

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА**

ул. Якубовича, д.4, Санкт-Петербург, 190000

<http://fasszo.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

01 марта 2022 года

Дело № А21-9665/2020

Арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Алешкевича О.А., судей Аникиной Е.А., Толкунова В.М., при участии от общества с ограниченной ответственностью «Залесский агросервис» Лыкова Я.О. (доверенность от 06.10.2021), от общества с ограниченной ответственностью «Тимбер-Мелио» Кушнира В.Ю. (генеральный директор), от Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области Казакова М.Ю. (доверенность от 03.09.2021),

рассмотрев 01.03.2022 в открытом судебном заседании кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области на решение Арбитражного суда Калининградской области от 05.07.2021 и постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.12.2021 по делу № А21-9665/2020,

у с т а н о в и л:

Общество с ограниченной ответственностью «Залесский агросервис» (238642, Калининградская обл., Полесский р-н, пос. Залесье, ул. Большаковская, д. 22; ОГРН 1073917000607; ИНН 3922007488; далее – ООО «Залесский агросервис») обратилось в Арбитражный суд Калининградской области с заявлением о признании недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области (236006, Калининград, ул. Барнаульская, д. 4; ОГРН 1023901001552; ИНН 3905011090; далее – Управление) от 22.06.2020 № 039/01/11-1080/2019.

Определением суда от 18.05.2021 для совместного рассмотрения с указанным делом объединены дела №№ А21-3340/2021 и А21-3454/2021, возбужденные по заявлениям ООО «Залесский агросервис» и общества с ограниченной ответственностью «Тимбер-Мелио» (238642, Калининградская обл., Полесский р-н, п. Каштаново, ул. Центральная, д. 7, оф. 2; ОГРН 1153926029267; ИНН 3922008202; далее – ООО «Тимбер-Мелио») о признании незаконными постановлений Управления от 02.04.2021 № 039/04/14.32-191/2021 и от 02.04.2021 № 039/04/14.32-192/2021 соответственно о привлечении их к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено федеральное государственное бюджетное учреждение «Управление мелиорации земель и сельскохозяйственного водоснабжения по Калининградской области» (236010, Калининград, пр. Мира, д. 136; ОГРН 1023900584476; ИНН 3904032820; далее – Учреждение).

Решением суда первой инстанции от 05.07.2021 заявленные требования

удовлетворены.

Постановлением суда апелляционной инстанции от 13.12.2021 решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

В кассационной жалобе Управление, ссылаясь на неправильное применение судами норм материального права и на несоответствие их выводов фактическим обстоятельствам дела, просит решение суда первой инстанции и постановление апелляционного суда отменить. По мнению подателя жалобы, оснований для удовлетворения заявленных требований не имеется.

В судебном заседании представитель Управления поддержал доводы жалобы, представители ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» просили в ее удовлетворении отказать.

Жалоба рассмотрена в отсутствие представителя Учреждения, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства.

Законность обжалуемых судебных актов проверена в кассационном порядке.

Как следует из материалов дела и установлено судами, приказом Управления от 23.12.2019 № 175 на основании обращения Федеральной антимонопольной службы от 12.09.2019 возбуждено дело № 039/01/11-1080/2019 о нарушении ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» антимонопольного законодательства.

Решением Управления от 22.06.2020 № 039/01/11-1080/2019 ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ) при участии в открытом конкурсе в электронной форме № 0335100004719000014 на право заключения контракта на выполнение работ по объекту «Противопаводковые мероприятия на гидротехнических сооружениях и мелиоративных объектах Славского филиала Учреждения» путем заключения и реализации устного соглашения (картеля), которое привело к поддержанию цен при проведении данного конкурса.

Постановлениями Управления от 02.04.2021 № 039/04/14.32-191/2021 и от 02.04.2021 № 039/04/14.32-192/2021 ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» привлечены к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ.

ООО «Залесский агросервис», не согласившись с решением от 22.06.2020 № 039/01/11-1080/2019 и постановлением от 02.04.2021 № 039/04/14.32-191/2021, а также ООО «Тимбер-Мелио», не согласившись с постановлением от 02.04.2021 № 039/04/14.32-192/2021, обратились в арбитражный суд с настоящими заявлениями.

Суд первой инстанции, придя к выводу о недоказанности антимонопольным органом факта наличия антиконкурентного соглашения, заявленные требования удовлетворил.

Суд апелляционной инстанции согласился с выводами суда первой инстанции и оставил решение без изменения.

Кассационная инстанция, изучив материалы дела и проверив правильность применения судами норм материального и процессуального права, считает, что жалоба не подлежит удовлетворению в силу следующего.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В пункте 18 статьи 4 Закона № 135-ФЗ определено, что под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе

или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Как разъяснено в пункте 20 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее – Постановление № 2), статьями 11 и 11.1 Закона № 135-ФЗ запрещается монополистическая деятельность хозяйствующих субъектов в форме ограничивающих конкуренцию соглашений и (или) согласованных действий.

При рассмотрении споров, вытекающих из применения данных антимонопольных запретов, судам необходимо исходить из того, что само по себе взаимодействие хозяйствующих субъектов к общей выгоде, в том числе предполагающее объединение их усилий, взаимное согласование и совместное осуществление действий (бездействие) на товарном рынке (например, заключение договоров простого товарищества для ведения совместной деятельности; привлечение одним хозяйствующим субъектом другого в качестве соисполнителя (субподрядчика) по гражданско-правовому договору; участие хозяйствующих субъектов в решении общих проблем функционирования рынка в рамках деятельности профессиональных ассоциаций), антимонопольным законодательством не запрещается.

Достигнутые между хозяйствующими субъектами договоренности (соглашения), согласованные действия запрещаются антимонопольным законодательством, если целью и (или) результатом соглашений и согласованных действий является недопущение (устранение, ограничение) соперничества хозяйствующих субъектов на товарных рынках (часть 2 статьи 1, пункты 7 и 18 статьи 4 Закона № 135-ФЗ).

Соглашения и согласованные действия, которые могут иметь неблагоприятные последствия для конкуренции на товарных рынках, но признаются допустимыми в соответствии со статьями 12, 13 Закона № 135-ФЗ, не образуют нарушения статей 11 и 11.1 данного Закона.

В пункте 21 Постановления № 2 указано, что с учетом положений пункта 18 статьи 4 Закона № 135-ФЗ соглашением хозяйствующих субъектов могут быть признаны любые договоренности между ними в отношении поведения на рынке, в том числе как оформленные письменно (например, договоры, решения объединений хозяйствующих субъектов, протоколы) так и не получившие письменного оформления, но нашедшие отражение в определенном поведении. Факт наличия соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок.

Наличие соглашения может быть установлено исходя из того, что несколько хозяйствующих субъектов намеренно следовали общему плану поведения (преследовали единую противоправную цель), позволяющему извлечь выгоду из недопущения (ограничения, устранения) конкуренции на товарном рынке.

Вместе с тем схожесть поведения нескольких хозяйствующих субъектов сама по себе не является основанием для вывода о наличии между ними ограничивающего конкуренцию соглашения. В этом случае необходимо учитывать, имелись ли иные причины для избранного хозяйствующими субъектами поведения, например, если оно соответствует сформировавшимся (изменившимся) на рынке условиям деятельности, обусловлено одинаковой оценкой ситуации на рынке со стороны хозяйствующих субъектов.

С учетом публичного характера антимонопольных запретов и презумпции добросовестности участников гражданского оборота обязанность установить, что между хозяйствующими субъектами имеется соглашение, которое нарушает статью 11 Закона № 135-ФЗ, а также определить состав участников соглашения

возлагается на антимонопольный орган.

Согласно пункту 24 Постановления № 2 запрещаются картели – соглашения хозяйствующих субъектов, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ).

При возникновении спора о наличии соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, судам следует давать оценку совокупности доказательств, свидетельствующих о наличии причинно-следственной связи между действиями участников торгов и повышением, снижением или поддержанием цен на торгах. В том числе необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров; имеются ли в поведении нескольких участников торгов признаки осуществления единой стратегии; способно ли применение этой стратегии повлечь извлечение выгоды из картеля его участниками.

Если действия организатора торгов привели или могли привести к ограничению возможности повышения (снижения) цены для потенциальных участников (например, начальная цена установлена в размере, не предполагающем ее значительного снижения или повышения в ходе торгов), данное обстоятельство учитывается судом при оценке того, имелось ли в действиях участников торгов нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, в совокупности с иными обстоятельствами.

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

В частности, не образует соглашения, запрет на совершение которого установлен пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, участие в торгах нескольких хозяйствующих субъектов, не связанное с повышением, снижением или поддержанием цен на торгах, но направленное на то, чтобы торги были признаны состоявшимися и к ним не применялись правила заключения договора с единственным участником.

Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них влечет административную ответственность, предусмотренную частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ.

В данном случае судами первой и апелляционной инстанций установлено, что Управление в ходе рассмотрения антимонопольного дела проанализировало открытые конкурсы в электронной форме № 0335100004718000017 на право заключения контракта на выполнение работ по объекту «Противопаводковые мероприятия на гидротехнических сооружениях и мелиоративных объектах Учреждения Славского и Полесского районов Калининградской области, а также № 0335100004719000014 на право заключения контракта на выполнение работ по объекту «Противопаводковые мероприятия на гидротехнических сооружениях и мелиоративных объектах Славского филиала Учреждения», в которых принимали участие ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио».

Управление выявило следующие признаки нарушения антимонопольного

законодательства заявителями при участии в конкурсе № 0335100004719000014: ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» вели в 2017 и 2018 годах совместную финансово-хозяйственную деятельность, в период проведения конкурса № 0335100004718000017 входили в одну группу лиц, находясь под контролем одного лица – Булатова А.Н.; генеральным директором ООО «Тимбер-Мелио» Кушником В.Ю. оформлялись документы в интересах ООО «Залесский агросервис» на получение и фактическое получение от ООО «ЮЕС-Консалт» электронного идентификатора Rutoken/JaCarta (серийный номер 0965374603), принадлежащего ООО «Залесский агросервис»; ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» осуществляли подготовку и участие в конкурсе (подача заявок и ценовых предложений) с использованием единой инфраструктуры, принадлежащей ООО «ЮЕС-Консалт», при этом ООО «ЮЕС-Консалт» предоставлено право на осуществление от имени ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» в ходе проведения конкурса № 0335100004719000014 юридически значимых действий от имени участников закупки, а именно: право подавать и отзываться заявки на участие в указанной закупке, подавать ценовые предложения, представлять интересы при взаимодействии с организатором закупки, заключать контракт (договор) и контролировать сроки его подписания; документы (в формате word), находящиеся во вторых частях заявок ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио», имеют сведения об одних и тех же авторах, лицах, осуществлявших сохранение файлов, а также одинаковые даты создания, для создания указанных файлов использовался один и тот же исходный файл.

По итогам рассмотрения антимонопольного дела Управление пришло к выводу о том, что участники конкурса № 0335100004719000014 ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» были проинформированы о намерении участия в конкурсе, о поведении участника конкурса с момента подачи заявок на участие в конкурсе, о выбранной стратегии участия, о плане действий, совершая при этом действия в интересах каждого из участников. Управление указало, что такие действия участников закупки невозможны без полной информированности о поведении участника закупки и не могли иметь место при каких-либо иных обстоятельствах, кроме как при наличии соглашения между ними, направленного на обеспечение победы одному из участников с целью заключить контракт по максимально высокой цене.

Кроме того, Управление сослалось на то, что действия ООО «Тимбер-Мелио» (осведомленного об участии ООО «Залесский агросервис» в конкурсе № 0335100004719000014) по предложению снижения цены контракта всего на 2% от начальной максимальной цены контракта при условии непредставления в составе заявки документов, подтверждающих его опыт, свидетельствуют об отсутствии заинтересованности данного участника в закупке с целью заключения контракта по предмету закупки.

Вместе с тем суды двух инстанций, проанализировав материалы антимонопольного дела, пришли к выводу о том, что Управлением не установлено необходимых и достаточных доказательств, свидетельствующих о заключении указанными организациями антиконкурентного соглашения при проведении конкурса № 0335100004719000014.

Суды указали, что осуществление ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» в 2017 и 2018 годах совместной финансово-хозяйственной деятельности и вхождение до 16.01.2019 в одну группу лиц, использование ими при подготовке и участии в конкурсе № 0335100004719000014 единой инфраструктуры, принадлежащей ООО «ЮЕС-Консалт», не являются достаточными доказательствами наличия в действиях

заявителей нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ.

Как указали суды, использование единой или аналогичной инфраструктуры при участии в конкурсе № 0335100004719000014 как раз и было обусловлено тем, что заявители в 2018 году входили в группу лиц, имели один единоличный орган и экономические связи и соответственно, могли иметь единую инфраструктуру. При этом из материалов дела не следует, что инфраструктура, в том числе IP-адреса, была создана (объединена) непосредственно для целей участия в конкурсе № 0335100004719000014.

Судами также приняты во внимание доводы заявителей, подтвержденные заключением ООО «Экспертная организация «СОЭКС-Балтия» от 24.05.2021, о том, что начальная максимальная цена контракта по конкурсу № 0335100004719000014 была установлена на грани рентабельности, что влияет на ценовые предложения участников данного конкурса. Кроме того, о низкой рентабельности конкурса свидетельствует незначительное количество его участников: помимо ООО «Залесский агросервис» и ООО «Тимбер-Мелио» участие в конкурсе приняло только ООО «Размах», которым начальная максимальная цена контракта была снижена менее чем на 2%.

При этом суды сослались на то, что Управлением не установлено необоснованного завышения начальной максимальной цены контракта заказчиком конкурса, не приведены обоснования, указывающие на экономическую целесообразность снижения цены контракта на спорных торгах, не доказано, что заявители предпринимали какие-либо попытки ограничить действия иных потенциальных участников с намерением исключить их участие в торгах для целей поддержания максимальной цены для ООО «Залесский агросервис».

Выводы Управления о наличии согласованной участниками торгов стратегии достижения антиконкурентных целей (поддержания цены на торгах либо ценовой дезориентации иных участников торгов либо иных целей) признаны судами необоснованными и не подтвержденными соответствующими доказательствами.

Суды двух инстанций указали, что если бы ООО «Тимбер-Мелио» не приняло участия в конкурсе № 0335100004719000014, данное обстоятельство не повлияло бы на результаты конкурса, поскольку ООО «Размах» предложило цену контракта с незначительным снижением, что не позволило бы ему, учитывая отсутствие опыта выполнения аналогичных работ, победить в конкурсе. Если бы в данном конкурсе принял бы участие только один участник – ООО «Залесский агросервис», то контракт был бы заключен с единственным участником с учетом положений пункта 25 части 1 статьи 93 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», поскольку его заявка признана соответствующей требованиям названного Закона и конкурсной документации.

Исходя из того, что само по себе взаимодействие хозяйствующих субъектов к общей выгоде, в том числе предполагающее объединение их усилий, взаимное согласование и совместное осуществление действий (бездействие) на товарном рынке не запрещаются антимонопольным законодательством, если это не привело к ограничению (устранению) конкуренции, суды двух инстанций пришли к выводу о недоказанности Управлением нарушения названными организациями требований пункта 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, о несоответствии оспариваемого решения упомянутым нормам, а также о нарушении прав и законных интересов заявителя.

В соответствии с частью 2 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд, установив, что оспариваемый

ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, принимает решение о признании ненормативного правового акта недействительным, решений и действий (бездействия) незаконными.

В связи с указанными обстоятельствами суды признали недействительным решение Управления от 22.06.2020 № 039/01/11-1080/2019.

Поскольку постановления Управления от 02.04.2021 № 039/04/14.32-191/2021 и от 02.04.2021 № 039/04/14.32-192/2021 были вынесены на основании выводов, изложенных в указанном решении, суды признали незаконными постановления о привлечении заявителей к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ, придя к выводу об отсутствии в действиях заявителей состава вмененного им административного правонарушения.

Выводы судов соответствуют фактическим обстоятельствам, установленным по делу, и имеющимся в деле доказательствам. Поскольку нормы материального и процессуального права применены судами правильно, кассационная инстанция не находит оснований для иной оценки обстоятельств дела и отмены обжалуемых судебных актов.

Доводы Управления, изложенные в жалобе, были рассмотрены судами первой и апелляционной инстанций, им дана надлежащая правовая оценка. Несогласие подателя жалобы с выводами судов, а также иное толкование им положений действующего законодательства не свидетельствует о неправильном применении судами первой и апелляционной инстанций норм права.

Руководствуясь статьей 286, пунктом 1 части 1 статьи 287 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Северо-Западного округа

п о с т а н о в и л:

решение Арбитражного суда Калининградской области от 05.07.2021 и постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.12.2021 по делу № А21-9665/2020 оставить без изменения, а кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области – без удовлетворения.

Председательствующий

О.А. Алешкевич

Судьи

Е.А. Аникина

В.М. Толкунов