



АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва

02.11.2023

Дело № А40-248476/2022

Резолютивная часть постановления объявлена 26.10.2023

Полный текст постановления изготовлен 02.11.2023

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего судьи Шевченко Е.Е.,

судей Ананьиной Е.А., Кузнецова В.В.,

при участии в заседании:

от заявителя по делу – общества с ограниченной ответственностью «Наследие» –
Костоварова А.С. (представителя по доверенности от 30.01.2023),

от заявителя по делу – общества с ограниченной ответственностью «Наследие-
Ренования» – Костоварова А.С. (представителя по доверенности от 31.01.2023),

от Управления Федеральной антимонопольной службе по городу Москве –
Агейченко К.М. (представителя по доверенности от 08.02.2023),

от общества с ограниченной ответственностью «ГлобалСтрой Индустрия» –
извещено, представитель не явился,

рассмотрев 26.10.2023 в судебном заседании кассационную жалобу общества с
ограниченной ответственностью «Наследие» и общества с ограниченной
ответственностью «Наследие-Ренования»

на постановление от 13.06.2023

Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу № А40-248476/2022

по заявлениям общества с ограниченной ответственностью «Наследие» и общества с ограниченной ответственностью «Наследие-Ренования» к Управлению Федеральной антимонопольной службе по городу Москве об оспаривании решения, третье лицо: общество с ограниченной ответственностью «ГлобалСтрой Индустрия»,

УСТАНОВИЛ:

общество с ограниченной ответственностью «Наследие» (далее – ООО «Наследие») и общество с ограниченной ответственностью «Наследие-Ренования» (далее – ООО «Наследие-Ренования») (далее вместе также – общества) обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлениями о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службе по городу Москве (далее – управление) от 01.11.2022 по делу № 077/01/11-1488/2022.

В качестве третьего лица в деле участвует общество с ограниченной ответственностью «ГлобалСтрой Индустрия» (далее – ООО «ГлобалСтрой Индустрия»).

Решением Арбитражного суда города Москвы от 13.02.2023 заявление удовлетворено.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.06.2023 решение отменено, в удовлетворении заявления отказано.

В кассационной жалобе ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» просят отменить постановление суда апелляционной инстанции, ссылаясь на неправильное применение апелляционным судом норм права, несоответствие выводов апелляционного суда о применении норм права установленным судами по делу обстоятельствам, и оставить в силе решение суда первой инстанции.

В судебном заседании представитель ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» поддержал доводы кассационной жалобы с учетом письменных пояснений, просил ее удовлетворить, представитель управления возражал против удовлетворения жалобы по доводам, изложенным в отзыве на нее с учетом письменных пояснений, просил оставить постановление апелляционного суда без изменения.

ООО «ГлобалСтрой Индустрия», извещенное о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, своего представителя не направило.

Изучив материалы дела, выслушав представителей сторон, обсудив доводы кассационной жалобы, отзыва на нее, суд округа пришел к выводу о наличии оснований для отмены обжалуемых судебных актов.

Как установили арбитражные суды, в управление поступили заявления ООО «ГлобалСтройИндустрия», перенаправленные письмом ФАС России от 18.10.2021 № 22/88146/21 (вх. № 908-53-ЭП/21 от 18.10.2021) о возможном нарушении ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» антимонопольного законодательства, выразившегося в заключении и реализации антиконкурентного соглашения при проведении торгов в электронной форме, послужившие основанием для: анализа поведения указанных лиц на торгах с реестровыми номерами 0995400000221000036, 0995400000221000037.

Кроме того, Волгоградским УФАС России на основании материалов, поступивших из МРУ Росфинмониторинга по ЮФО, в отношении ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» 21.03.2022 было возбуждено дело № 034/01/11-204/2022 по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) при участии в торгах с реестровым номером 09954000002210010036.

На основании поручения ФАС России от 08.04.2022 исх. № 22/34045/22, в соответствии с пунктом 1.4.1 Правил передачи антимонопольным органам заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденных приказом ФАС России от 01.08.2007 № 244, материалы дела № 034/01/11-204/2022 были переданы Волгоградским УФАС России в управление.

Управление пришло к выводу о признаках заключения и реализации картельного соглашения на торгах в действиях ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования».

Вместе с этим достаточной совокупности доказательств по торгам с реестровыми номерами 0995400000221000036, 0995400000221000037, необходимой для возбуждения дела о нарушении антимонопольного

законодательства, управлением установлено не было, о чем ООО «ГлобалСтройИндустрия» было сообщено письмом от 18.01.2022.

Между тем управление указывает, что в сведениях, представленных АО «РАД», в ответ на запросы управления от 25.10.2021 № ЕП/65473/21, от 16.11.2021 № ЕП/69459/21 (вх. № 102741/21 от 25.11.2021), от 27.12.2021 № ЕП/79534/21 (вх. № 453/22 от 10.01.2022), выявлены признаки нарушения ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции при проведении закупок с реестровыми номерами 0995400000221000036, 0995400000221000037.

На основании приказа управления от 28.01.2022 № 10 возбуждено дело № 077/01/11-1488/2022 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования».

По результатам рассмотрения дела управление приняло решение, которым признало в действиях ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившееся в заключении и реализации антиконкурентного соглашения при проведении торгов в электронной форме с реестровыми номерами 0995400000221000036, 0995400000221000037.

Не согласившись с управлением, ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» оспорили данное решение в судебном порядке.

Удовлетворяя заявление, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что управление не доказало наличие заключенного между ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Суд признал, что поведение обществ на торгах было обусловлено формированием заказчиком изначально низкой начальной максимальной цены в рассматриваемых закупках. Дополнительно суд учел иные закупки. Так, предположение о том, что в связи с низкой маржинальностью закупок существует риск отсутствия других участников закупок обосновано, в том числе, ранее проведенными аналогичными закупками - Реконструкция филиала федерального казенного предприятия «Российская государственная цирковая компания» «Пензенский государственный цирк» (закупка № 0373100075718000004, проведена в 2018 году, в рамках которой участие принял

лишь один хозяйствующий субъект, в связи с чем закупка была признана несостоявшейся.

Изначально низкая рентабельность, создающая риск того, что в торгах не примут участие иные лица, как установил суд, обусловило поведение обществ, направленное на исключение признания торгов несостоявшимися.

Отменяя решение суда первой инстанции и принимая по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявления, суд апелляционной инстанции исходил из того, что, принимая участие в запросах предложений, поведение ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования», выраженное в отказе от конкурентной борьбы между собой за право заключения государственных контрактов, не может соответствовать добросовестному поведению участников закупочных процедур, противоречит цели и правовой природе института торгов, который основывается на принципе конкуренции участников торгов, проводимых 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» (далее – Закон о контрактной системе, Закон) и по существу нарушает запрет, установленный пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Апелляционный суд указал, что сама по себе самостоятельная подача ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» заявок на участие в запросах предложений означает согласие на участие в конкурентной процедуре и намерение каждого из них заключить с заказчиком контракт на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг, что делает их конкурентами. При этом то обстоятельство, что ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» отказались от конкурентной борьбы между собой в ходе запросов предложений подтверждает наличия между ними антиконкурентного соглашения.

Дополнительно суд указал на закупочную процедуру № 0995400000221000028, не входящей в предмет рассмотрения дела № 077/01/11-1488/2022, но которая была проведена заказчиком - ППК «Единый Заказчик» в период с 14.09.2022 (дата размещения извещения на сайте ЕИС) по 27.09.2022 (дата составления итогового протокола) в отношении предмета закупки – «Выполнение работ по проектированию, реконструкции и вводу в эксплуатацию объекта капитального строительства: «Реконструкция здания филиала ФКП

«Российская государственная цирковая компания» – «Воронежский государственный цирк» (код ОКПД2 - 41.20.40.900). Победителем запроса предложений с реестровым № 0995400000221000028 признано ООО «Артстройтехнология», которое в рамках проведения торгов направило окончательное предложение о цене контракта со снижением – 2% от НМЦК, что с учетом квалификации по нестоимостному критерию позволило получить указанному обществу максимальный балл.

Также апелляционный суд, ссылаясь на часть 26 статьи 83.1 Закона о контрактной системе, отметил, что признание запроса предложений несостоявшимся не свидетельствует о невозможности заключить контракт с единственным участником в случае подачи и признания заявки ООО «Наследие» соответствующей требованиям закупочной документации.

Между тем в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем 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.

Пунктом 21 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» разъяснено, что с учетом положений пункта 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции соглашениями 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, как указано Верховным Судом Российской Федерации в том же пункте Постановления Пленума, схожесть поведения нескольких хозяйствующих субъектов сама по себе не является основанием для вывода о наличии между ними ограничивающего конкуренцию соглашения.

Как разъясняется Верховным Судом Российской Федерации в пункте 21 в Постановления Пленума от 04.03.2021 № 2, в случае схожести поведения нескольких хозяйствующих субъектов 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.

Также, в силу указаний Верховного Суда Российской Федерации в пункте 24 Постановления Пленума от 04.03.2021 № 2, при возникновении спора о наличии соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона, 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 о защите конкуренции, 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, 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 (например, пункт 25 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе).

В соответствии с пунктом 25 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе в случае участия в закупке только одного участника торги признаются несостоявшимися.

С учетом данных указаний Пленума Верховного Суда Российской Федерации и положений Закона о контрактной системе нельзя признать состоятельной ссылкой апелляционного суда на часть 26 статьи 83.1 Закона о контрактной системе в опровержение выводов суда первой инстанции.

При этом также принимается во внимание, что часть 26 статьи 83.1 Закона о контрактной системе предусматривает именно право заказчика осуществить закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с пунктом 25 части 1 статьи 93 Закона.

Как указал суд первой инстанции, управление в настоящем случае исходило из формального подхода, что предметом заключенного между ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» являлось ограничение конкуренции в виде поддержания цен на торгах, основываясь только на том, что ООО «Наследие» предложило в своих заявках цену на 0,2% ниже начальной максимальной цены, а ООО «Наследие-Ренования» предложило цену, равную начальной максимальной цене.

При рассмотрении антимонопольного дела и судебного дела ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» скрывали то обстоятельство, что не конкурировали между собой при подаче заявок.

Вместе с тем с учетом приведенных указаний Пленума Верховного Суда Российской Федерации по применению антимонопольного законодательства нельзя согласиться с подходом, в соответствии с которым направление заявок на

участие в закупке всегда предполагает соперничество за заключение контракта и пассивное поведение и минимальное снижение НМЦК непременно должно влечь признание действий участников как заключение соглашения в нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Как отметил суд первой инстанции, действующее законодательство не обязывает хозяйствующие субъекты снижать цену на то или иное значение и предлагать цену, экономически невыгодную для них.

По результатам оценки доказательств и с учетом обстоятельств, касающихся иных закупок, суд первой инстанции признал, что поведение обществ было обусловлено формированием начальной максимальной цены в рассматриваемых закупках так, что она не позволяла осуществить ее значительное снижение – она была максимально приближена к себестоимости выполнения работ, и поэтому рентабельность изначально была достаточно низкой. При этом суд оценил заключение специалиста, из которого следует, что рентабельность выполнения работ при заявленной начальной максимальной цене составляет 1,09% и 1,12%.

При этом, как установил суд, изначально низкая рентабельность создавала риск того, что в торгах не примут участие иные лица, в связи с чем ООО «Наследие» и привлекло другого участника своей группы - ООО «Наследие-Ренования» для того, чтобы не допустить признание торгов несостоявшимися.

Суд первой инстанции отметил, что действия обществ, направленные на недопущение признания торгов несостоявшимися, с учетом отсутствия возможности более существенного снижения начальной максимальной цены подтверждается еще и пассивным поведением ООО «Наследие-Ренования» в закупках. ООО «Наследие-Ренования» в своих заявках на участие в обоих торгах представило заявки, в которых предложило цену, равную начальной максимальной цене, и в которой не представило подтверждения опыта выполнения работ. Тем самым заявки ООО «Наследие-Ренования» не преследовали цели стать лучшими, поскольку изначально могли набрать самое минимальное количество баллов. При этом по характеру торгов в виде запроса предложений, не предполагающего возможности подачи одним участником еще одной заявки после подачи первой, такое поведение ООО «Наследие-Ренования» не могло способствовать поддержанию цены на торгах. Более того,

рассматриваемые торги проводились дважды в связи с отменой результатов первоначальных торгов антимонопольным органом, и соответственно, заявки на торги подавались также дважды. Однако ООО «Наследие-Ренования» подавало в каждом случае заявку одного и того же содержания, позволяющую набрать самое минимальное количество баллов и не стать победителем на торгах. Очевидно, что если бы целью ООО «Наследие-Ренования» было поддержание цен на торгах, то оно бы при проведении торгов вновь подало заявку с иным содержанием, особенно, в рамках закупки № 099540000221000036 (Волгоградский государственный цирк), где при первоначальном проведении торгов была подана заявка ООО «Стройресурс» со снижением цены на 8%. Однако неподача ООО «Наследие-Ренования» заявки с иным содержанием подтверждает то обстоятельство, что целью подачи заявки не было поддержание цен на торгах, и что более существенное снижение цены было невозможно, что в свою очередь подтверждается и тем, что ООО «Стройресурс» при повторном проведении торгов не подало заявку, очевидно, к этому моменту уже определив себестоимость работ и осознав, что ранее предложенное им снижение приводило к убыточности выполнения работ.

Как признал суд первой инстанции, совокупность обстоятельств по делу свидетельствует о том, что поведение ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» на рассматриваемых торгах не было направлено на ограничение конкуренции и не могло способствовать извлечению обществами какой-либо выгоды из этого.

Как заключил суд первой инстанции, управление не доказало наличие заключенного между ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» соглашения, запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

У апелляционного суда не имелось оснований для иной оценки действий ООО «Наследие» и ООО «Наследие-Ренования» с учетом установленных по делу обстоятельств и указаний, содержащихся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

Суд первой инстанции полно и всесторонне исследовал доказательства по делу, дал им оценку и не допустил неправильного применения норм права, в том числе нарушений, являющихся в силу части 4 статьи 288 АПК РФ безусловными основаниями для отмены судебного акта.

В связи с этим обжалуемое постановление апелляционного суда на основании пункта 5 части 1 статьи 287 АПК РФ подлежит отмене, а решение суда первой инстанции – оставлению в силе.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 176, 284-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.06.2023 по делу № А40-248476/2022 отменить, решение Арбитражного суда города Москвы от 13.02.2023 по данному делу оставить в силе.

Председательствующий судья

Е.Е. Шевченко

Судьи

Е.А. Ананьина

В.В. Кузнецов