

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «18» апреля 2023 года.

В полном объеме решение изготовлено «25» апреля 2023 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: <...> – <...>; заместителя председателя Апелляционной коллегии:

<...> – <...>; членов Апелляционной коллегии: <...> – <...>; <...> – <...>; <...> – <...>.

в присутствии, в том числе от ИП <...>: <...> (по доверенности); от КГКУ «Краевой имущественный комплекс»: <...>; от Хабаровского УФАС России: <...> – <...>; <...> – <...>;

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ИП <...> на решение Хабаровского УФАС России от 30.12.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/17-1023/2022 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно- телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ИП <...> на решение Хабаровского УФАС России от 30.12.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/17-1023/2022 (далее также – Жалоба, Решение, Дело).

Решением Хабаровского УФАС России КГКУ «Краевой имущественный комплекс» (далее – Учреждение) и ИП <...> были признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, что выразилось в заключении и реализации устного антиконкурентного соглашения,

направленного на создание преимущественных условий для предпринимателя при проведении закупок жилых помещений для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, инвалидов, семей, имеющих детей инвалидов, которое могло привести к ограничению конкуренции.

ИП <...> с вынесенным Решением Хабаровского УФАС России по Делу не согласна, считает, что собранные территориальным антимонопольным органом доказательства не свидетельствуют о заключении ограничивающего конкуренцию соглашения, а в действиях Учреждения и ИП <...> отсутствует нарушение пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, ввиду того, что действия по информированию потенциальных участников о планируемых закупках не являются нарушением Закона о защите конкуренции, поскольку в соответствии с пунктом 6 части 4 статьи 38 Федерального закона от 05.03.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) заказчик организует в случае необходимости на стадии планирования закупок консультации с поставщиками.

В ходе рассмотрения Жалобы установлено следующее:

Дело возбуждено на основании поступившего в Хабаровское УФАС России обращения Следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Хабаровскому краю и Еврейской автономной области (далее – СУ СК России по Хабаровскому краю и ЕАО) о наличии в действиях Учреждения и ИП <...> признаков нарушения антимонопольного законодательства, выразившихся в заключении устного соглашения при проведении закупок по приобретению квартир для инвалидов и семей, имеющих детей-инвалидов, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей на территории Хабаровского края.

В настоящее время возбуждено уголовное дело № 12102080024000044 (далее — Уголовное дело) в отношении лиц, участвующих в организации и проведении закупок, по части 4 статьи 159 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ) (мошенничество); по части 4 статьи 159 и части 1 статьи 170.2 УК РФ (внесение заведомо ложных сведений в межевой план, технический план, акт обследования, проект межевания земельного участка или земельных участков либо карту-план территории); по части 4 статьи 159, части 1 статьи 285 УК РФ (злоупотребление должностными полномочиями); по части 4 статьи 159, части 1 статьи 200.4 УК РФ (злоупотребление в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд).

На территории Хабаровского края действует государственная программа «Развитие жилищного строительства в Хабаровском крае», утвержденная постановлением Правительства Хабаровского края от 22.06.2012 № 205-пр (срок реализации программы 2013-2024).

Для реализации целей на покупку квартиры Учреждением проводились аукционы и запросы предложений в порядке, предусмотренном Законом о контрактной системе.

Учреждением были заключены контракты по приобретению квартир:

- в 2019 году приобретено 74 квартиры, 62 из которых по контрактам с ИП <...> (ее представителями);
- в 2020 году приобретено 158 квартир, 88 из которых по контрактам с ИП <...> (ее представителями);
- в 2021 году приобретено 79 квартир, 21 из которых по контрактам с ИП <...> (ее представителями);
- в 2022 году, после смены директора Учреждения, приобретено 94 квартир, ни один контракт не был заключен с ИП <...>.

Из сведений, содержащихся в Деле, в том числе анализа материалы Уголовного дела (протоколов допросов участников уголовного судопроизводства, протоколов дополнительного осмотра предметов, переписки ответчиков по Делу и иных документов), Хабаровским УФАС России установлено, что в период с 2020 г. по 2021 г. Учреждением в целях обеспечения победы в аукционах и запросах предложений №№ 0322200000320000043, 0122200002520004915, 0322200000320000092, 0122200002520005162, 0122200002520005392, 0322200000320000116, 0322200000320000120, 0322200000320000121, 0122200002520005773, 0322200000320000129, 0322200000320000143, 0322200000320000146, 0322200000320000147, 0122200002520006441, 0122200002520006509, 0122200002520006508, 0322200000321000019, 0122200002521000987, 0122200002521000981, 0122200002521000983, 0122200002521000980, 0322200000321000050 (далее – Закупки) создавались преимущественные условия для участия в указанных закупках ИП <...>.

Представителями Учреждения (<...> – директором Учреждения с 19.07.2019 по 01.01.2022 года и <...> – начальником отдела государственных закупок Учреждения) до размещения извещений о проведении Закупок посредством телефонных переговоров и переписки с ИП <...> и ее представителями в целях обеспечения победы в закупочных процедурах предоставлялась информация о потребности приобретения жилых помещений в различных населенных

пунктах Хабаровского края, местоположении и характеристиках планируемых к приобретению квартир (допустимый год постройки дома, его этажность, допустимая минимальная площадь квартир), начальной (максимальной) цене контрактов, границах районов улиц в городе Хабаровске, где Учреждением планируются к приобретению жилые помещения, корректировалась и согласовывалась стоимость представляемых квартир, закупочной документации, а также сроков размещения извещений о проведении закупочных процедур.

Таким образом, ИП <...> непосредственно принимала участие в подготовке закупочной документации вышеуказанными способами.

Исходя из изложенного, Хабаровским УФАС России было принято Решение о признании Учреждения и ИП <...> нарушившими пункт 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

По результатам рассмотрения жалобы ИП <...> на решение Хабаровского УФАС России от 30.12.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/17-1023/2022 Апелляционная коллегия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации.

Согласно пункту 40 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее — Постановление Пленума № 2) пунктами 1, 2 и 4 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлены запреты на осуществление организатором обязательных процедур, конкурентных закупок или заказчиком действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, включая запреты на координацию деятельности участников, создание преимущественных условий участия для отдельных ее участников (в том числе посредством открытия доступа к информации), нарушение

порядка определения победителя.

Для установления нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции требуется, в том числе установление конкретных действий организатора соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений; установление признаков ограничения конкуренции, а также причинно-следственной связи между такими действиями и последствиями в виде недопущения, ограничения или устранения конкуренции или возможностью их наступления.

Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств (аналогичная позиция изложена в Разъяснениях Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3).

При этом для квалификации действий, совершенных при осуществлении закупочной деятельности, в качестве нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 (в части антиконкурентных соглашений), части 1 статьи 17 (за исключением пунктов 2 - 4 части 1 статьи 17) Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу необходимо доказывать последствия нарушения (в том числе возможные) в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции (либо цель ограничения конкуренции в случае доказывания антиконкурентных соглашений, запрещенных пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции) (аналогичная позиция отражена в письме ФАС России от 04.09.2017 № ИА/60890/17).

В соответствии с частью 1 статьи 8 Закона о контрактной системе контрактная система в сфере закупок направлена на создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупок. Любое заинтересованное лицо имеет возможность в соответствии с законодательством Российской Федерации и иными нормативными правовыми актами о контрактной системе в сфере закупок стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

Конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок,

операторами электронных площадок, операторами специализированных электронных площадок любых действий, которые противоречат требованиям указанного Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок (часть 2 статьи 8 Закона о контрактной системе).

По результатам рассмотрения Дела Хабаровским УФАС России установлена следующая совокупность доказательств, свидетельствующих о заключении ограничивающего конкуренцию соглашения между Учреждением и ИП <...>:

1. Включение в закупочную документацию требований (местоположение, год постройки, этажность), которые могли привести к ограничению конкуренции при проведении торгов.

2. Взаимодействие представителей Учреждения и ИП <...>, с представителями индивидуального предпринимателя (встречи, телефонные разговоры, переписка) по вопросам сроков размещения извещений о проведении закупок, координации ценовых предложений, информации о границах, в которых осуществляется закупка жилых помещений, года постройки дома.

Об указанном свидетельствует переписка между директором Учреждения и ИП <...>, в которой ИП <...> просит <...> объявить закупочные процедуры до определенного времени и по приобретению квартиры в определенном населенном пункте.

Также ИП <...> выбирает способ закупки (запрос предложений в электронной форме или электронный аукцион) и специальные требования – для субъектов малого предпринимательства; представители Учреждения ИП <...> сообщали о количестве участников в закупочных процедурах, по которым ИП <...> направляет номера закупок <...>.

Кроме того, в материалах дела имеется копия допроса свидетеля от 14.12.2021 <...> (представитель ИП <...>), согласно которому <...> согласовывала с <...> место расположения приобретаемых квартир.

Также <...> сообщала <...> о необходимых Учреждению квартир в том или ином населенном пункте.

3. Нарушение порядка осуществления Закупок, в том числе формирование документации.

4. Допуск Учреждением к участию в Закупках заявок ИП <...>, хотя должностные лица Учреждения знали, что предлагаемые жилые

помещения не в полной мере соответствуют требованиям закупочной документации, а также корректировка закупочной документации.

Так, например, в сообщениях от 10.09.2020 ИП <...> спрашивает у <...>, подойдет ли квартира с маленькой ванной комнатой с наличием душа и обязательно ли наличие ванны длиной 1,5 метра.

<...> сообщила ИП <...>, что должна быть ванна именно длиной 1,5 метра, что может служить подтверждением, что еще в сентябре 2020 года ИП <...> знала, что наличие ванны длиной не менее 1,5 метра является обязательным условием, установленным в технической документации.

Вместе с тем ИП <...> подала заявку на участие в закупке с квартирой, которая не соответствовала требованиям. В указанной закупке ИП <...> также признана победителем.

В части корректировки закупочной документации установлено, что при проведении электронного аукциона № 0122200002520006508 изменена техническая часть закупочной документации. Согласно Приложению № 1 общая площадь жилых помещений (квартир) должна составлять от 40,0 до 48,0 кв.м.

Предлагаемая ИП <...> квартира не соответствовала технической части закупки, так как ее площадь составляла 39,7 кв.м.

Распоряжением Учреждения от 28.09.2020 № 41 Технической частью закупочной документации установлена общая площадь жилого помещения (квартиры) не менее 37,0 и не более 48,0 кв.м., в связи с чем ИП <...> смогла подать заявку на участие в закупки и была признана победителем.

Приведенные доказательства были получены Хабаровским УФАС России в том числе из материалов Уголовного дела.

Таким образом, своими действиями Учреждение предоставило возможность ИП <...> использовать полученную информацию для заблаговременного поиска на вторичном рынке жилых помещений и приобретения их в собственность, что обеспечило ей необоснованное преимущество как поставщику жилых помещений, устраняя конкуренцию со стороны других потенциальных поставщиков, искусственно создавая условия для ее победы в торгах и исключая возможность заключения таких контрактов с другими поставщиками.

Об указанном свидетельствуют протоколы допросов свидетелей <...>, <...>, <...>, <...> и <...> (участвующих на торгах наряду с ИП <...>), согласно которым информация о необходимом Учреждению количестве квартир им не сообщалась.

Согласно пункту 7 части 2 статьи 83.1 Закона о контрактной системе (в редакции от 02.07.2021, действующей до 31.12.2021) заказчик вправе осуществлять закупку путем проведения запроса предложений в электронной форме в случаях осуществления закупок жилых помещений для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, у физических лиц, являющихся собственниками этих жилых помещений.

Таким образом, в связи с осведомленностью ИП <...> о проводимых закупках на момент размещения извещения о проведении закупок ИП <...> уже были приобретены в собственность квартиры для дальнейшей реализации их Учреждению.

Также ИП <...> обращалась к директору Учреждения с просьбой о проведении закупок для субъектов малого предпринимательства, зная о получении преимуществ, что доказывает ее участие и признание победителем в нескольких аукционах, проведенных для субъектов малого предпринимательства.

При этом общение между ответчиками осуществлялось путем проведения телефонных переговоров и с использованием мессенджеров.

В соответствии с пунктом 6 части 4 статьи 38 Закона о контрактной системе контрактный управляющий организует в случае необходимости на стадии планирования закупок консультации с поставщиками (подрядчиками, исполнителями) и участвуют в таких консультациях в целях определения состояния конкурентной среды на соответствующих рынках товаров, работ, услуг, определения наилучших технологий и других решений для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

При этом характер указанной переписки между ответчиками не указывает на то, что она велась в рамках пункта 6 части 4 статьи 38 Закона о контрактной системе.

Апелляционная коллегия обращает внимание, что исходный смысл законодательных требований о публичном размещении извещений об открытых конкурентных процедур закупки в электронном виде состоит в обеспечении равного доступа к информации о закупке со стороны всех потенциальных участников закупки.

В результате приоритетного доступа конкретного участника рынка к информации о закупке (которая неизвестна остальным участникам рынка), проводимой в будущем, нарушаются основные принципы законодательства о контрактной системе, конкретному хозяйствующему

субъекту создаются преимущественные условия участия в процедуре закупки и ограничивается доступ к участию в закупочных процедурах иных участников, осуществляющих деятельность на данном товарном рынке.

В связи с вышеизложенным, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что предоставление вышеуказанной информации Учреждением ИП <...> должностными лицами Учреждения свидетельствует о заключении соглашения и создания преимущественных условий для индивидуального предпринимателя при проведении закупок жилых помещений для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, инвалидов и семей, имеющих детей инвалидов, что могло привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Довод Жалобы о несоблюдении принципа непредвзятости при вынесении решения по делу № 027/01/17-1023/2022 председателем Комиссии Хабаровского УФАС России подлежит отклонению в связи со следующим.

Под конфликтом интересов согласно части 1 статьи 10 Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (далее — Закон о противодействии коррупции) понимается ситуация, при которой личная заинтересованность (прямая или косвенная) лица, замещающего должность, замещение которой предусматривает обязанность принимать меры по предотвращению и урегулированию конфликта интересов, влияет или может повлиять на надлежащее, объективное и беспристрастное исполнение им должностных (служебных) обязанностей (осуществление полномочий).

Под личной заинтересованностью согласно части 2 статьи 10 Закона о противодействии коррупции понимается возможность получения доходов в виде денег, иного имущества, в том числе имущественных прав, услуг имущественного характера, результатов выполненных работ или каких-либо выгод (преимуществ) лицом, указанным в части 1 указанной статьи, и (или) состоящими с ним в близком родстве или свойстве лицами (родителями, супругами, детьми, братьями, сестрами, а также братьями, сестрами, родителями, детьми супругов и супругами детей), гражданами или организациями, с которыми лицо, указанное в части 1 настоящей статьи, и (или) лица, состоящие с ним в близком родстве или свойстве, связаны имущественными, корпоративными или иными близкими отношениями.

Статьей 42² Закона о защите конкуренции предусмотрен отвод члена комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Так, частью 1 статьи 42² Закона о защите конкуренции установлено, что член комиссии не может участвовать в производстве по делу о нарушении антимонопольного законодательства и подлежит отводу, если у члена комиссии имеется личная заинтересованность при исполнении должностных обязанностей, которая может привести к конфликту интересов.

Иных оснований для отвода члена комиссии положения Закона о защите конкуренции не содержат.

В связи с изложенным, участие должностного лица в допросе в рамках уголовного дела в качестве свидетеля, не может само по себе свидетельствовать о наличии у председателя комиссии личной заинтересованности при исполнении должностных обязанностей, которая может привести к конфликту интересов при рассмотрении Дела.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что описанная в решении совокупность доказательств является достаточной для установления в действиях ответчиков нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, а также что решение Хабаровского УФАС России от 30.12.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/17-1023/2022 не нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегияльный орган вправе, в том числе оставить жалобу на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа без удовлетворения.

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

РЕШИЛА:

оставить жалобу ИП <...> на решение Хабаровского УФАС России от 30.12.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 027/01/17-1023/2022 без удовлетворения.

Председатель

Апелляционной коллегии: _____ <...>

Заместитель
председателя

Апелляционной коллегии _____ <...>

Члены

_____ <...>

Апелляционной коллегии:

_____ <...>

_____ <...>

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1. статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.