ни проведение дополнительных процедур (например, как при проведении конкурса).

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 30.06.2020 N 961 установлены следующие предельные размеры начальной (максимальной) цены контракта, при превышении которого заключение контракта с единственным поставщиком, участником аукциона несостоявшимися по согласованию с

контрольным органом в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд:

500 млн. рублей - при осуществлении закупки для обеспечения федеральных нужд

250 млн. рублей - при осуществлении закупки для обеспечения нужд субъекта Российской Федерации, муниципальных нужд.

В рассматриваемых правоотношениях ни один из заключенных контрактов не попадал под действие указанного Постановления, что подтверждает наличие стратегии, направленной на достижение целей антиконкурентного соглашения.

Как обосновано, указывает Седьмой Арбитражный Апелляционный суд в Постановлении № А45-12373/2018, хозяйствующие субъекты, являясь отдельными юридическими лицами, выступали в торгах как самостоятельные участники, подавали заявки и принимали участие в аукционах, создавая видимость конкуренции (либо видимость готовности к такой борьбе), в дальнейшем осуществляли исполнение контрактов.

Указанная позиция поддержана Определением Верховного Суда РФ от 19 августа 2019 г. N 304-ЭС19-14085.

Таким образом, Комиссия антимонопольного органа усматривает в действиях ООО «СофтМолл», ООО ГК «НОВТЕЛ» признаки нарушения п. 2 ч.1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Вынося настоящее заключение Комиссия антимонопольного органа принимает во внимание аналитический отчет о состоянии конкуренции на товарном рынке.

Антиконкурентное соглашение предпологаемо реализовано на торгах: № 0851200000620006008, № 0851200000620005990, № 0851200000620005911.

НМЦК торгов: 14 085 000 руб.

Инструменты антиконкурентного соглашения:

- наличие единой стратегии поведения участников картеля;
- осуществление процессуально значимых действий на электронной торговой площадке одним и тем же лицом от всех участников картеля;
- не свойственный конкурентному рынку процент снижения на торгах;
- наличие у ООО «СофтМолл» документов ООО «ГК «Новтел» и иные основания, не позволяющие отнести ответчиков по делу к добросовестным конкурентам.

(1) стр. 10-27 тома 2 материалов дела (коммерческая, банковская и иная охраняемая законом тайна)

(2) стр. 40 тома IV материалов дела

(3) стр. 41 тома IV материалов дела

(4) стр. 42 тома IV материалов дела

(5) стр. 44 тома IV материалов дела

(6) стр. 37-38 тома IV материалов дела

(7) стр. 39 тома IV материалов дела

(8) стр. 134-135 тома IV материалов дела