



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

улица Набережная реки Ушайки, дом 24, Томск, 634050, <http://7aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Томск

Дело №А02-1841/2017

Резолютивная часть постановления объявлена 05 июня 2018 года.

Полный текст постановления изготовлен 13 июня 2018 года.

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего

Усаниной Н.А.,

судей

Колупаевой Л.А.,

Хайкиной С.Н.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Белозеровой А.А. с использованием средств аудиозаписи, рассмотрел в судебном заседании апелляционные жалобы общества с ограниченной ответственностью «Элитстрой» (№07АП-4212/2018(1)), общества с ограниченной ответственностью Шебалинское дорожное ремонтное строительное управление» (№07АП-4212/2018(2)) на решение от 26.03.2018 Арбитражного суда Республики Алтай (судья Черепанова И.В.) по делу №А02-1841/2017 по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Элитстрой» (Свердловская область, г.Екатеринбург, ул. Генеральская, д.3 оф.116, ИНН 2222042781, ОГРН 1042201960316, 620062), общества с ограниченной ответственностью «Шебалинское дорожное ремонтное строительное управление» (649212, Республика Алтай Шебалинский район, с. Ильинка, ул. Центральная б/н, ИНН 0411158428, ОГРН 1110411005957) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (649007, Республика Алтай, г. Горно-Алтайск, ул. Ленина, д.226 стр.2, ИНН 0411073679, ОГРН 1020400754890,) о признании недействительным решения от 31.08.2017 №3-А/17.

Третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора: Казенное учреждение Республики Алтай «Республиканское управление автомобильных дорог общего пользования «Горно-Алтайавтодор» (Республика Алтай, г. Горно-Алтайск, пр-кт Коммунистический, 182, ИНН 0400000069, ОГРН 1020400736883649002).

В судебном заседании приняли участие:

от общества с ограниченной ответственностью «Элитстрой»: Смоквин А.О. по доверенности от 11.09.2017 (на один год)

от ООО «Шебалинское ДРСУ»: Хрущев И.С. по доверенности от 04.06.2018 (до 31.12.2018)

от антимонопольного органа: Ачкин А.В. по доверенности от 11.04.2018 (до 31.12.2018)

УСТАНОВИЛ:

общество с ограниченной ответственностью «Элитстрой» (далее - ООО «Элитстрой»), общество с ограниченной ответственностью «Шебалинское дорожное ремонтно-строительное управление» (далее - ООО «Шебалинское ДРСУ») обратились в арбитражный суд Республики Алтай с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай (далее - Управление, антимонопольный орган), о признании незаконным решения №3-А/17 от 31.08.2017г.

Принятые к производству по указанным заявлениям дела в порядке, предусмотренном статьей 130 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ), объединены в одно производство для совместного рассмотрения с присвоением делу №А02-1841/2017.

Определением от 28.02.2018 суд привлек к участию в рассмотрении дела в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора - Казенное учреждение Республики Алтай «Республиканское управление автомобильных дорог общего пользования «Горно-Алтайавтодор» (далее - Казенное учреждение РУАД «Горно-Алтайавтодор», учреждение)

Решением от 26.03.2018 Арбитражного суда Республики Алтай обществу с ограниченной ответственностью «Элитстрой», обществу с ограниченной ответственностью «Шебалинское дорожное ремонтно-строительное управление» в удовлетворении заявленных требований отказано.

В апелляционной жалобе ООО «Элитстрой», ссылаясь на несоответствие выводов суда обстоятельствам дела, без участия всех участников аукциона невозможно сделать выводы о наличии в действиях его участников антиконкурентного соглашения, просит решение суда отменить и принять по делу новый судебный акт признать недействительным решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 31.08.2017 по делу №3-А/17.

ООО «Шебалинское ДРСУ» также подана апелляционная жалоба на состоявшийся по делу судебный акт, в которой просит решение суда отменить и принять по делу новый судебный акт, которым признать недействительным решение Управления Федеральной

антимонопольной службы по Республике Алтай от 31.08.2017 по делу №3-А/17, по основаниям несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам, неполного выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела, недоказанность, имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными.

Апелляционные жалобы ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ», с учетом разъяснений, изложенных в абз. 2 пункта 22 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 №36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» приняты к совместному рассмотрению, с назначением дела к судебному разбирательству на 05 июня 2018 года на 10 час. 45 мин.

Управление в представленных отзывах просит решение суда оставить без изменения, апелляционные жалобы без удовлетворения.

Третье лицо отзыв на апелляционные жалобы не представило.

В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) дело рассмотрено в отсутствие представителя учреждения при имеющихся явке и материалам дела.

Представленные в суд апелляционной инстанции 04.06.2018 (за день до назначенного судебного заседания) объяснения ООО «Шебалинское ДРСУ» с приложенной копией Постановления по иному делу (в электронном виде), заблаговременно процессуальным сторонам по делу не направлены (доказательства направления (вручения) не представлены), апелляционным судом в целях предотвращения злоупотребления системой и процедурой обжалования судебных актов во внимание не приняты и не рассматривались (часть 2 статьи 9, части 2, 3 статьи 41, части 1,2 статьи 268 АПК РФ); иная судебная практика не тождественна рассматриваемому делу.

Проверив в порядке 266, 268 АПК РФ правильность применения судом норм материального права и соблюдение норм процессуального права при вынесении обжалуемого судебного акта, а также соответствие выводов в судебном акте установленным по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, изучив доводы апелляционных жалоб и поступивших на них отзывов, заслушав представителей заявителей и антимонопольного органа, исследовав материалы дела, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены обжалуемого судебного акта.

Как следует из материалов дела, приказом УФАС по Республике Алтай от 05.06.2017 №57 было возбуждено дело №3-А/17 по признакам нарушения ООО «Шебалин-

ское ДРСУ» и ООО «Элитстрой» пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

По результатам рассмотрения материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства Управлением было вынесено оспариваемое решение по делу №3-А/17, которым в действиях ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой» признано нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившихся в заключении устного соглашения, которое привело к минимальному снижению цен государственных контрактов по отношению к начальным максимальным ценам при совместном участии данных хозяйствующих субъектов-конкурентов в электронных аукционах №01772000009150000911, №0177200000915000971, №0177200000915001270, №0177200000915001434, №0177200000916001232, №0177200000916001236, №0177200000916000283, объявленных КУ РА РУАД «Горно-Алтайавтодор» в рамках Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в периоде с июня 2015 года по июнь 2016 года.

ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой» являлись участниками аукционов, проводимых в электронной форме: №0177200000915001434 от 29.07.2015г. на строительство мостового перехода через р.Песчаная км 44+144 на автомобильной дороге Черга -Беш-Озек Усть-Кан -Талда -Карагай -граница Казахстана с подъездом Талда -Тюнгур с начальной максимальной ценой контракта (НМЦК) в размере 106 938 070 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,5% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»); №0177200000915000971 от 11.06.2015г. на строительство мостового перехода через р.Каланегир на автомобильной дороге Кош-Агач -Беляши км 48+642 с НМЦК 29 147 190 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,5% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»); №0177200000915001270 от 06.07.2015г. на восстановление площадки для остановки и стоянки автомобилей на автомобильной дороге Горно-Алтайск -Чоя Верх-Бийск км 49+527 с НМЦК 10 856 563 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,5% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»); №0177200000915000911 от 09.07.2015г. на строительство мостового перехода через р. Майма на автомобильной дороге Кызыл-Озек-Александровка-УрлуАспак км 11+734 с НМЦК 32 484 770 рублей, победителем признано ООО «Элитстрой» со снижением цены 1,49% (5 заявок от ООО «Шебалинское ДРСУ», ООО «Элитстрой», ООО «Строительная компания «Квартал», ЗАО «Дорожник», ООО «Вершина»); №0177200000916001232 от 17.06.2016г. на ремонт асфальтобетонного покрытия автомобильной дороги «Бийск-

Турочак-Артыбаш» км 178+500 -км 183+000 с НМЦК 37 599 010 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,000002659645% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»); №0177200000916001236 от 17.06.2016г. на ремонт асфальтобетонного покрытия автомобильной дороги «Бийск-Турочак-Артыбаш» км 213+700 -км 219+500 с НМЦК 51 520 940 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,000001940958% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»); №0177200000916000283 от 19.02.2016г. на ремонт асфальтобетонного покрытия на автомобильной дороге Солонешное-Усть-Кан км 147+500 -км 150+800 с НМЦК 25 316 910 рублей, победителем признано ООО «Шебалинское ДРСУ» со снижением цены 0,5% (2 заявки от ООО «Шебалинское ДРСУ» и ООО «Элитстрой»).

Общества совершали юридически значимые действия (такие как подача заявок, подача ценовых предложений и подписание контрактов) с использованием единых IP-адресов (176.50.200.180, 176.50.198.184, 176.50.195.98, 176.50.201.97, 176.50.213.125, 176.50.192.177), указанные ip-адреса, с которых осуществлялся вход на ЭТП и подавались ценовые предложения, принадлежат ООО «Элитстрой» по договору об оказании услуг связи №1833 от 11.06.2013г., номер телефона 8 (38822) 6-13-15, логин a6300426@ga, адрес нахождения оборудования: г.Горно-Алтайск, пр.Коммунистический, 182, MAC-адрес оборудования, с которого производился выход в сеть: b8:a3:86:98:c7:35; для участия в торгах компании использовали единую инфраструктуру, включающую не только одинаковые IP-адреса, но и места фактического расположения, персонал, первые части заявок направлялись на электронные торговые площадки одновременно или в течение небольшого промежутка времени.

Данные обстоятельства расценены антимонопольным органом, как свидетельствующие об имеющейся договоренности между организациями по поводу подлежащих совершению на торгах действий в интересах друг друга для достижения единой цели - заключения государственных контрактов по наиболее выгодной цене.

Не согласившись с решением антимонопольного органа ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» обратились в арбитражный суд с настоящими заявлениями.

Отказывая в удовлетворении заявленных обществами требований, суд первой инстанции счел доказанным факт заключения и реализации обществами устного соглашения, наличие между ними скоординированных действий, направленных на достижение определенной цели - заключение муниципальных контрактов по наиболее выгодной для них цене.

Выводы суда являются правомерными, соответствуют установленным по делу фактическим обстоятельствам и материалам дела.

В силу пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются карте-

лем 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.

Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Согласно правовой позиции, сформулированной в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10, для заключения вывода о наличии нарушений антимонопольного законодательства, выражающихся в создании картеля (заключении антиконкурентного соглашения), не требуется доказывание антимонопольным органом фактического исполнения участниками картеля условий соответствующего противоправного соглашения, а также фактического наступления последствий, указанных в части 1 статьи 11 Закона о конкуренции, поскольку рассматриваемое нарушение состоит в самом достижении участниками картеля договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в названной норме последствиям.

Из взаимосвязанных статей 11, 12, 13 Закона о защите конкуренции следует, что соглашения, которые приводят или могут привести к перечисленным в части 1 статьи 11 последствиям, запрещаются.

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.

Исследовав и оценив по правилам статьи 71 АПК РФ имеющиеся в материалах дела доказательства, суд первой инстанции установил, что ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» участвовали в семи электронных аукционах, заявки и ценовые предложения участников были сделаны с одного IP-адреса, при участии в аукционах использовались идентичные ip-адреса: подача заявок, подача ценовых предложений; по информации, представленной ПАО «Ростелеком» (вх. № 12ДСП от 05.04.2017г.), указанные ip-адреса, с которых осуществлялся вход на ЭТП и подавались ценовые предложения, принадлежат ООО «Элитстрой» по договору об оказании услуг связи №1833 от 11.06.2013г., номер телефона 8 (38822) 6-13-15, логин a6300426@ga, адрес нахождения оборудования: г.Горно-Алтайск, пр.Коммунистический, 182, MAC-адрес оборудования, с которого производился

выход в сеть: b8:a3:86:98:c7:35, IP-адрес является персональным идентификатором абонента, с которым заключается возмездный договор об оказании телематических услуг, присвоение одного IP-адреса нескольким абонентам исключено; ООО «Элитстрой» предоставило рабочее место представителю ООО «Шебалинское ДРСУ» в нарушение требований договоров №26 от 22.12.2014г. и №15 от 25.12.2015г. аренды недвижимого имущества, заключенных с КУ РА РУАД «ГорноАлтайавтодор»; ООО «Шебалинское ДРСУ» обратилось за предоставлением данного рабочего места в целях участия в электронных аукционах именно к ООО «Элитстрой», а не иной организации, не являющейся прямым конкурентом на товарном рынке.

При этом, судом также обоснованно принято во внимание, что общества (ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ»), имели устойчивые связи (характер которых, однако, исключает их юридическую подконтрольность одному лицу); участвовали в электронных аукционах в качестве формальных конкурентов (без ведения активной конкурентной борьбы), в то же время при участии в иных аукционах при наличии иных хозяйствующих субъектов участники вели активную конкурентную борьбу; для участия в торгах постоянно использовали единую инфраструктуру, включающую одинаковые IP-адреса при подаче заявок и ценовых предложений; осуществляли выход под одной учетной записью одного оборудования (головного компьютера) при подаче заявок и ценовых предложений; подачи заявок на участие в один и тот же день (разница во времени составляет 12-14 минут, 56 минут, в то время как срок подачи заявок составлял не менее чем 15 дней); аукционы, в которых принимали участие компании, завершились с минимальным снижением цены контракта (снижение цены от 0,5% до 1,5% и заключение контрактов с одним из обществ), то есть, общества использовали модель поведения, состоящую из повторяющихся действий в каждом из рассматриваемых аукционов, что свидетельствует о наличии предварительной договоренности в целях обеспечения победы одного из участников сговора и поддержания цены, а в действиях указанных лиц о нарушении пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

При таких обстоятельствах, выводы суда о том, что данные хозяйствующие субъекты реализуют единую стратегию поведения, направленную на поддержание цен на торгах, когда победитель заранее определен и участие данных обществ направлено на создание видимости конкурентной борьбы; в результате данной стратегии поведения при минимальных рисках данные хозяйствующие субъекты получают гарантированную максимальную выгоду, соответствующую интересам каждого из них, путем заключения муниципальных контрактов; достигнутое между ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» соглашение, является моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повто-

ряющихся (аналогичных) действий, целью которого является поддержание цен на торгах, и как следствие получение экономической выгоды; ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» имели заинтересованность в заключении указанного соглашения и реализовали его, заключив муниципальные контракты по тем аукционам, в которых договорились стать победителями; действия и поведение ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» свидетельствуют о заключении устного соглашения между ними, скоординированных действиях, направленных на достижение определенной цели -заключение муниципальных контрактов по наиболее выгодной для них цене, являются обоснованными.

Доводы ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское», приводимые в апелляционных жалобах об отсутствии типичности поведения участников аукциона, не доказанности наличия общей модели поведения, состоящей из повторяющихся действий в каждом из рассматриваемых аукционов (единственным основанием является использование одной инфраструктуры для выхода в сеть интернет с использованием IP-адреса); в спорный период ООО «Шебалинское ДРСУ» участвовало и в иных аукционах, в которых ООО «Элитстрой» не принимало участие, и признано победителем; не проведение УФАС по Республике Алтай полного анализа поведения всех участников аукциона, не установление фактов, указывающих на наличие устных договоренностей (в ходе телефонных переговоров, и (или) личных встреч участников), отклоняются апелляционным судом, как направленные на переоценку правильно установленных и оцененных судом первой инстанции фактических обстоятельств по делу.

Согласно пункту 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении.

Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин.

Подтверждать отсутствие со стороны конкретного хозяйствующего субъекта нарушения в виде согласованных действий могут, в том числе, доказательства наличия объективных причин собственного поведения этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке

и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц.

В силу части 2 статьи 8 Закона о защите конкуренции, совершение лицами, указанными в части 1 статьи 8 Закона о защите конкуренции, действий по соглашению не относится к согласованным действиям, а является соглашением.

Таким образом, законодатель четко разграничил совершение хозяйствующим субъектом согласованных действий, подлежащих доказыванию со стороны антимонопольного органа в соответствии с требованиями части 1 статьи 8, пункта 2 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции, и заключение соглашения, где такого доказывания не требуется, а необходимо доказать лишь сам факт соглашения, и нет необходимости доказывать, что его реализация привела к ограничивающим конкуренцию последствиям.

В той связи, доводы заявителей в части недоказанности наличия взаимной выгоды от заключения устного соглашения несостоятельны.

Устное соглашение может быть заключено при участии в любом количестве торгов и не зависит от общего количества торгов, в которых участвовали данные хозяйствующие субъекты.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 4 Закона о защите конкуренции, под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В силу взаимосвязанных положений статей 2, 50 Гражданского кодекса Российской Федерации целью участия хозяйствующих субъектов в торгах является извлечение прибыли.

Общества, при подготовке и проведении торгов, использовали единую инфраструктуру, что возможно лишь в случае кооперации и консолидации.

Антиконкурентные действия, как правомерно указал суд первой инстанции, заключались в устном соглашении; при этом поведение обществ объяснимо с точки зрения конкурентных торгов как направленное на заключение договора по наибольшей цене; консолидация и кооперация, то есть осведомленность о совместных действиях и раздел лотов между двумя участниками, позволяет извлечь выгоду от антиконкурентного соглашения: взаимная договоренность ведет к незначительному снижению цен, обеспечивая неконкурентные преимущества в виде экономии денежных средств, что невозможно при конкурентной борьбе.

Для целей квалификации действий хозяйствующих субъектов как совершенных с нарушением пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции установлению под-

лежат обстоятельства, свидетельствующие об участии этих субъектов на едином товарном рынке, заключение ими соглашения (в письменной или устной форме), отсутствие объективных причин заключения такого соглашения, а также наступление или возможность наступления последствий в виде снижения или поддержания цен на торгах.

Наличие указанных действий, вопреки ошибочным позициям ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» антимонопольным органом доказаны, в связи с чем, суд пришел к правомерному выводу о нарушении ООО «Элитстрой» и ООО «Шебалинское ДРСУ» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, признав законным оспариваемое решение Управления, и отказав в удовлетворении заявленных обществами требований.

Доводы, приведенные в апелляционных жалобах, повторяют позицию обществ по делу, были предметом рассмотрения суда первой инстанции и получили надлежащую правовую оценку.

Иное толкование подателями апелляционных жалоб положений действующего законодательства, а также иная оценка ими обстоятельств спора не свидетельствуют о неправильном применении судом норм права.

С учетом изложенного оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного акта в соответствии со статьей 270 АПК РФ не имеется.

Руководствуясь статьей 156, пунктом 1 статьи 269, статьями 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение от 26.03.2018 Арбитражного суда Республики Алтай по делу №А02-1841/2017 оставить без изменения, апелляционные жалобы общества с ограниченной ответственностью «Элитстрой», общества с ограниченной ответственностью «Шебалинское дорожное ремонтное строительное управление» - без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления его в законную силу, путем подачи кассационной жалобы через Арбитражный суд Республики Алтай.

Председательствующий

Н.А.Усанина

Судьи

Л.А. Колупаева

С.Н. Хайкина