

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена: 05 ноября 2019

В полном объеме решение изготовлено: 19 ноября 2019

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Томской области по рассмотрению дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства в составе: председателя Комиссии – Б.И.В. – заместителя руководителя управления – начальника отдела контроля монополистической деятельности;

членов комиссии: К.А.В. – главного специалиста-эксперта отдела контроля монополистической деятельности, Р.А.М. – главного специалиста-эксперта отдела экономического анализа, рассмотрев дело №02-10/76-18, возбужденное в отношении МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М» по признакам нарушения ч.4 ст.11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), руководствуясь ст. 48.1 Закона о защите конкуренции,

УСТАНОВИЛА:

В Томское УФАС России поступило обращение ООО «Трансвуд» (вх.№3008 от 11.05.2018) о нарушениях МУП АГП «Э-Т1» при проведении закупок каменного угля.

Информация о заключенных контрактах на идентичный предмет поставки – каменный уголь представлена в нижеследующей таблице:

№ и дата контракта	Наименование контрагента	Цена контракта
1 Т-04/2018 от 13.04.2018	ООО «М»	99 986
2 Т-05/2018 от 13.04.2018	ООО «М»	99 986
3 Т-06/2018 от 13.04.2018	ООО «М»	99 986
4 Т-07/2018 от 13.04.2018	ООО «М»	99 986
5 Т-08/2018 от 13.04.2018	ООО «М»	99 986
	ИТОГО:	499 930

Анализ реестра договоров, заключенных МУП АГП «Э-Т1» с ООО «М» показал пять фактов заключения договоров на сумму до 100 тысяч рублей без проведения конкурентных процедур, т.е. по собственному выбору имеющих на рынке предложений по критериям цены, качества. Договоры заключались на идентичный предмет в течение одного дня, что позволяет говорить об умышленном разделении предмета поставки со стороны заказчика МУП АГП «Э-Т1» на несколько отдельных договоров в целях обхода необходимости проведения конкурентных процедур.

Статья 11 Закона о защите конкуренции предусматривает запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов. При этом частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений), которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего

Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения:

- 1) о навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);
- 2) об экономически, технологически и иным образом не обоснованном установлении хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар;
- 3) о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;
- 4) об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях.

Федеральный закон от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) регулирует обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Федеральный закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

Федеральный закон от 3 июля 2016 г. N 321-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и нужд отдельных видов юридических лиц» (Закон № 321-ФЗ) вступивший в силу с 01.01.2017, предусматривает обязанность унитарных предприятий по применению положений Закона о контрактной системе применительно ко всем закупкам, за исключением закупок осуществляемых за счет грантов, а также в случаях привлечения соисполнителей иных лиц для поставки товара, выполнения работы или оказания услуги, необходимых для исполнения предусмотренных контрактом обязательств данного предприятия.

Таким образом, с 01.01.2017 при осуществлении закупок МУП АГП «Э-Т1» обязано было руководствоваться положениями Закона о контрактной системе.

Заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) (часть 1 статьи 24 Закона о контрактной системе).

Конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее также - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений (часть 2 статьи 24 Закона о контрактной системе).

Согласно пункту 13 статьи 22 Закона о контрактной системе идентичными товарами, работами, услугами признаются товары, работы, услуги, имеющие одинаковые характерные для них основные признаки. При определении идентичности работ, услуг учитываются характеристики подрядчика, исполнителя, их деловая репутация на рынке. Определение идентичности товаров, работ, услуг для обеспечения муниципальных нужд, сопоставимости коммерческих и (или) финансовых условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг осуществляется в соответствии с методическими рекомендациями (пункт 17 статьи 22).

В силу пункта 20 статьи 22 Закона о контрактной системе методические рекомендации по применению методов определения начальной (максимальной) цены контракта, цены контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), устанавливаются федеральным органом исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок.

В соответствии с пунктом 3.5.2 методических рекомендаций, утвержденных приказом Минэкономразвития России от 02.10.2013 N 567, идентичными признаются работы, услуги, обладающие одинаковыми характерными для них основными признаками (качественными характеристиками), в том числе реализуемые с использованием одинаковых методик, технологий, подходов, выполняемые (оказываемые) подрядчиками, исполнителями с сопоставимой квалификацией.

09.08.2018 Томским УФАС России в отношении МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М» было возбуждено дело №02-10/76-18 по признакам нарушения ч.4 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции».

В заседании комиссии представитель ООО «Трансвуд» свои требования поддержал, а так же пояснил, что он мог бы участвовать в поставке угля для нужд МУП АГП «Э-Т1», однако ему не было известно о проведении закупок угля.

Представитель МУП АГП «Э-Т1» пояснил следующее:

02.04.2018 ИП «П» направил в МУП АГП «Э-Т1» письмо с требованием погасить имеющуюся задолженность 4 371 931,54 руб. в течение десяти дней, во избежание срыва поставок по дальнейшим контрактам. 06.04.2018 Администрацией

Асиновского городского поселения в адрес ООО «М» направлено письмо с вопросом о возможности поставки угля. 09.04.2018 от ООО «М» получен ответ о том, что имеется возможность поставки угля, который 09.04.2018 исх. №02-06-1518/18-0 был перенаправлен Главой Асиновского городского поселения в МУП АГП «Э-Т1», МУП АГП «Э-Т2», МУП АГП «Э-Т3».

11.04.2019 МУП АГП «Э-Т1» направило в ООО «М» письмо, без исходящего номера, с запросом о количестве возможного к поставке угля. В данном письме МУП АГП «Э-Т1» указало на проведение закупки в соответствии с 44-ФЗ до 100 000 руб. Коммерческим предложением от 11.04.2018 №83 ООО «М» подтвердило готовность к отгрузке в размере 150-200 тонн.

В заседание Комиссии представлены 5 договоров на поставку угля №№Т-04/2018, Т-05/2018, Т-06/2018, Т-07/2018, Т-08/2018. от 13.04.2018 между МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М» по цене 99 986 руб. каждый. Как пояснил представитель МУП АГП «Э-Т1», выбор ООО «М» как поставщика угля был обусловлен как заявленной им ценой единицы поставляемого товара (2.998,97 руб. за тонну против 3250 руб., заявленной в предложении ООО «У»), так и предоставляемой отсрочкой оплаты на 3 мес. а также то, что цена тонны угля по контрактам с ООО «М» оказалась ниже, нежели цена угля по контрактам, заключенным на конкурентной основе.

Данный довод Комиссией не принимается, поскольку заключение договора в нарушение принципов антимонопольного законодательства, приводит к ограничению конкуренции, поскольку общество, которое заключает данный договор с Заказчиком получает необоснованные преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности, а другим хозяйствующим субъектам создаются препятствия к доступу на товарный рынок.

Согласно представленным возражениям МУП АГП «Э-Т1» от 30.10.2019 без номера, на заключение об обстоятельствах дела, предприятие полагает, что заключение не соответствует фактическим обстоятельствам дела, является незаконным и необоснованным, и указало следующее:

«МУП АГП «Э-Т1» - по организационно-правовой форме является муниципальным унитарным предприятием, созданным Асиновским городским поселением. Согласно п.2.1 Устава ответчика - Целями создания Предприятия являются удовлетворения потребностей муниципального образования «Асиновское городское поселение», а именно в целях решения задач по жизнеобеспечению населения муниципального образования «Асиновское городское поселение» услугами отопления и горячего водоснабжения. Собственником имущества ответчика является Асиновское городское поселение и назначение директора также отнесено к полномочиям муниципалитета. Указанная уставная цель ответчика - решение задач по жизнеобеспечению населения муниципального образования «Асиновское городское поселение» услугами отопления и горячего водоснабжения, является основной в хозяйственной деятельности предприятия, что является существенным обстоятельством при рассмотрении настоящего дела.»⁽¹⁾

«Согласно п. 5 ст. 4 Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции»: «хозяйствующий субъект - коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не

зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации».

Доходы МУП АГП «Э-Т1» за спорный 2018г. отсутствуют, согласно бухгалтерской отчетности в балансе за 2018г., деятельность убыточна.»⁽²⁾

«В связи с организационно-правовой формой ответчика МУП АГП «Э-Т1» - муниципальное унитарное предприятие, и не является самостоятельным хозяйствующим субъектом, на которое может быть возложена ответственность за нарушение антимонопольного законодательства РФ, на это же указывает п. 28 «Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 2 (2018)» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.07.2018).»⁽³⁾

Вышеуказанные доводы Комиссией не принимаются, по следующим основаниям: в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 14.11.2002 N 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» Унитарным предприятием признается **коммерческая организация**, не наделенная правом собственности на имущество, закрепленное за ней собственником. В форме унитарных предприятий могут быть созданы только государственные и муниципальные предприятия. Учитывая, что МУП АГП «Э-Т1» в 2108 осуществляло поставку тепло и водоснабжения, получая за это коммунальные платежи с населения, предприятие не могло не иметь дохода. Отсутствие прибыли, согласно бухгалтерской отчетности в балансе за 2018г., не свидетельствует об отсутствии доходов предприятия. Таким образом, МУП АГП «Э-Т1» является хозяйствующим субъектом в понимании п.5 ст.4 Закона о защите конкуренции.

В п.28 «Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации №2(2018) отсутствуют разъяснения о невозможности возложения ответственность за нарушение антимонопольного законодательства РФ на муниципальное унитарное предприятие, более того, в нем комментируются правоотношения, возникшие при рассмотрении антимонопольным органом нарушения управляющей организацией ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции.

Доводы МУП АГП «Э-Т1» в части начала деятельности предприятия и взаимоотношений с ИП «П» Комиссия считает не относимыми, и, не рассматривает.

Также в возражениях на заключение об обстоятельствах дела МУП АГП «Э-Т1» указывает:

«После чего ИП «П» в марте 2018г. направляет уведомление об отказе осуществлять поставки угля. В таких условиях чрезвычайных условиях с целью не оставить жителей Асиновского городского поселения остались бы без отопления и горячего водоснабжения в условиях сибирской зимы, пришлось срочно проводить аукцион по поставке угля, ввиду того, что аукцион проводился в условиях чрезвычайной ситуации, отсутствия опыта, технические ошибки, аукцион был признан технически не состоявшимся. Время шло на часы, для повторного аукциона не было времени и было принято решение для обеспечения минимальных потребностей в угле и с целью не заморозить людей, был заключен договор с ООО «М» 13.04.2019г., на сумму до 100 000 рублей, что соответствует антимонопольному законодательству

РФ. В последующем по тем же причинам, пришлось подписать с ООО «М» еще ряд договоров по поставке угля.

При таких обстоятельствах считаем, что у руководителя МУП АГП «Э-Т1» отсутствовал какой-либо умысел, направленный на заключение соглашения, нарушающего антимонопольное законодательство РФ, то есть отсутствовала субъективная сторона во вменяемом правонарушении. Также ввиду объективного отсутствия технической возможности по проведению электронного аукциона, считаем, что отсутствовала объективная сторона во вменяемом правонарушении.

В последующем в штат ответчика был принят специалист для проведения электронных торгов, были созданы технические возможности для проведения электронного аукциона, и МУП АГП «Э-Т1» стало проводить электронные торги, соблюдая антимонопольное законодательство РФ.»⁽⁴⁾

Вышеуказанные доводы Комиссией не принимаются, по следующим основаниям: Согласно сведениям имеющимся в деле, МУП АГП «Э-Т1» в марте 2018 года заключило 4 муниципальных контракта на поставку угля по итогам конкурентных процедур. Таким образом, доводы МУП АГП «Э-Т1» об отсутствии опыта, технических ошибках, не соответствуют имеющимся в деле материалам. В ходе рассмотрения дела установлено, что все 5 договоров (копии имеются в материалах дела), заключены в один день – 13.04.2018, соответственно, пояснения МУП АГП «Э-Т1»: В последующем по тем же причинам, пришлось подписать с ООО «М» еще ряд договоров по поставке угля.» не соответствуют фактическим обстоятельствам дела. В деле нет сведений о технически не состоявшемся аукционе, непонятна мотивация «объективного отсутствия технической возможности по проведению электронного аукциона», при том, что ранее электронные аукционы проводились. Комиссия считает, что вышеизложенные возражения не свидетельствуют об отсутствии умысла, а следовательно субъективной стороны во вменяемом правонарушении.

В своих возражениях МУП АГП «Э-Т1» указал:

«Также согласно ст. 2.7 КоАП РФ: «Не является административным правонарушением причинение лицом вреда охраняемым законом интересам в состоянии крайней необходимости, то есть для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности и правам данного лица или других лиц, а также охраняемым законом интересам общества или государства, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами и если причиненный вред является менее значительным, чем предотвращенный вред.» что имеет полное отношение к рассматриваемому делу.»⁽⁵⁾

Данный довод Комиссией не принимается, поскольку в деле рассматривается не совершение административного правонарушения, а нарушение Закона о защите конкуренции.

В возражениях на заключение об обстоятельствах дела МУП АГП «Э-Т1» указывает: «Также не согласны с аналитическим отчетом по результатам обзора состояния конкуренции на рынке угля марки Д в границах Асиновского городского поселения, проведенным УФАС по Томской области. Полагаем, что географические границы исследуемого рынка должны быть как минимум расширены до географических границ Томской области и Кемеровской области. Так как субъекты поставок угля

находятся в границах Томской и Кемеровской области, что соответственно влияет на долю объема реализации.

Ввиду того, что аналитический отчет по результатам обзора состояния конкуренции на рынке угля марки Д в границах Асиновского городского поселения, проведенный УФАС по Томской области не соответствует критериям объективности и обоснованности, настоящим ходатайствуем о проведении экспертизы для составления объективного отчета по результатам обзора состояния конкуренции на рынке угля марки Д с учетом мнения ответчика, предлагаем поставить перед экспертами вопрос о географических границах исследуемого рынка, и должны ли границы рынка расширены до географических границ Томской области и Кемеровской области, то есть является ли исследуемый рынок межрегиональным?»⁽⁶⁾

Комиссия отклоняет вышеуказанное ходатайство. В соответствии с частью 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции **в объеме, необходимом для принятия решения** о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства. Процедуры проведения экспертизы отчета по результатам обзора состояния конкуренции в Законе о защите конкуренции не предусмотрено.

В ходе рассмотрения дела ООО «М» нарушение антимонопольного законодательства не признало и пояснило следующее:

«06.02.2018 МКУ «Центр закупок Асиновского района» проводил закупки угля для нужд, в том числе, МУП АГП «Э-Т1» (извещения №№0865300002418000015, 0865300002418000014, 0865300002418000013, 0865300002418000012, 0865300002418000011. Все вышеуказанные аукционы были признаны несостоявшимися, в связи с тем, что не было подано ни одной заявки.

11 апреля 2018 года в адрес ООО «М» от МУП АГП «Э-Т1» поступило письмо с предложением рассмотреть возможность отгрузки угля на котельные предприятия в кратчайшие сроки, в связи с отсутствием запасов каменного угля, необходимого для обеспечения теплоснабжением потребителей г. Асино, что в свою очередь могло привести к возникновению чрезвычайной ситуации (запасов угля оставалось не более чем на 3 дня).

В соответствии с действующим законодательством, предоставление тепловой энергии потребителям должно осуществляться бесперебойно в течение отопительного сезона. Перебои в подаче тепловой энергии влекут нарушение охраняемых государством конституционных прав граждан.

Таким образом, с целью не допустить возникновения чрезвычайной ситуации в г. Асино, между ООО «М» и МУП АГП «Э-Т1» были заключены договоры на поставку каменного угля, частично обеспечивающие потребность в каменном угле, возникшую вследствие признания вышеуказанных аукционов несостоявшимися. Соответственно, каждый из пяти договоров заключался в обстоятельствах, не терпящих отлагательств, с целью поставки минимально необходимого предприятию объема каменного угля, а не с целью «дробления» единой закупки».

Вышеизложенные доводы ООО «М» не принимаются Комиссией по следующим

основаниям:

Довод ООО «М» о несостоявшихся торгах и соответственно отсутствии потенциальных продавцов угля опровергается заключением контрактов между МУП АГП «Э-Т1» №Ф.2018.70719 от 02.03.2018 с ИП «П», №Ф.2018.70727 от 07.03.2018 с ИП «П», №Ф.2018.70796 от 02.03.2018 с АО «РДЦ ТО», №Ф.2018.70691 от 02.03.2018 с АО «РДЦ ТО», заключённых по итогам проведения конкурсных процедур.

Довод ООО «М» о том, что контракты заключены с целью не допустить возникновения чрезвычайной ситуации в г. Асино, что каждый из пяти договоров заключался с целью поставки минимально необходимого предприятию объема каменного угля, а не с целью «дробления» единой закупки» не состоятелен, поскольку заключение пяти контрактов в один день, на идентичный предмет поставки, как раз свидетельствует об искусственном раздроблении предмета закупки с целью избежания проведения конкурентных процедур.

Комиссия отмечает, что режим «Чрезвычайное положение» на территории Асиновского городского поселения не вводился. Материалами дела также не подтверждается тот факт, что вменяемые ответчикам нарушения антимонопольного законодательства были вызваны чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвидимыми, непредотвратимыми препятствиями, находящимися вне контроля данных юридических лиц, при соблюдении ими той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась от них в целях надлежащего исполнения обязанностей по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

Также ООО «М» поясняет: «В феврале 2018 г. МУП АГП «Э-Т1» были заключены пять контрактов по результатам проведения электронных аукционов. При проведении анализа условий данных закупок можно установить следующее. Начальная цена каменного угля, заявленная по 5 проведенным аукционам, составляла 3 133,51 рублей за 1 тонну. Согласно заключенным ООО «М» с МУП АГП «Э-Т3» договорам на поставку угля, уголь по всем Договорам поставлялся по цене 2 998,97 рублей за 1 тонну, с учетом НДС. Соответственно контракты были заключены обществом с предприятием как с единственным поставщиком по цене не являющейся завышенной». Данный довод Комиссией не принимается, в связи с тем, что в рамках настоящего дела рассматривается не обоснование цены контракта, а получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности и созданию препятствий другим хозяйствующим субъектам к доступу на товарный рынок. Материалами дела установлено, что ООО «Т» не владел информацией о проведении закупок угля у единственного поставщика ООО «М», таким образом, другие участники рынка поставки угля, были лишены возможности принять участие и стать победителем указанных закупок. Кроме того, Комиссия отмечает, что в рамках настоящего дела не изучалась конъюнктура рынка угля, не изучалась динамика цен, вместе с тем, возможно предположить, что цена угля в феврале (в разгар отопительного сезона) может сильно отличаться от цены в апреле (завершение отопительного сезона и падение продаж).

Доводы ООО «М» о возможности осуществления закупки услуги (работы, товара) у единственного исполнителя без использования конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) на сумму, не превышающую ста тысяч рублей, что подтверждается сложившейся практикой

рассмотрения подобного рода споров (Письмо Мин. Финансов от 17.11.2017 г. № 24-02-06/76580, Письмо ФАС от 25.04.2017 года РП/27902/17, Письмо Мин. Финансов от 24.07.2017 г. № 24-05-09/47113, Письмо Министерства экономического развития РФ от 20.10.2015 года № Д28и-3179, Решение УФАС по Краснодарскому краю от 19.12.2017 года по делу № 147/2017, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа 31.01.2018 года по делу № А75-7581/2017, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного по делу № Ф03-6447/2015, Решение Арбитражного суда Сахалинской области от 10.08.2015 г. по гражданскому делу № А59-2232/2015) Комиссией не принимаются по следующим основаниям:

В письме Министерства финансов от 24.07.2017 г. № 24-05-09/47113 разъясняются положения пункта 4 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе, в месте с тем, в письме Министерства финансов от 17.11.2017 г. № 24-02-06/76580 прямо указано: «В соответствии с частью 5 статьи 24 Закона о контрактной системе заказчик, выбирая способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями главы 3 Закона о контрактной системе, **не вправе совершать действия, влекущие за собой необоснованное сокращение числа участников закупки.**

Таким образом, подпункт 4 пункта 1 статьи 93 Закона о контрактной системе применяется с учетом установленных в нем требований, а также требований части 2 статьи 8 и части 5 статьи 24 Закона о контрактной системе...».

В письме ФАС России от 25.04.2017 года РП/27902/17 сообщается что в соответствии с положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 331, ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим в том числе функции по контролю (надзору) в сфере государственного оборонного заказа, в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, а также по согласованию применения закрытых способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей). Вместе с тем, в данном письме обобщаются только положения Закона о контрактной системе, не касаясь Закона о защите конкуренции.

В письме Министерства экономического развития РФ от 20.10.2015 года № Д28и-3179 сообщается о том, что юридическую силу имеют разъяснения органа государственной власти, в случае если данный орган наделен в соответствии с законодательством Российской Федерации специальной компетенцией издавать разъяснения по применению положений нормативных правовых актов.

В соответствии с Положением о Минэкономразвития России, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 5 июня 2008 г. N 437, Минэкономразвития России не наделено полномочиями по разъяснению законодательства Российской Федерации. Вместе с тем, в письме Минэкономразвития России от 29.03.2017 N Д28и-1353 разъяснено, что осуществление закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) на основании статьи 93 Закона о контрактной системе носит исключительный характер. Данная норма применяется в случаях отсутствия конкурентного рынка, невозможности либо нецелесообразности применения конкурентных способов

определения поставщика (подрядчика, исполнителя) для удовлетворения нужд заказчика.

Фактические обстоятельства дел, по которым приняты Решение УФАС по Краснодарскому краю от 19.12.2017 года по делу №147/2017, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа 31.01.2018 года по делу №А75-7581/2017, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного по делу №Ф03-6447/2015, Решение Арбитражного суда Сахалинской области от 10.08.2015 г. по гражданскому делу №А59-2232/2015, не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, рассматриваемого Комиссией

Согласно представленным возражениям ООО «М» от 01.11.2019 без номера, на заключение об обстоятельствах дела, общество не согласно с вменяемым нарушением, квалифицированным ч.4 ст. 11 Закона о защите конкуренции в связи со следующим: «Ст. 11 ФЗ № 135 установлены запреты в отношении антиконкурентных соглашений. При этом частями 1,2,3 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещены строго определенные «вертикальные» и «горизонтальные» соглашения без обязанности антимонопольного органа доказывать, что такие соглашения привели или могут привести к ограничению конкуренции. Все прочие «вертикальные», «горизонтальные» и иные соглашения, запрещены ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции, только в случае если они привели или могут привести к ограничению конкуренции. Такой подход нашел применение в судебной практике (Постановление АС МО от 3 ноября 2015 г. N А40-198265/14. от 19 ноября 2014 г. N А40-75519/13-152-731).»⁽⁷⁾

По правилам части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, помимо прочих, могут быть признаны допустимыми соглашения, предусмотренные частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, если такими соглашениями не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких соглашений, а также если их результатом является или может являться, в том числе, получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок. Поскольку в данном случае в результате заключения между ООО «М» и МУП АГП «Э-Т1» указанных контрактов не создавалась возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на товарном рынке, ни на одного из участников не накладывались ограничения, не соответствующие целям достижения такого соглашения, а также МУП АГП «Э-Т1» как Покупателем была получена соответствующая выгода (МУП АГП «Э-Т1» закупало аналогичный товар по итогам иных аукционов у иных поставщиков по более дорогой цене) данные соглашения можно считать допустимыми.»⁽⁸⁾

Комиссия считает вышеуказанный довод несостоятельным по следующим основаниям: как следует из Постановлений АС МО от 3 ноября 2015 г. N А40-198265/14. от 19 ноября 2014 г. N А40-75519/13-152-731, суды пришли к выводу, что, с учетом положений Закона о защите конкуренции, при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства путем заключения запрещенного «вертикального» соглашения, антимонопольный орган обязан установить наличие следующих обстоятельств:

1. факт заключения запрещенного «вертикального» соглашения и участия в нем сторон;
2. отсутствие оснований для признания «вертикального» соглашения допустимым в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции,
3. отсутствие оснований для признания «вертикального» соглашения допустимым в порядке ст. 13 Закона о защите конкуренции.

В случае недоказанности хотя бы одного из перечисленных обстоятельств антимонопольный орган не вправе признавать «вертикальное» соглашение запрещенным в порядке ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Отсутствие оснований для признания «вертикального» соглашения допустимым в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции.

Комиссия считает доказанным факт заключения запрещенного «вертикального» соглашения и участия в нем сторон и отсутствие оснований для признания «вертикального» соглашения допустимым в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции. Довод ООО «М» о допустимости заключения и исполнения рассматриваемых договора в соответствии с частью 1 статьи 13 ФЗ «О защите конкуренции», также подлежит отклонению.

В соответствии с указанной нормой, действия (бездействие) хозяйствующих субъектов, предусмотренные частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (за исключением действий (бездействия), указанных в пунктах 1 (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), 2, 3, 5, 6, 7 и 10 части 1 статьи 10 этого Федерального закона), соглашения и согласованные действия, предусмотренные частями 2 - 4 статьи 11, статьей 11.1 этого Федерального закона, сделки, иные действия, предусмотренные статьями 27 - 29 этого Федерального закона, а также соглашения о совместной деятельности, заключенные между хозяйствующими субъектами-конкурентами, могут быть признаны допустимыми, если такими действиями (бездействием), соглашениями и согласованными действиями, сделками, иными действиями не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок, иных действий, а также если их результатом является или может являться: 1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке; 2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.

В то же время, в настоящем случае исполненные ООО «М» договоры не относятся к сделкам (либо действиям), поименованным в указанной норме, и фактически ограничивает конкуренцию на товарном рынке, нарушают права лиц, осуществляющих деятельность по поставке товаров, в связи с чем, применение этой нормы в рассматриваемой ситуации исключено.

Комиссией отклонен довод ООО «М»: «Исходя из буквального толкования нормы ч.

4 ст. 11 Закона о защите конкуренции для выявления признаков, запрещенного соглашения необходимо установить общую цель участников соглашения, объединение их усилий и их деятельности для достижения такой цели, наличие общей политики на рынке и согласованности действий (Постановление АС ВСО от 16.03.2016 г. № А19-8148/2015).»⁽⁹⁾

В Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 04 июля 2017 года дело №А19-8148/2015 указано: «Для квалификации действий хозяйствующих субъектов как антиконкурентного соглашения, необходимо доказать, что заключение соглашения между хозяйствующими субъектами привело или может привести к ограничению конкуренции, установить причинно-следственную связь между заключением соглашения между хозяйствующими субъектами на товарном рынке и наступлением (либо возможностью наступления) отрицательных последствий. Содержание приведенных норм Закона о защите конкуренции не свидетельствует, что для выявления признаков запрещенного частью 4 статьи 11 Закона соглашения необходимо установление общей правовой цели участников соглашения, объединение их усилий и их деятельности для достижения такой цели, наличие общей политики на рынке и согласованности действий. В этой связи с учетом положений части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции в целях ее правильного применения достаточно установления самой возможности ограничения конкуренции.»

Комиссией отклонен довод ООО «М»: «Кроме того, реализация заключенного между хозяйствующими субъектами соглашения предполагает предсказуемое индивидуальное поведение формально независимых субъектов, определяющее цель их действий, при этом подлежит доказыванию со стороны антимонопольного органа получение выгоды хозяйствующими субъектами в результате реализации такого соглашения. (Постановление АС ПО от 27 августа 2015 г. № Ф06-26744/2015 по делу № А49-167/2015).»⁽¹⁰⁾

В рамках дела № А49-167/2015 рассматривалось нарушение пункта 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а именно, заключение соглашения между хозяйствующими **субъектами-конкурентами**, между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров **на одном товарном рынке**, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, в то время как в рамках настоящего дела рассматривается нарушение пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Комиссией отклонены доводы ООО «М» «Ответчик обращает внимание, что принял решение о заключении контрактов, в том числе и после получения «коммерческого предложения» (письмо от 06.04.2018 г.) от органа местного самоуправления - Администрации Асиновского городского поселения. В соответствии с указанным письмом Администрация просила в кратчайшие сроки рассмотреть возможность отгрузки угля в адрес муниципальных унитарных предприятий в период с 13.04.2018 г. посредством заключения контрактов до 100 000 руб. с отсрочкой платежа, что обеспечило бы недопущение срыва отопительного сезона, а соответственно соблюдение конституционных прав граждан. Принимая во внимание, что отказ от заключения контрактов мог повлечь возникновение чрезвычайной ситуации, а также наличие в законодательстве возможности заключения указанных контрактов до 100 000 руб. (ст. 93 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных

и муниципальных нужд») соответствующие Договоры были заключены и затем реализованы. Кроме того, Ответчик обращает внимание комиссии, что не является уполномоченным лицом для проведения проверки относительно официального введения режима чрезвычайной ситуации в г. Асино, а также количества угля необходимого для отопительного сезона (обстоятельства находящиеся вне контроля Ответчика). В данном случае Ответчик является добросовестным лицом, поскольку получив запрос о поставке угля, в связи с возможностью наступления чрезвычайной ситуации от органа местного самоуправления не знал и не мог знать об отсутствии режима чрезвычайной ситуации, а значит у Ответчика отсутствовал умысел на ограничение конкуренции.»⁽¹¹⁾

Комиссия установила, что закупка угля МУП АГП «Э-Т1» проводилась не в рамках пункта 9 статьи 93 Закона о контрактной системе: закупка определенных товаров, работ, услуг вследствие аварии, иных чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера, непреодолимой силы, а в рамках пункта 4 статьи 93 Закона о контрактной системе.

В силу части 5 статьи 24 Закона о контрактной системе заказчик выбирает способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями главы 3 данного закона. При этом он не вправе совершать действия, влекущие за собой необоснованное сокращение числа участников закупки.

Закупка у единственного поставщика не относится к конкурентным способам закупки, а, следовательно, применение такого метода закупок должно осуществляться исключительно в случаях, установленных законом.

В соответствии с положениями статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, при этом факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством (статьи 154, 160, 432, 434 ГК РФ).

Таким образом, Закон о защите конкуренции устанавливает специальные требования к определению соглашения, как волеизъявления хозяйствующих субъектов, отличные от содержащихся в Гражданском Кодексе Российской Федерации.

Доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

Для констатации антиконкурентного соглашения необходимо и достаточно проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства.

Согласно выводам судебной практики, в том числе по делу А33-3568/2015, заключение договора в нарушение принципов антимонопольного законодательства, приводит к ограничению конкуренции, поскольку общество, которое заключает данный договор с Заказчиком, получает необоснованные

преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности, а другим хозяйствующим субъектам создаются препятствия к доступу на товарный рынок.

Таким образом, соглашением может быть признана договоренность хозяйствующих субъектов в любой форме, о которой свидетельствуют сведения, содержащиеся в документах хозяйствующих субъектов, скоординированные и целенаправленные действия (бездействие) данных субъектов, сознательно ставящих свое поведение в зависимость от поведения других участников рынка, совершенные ими на конкретном товарном рынке, подпадающие под критерии ограничения конкуренции и способные привести к результатам, определенным Законом о защите конкуренции.

В тех случаях, когда требуется проведение конкурентных процедур, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурентных процедур в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем.

Комиссия считает, что непроведение МУП АГП «Э-Т1» конкурентных процедур на право заключения договоров на поставку угля и заключение данных договоров с конкретным предприятием свидетельствует об определенной достигнутой договоренности между сторонами указанных договоров. Данный вывод Комиссии подтверждается обращением без исходящего номера от 11.04.2018 МУП АГП «Э-Т1» в ООО «М», с запросом о количестве возможного к поставке угля, в котором сразу указано на проведение закупки в соответствии с 44-ФЗ с закупкой до 100 000 руб., коммерческим предложением ООО «М» в адрес МУП АГП «Э-Т1» (исх.№83 от 11.04.2018) в котором указывается о возможности отгрузки 150-200 тонн угля с отсрочкой оплаты на 90 суток с момента отгрузки и заключенными по итогам этого предложения договорами №№Т-04/2018, Т-05/2018, Т-06/2018, Т-07/2018, Т-08/2018 от 13.04.2018.

Комиссией установлено, что согласно сведений, размещенных на сайте <http://zakurki.gov.ru>, ООО «М» в период с 13.10.2012 по 13.04.2018 участвовало в проведении торгов в порядке Закона о закупках – 90 раз, а в период с 27.06.2014 по 13.04.2018 в порядке Закона о контрактной системе – 112 раз. Таким образом, квалификация ООО «М» в правоприменительной практике Закона о контрактной системе, Закона о закупках, не подлежит сомнению. Как следует из пояснений ООО «М», проекты договоров на поставку угля готовили сотрудники общества. Вместе с тем, в договорах №№Т-04/2018, Т-05/2018, Т-06/2018, Т-07/2018, Т-08/2018. от 13.04.2018 указано, что МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М», именуемые в дальнейшем «Стороны», с соблюдением требований Гражданского кодекса Российской Федерации заключили настоящий договор, без указания специальных норм права, которыми регламентируются заключение договоров с муниципальными унитарными предприятиями. При этом, суммы заключенных договоров не превышают 100000 рублей, что соответствует пункту 4 статьи 93 Закона о контрактной системе осуществление закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Комиссия приходит к выводу, что ООО «М», понимая неправомочность заключения договоров, пыталось завуалировать их заключение по правилам, установленным

гражданским законодательством.

В силу пункта 3 части 4 статьи 11 Закона «О защите конкуренции» запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 указанного Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

В соответствии с частью 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции допускаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения, не превышает двадцать процентов.

В ходе рассмотрения дела Томское УФАС России в соответствии с частью 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции провело анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, который приобщен к материалам настоящего дела.

Согласно части 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Приказ ФАС России от 28.04.2010 №220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее – Порядок №220») зарегистрирован в Минюсте России 02.08.2010 №18026.

Пунктом 1.3 Порядка №220 определены этапы проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел, возбужденных по признакам нарушения ст. 10, ч. 1 ст. 11, ч. 2 ст. 11, ч. 5 ст. 11, ст. 14.1 - 14.8, ст. 15, ст. 16, ст. 17, 17.1, 18 Закона о защите конкуренции.

При этом, Порядком №220 не определены этапы проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел о нарушении части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Исходя из сложившейся судебной практики, при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке необходимо исходить из цели исследования, определяемой конкретными обстоятельствами рассматриваемого дела.

В соответствии с ч. 5.1 ст. 45 Закона о защите конкуренции, Томским УФАС России составлен аналитический отчет по результатам обзора состояния конкуренции на рынке угля марки Д в границах Асиновского городского поселения. По результатам проведенного исследования рынка продуктовые границы определены как рынок угля марки Д для котельных. Определение географических границ товарного рынка осуществлялось установлением фактических районов продаж (местоположения приобретателей), хозяйствующих субъектов (продавцов),

осуществляющих продажи на рассматриваемом товарном рынке.

Местоположение потребителя – г. Асино Асиновского района Томской области. Вместе с тем, поскольку в том случае, если бы МУП АГП «Э-Т1» проводило закупку конкурентными способами определения поставщика (исполнителя, подрядчика), извещение о проведении закупки было бы размещено в единой информационной системе в сфере закупок и не могло содержать требований о нахождении исполнителя в конкретном регионе, а значит потенциальными исполнителями могли быть любые хозяйствующие субъекты, осуществляющие поставку подобных товаров.

При этом, как следует из пункта 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции, определяющим для определения географических границ товарного рынка является именно положение покупателя товара, которым в данном случае является МУП АГП «Э-Т1». Более того, приобретение и реализация указанных товаров вне географических границ г. Асино может быть нецелесообразным как для предприятия, так и для хозяйствующих субъектов, которые осуществляют реализацию соответствующих товаров.

Таким образом, географические границы указанного товарного рынка охватываются территорией Асиновского городского поселения.

По результатам анализа рынка по закупке угля доля МУП АГП «Э-Т1» на рынке составила – 38,6%. Доля ООО «М» по объему реализации угля составила 43,2%.

Рассматривая состав хозяйствующих субъектов – участников «вертикального» соглашения: МУП АГП «Э-Т1», ООО «М» отделом экономического анализа сделан вывод об отсутствии критериев допустимости «вертикальных» соглашений, установленных частью 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции.

Действия ООО «М» и МУП АГП «Э-Т1» по заключению договоров на поставку угля без проведения конкурентных процедур привели к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок, поскольку другие участники рынка поставки угля, были лишены возможности принять участие и стать победителем указанных закупок.

Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 24.06.2009 N 11-П необходимым элементом общего понятия состава правонарушения и предпосылкой возложения юридической ответственности является вина привлекаемого к ней лица. Административный орган не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта нарушения установленных законом правил, не выявляя иные связанные с ним обстоятельства, в том числе наличие или отсутствие вины соответствующих субъектов.

Действующее законодательство определяет вину юридического лица как наличие у него возможности для соблюдения норм законодательства и непринятии всех зависящих от него мер по их соблюдению. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения норм законодательства, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Вина ООО «М», МУП АГП «Э-Т1» выражается в том, что у предприятий имелась

возможность не заключать договоры на поставку угля без проведения конкурентных процедур, а заключить договоры по итогам проведения конкурентных процедур на принципах добросовестности, открытости, соперничества, однако, ООО «М» и МУП АГП «Э-Т1» не предприняли мер для оказания соответствующих услуг на названных принципах, а направленность их действий свидетельствует о намеренном совершении указанных противоправных действий.

Доказательства, свидетельствующие о принятии ООО «М» и МУП АГП «Э-Т1» всех зависящих от них мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых антимонопольным законодательством предусмотрена ответственность, отсутствуют.

Комиссия Томского УФАС России по рассмотрению дела №02-10/76-18 о нарушении антимонопольного законодательства, учитывая совокупность имеющихся доказательств, оценив доводы лиц, участвующих в рассмотрении дела,

РЕШИЛА:

1. Признать что МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М» нарушили пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции заключив соглашение на поставку угля без проведения конкурентных процедур, что привело к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий к доступу на товарный рынок .

2. В связи с исполнением договоров не выдавать МУП АГП «Э-Т1» и ООО «М» предписание.

3. Передать материалы дела должностному лицу Томского УФАС России для решения вопроса о возбуждении административного производства в соответствии с КоАП РФ.

Председатель комиссии: И.В.Б

Члены комиссии: А.В.К

Л.М.Р

1. Орфография и пунктуация сохранены ↑
2. Орфография и пунктуация сохранены ↑
3. Орфография и пунктуация сохранены ↑
4. Орфография и пунктуация сохранены ↑
5. Орфография и пунктуация сохранены ↑
6. Орфография и пунктуация сохранены ↑
7. Орфография и пунктуация сохранены ↑
8. Орфография и пунктуация сохранены ↑

9. Орфография и пунктуация сохранены ↑
10. Орфография и пунктуация сохранены ↑
11. Орфография и пунктуация сохранены ↑