



ОДИННАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
443070, г. Самара, ул. Аэродромная, 11А, тел. 273-36-45
www.11aas.arbitr.ru, e-mail: info@11aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

апелляционной инстанции по проверке законности и обоснованности решения арбитражного суда, не вступившего в законную силу

28 августа 2020 года
г. Самара

Дело № А72-14967/2019

Резолютивная часть постановления объявлена 24 августа 2020 года
Постановление в полном объеме изготовлено 28 августа 2020 года

Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Корастелева В.А.,
судей Бажана П.В., Корнилова А.Б.,
при ведении протокола судебного заседания Гилевским А.Ю.,
рассмотрев в открытом судебном заседании в помещении суда дело по
апелляционной жалобе Федеральной антимонопольной службы
на решение Арбитражного суда Ульяновской области от 29.05.2020 по делу № А72-14967/2019 (судья Лубянова О.А.),
принятое по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой» (ОГРН 1137329003525, ИНН 7329012436, 433503), Ульяновская область, город Димитровград,
к Федеральной антимонопольной службе (ОГРН 1047796269663, ИНН 7703516539), г.Москва,
об изменении постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №22/04/14.32-88/2019 от 27.08.2019,
с участием в судебном заседании:
от общества с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой» - представитель Куприянова Е.Е. (доверенность от 04.01.2020),
от Федеральной антимонопольной службы – представитель Савостина Е.В. (доверенность от 10.01.2020), участвует посредством онлайн-связи,
от иных лиц представители не явились, извещены надлежащим образом,

УСТАНОВИЛ:

Общество с ограниченной ответственностью "Ульяновсктрансстрой" (далее - Общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд Ульяновской области к Федеральной антимонопольной службе с заявлением об изменении постановления о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №22/04/14.32-88/2019 от 27.08.2019 по части 1 статьи 14.32 КоАП РФ.

Решением Арбитражного суда Ульяновской области от 29.05.2020 постановление Федеральной антимонопольной службы о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №22/04/14.32-88/2019 от 27.08.2019 о привлечении Общества с ограниченной ответственностью "Ульяновсктрансстрой" к административной ответственности по части 1 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об

административных правонарушениях изменено в части наказания и установлен административный штраф в размере 100 000 рублей.

Не согласившись с принятым решением, Федеральная антимонопольная служба подала апелляционную жалобу, в которой просит отменить решение суда первой инстанции, и принять новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных ООО «Ульяновсктрансстрой» требований в полном объеме.

В апелляционной жалобе указывает на то, что судом первой инстанции неправомерно и необоснованно снижен назначенный Обществу административный штраф, в отсутствие оснований для снижения расчетного штрафа, примененного административным органом. Размер назначенного судом штрафа не соответствует требованиям закона.

ООО «Ульяновсктрансстрой» представило отзыв на апелляционную жалобу, в котором просит обжалуемое решение суда оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции представитель Федеральной антимонопольной службы апелляционную жалобу поддержала, просила решение суда первой инстанции отменить, принять новый судебный акт, которым в удовлетворении требований ООО «Ульяновсктрансстрой» отказать.

Представитель общества с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой» в судебном заседании возражала против доводов апелляционной жалобы по основаниям, приведенным в отзыве на неё.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверяется в соответствии со статьями 266 - 272 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Проверив материалы дела, оценив в совокупности имеющиеся в деле доказательства и обоснованность доводов, изложенных в апелляционной жалобе, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о необходимости удовлетворения апелляционной жалобы и отмены решения суда первой инстанции с принятием по делу нового судебного акта об отказе в удовлетворении требований, заявленных обществом с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой», по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, 09.02.2018 Федеральной антимонопольной службой возбуждено дело №1-11-21/00-22-18 в отношении ООО «Самаратрансстрой», ООО «Ульяновсктрансстрой», ООО «С.И.Т.И.» по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

10.10.2018 ФАС России принято решение по делу №1-11-21/00-22-18: признать ООО «Самаратрансстрой», ООО «Ульяновсктрансстрой», ООО «С.И.Т.И.» нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», что выразилось в заключении и участии в соглашении (картеле) между ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой», и в соглашении (картеле) между

ООО «Самаратрансстрой» и ООО «С.И.Т.И.», которые привели к поддержанию цен на торгах, организованных для выполнения общестроительных работ по ремонту автомобильных дорог в Самарской и Ульяновской областях.

Указанное решение ФАС России обжаловалось ООО «Самаратрансстрой» и ООО «С.И.Т.И.» в Арбитражном суде г.Москвы (дело №А40-466891/2018). Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда решение ФАС России от 10.10.2018 по делу №1-11-21/00-22-18 в части выводов, сделанных в отношении наличия соглашения между ООО «Самаратрансстрой» и ООО «С.И.Т.И.» (Соглашение №2) признано недействительным.

Решение ФАС России от 10.10.2018 по делу №1 -11-21/00-22-18 в отношении наличия соглашения между ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» в судебном порядке не обжаловалось.

18.06.2019 ФАС России было вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования.

18.07.2019 ФАС России в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» составлен протокол по делу №22/04/14.32-88/2019 об административном правонарушении по части 2 статьи 14.32 КоАП РФ. Протокол составлен в присутствии представителя Общества. Копия протокола была направлена Обществу по почте и была получена 24.07.2019.

27.08.2019 ФАС России в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» принято оспариваемое постановление по делу №22/04/14.32-88/2019, согласно которому ФАС России признал ООО «Ульяновсктрансстрой» виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.32 КоАП РФ (в редакции, действовавшей на момент совершения правонарушения). ООО «Ульяновсктрансстрой» назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 28 343 920 руб. Общество было уведомлено о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении. Определение от 08.08.2019 было получено ООО «Ульяновсктрансстрой» 13.08.2019.

Не соглашаясь с указанным постановлением о назначении административного наказания, Общество обратилось в Арбитражный суд Ульяновской области с заявлением о его оспаривании.

В соответствии с частью 6 статьи 210 АПК РФ при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд в судебном заседании проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

Согласно части 7 статьи 210 АПК РФ при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме.

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, в том числе, к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В соответствии с положениями статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, так также договоренность в устной форме.

Из взаимосвязанных положений 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.

Нарушение состоит в достижении участниками союза договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции последствиям (постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.2010 №9966/10).

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).

В рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства ФАС России сделан вывод о нарушении со стороны ООО «Ульяновсктрансстрой» пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» на основании следующего:

1. В 8 -ми из 9-ти электронных аукционах при совместном участии ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой», победителем становилось ООО «Самаратрансстрой». Ценовые предложения указанных лиц были идентичными, при этом предложение ООО «Самаратрансстрой» поступало первым, что свидетельствует о заблаговременном согласовании юридическими лицами их поведения при участии в торгах.

2. В электронном аукционе, где победителем объявлено ООО «Ульяновсктрансстрой», ООО «Самаратрансстрой» заключило с ним договор субподряда для выполнения части работ по государственному контракту.

3. Отказ указанных компаний от конкурентной борьбы в процессе торгов, который привел к минимальному проценту снижения начальной (максимальной) цены контракта (далее - НМЦК).

4. Один из государственных контрактов ООО «Самаратрансстрой» подписан с использованием IP-адреса, который также использовался при подаче заявки ООО «Ульяновсктрансстрой».

5. Совпадение свойств файлов, содержащихся в составе заявок Ответчиков, свидетельствующее об их подготовке одними и теми же лицами.

6. В 2-ух закупках в файлах первых частей заявок ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» значения MD5 и SHA-12 идентичны.

7. Закупки отличались друг от друга НМЦК, количеством участников подавших заявки и рядом других обстоятельств, однако, прослеживаемая выше модель поведения, состоящая из повторяющихся (аналогичных действий) однозначно наблюдается в каждом из перечисленных аукционов, где совместно принимали участие ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой».

Обществами представлены документы, подтверждающие их тесную экономическую связь (договоры поручительства, заключенные в 2016-2017 гг.), следствием чего являлось заключение договора субподряда в рамках исполнения государственного контракта по электронному аукциону № 0311100007216000102.

Директор ООО «Ульяновсктрансстрой» - Степанов Павел Юрьевич ранее являлся директором и совладельцем ООО «Самаратрансстрой» (доля в уставном капитале 50 %).

Кроме того, были установлены сведения о лице, которое одновременно работало в ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой». Данный факт подтвердился приказами о приеме на работу, трудовыми договорами с Пуховой Ольгой Владимировной. Основываясь на пояснениях Обществ, ФАС России установила, что указанное лицо подготовило заявки ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» для участия в электронных аукционах №№ 0842200002115000109, 0311100007216000102.

С учетом вышеизложенного антимонопольный орган правомерно пришел к выводу, что совокупность указанных обстоятельств свидетельствует о заключении и реализации антиконкурентного соглашения (картель) между ООО «Ульяновсктрансстрой» и ООО «Самаратрансстрой», целью которого явилось поддержание цен на рассматриваемых электронных аукционах.

На основании изложенных обстоятельств, ФАС России было принято решение по делу №1-11-21/00-22-18 о нарушении ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции,

выразившемся в заключении и участии Ответчиков в антиконкурентном соглашении, которое привело к поддержанию цен при проведении электронных аукционов.

Решение ФАС России от 10.10.2018 по делу №1-11-21/00-22-18 в отношении наличия соглашения между ООО «Самаратрансстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» в судебном порядке не обжаловалось.

Суд первой инстанции из совокупности изложенных выше обстоятельств правомерно счел, что действия ООО «Ульяновсктрансстрой» образуют состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.32 КоАП РФ, указав при этом на несостоятельность довода ООО «Ульяновсктрансстрой» о том, что нарушение необходимо квалифицировать по части 4 статьи 14.43 КоАП РФ.

Ответственность по части 4 статьи 14.32 КоАП РФ наступает за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо участие в нем, за исключением случаев, предусмотренных частями 1-3 настоящей статьи. Таким образом, указанная норма не могла быть применена ФАС России.

По правилам частей 1, 2 статьи 1.7 КоАП РФ лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании закона, действовавшего во время совершения административного правонарушения.

В настоящее время нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции предусматривает ответственность для хозяйствующих субъектов в соответствии с частью 2 статьи 14.32 КоАП.

На момент совершения ООО "Ульяновсктрансстрой" административного правонарушения ответственность была предусмотрена частью 1 статьи 14.32 КоАП в редакции Федерального закона от 02 ноября 2013 г. № 285-ФЗ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.32 КоАП (в редакции Федерального закона от 02 ноября 2013 г. № 285-ФЗ) заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, а равно участие в нем или осуществление хозяйствующим субъектом недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий - влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), - в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей.

Согласно части 2 статьи 1.7 КоАП закон, смягчающий или отменяющий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшающий положение лица, совершившего административное правонарушение, имеет обратную силу, то есть распространяется и на лицо, которое совершило административное правонарушение до вступления такого закона в силу и в

отношении которого постановление о назначении административного наказания не исполнено. Закон, устанавливающий или отягчающий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет.

В связи с тем, что данная норма закона не содержит обстоятельств, улучшающих или ухудшающих положение лица, совершившего административное правонарушение, антимонопольный орган правомерно в данном случае применил редакцию Федерального закона от 02 ноября 2013 г. № 285-ФЗ, действовавшую на момент совершения правонарушения, предусматривающая ответственность за содеянное - по части 1 статьи 14.32 КоАП.

Антимонопольным органом административный штраф был рассчитан следующим образом: начальная стоимость предмета торгов, прошедших в условиях антиконкурентного соглашения с участием ООО «Ульяновсктрансстрой», составила 1 905 899 590,13 рублей.

Таким образом, сумма минимального размера административного штрафа за административное правонарушение, совершенное ООО «Ульяновсктрансстрой», в размере одной десятой начальной стоимости предмета торгов составляет 190 589 959,01 рублей.

ООО «Ульяновсктрансстрой» выполнило условия примечания 5 к статье 14.32 КоАП РФ, обратившись с заявлением о нарушении антимонопольного законодательства в ФАС России вторым.

Таким образом, в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» штраф, подлежащий применению, должен равняться минимальному размеру административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и составлять 190 589 959,01 рублей.

Вместе с тем, согласно части 4 статьи 3.5 КоАП РФ и части 1 статьи 14.32 КоАП РФ (в редакции, действующей на момент совершения нарушения) размер административного штрафа, подлежащего наложению, не может превышать одну двадцать пятую (4 %) совокупного размера суммы выручки от реализации всех товаров (работ, услуг) за год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение и не может быть менее 100 000 рублей.

Совокупный размер выручки ООО «Ульяновсктрансстрой» за год, предшествующий году, в котором выявлено административное правонарушение (за 2017) составил 1 417 196 000 рублей.

Одна двадцать пятая (4 %) от совокупного размера суммы выручки ООО «Ульяновсктрансстрой» от реализации всех товаров (работ, услуг) за год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение (за 2017), составляет 56 687 840 рублей.

Следовательно, в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» подлежащий применению штраф в размере 190 589 959,01 рублей превышает 4% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг).

Таким образом, сумма подлежащего применению в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» штрафа не может превышать 56 687 840 рублей.

В соответствии с частью 3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

ФАС России было учтено ухудшение финансового положения ООО «Ульяновсктрансстрой» (письмо УФНС по Ульяновской области вх. от 19.11.2018 №190108-ДСПУ18), и согласно оспариваемому постановлению назначен

административный штраф в размере 2% от совокупного размера выручки, в размере 28 343 920 рублей.

Таким образом, хотя ссылки на соответствующие нормы КоАП РФ не были приведены в постановлении при избрании меры наказания, ФАС России фактически было назначено обществу административное наказание ниже низшего предела, предусмотренного санкцией и части 1 статьи 14.32 КоАП РФ (в редакции, действующей на момент совершения нарушения).

Антимонопольным органом в ходе рассмотрения дела были рассмотрены все смягчающие обстоятельства, а также фактически для признания наличия исключительных обстоятельств, связанных с имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, было учтено ухудшение финансового положения ООО «Ульяновсктрансстрой» со ссылкой на письмо УФНС по Ульяновской области вх. от 19.11.2018 №190108-ДСПУ18.

Размер административного штрафа в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» был рассмотрен на заседании Президиума ФАС России 03.07.2019, что подтверждается протоколом №6.

Довод ООО «Ульяновсктрансстрой» о том, что административный штраф необходимо было рассчитывать исходя из выручки 2018 года, суд первой инстанции обоснованно счел несостоятельным по следующим основаниям.

В силу части 1 статьи 14.32 КоАП РФ размер штрафа, налагаемого на юридическое лицо, заключившее с хозяйствующим субъектом недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашение, определяется, в том числе, исходя из суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуг), на рынке которого совершено административное правонарушение.

При этом расчет штрафа производится от выручки правонарушителя за период, установленный пунктом 3 части 1 статьи 3.5 КоАП РФ: за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение, либо за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение, если правонарушитель не осуществлял деятельность по реализации товара (работы, услуги) в предшествующем календарном году.

Поскольку дело в отношении общества по признакам нарушения антимонопольного законодательства возбуждено 09.02.2018, то размер штраф подлежал исчислению исходя из суммы выручки за 2017 год, что соответствует правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, определенной в постановлениях Президиума от 13.12.2011 №11132/11, от 26.02.2013 №13046/12.

Материалами дела подтверждается, что в порядке примечания к статье 14.32 КоАП РФ в ФАС России поступили заявления:

- от ООО «Самаратрансстрой» от 31.08.2018 и зарегистрировано в антимонопольном органе 03.09.2018 за №142924-ДСПМ8;

- от ООО «Ульяновсктрансстрой» от 03.09.2018 и зарегистрировано в антимонопольном органе 03.09.2018 за №142987-ДСПМ8.

С учетом вышеизложенного, суд первой инстанции пришел к правомерному выводу, что антимонопольный орган обоснованно установил, что ООО «Ульяновсктрансстрой» вторым обратилось в ФАС России с заявлением о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения.

Регистрация вышеуказанных заявлений антимонопольным органом в структурном производстве по делопроизводству не привела к неправильному установлению порядкового номера обращения.

При этом ООО «Самаратрансстрой» было освобождено от административной ответственности по части 1 статьи 14.32 КоАП РФ.

О дате составления протокола и рассмотрения дела об административном правонарушении общество было уведомлено надлежащим образом.

Нарушений порядка привлечения к административной ответственности, установленного Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, которые могли бы повлечь признание постановления о назначении административного наказания незаконным, в ходе производства по данному делу об административном правонарушении не установлено.

18.06.2019 ФАС России было вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования.

Определение принято в соответствии с частью 3 статьи 28.7 КоАП РФ, направлено в ООО «Ульяновсктрансстрой» заказным письмом с уведомлением и было получено обществом 26.06.2018.

Материалами дела подтверждается, что ФАС России проводило административное расследование. Антимонопольный орган запрашивал информацию о наличии смягчающих административную ответственность обстоятельств, о причинах и условиях, способствовавших совершению административного правонарушения, сведения о размере суммы выручки от реализации всех товаров (работ, услуг), определяемые в соответствии со статьями 248, 249 Налогового кодекса Российской Федерации за 2016-2018 годы, отчет о прибылях и убытках за 2016-2018 годы.

Указанная информация была получена ФАС России на стадии административного расследования, что указывает на проведение расследования ФАС России не формально, а с полным соблюдением норм действующего законодательства.

Отсутствие доказательств, подтверждающих передачу решения ФАС России от 10.10.2018 по делу №1-11-21/00-22/18 лицу, принявшему определение о возбуждении дела об административном правонарушении, в данном случае не свидетельствует о допущенных административным органом существенных процессуальных нарушениях.

Определение ФАС России от 18.06.2019 и протокол об административном правонарушении составлены уполномоченным должностным лицом данного административного органа.

На основании пункта 62 части 2, части 4 статьи 28.3 КоАП РФ и пункта 1 приказа ФАС России от 29.07.2015 № 667/15 «О перечне должностных лиц центрального аппарата Федеральной антимонопольной службы (ФАС России), уполномоченных составлять протоколы об административных правонарушениях» правом составления протокола об административном правонарушении от имени ФАС России обладают:

- начальники структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- заместители начальников структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- начальники отделов структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- заместители начальников отделов структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- ведущие консультанты структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- консультанты структурных подразделений центрального аппарата ФАС России;
- главные государственные инспекторы структурных подразделений центрального аппарата ФАС России.

В соответствии с пунктом 9 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, структурными подразделениями центрального аппарата Федеральной антимонопольной службы являются управления по основным направлениям деятельности Службы.

Определение ФАС России от 18.06.2019 составлено заместителем начальника Управления по борьбе с картелями Д.В.Артюшенко.

Протокол об административном правонарушении составлен заместителем начальника отдела расследований в сфере ГОЗ Управления по борьбе с картелями Д.А.Щербиной.

При составлении протокола об административном правонарушении существенных процессуальных нарушений судом первой инстанции обоснованно не установлено.

Постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении от 27.08.2019 вынесено статс-секретарем заместителем руководителя ФАС России Цариковским А.Н., что соответствует требованиям статьи 23.48 КоАП РФ.

Оспариваемое постановление вынесено административным органом в пределах срока давности привлечения к административной ответственности, установленного статьей 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №30 разъяснено, что срок давности привлечения к административной ответственности за совершение административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 14.32 КоАП РФ, начинается со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения законодательства Российской Федерации, то есть со дня изготовления решения антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства в полном объеме.

Решение ФАС России изготовлено в полном объеме 10.10.2018. Постановление ФАС России вынесено 27.08.2019.

Таким образом, на момент вынесения постановления ФАС России установленный статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности не истек.

Ссылку ООО «Ульяновсктрансстрой» на термин «единственный поставщик», установленный в статье 93 Федерального закона №44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" суд первой инстанции правомерно счел несостоятельной. Антимонопольный орган в оспариваемом постановлении на Закон №44-ФЗ не ссылался.

Ссылку общества на иную судебную практику и другие его доводы, приводимые в свою защиту, суд первой инстанции также обоснованно счел несостоятельными, поскольку судебные акты, на которые ссылается общество приняты в отношении иной совокупности фактических обстоятельств, которая не может рассматриваться как разъясняющая вопросы применения той или иной нормы права применительно к данному делу, а иные доводы ООО «Ульяновсктрансстрой» в свою защиту основаны на неверном толковании норм действующего законодательства.

Апелляционная коллегия соглашается с судом первой инстанции, что в данном случае нельзя признать совершенное ООО «Ульяновсктрансстрой» правонарушение малозначительным по следующим основаниям.

В соответствии со ст. 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Согласно пункту 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность

правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Применение ст. 2.9 КоАП РФ является правом, а не обязанностью суда, данная правовая норма подлежит применению в исключительных случаях.

В материалах дела отсутствуют доказательства исключительности случая вмененного обществу административного правонарушения.

Таким образом не усматривается оснований для признания совершенного обществом правонарушения малозначительным и его освобождения от административной ответственности по правилам ст.2.9 КоАП РФ.

При этом апелляция признает несоответствующими нормам закона выводы суда первой инстанции о возможности снизить еще больше, чем это было сделано административным органом, размер назначенного обществу административного штрафа.

В силу части 3.2 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Согласно части 3.3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 настоящей статьи размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса.

Суд первой инстанции, посчитав, что административное наказание в виде штрафа в размере 28 343 920 рублей не согласуется с его предупредительными целями (статья 3.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях); не соответствует принципам справедливости, соразмерности и дифференциации ответственности, носит по отношению к обществу карательный, а не превентивный характер, также приняв во внимание, что в настоящее время финансовое состояние общества ухудшилось, денежные средства из бюджета по государственным контрактам практически не поступают, оплата административного штрафа в назначенном ФАС России размере приведет к несостоятельности предприятия, уменьшил размер подлежащего взысканию штрафа до 100 000 руб.

С учетом этого суд первой инстанции постановлением Федеральной антимонопольной службы о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №22/04/14.32-88/2019 от 27.08.2019 о привлечении Общества с ограниченной ответственностью "Ульяновсктрансстрой" к административной ответственности по части 1 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях изменил в части наказания, установив административный штраф в размере 100 000 рублей.

При этом судом не учтено, что при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 КоАП РФ размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II КоАП РФ (часть 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ).

По правилам ч. 1 ст. 3.1 КоАП целями административного наказания являются предупреждение совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Задачами законодательства об административных правонарушениях согласно ст. 1.2 КоАП РФ являются, наряду с иными, охрана установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка, собственности, защита законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений, а также предупреждение административных правонарушений.

На основании требований ч. 1 ст. 4.1 КоАП РФ административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с настоящим Кодексом.

В соответствии с пунктом 18 "Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016) минимальный предел санкции, установленный частью 2 статьи 14.31 КоАП РФ, в размере 100 000 рублей может быть назначен судом только в том случае, когда сумма штрафа при его исчислении окажется меньше указанного размера. Как следует из санкции части 2 статьи 14.31 КоАП РФ, размер административного штрафа подлежит исчислению исходя из суммы выручки правонарушителя ("оборотный" штраф). При этом минимально установленная санкцией сумма штрафа в размере 100 000 рублей может быть назначена только в том случае, когда определенная расчетным методом сумма штрафа окажется меньше указанного размера.

Однако, без учета указанного разъяснения, в настоящем деле суд первой инстанции вопреки установленным в деле обстоятельствам, счел возможным назначить обществу размер штрафа, установленный частью 1 статьи 14.31 КоАП РФ, без учета изложенных разъяснений высшей судебной инстанции, а также без учета того факта, что административным органом в обжалованном постановлении фактически уже применены правила о назначении наказания ниже низшего предела соответствующей санкции, и штраф уже снижен на половину от минимально возможного "оборотного" штрафа, что соответствует требованиям частей 3.2 и 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ.

Еще большее снижение штрафа приводит к нарушению норм ч. 1 ст. 4.1 КоАП РФ о назначении наказания в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с КоАП РФ.

При таких обстоятельствах обжалуемый судебный акт в части удовлетворения заявленных ООО «Ульяновсктрансстрой» требований и признания незаконным постановления антимонопольного органа в части изменения и назначения административного штрафа в размере 100 000 рублей не может быть признан законным и обоснованным, в связи с чем подлежит отмене на основании п. 4 ч. 1 ст. 270 АПК РФ ввиду неправильного применения норм материального права.

В соответствии с санкцией, предусмотренной частью 1 статьи 14.32 КоАП РФ при вынесении постановления административным органом штраф при отсутствии обстоятельств, отягчающих административную ответственность, фактически со снижением его наполовину от минимально возможного размера "оборотного" штрафа, исходя из имущественного положения ООО «Ульяновсктрансстрой» (учтено ухудшение финансового положения общества), был назначен в сумме 28 343 920 рублей. Предусмотренных законом оснований для еще большего снижения его размера, не имеется.

Удовлетворяя апелляционную жалобу ФАС России и восстанавливая назначенное ООО «Ульяновсктрансстрой» наказание, которое было снижено судом первой инстанции,

суд апелляционной инстанции учитывает также Определение Верховного Суда Российской Федерации от 11 апреля 2019 г. N 307-ЭС19-3642, в котором отражена следующая правовая позиция: «...отмена судом апелляционной инстанции по апелляционной жалобе административного органа решения суда первой инстанции о привлечении арбитражного управляющего к ответственности по ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ и принятие нового решения о привлечении к ответственности по ч. 3.1 ст. 14.13 КоАП РФ не может рассматриваться как ухудшение положения лица, привлеченного к ответственности. Иное дезавуировало бы волю законодателя, предоставившего право административному органу обжаловать судебный акт, которым ему было полностью или частично отказано в удовлетворении заявленного требования о привлечении к ответственности».

Право на обжалование судебного акта по делам о привлечении к административной ответственности предусмотрено АПК РФ не только для лица, привлекаемого к административной ответственности, но и для иных участников процесса, в данном случае - административного органа.

Ссылка на положения пункта 2 части 1 статьи 30.7 КоАП РФ, в силу которого не допускается такое изменение оспариваемого решения, которое повлечет усиление административного наказания или иным образом ухудшит положение лица, привлеченного к административной ответственности в рассматриваемом случае не применима, поскольку эту норму следует применять в совокупности с положениями ч.1 ст. 30 КоАП РФ, предусматривающей право на обжалование постановления по делу об административном правонарушении лицами, указанными в статьях 25.1 - 25.5.1 настоящего Кодекса, т.е. привлекаемым к ответственности лицом, потерпевшим, законными представителями физического или юридического лица, защитником и представителем или Уполномоченным при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей. Иными словами, нормами КоАП РФ вообще не предусмотрено право обжалования решения по делу об административном правонарушении органом, которым составлен протокол об административном правонарушении или третьим лицом по делу.

Однако, в рассматриваемом случае, дело об административном правонарушении рассматривается по правилам Арбитражного процессуального Кодекса Российской Федерации, поэтому следует применять процессуальные нормы арбитражного процесса, которым право на обжалование судебного акта предоставлено всем участвующим в деле лицам, в том числе по мотивам их несогласия с мерой ответственности или отказом в привлечении к ней.

Возможность отмены судебных актов нижестоящих судов, с принятием нового судебного акта, которым назначается более строгое наказание (или отмена решения об отказе в привлечении к ответственности с последующим привлечением к ней), находит отражение как в вышеприведенных определениях Верховного Суда Российской Федерации, так и в многочисленной судебной практике окружных арбитражных судов: постановление АС Центрального округа от 24 сентября 2018 г. по делу N А83-21312/2017 (оставлено без изменения определением ВС РФ от 1 февраля 2019 г. N 310-АД18-24235), постановление АС Поволжского округа от 10 октября 2018 г. N Ф06-38225/2018, по делу N А72-2327/2018, постановление АС Поволжского округа от 27 марта 2018 г. N Ф06-30580/2018, по делу А49-11768/2017 и др.

При указанных обстоятельствах решение Арбитражного суда Ульяновской области подлежит отмене с принятием по делу нового судебного акта об отказе в удовлетворении заявленных обществом с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой» требований об изменении постановления от 27.08.2019 по делу №22/04/14.32-88/2019, согласно которому ФАС России признал ООО «Ульяновсктрансстрой» виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое

предусмотрена частью 1 статьи 14.32 КоАП РФ и ему назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 28 343 920 руб.

Руководствуясь статьями 268 - 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции

П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Ульяновской области от 29.05.2020 по делу № А72-14967/2019 отменить и принять по делу новый судебный акт.

В удовлетворении заявленных требований обществу с ограниченной ответственностью «Ульяновсктрансстрой» отказать.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в двухмесячный срок в Арбитражный суд Поволжского округа через суд первой инстанции.

Председательствующий

В.А. Корастелев

Судьи

П.В. Бажан

А.Б. Корнилов