

---

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ВОЛГО-ВЯТСКОГО ОКРУГА**

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**от 9 июня 2020 г. по делу N А38-6825/2019**

09 июня 2020 года

(дата изготовления постановления в полном объеме)

Резолютивная часть постановления объявлена 08.06.2020.

Арбитражный суд Волго-Вятского округа в составе:

председательствующего Радченковой Н.Ш.,

судей Башевой Н.Ю., Чигракова А.И.,

при участии представителей

от общества с ограниченной ответственностью "Проект": Шилгалене Л.В. (доверенность от 18.03.2019),

от общества с ограниченной ответственностью "Производственно-коммерческая фирма "Контур": Тарасенко О.В. (директор, выписка из ЕГРЮЛ),

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл: Мурашовой Л.В. (доверенность от 10.01.2020),

рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл

на решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 19.12.2019 и

на постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2020

по делу N А38-6825/2019

по заявлениям общества с ограниченной ответственностью "Проект"

---

---

(ИНН: 1215100744, ОГРН: 1051200009365),

общества с ограниченной ответственностью "Производственно-коммерческая фирма "Контур" (ИНН: 1215034192, ОГРН: 1021200779753)

о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл от 13.05.2019 N 02-10/16-18

и

установил:

общество с ограниченной ответственностью "Проект" (далее - Общество) и общество с ограниченной ответственностью "Производственно-коммерческая фирма "Контур" (далее - Фирма) обратились в Арбитражный суд Республики Марий Эл с заявлениями о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Управление, антимонопольный орган) от 13.05.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства N 02-10/16-18.

Решением Арбитражного суда Республики Марий Эл от 19.12.2019 заявленные требования удовлетворены.

Первый арбитражный апелляционный суд постановлением от 04.03.2020 оставил решение суда первой инстанции без изменения.

Управление не согласилось с принятыми судебными актами и обратилось в Арбитражный суд Волго-Вятского округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить их в связи с несоответствием выводов, сделанных судами, фактическим обстоятельствам дела и неправильным применением норм материального права.

По мнению заявителя жалобы, действия Фирмы и Общества являются соглашением на торгах, которое недопустимо в соответствии с антимонопольным законодательством. При этом нарушение установлено не по факту совместного участия двух обществ в аукционах в электронной форме, а исходя из поведения участников аукциона и наступивших последствий. Антимонопольный орган настаивает на том, что нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции) подтверждается совокупностью собранных по делу доказательств; установлена устойчивая модель поведения обществ, состоящая в отказе от конкурентной борьбы друг с другом при участии в исследованных аукционах; минимальное снижение начальной максимальной цены контрактов по результатам проведения рассматриваемых открытых аукционов в электронной форме (далее - ОАЭФ); подача заявок, ценовых предложений и участие в электронных аукционах с использованием единой инфраструктуры (IP-адресов); совпадение свойств файлов заявок; наличие взаимосвязей между ответчиками. Снижение цены контракта и непредставление Обществом в

---

---

составе заявки на участие в аукционе целого ряда одинаковых документов, предусмотренных законодательством, свидетельствует о том, что данные участники закупки не были нацелены выигрывать аукцион и исполнять контракт, участники закупки знали о последующем отклонении одной из заявок. Управление полагает, что участие Фирмы и Общества в аукционах явилось формальной имитацией конкурентной борьбы. Их действия были изначально согласованы и определены в целях исключения из аукциона добросовестных участников и заключения государственного контракта по максимально возможной цене.

Подробно позиция заявителя изложена в кассационной жалобе и поддержана его представителем в судебном заседании.

Фирма и Общество в отзывах и их представители в судебном заседании возразили против доводов антимонопольного органа, сославшись на законность обжалованных судебных актов.

В соответствии со статьей 153.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судебное заседание проведено путем использования систем видеоконференц-связи с Арбитражным судом Республики Марий Эл.

Законность принятых судебных актов проверена Арбитражным судом Волго-Вятского округа в порядке, установленном в статьях 274, 284 и 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, Управление провело мониторинг аукционов с участием Фирмы и Общества.

Приказом руководителя Управления от 11.12.2018 N 148 в отношении Фирмы и Общества возбуждено дело по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Решением Управления от 13.05.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства N 02-10/16-18 в действиях Фирмы и Общества признано нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившееся в заключении антиконкурентного соглашения при проведении аукционов в электронной форме N 0308100000516000055, 03008100000517000007, 0208100000116000035, 0308100000517000026, 0308100008416000087, 0208100001717000001, 0308100000516000061, 0308100008417000057, 0208100000117000027 (пункт 1 решения).

Одновременно решено не выдавать обязательное для исполнения предписание и передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в отношении лиц, допустивших нарушение (пункты 2, 3 решения).

---

---

Не согласившись с решением антимонопольного органа, считая его незаконным, нарушающим права и законные интересы, Фирма и Общество обратились в суд с заявлениями.

Руководствуясь статьями 198, 200, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, положениями, Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд", суд первой инстанции удовлетворил заявленные требования и исходил из того, что антимонопольный орган не доказал законность и обоснованность своего решения.

Апелляционный суд оставил решение суда без изменения.

Рассмотрев кассационную жалобу исходя из приведенных в ней доводов, Арбитражный суд Волго-Вятского округа не нашел оснований для отмены принятых судебных актов.

В силу части 1 статьи 198, части 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации действия, решения органов, осуществляющих публичные полномочия, могут быть признаны незаконными, если они не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской деятельности.

Таким образом, для признания решения публичного органа незаконным необходимо наличие в совокупности двух условий: несоответствие оспариваемого решения закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

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.

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

Антиконкурентное соглашение является моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повторяющихся (аналогичных) действий, не обусловленных внешними условиями функционирования соответствующего товарного рынка, которая замещает конкурентные отношения между ними сознательной кооперацией, наносящей ущерб гражданам и государству.

---

---

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 (пункт 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 16.03.2016).

При доказывании наличия антиконкурентных соглашений могут использоваться прямые и косвенные доказательства.

Прямыми доказательствами наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде.

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 (Разъяснение N 3 Президиума ФАС России "Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах", утвержденное протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 N 3).

Из материалов дела следует, что комиссия Управления проанализировала 9 аукционов, в которых принимали участие Фирма и Общество.

В ходе изучения представленных операторами электронных торговых площадок информации и сведений, полученных от интернет-провайдера, комиссия антимонопольного органа выявила совпадение IP-адреса 77.40.56.237, с которого участники совершали действия по подаче заявок и ценовых предложений.

Текстовый и визуальный анализ первых и вторых частей заявок обоих участников аукционов

---

---

свидетельствует об их идентичности.

Однако совпадения IP-адресов и свойств файлов заявок недостаточно для вывода о заключении обществами антиконкурентного соглашения.

Из собранных антимонопольным органом доказательств не прослеживается модель группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повторяющихся (аналогичных) действий. Заключение обществами антиконкурентного соглашения не подтверждается их поведением на аукционах с целью поддержания либо резкого снижения цены на торгах, обеспечения победы другому обществу и отказа от конкурентной борьбы между собой.

В оспариваемом решении отсутствуют выводы о какой-либо модели или схеме поведения Фирмы и Общества.

Суды установили, что в аукционах N 1, 2, 3 принимали участие три - пять компаний, доказательств того, что они аффилированные, за исключением Общества и Фирмы, не имеется. При этом полноценная конкурентная борьба велась между одним из заявителей и независимым от них участником аукциона.

В аукционах N 2, 3 была отклонена заявка не только Общества, но и других участников аукциона: ООО "Нергал" и ООО "Энтех-Сервис", которые соревновались с ним, что обеспечило победу Фирме. В случае допуска их к участию в аукционе, они стали бы победителями, поскольку предложили более низкую цену, чем Фирма. Доказательства зависимости ООО "Нергал" и ООО "Энтех-Сервис" от заявителей или влияния на них в материалах дела отсутствуют.

Сведения о том, что общества знали, что заявки конкурентов будут отклонены, в материалах дела отсутствуют.

Суды обоснованно указали, что при рассмотрении вопроса о "сговоре" антимонопольный орган не устанавливал его цель и экономическую целесообразность. В оспариваемом решении отсутствует какой-либо анализ поведения участников торгов с точки зрения экономической выгоды, и не указаны причины и цели имитации конкурентной борьбы заявителями. При этом контракты были заключены победителем Фирмой с разным уровнем падения цены на всех трех аукционах: 30 процентов, 9 процентов и 52 процента, что исключает вывод о формальной конкурентной борьбе. Контракты, заключенные по результатам аукционов, исполнены в полном объеме.

При таких обстоятельствах суды обоснованно отметили, что доказательств формальной имитации конкурентной борьбы на данных аукционах и намеренного снижения цены на торгах Управление в материалы дела не представило.

Из материалов дела видно, что в аукционах N 4, 8, 9 принимали участие только Фирма и

---

---

Общество. В аукционе N 4 оба общества подавали ценовые предложения, а в аукционах N 8, 9 - заявки подавали оба заявителя, а ценовые предложения - только Фирма.

Между тем, директором Фирмы является Тарасенко Олег Вячеславович, директором Общества является Тарасенко Ольга Владиславовна, которые являются супругами.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции группу лиц образуют физическое лицо, его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры. По указанному основанию группу лиц образуют Тарасенко Ольга Владиславовна и Тарасенко Олег Вячеславович.

Тарасенко Олег Вячеславович и Фирма образуют группу лиц в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции в силу осуществления Тарасенко Олегом Вячеславовичем функций единоличного исполнительного органа юридического лица.

Тарасенко Ольга Владиславовна и Общество образуют группу лиц на основании пунктов 1 и 2 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции.

Фирма и Общество образуют группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 8 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции.

Группа лиц - это совокупность юридических и (или) физических лиц, которые в результате определенных законом способов контроля и влияния друг на друга рассматриваются как единый субъект рынка.

Следовательно, у заявителей отсутствовала экономическая необходимость конкурентной борьбы между двумя фирмами одного "семейного бизнеса".

В разъяснениях от 13.03.2019 N 16 Президиума ФАС России "О применении частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции" указано, что одновременное участие членов одной группы лиц в торгах или в сделках на товарных рынках, если эта группа не находится под контролем одного лица, не означает обязательного наличия между ними антиконкурентного соглашения. Само по себе нахождение в одной группе лиц, даже в силу близких родственных отношений между учредителями входящих в нее хозяйствующих субъектов, не может рассматриваться как достаточное доказательство заключения между ними антиконкурентного соглашения.

С учетом изложенного суды обоснованно указали, что Управлением не представлены доказательства заключения обществами соглашения на аукционах N 4, 8, 9, запрещенного антимонопольным законодательством.

В аукционах N 5, 6, 7 участвовало 3-4 участника. При этом в данных аукционах принимали участие либо Фирма (аукцион N 5), либо Общество (аукцион N 6), либо оба общества (аукцион N

---

---

7). Ценовые предложения сделаны победителями аукционов в конкурентной борьбе с другими независимыми от них участниками. В аукционах № 5 и 7 все вторые части заявок допущены, а в аукционе № 6 допущена к участию в аукционе только вторая часть заявки Общества.

Проанализировав названное суды пришли к правомерному выводу, что установить какую-либо схожесть поведения обоих обществ не представляется возможным.

Кроме того, одним из доказательств заключения антиконкурентного соглашения антимонопольный орган считает использование аукционных роботов на аукционах № 4 и 5, которые были заранее запрограммированы на неконкурентное поведение на торгах.

Между тем в соответствии с Регламентом организации и проведения электронных процедур электронной площадки ЗАО "Сбербанк-АСТ" аукционный робот - опционный (специальный программный модуль) функционал личного кабинета участников аукциона на электронной площадке, позволяющий на основании электронного документа-поручения с настройками аукционного робота, заполненного и подписанного электронной подписью участника, автоматическую подачу ценовых предложений на конкретном электронном аукционе от имени участника аукциона до заданного таким участником предела ценового предложения. Исходя из требований конфиденциальности, в системе установлен запрет на изменение настроек аукционного робота.

Следовательно, аукционный робот является частью функционала оператора электронной площадки, который реализован в соответствии с законодательством о контрактной системе и не может быть запрограммирован на неконкурентное поведение. Использование аукционных роботов является правом участника аукциона и не нарушает законодательство.

Исследовав и оценив представленные в материалы дела доказательства, с учетом названной статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суды пришли к правомерному выводу, что антимонопольным органом не доказана устойчивая модель поведения Общества и Фирмы, состоящая в отказе от конкурентной борьбы при участии в исследованных аукционах, не подтверждено минимальное снижение либо отсутствие снижения начальной максимальной цены контракта, а также не представлено надлежащих доказательств, позволяющих сделать однозначный вывод о заключении обществами антиконкурентного соглашения, результатом которого явилось устранение или ограничение конкуренции.

С учетом изложенного суды обоснованно удовлетворили заявленные требования.

Доводы, приведенные в кассационной жалобе, свидетельствуют о несогласии заявителя с установленными по делу фактическими обстоятельствами и оценкой судами первой и апелляционной инстанций доказательств. Переоценка доказательств и установленных фактических обстоятельств дела в силу статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не входит в компетенцию суда кассационной инстанции.

---

---

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных в части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судами не допущено.

Кассационная жалоба не подлежит удовлетворению.

Вопрос о взыскании государственной пошлины за рассмотрение кассационной жалобы не рассматривался, так как на основании пункта 1 статьи 333.37 Налогового кодекса Российской Федерации Управление освобождено от уплаты государственной пошлины.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287 и статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Волго-Вятского округа

постановил:

решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 19.12.2019 и постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2020 по делу N А38-6825/2019 оставить без изменения, кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл - без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном в статье 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий  
Н.Ш.РАДЧЕНКОВА

Судьи  
Н.Ю.БАШЕВА  
А.И.ЧИГРАКОВ

---