

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «18» августа 2016

Полный текст решения изготовлен «24» августа 2016

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия ФАС России, Коллегия ФАС России) в составе: (<...>),

рассмотрев на заседании Коллегии ФАС России жалобу ООО "Уренгойдорстрой" на решение и предписание Пермского УФАС России от 21.04.2016 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А, в присутствии (в том числе, посредством видео-конференц-связи):

(<...>)

(Уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 09.08.2016 на официальном сайте ФАС России [www.fas.gov.ru](http://www.fas.gov.ru) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

### УСТАНОВИЛА:

В Федеральную антимонопольную службу поступила жалоба ООО "Уренгойдорстрой" (далее — Заявитель) на решение и предписание Пермского УФАС России от 21.04.2016 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А (далее — решение Пермского УФАС России).

Оспариваемым Решением Пермского УФАС России Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю признала ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), путем заключения соглашения между хозяйствующими субъектами — конкурентами при проведении открытого аукциона в электронной форме № 0156200009915000277, которое привело к поддержанию цен на торгах. На основании Решения Пермского УФАС России указанным хозяйствующим субъектам были выданы предписания.

В соответствии с частью 6 статьи 23 Закона о защите конкуренции жалобу на решение территориального антимонопольного органа в федеральный антимонопольный орган представляют лица, участвовавшие в деле, в течение одного месяца со дня принятия решения.

Согласно материалам и сведениям по делу № 811-15-А, ООО «Уренгойдорстрой», (жалоба поступила 21.05.2016 в ФАС России, зарегистрирована вх. № 73112-ЭП/16 от 24.05.2016), является лицом,

участвовавшим в деле в качестве ответчика.

Срок представления жалобы на решение Пермского УФАС России Заявителем соблюден.

По мнению ООО «Уренгойдорстрой», решение Пермского УФАС России нарушает нормы антимонопольного законодательства, содержит субъективные, не подтвержденные материалами дела выводы, а также нарушает единообразие практики в сфере применения антимонопольного законодательства по следующим основаниям:

1.

1.

1. Действия ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А не могут квалифицироваться как поддержание цены на торгах, поскольку цена была снижена.
2. ООО «Уренгойдорстрой» в заявлении ссылается на решение ФАС России от 09.10.2015 по результатам рассмотрения жалобы ЗАО «Уралмостстрой», в котором содержатся выводы о соответствии заявок ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» требованиям документации.
3. По мнению Заявителя, соглашения, равно как и согласованные действия хозяйствующих субъектов, должны преследовать достижение определенных целей, создающих определенные экономические выгоды их участникам - не одному, а всем.

Апелляционная коллегия ФАС России, изучив представленные Пермским УФАС России материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А и заявление ООО «Уренгойдорстрой» о признании незаконным решения и предписания Пермского УФАС России от 21.04.2016 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А, установила следующее.

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. Аналогичная правовая позиция отражена в пункте 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 года.

Иначе говоря, факт наличия соглашения, ограничивающего конкуренцию, устанавливается исходя из совокупности доказательств по делу.

Согласно разъяснениям Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств так и совокупности косвенных доказательств.

На практике к таким косвенным доказательствам обычно относятся:

- отсутствие экономического обоснования поведения одного из участников соглашения, создающего преимущества для другого участника соглашения, не соответствующего цели осуществления предпринимательской деятельности – получению прибыли;

- заключение договора поставки (субподряда) победителем торгов с одним из участников торгов, отказавшимся от активных действий на самих торгах;

- использование участниками торгов одного и того же IP-адреса (учетной записи) при подаче заявок и участии в электронных торгах;

- фактическое расположение участников соглашения по одному и тому же адресу;

- оформление сертификатов электронных цифровых подписей на одно и то же физическое лицо;

- формирование документов для участия в торгах разных хозяйствующих субъектов одним и тем же лицом;

- наличие взаиморасчетов между участниками соглашения, свидетельствующее о наличии взаимной заинтересованности в результате реализации соглашения.

При рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А Комиссией Пермского УФАС России был установлен факт осведомленности ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» о совместном участии в аукционе № 0156200009915000277.

У ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» были запрошены все договоры и иные соглашения, заключенные между ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» в период с 2012 года, а также банковские выписки (включая входящие и исходящие платежи) по всем счетам во всех банках, в которых открыты расчетные счета указанных обществ.

Установлено, что между ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» с 2011 года заключено порядка 11 договоров, среди которых два договора займа (№ 1/УДС от 15.09.2015, № 2/УДС от 21.10.2015) на суммы 58 335 000,00 и 58 340 000,00 соответственно, под 0,1 % годовых.

Часть 1 раздела 9 Документации об аукционе в электронной форме № 0156200009915000277, устанавливает размер обеспечения заявки на участие в аукционе составляет 3% от начальной/максимальной цены контракта, что равно 58 334 637,60 рублей, НДС не облагается.

Согласно договору займа № 1/УДС от 15.09.2015 г., заимодавец (ООО «Мостострой-12») предоставляет заёмщику (ООО «Уренгойдорстрой») денежные средства в размере не более 58 335 000,00 руб. за вознаграждение 0,1% годовых. Заём предоставляется на срок до 07.10.2015 г.

Согласно платёжному поручению № 3797 сумма в 58 335 000,00 руб. была переведена заимодавцем заёмщику 16.09.2015г., за сутки до подачи ООО «Уренгойдорстрой» и ООО «Мостострой-12» заявки на участие в аукционе № 0156200009915000277 (17.09.2015 г.).

07.10.2015 г., через неделю после проведения аукциона №

0156200009915000277 и получения суммы задатка ООО «Уренгойдорстрой» от электронной торговой площадки, ООО «Уренгойдорстрой» возвращает занятые у ООО «Мостострой-12» средства по платёжному поручению № 4745 с уплатой процентов в размере 3 516,26 рубля (платёжное поручение № 4768 от 08.10.2015 г.).

Всего через 2 недели ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» вновь заключают договор займа на аналогичную сумму - согласно договору займа № 2/УДС от 21.10.2015 г., заимодавец (ООО «Мостострой-12») предоставляет заёмщику (ООО «Уренгойдорстрой») денежные средства в размере не более 58 340 000,00 руб. за вознаграждение 0,1% годовых. Заём предоставляется на срок до 14.11.2015 г.

Согласно платёжному поручению № 4407 сумма в 58 340 000,00 руб. была переведена заимодавцем заёмщику 21.10.2015г. а 10.11.2015 г., через восемь дней после проведения аукциона № 0156200009915000277 и получения суммы задатка ООО «Уренгойдорстрой» от электронной торговой площадки, ООО «Уренгойдорстрой» возвращает занятые у ООО «Мостострой-12» средства по платёжному поручению № 5317 с уплатой процентов в размере 3 196,71 рубля (платёжное поручение № 5344 от 10.11.2015 г.).

Изучив представленные Пермским УФАС России материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А, доводы сторон, Апелляционная коллегия ФАС России приходит к следующим выводам.

1. Установленное в рамках рассмотрения дела поведение ответчиков при проведении торгов, а именно, отсутствие предложений ООО «Уренгойдорстрой» в основное время аукциона, подача указанным обществом ценового предложения в дополнительное время (1 944 487 919,99 рублей, то есть минус 1 копейка от начальной/максимальной цены контракта), при том, что его конкурентом ООО «Мостострой-12» предложение было сделано лишь через 5 минут после начала аукциона, то есть при наличии у Заявителя фактической возможности первым сделать ценовое предложение в размере шага аукциона (0,5 %), а также не продолжение конкурентной борьбы со стороны ООО «Мостострой-12» (при наличии, исходя из представленного расчета, возможности снижения до 2,85 %), свидетельствует о том, что указанные действия совершались ответчиками в рамках реализации антиконкурентного соглашения, целью которого было заключение контракта по максимальной цене.

Довод о том, что хозяйствующие субъекты - конкуренты, являясь участниками одного аукциона, в результате реализуемых в рамках антиконкурентных соглашений действий поддержали цену заключаемых контрактов на более высоком уровне, чем цена, которая могла быть установлена при конкурентных добросовестных торгах, подтверждается сложившейся правоприменительной практикой антимонопольных органов, в том числе, решением Пермского УФАС России от 07.11.2014 по делу № 445-14-А, решением ФАС России от 22.12.2014 по делу № 1-11-146/00-22-14. Законность указанных решений подтверждена судами в рамках рассмотрения дел № А50-25738/14, № А40-46931/2015 соответственно.

Мотивируя свои решения, суды указывали, что по рассматриваемой категории дел подлежит доказыванию установление факта достижения заявителями договоренности в устной форме, в соответствии с которым хозяйствующие субъекты должны совершить обусловленные соглашением действия, направленные на достижение одной цели - поддержание цены на торгах.

2. Как указано в оспариваемом Решении Пермского УФАС России (стр. 18-19), из представленных самими ответчиками расчетов следует, что для ООО «Уренгойдорстрой» экономически целесообразным было бы заключение контракта при снижении начальной максимальной цены до 1 927 953 994, 06 рубля (- 0,8%), для ООО «Мостострой-12» - до 1 889 077 643, 26 (- 2,85 % от начальной максимальной цены контракта).

Апелляционная коллегия ФАС России установила, что приведенные в жалобе доводы не опровергают выводы Комиссии Пермского УФАС России о том, что даже с учетом экономической целесообразности при добросовестном, конкурентном, самостоятельном поведении каждого из участников аукциона снижение начальной максимальной цены контракта составило бы не менее одного процента.

Часть 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции устанавливает прямой запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, если такие соглашения приводят или могут привести, в том числе к поддержанию цен на торгах.

Таким образом, Апелляционная коллегия ФАС России пришла к выводу, что установленные по делу обстоятельства свидетельствуют о правильной квалификации Комиссией Пермского УФАС России действий ответчиков как заключение соглашения, которое привело к ограничению конкуренции при проведении электронного аукциона № 0156200009915000277 и нарушение пункта 2 части 1 статьи 1 Закона о защите конкуренции.

3. Вопрос об идентичности аукционных заявок ответчиков, поданных для участия в вышеуказанном аукционе, не был предметом рассмотрения Комиссии ФАС России по делу № К-1309/15, как и не рассматривался судом при производстве по делу А50-25931/2015.

Вместе с тем, Коллегия ФАС России отмечает, что идентичность данных заявок не исключает их соответствие требованиям документации, то есть выводы, изложенные в обжалуемом решении Пермского УФАС России, не противоречат выводам, изложенным в решениях ФАС России и суда, на которые ссылается в жалобе Заявитель.

При этом, Апелляционная Коллегия ФАС России пришла к выводу, что комиссией Пермского УФАС России исходя из обстоятельств, изложенных в мотивировочной части обжалуемого решения (стр. 9-12) обоснованно отнеслась критически к договорам № 126/15 от 26.08.2015 и № 129/15 от 28.08.2015, заключенным ответчиками (ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой») с ООО «КапиталГрупп» на оказание услуг по подготовке первой части заявки на участие в открытом аукционе, которые приводились ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» в качестве объяснения идентичности поданных ими заявок.

Идентичность заявок была принята антимонопольными органами в качестве доказательства наличия антиконкурентного соглашения, в частности, при принятии решения УФАС России по городу Москве от 03.06.2014 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-2098/77-13, решения УФАС России по Оренбургской области по делу № 05-11-50/2015 о нарушении антимонопольного законодательства от 25.12.2015 (указанные решения антимонопольных органов признаны законными судебными актами по делам № А40-143188/2014, № А47-2077/2016 соответственно) и других.

В решении от 20.02.2015 по делу № А40-188369/14-79-1566 Арбитражный суд города Москвы, пришел к выводу о том, что пункт 2 части 1 статьи 11 Закон о защите конкуренции не содержит ссылки на обязанность антимонопольного органа доказывать факт получения

хозяйствующими субъектами-конкурентами материальной выгоды от совершения запрещенных пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции действий. Указанное решение признано законным постановлением Верховного Суда РФ от 16.11.2015 № 305-АД15-12805 по делу № А40-188369/2014.

В частности, согласно вступившему в законную силу решению Арбитражного Суда города Москвы от 30.10.2013 по делу № А40-14219/13 следует учитывать, что поскольку картелем является соглашение, запрещенное законом и влекущее административную либо уголовную ответственность, случаи заключения формальных (документарных) картельных соглашений чрезвычайно редки. Соглашения достигаются посредством устных договоренностей, электронной переписки либо конклюдентных действий участников картеля, не являющихся его инициаторами. Таким образом, в данном случае у антимонопольного органа отсутствует обязанность доказывать (и в предмет доказывания по настоящему делу не может входить) вопрос об ограничении конкуренции путем свершения правонарушения, состоящего в заключении антиконкурентного соглашения от антиконкурентных согласованных действий.

В другом решении по делу № А40-139022/2015 Арбитражный суд города Москвы со ссылкой на положения статьи 4 Закона о защите конкуренции пришел к выводу о том, что 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.

Заявитель в жалобе ссылается на судебные акты по делам №№ А12-6944/2013, № А50-25738/14. Однако, данные доводы не могут быть признаны состоятельными ввиду следующего.

В деле № А12-6944/2013 решением суда первой инстанции решение антимонопольного органа было признано недействительным главным образом по причине отсутствия обоснования взаимовыгодности согласованных действий на аукционе. Однако в апелляционной инстанции оно было отменено. В своем решении суд в отношении тех же субъектов указал на невозможность обосновать поведение участников торгов иными факторами, кроме достижения антиконкурентного соглашения.

Также было отменено решением суда кассационной инстанции решение Семнадцатого арбитражного апелляционного суда по делу № А50-25738/14, в котором суд апелляционной инстанции отменяя решение антимонопольного органа пришел к выводу (аналогичный тому, на который ссылается в жалобе ООО «Уренгойдорстрой») о том, что антимонопольный орган не привел доказательств получения экономической выгоды одного из ответчиков от совместных по устному соглашению действий с другим.

Стоит обратить внимание на следующее обстоятельство. На основании пункта 2 части 4 статьи 23 Закона о защите конкуренции коллегиальные органы ФАС России пересматривают решения и (или) предписания территориальных органов федерального антимонопольного органа по делам о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если такие решения и (или) предписания нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства. Однако, жалоба Заявителя не содержит доводов, свидетельствующих о нарушении единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное, Апелляционная коллегия ФАС России приходит к выводу о том, что установленное в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А соглашение, ограничивающее конкуренцию, между ООО «Мостострой-12» и ООО «Уренгойдорстрой» при совместном участии в аукционе № 0156200009915000277 правильно квалифицированы Комиссией Пермского УФАС России, в качестве нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, которое привело к поддержанию цен на торгах.

Таким образом, решение Пермского УФАС России от 21.04.2016 по делу № 811-15-А не нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

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

#### **РЕШИЛА:**

Оставить жалобу ООО "Уренгойдорстрой" на решение и предписание Пермского УФАС России от 21.04.2016 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 811-15-А без удовлетворения.