

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «22» февраля 2018

Полный текст решения изготовлен «02» марта 2018

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Коллегия ФАС России) в составе:

рассмотрев жалобу ПАО «Фортум» от 28.12.2017 на решение и предписание Челябинского УФАС России от 08.12.2017 по делу №1-03/17, в присутствии представителей заявителя ПАО «Фортум», представителя ООО «Промтехэкспертиза», представителей Челябинского УФАС России (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 11.01.2018 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

на рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ПАО «Фортум» (далее также - Общество) на решение и предписание Челябинского УФАС России (далее также – УФАС) от 08.12.2017 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1-03/17.

По мнению Общества, решение и предписание Челябинского УФАС России противоречат действующему законодательству, а также нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Челябинское УФАС России с доводами ПАО «Фортум» не согласилось, представило в материалы дела правовую позицию,

настаивали на законности и обоснованности обжалуемых решения и предписания.

ПАО «Промтехэкспертиза» поддержало доводы ПАО «Фортум», изложило правовую позицию в письме от 29.01.2018, в соответствии с которым считает решение и предписание Челябинского УФАС России подлежащими отмене, просило требования ПАО «Фортум» удовлетворить.

Коллегия рассмотрела жалобу на предмет соблюдения единообразия в применении антимонопольным органом норм антимонопольного законодательства и установила следующее.

Решением Комиссии Челябинского УФАС России по делу №1-03/17 от 08.12.2017 ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» признаны нарушившими пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Нарушение выразилось в заключении и участии указанных лиц в соглашении, которое привело к ограничению конкуренции на рынках контроля металла, проведения технических освидетельствований и экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областей и Ханты-мансийского автономного округа — Югра в 2015-2016 годах, путем создания другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на указанные товарные рынки.

На основании решения по делу №1-03/17 Комиссия Челябинского УФАС России выдала ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» предписание от 08.12.2017 о прекращении участия в соглашении, которое ограничивает конкуренцию на вышеуказанных товарных рынках и недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией Челябинского УФАС России установлено, что в 2015 году ПАО «Фортум» проводило закупку на право заключения договора по оказанию услуг контроля металла, проведения технических освидетельствований и экспертизы промышленной безопасности технических устройств Челябинской ТЭЦ-2 и Аргаяшской ТЭЦ филиала Энергосистема «Урал» ПАО «Фортум» в 2015-2016 годах (извещение № 31401901229).

По результатам подведения итогов при проведении закупки победителем признано ООО «Промтехэкспертиза», с которым 24.02.2015 заключен договор №25/1000/15/14479 на оказание услуг по контролю металла, проведению технических освидетельствований и экспертизы промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений Челябинской ТЭЦ-2 и Аргаяшской ТЭЦ Энергосистема «Урал» ПАО «Фортум» в 2015-2016 годах (по лоту №2).

В 2015-2016 годах между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» заключено 11 дополнительных соглашений к рассматриваемому договору, в рамках которых сторонами были изменены объем и цена оказываемых услуг, а также детализированы сроки оказания услуг по измененным объемам услуг.

Дополнительными соглашениями от 09.04.2015 № 2, от 22.06.2016 № 4, от 04.07.2016 № 5, от 25.10.2016 № 8, от 07.11.2016 № 9, от 10.11.2016 № 10, заключенными между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза», предусмотрено оказание услуг по контролю металла, экспертизы промышленной безопасности и техническое освидетельствование технических устройств, зданий и сооружений ПАО «Фортум», не включенных в договор от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479, а именно - оказание услуг на Челябинской ТЭЦ-1, Челябинской ТЭЦ-3, Челябинской ГРЭС, Тюменской ТЭЦ-1, Тюменской ТЭЦ-2, Няганской ГРЭС.

В ходе рассмотрения дела №1-03/17 Комиссией Челябинского УФАС России проанализированы закупочные процедуры, проводимые ПАО «Фортум» на право заключения договора на оказание услуг по контролю металла, экспертизе промышленной безопасности и техническому освидетельствованию технических устройств, зданий, сооружений в 2016 году, и отмененные в последующем ПАО «Фортум».

В 2015-2016 годах ПАО «Фортум» были объявлены открытые конкурентные переговоры на официальном сайте www.zakupki.gov.ru извещение 31603622233 (опубликовано 29.04.2016), извещение 31603622548 (опубликовано 29.04.2016), извещение 31603636514 (опубликовано 06.05.2016), извещение 31604032653 (опубликовано 25.08.2016), извещение 31604097257 (опубликовано 14.09.2016), извещение 31604097925 (опубликовано 14.09.2016), которые впоследствии были отменены ПАО «Фортум» до подведения итогов по причине несоответствия всех участников закупки требованиям закупочной документации.

Установлено, что на участие в закупке каждый раз подавалось 3 и более заявки участников, одним из которых являлось и ООО «Промтехэкспертиза».

После отмены каждой из указанных закупок ПАО «Фортум» заключало дополнительные соглашения с Уральским филиалом ООО «Промтехэкспертиза» на работы, являющиеся предметом отмененной закупки без проведения конкурентных процедур в связи с наличием срочной потребности в оказании указанных услуг.

- в соответствии с итоговым экспертным заключением заявок участников закупочной процедуры (извещение № 31603622548) все заявки участников не соответствуют требованиям закупочной документации, в том числе заявки ООО «ЭвиС» и ООО «Промтехэкспертиза». Закупка отменена 14.06.2016, рассмотрение заявок и подведение итогов согласно извещению - 16.06.2016. Таким образом, закупка была отменена за 2 дня до подведения итогов закупки.

За 1 день до даты рассмотрения заявок - 15.06.2016, сотрудник ПАО «Фортум» оформил служебную записку на заключение дополнительного соглашения и обоснование закупки у единственного поставщика – ООО «Промтехэкспертиза». Согласно указанной служебной записке содержится просьба согласовать заключение дополнительного соглашения к договору от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479 с ООО «Промтехэкспертиза», в качестве обоснования закупки у единственного поставщика указана причина – наличие срочной потребности в продукции, в связи с чем проведение иных процедур нецелесообразно.

Аналогичным образом была отменена и иная закупочная процедура (извещение № 31603636514) за 3 дня до даты рассмотрения заявок и подведения итогов. После отмены указанной закупки между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» заключено дополнительное соглашение от 04.07.2016 №5.

Также после отмены закупок №№ 31604097257, 31604097925 между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертизой» были заключены дополнительные соглашения от 25.10.2016 № 8, от 07.11.2016 № 9.

Челябинским УФАС России установлены хозяйствующие субъекты, выразившие желание и имеющие возможность принять участие в закупках по проведению контроля металла, технических освидетельствований и экспертизы промышленной безопасности

технических устройств, зданий и сооружений ПАО «Фортум», а именно ООО «ЭвиС», ООО «Уральский центр промышленной безопасности», ООО «Инженерно-диагностический центр «Олимп», ООО «Проммаш Тест», ООО «Технология», ООО «Северные технологии», ООО «ТехноГарант».

В 2017 году Челябинским УФАС России на основании соответствующих приказов о проведении проверки проведены внеплановые выездные проверки в отношении ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза».

В ходе проведения проверки был осуществлен осмотр территорий, помещений, документов и предметов проверяемых лиц, по результатам проведения которых составлены протоколы осмотра территорий, помещений, документов и предметов проверяемых лиц. Также Челябинским УФАС России была получена электронная переписка сотрудников ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза», которая приобщена к материалам дела.

Акт проверки, а также документы, полученные в ходе ее проведения, приобщены к материалам дела № 1-03/17, возбужденного в отношении ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» о нарушении антимонопольного законодательства.

Комиссией Челябинского УФАС России в ходе рассмотрения дела были проанализированы доказательства о наличии антиконкурентных соглашений между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза», полученные в ходе проведения проверок, в том числе, внутренняя переписка сотрудников ПАО «Фортум», а также электронная переписка указанных хозяйствующих субъектов.

Так, например, электронная переписка, полученная в ходе проведения проверки, содержит письма ООО «Промтехэкспертиза», согласно которым последнее сообщает, что компания принимает участие в закупках (извещение № 31603622548, 31603622610), но от сотрудников ПАО «Фортум» в устной и письменной форме (не официально, без подписи и печатей) поступают письма с предложением заключить дополнительное соглашение на работы, являющиеся предметом указанных закупок. Во избежание «задвоения» работ, ООО «Промтехэкспертиза» просит уточнить «статус» указанных закупок и направить официальное предложение о заключении дополнительного соглашения.

Согласно электронной переписке между сотрудниками ПАО

«Фортум» тема письма «Кас. участия в закупочных процедурах (повторный запрос) по вопросу отмены закупок (извещение 31603622548, 31603622610), формально 2 компании соответствуют требованиям технического задания и сотрудники готовят дополнительное соглашение для заключения его с ООО «Промтехэкспертиза»».

Также в электронной переписке имеются письма от 10.11.2016 между сотрудниками ПАО «Фортум», согласно которым ООО «Промтехэкспертиза» были выполнены работы, требующие «закрытия» в отчетности ООО «Промтехэкспертиза», при том, что дополнительное соглашение № 9 к договору от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479, предусматривающее выполнение указанных работ, еще не заключено между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза».

Кроме того, согласно переписке между сотрудниками ПАО «Фортум» дополнительное соглашение № 9 к договору от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479 предполагает снижение стоимости работ, которые не были предусмотрены ранее заключенными дополнительными соглашениями (в частности дополнительным соглашением № 4). При этом также обнаружены письма ООО «Промтехэкспертиза», согласно которым общество выражает готовность выполнить работы, являющиеся предметом дополнительных соглашений к договору от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479.

Согласно переписке между сотрудниками ПАО «Фортум» (электронные письма от 18.05.2016) по просьбе ООО «Промтехэкспертиза» происходила корректировка (изменение) технического задания при проведении закупок на оказание услуг технического освидетельствования и экспертизы промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений Энергосистемы «Урал» ПАО «Фортум» в 2016, 2017, 2018 годах.

В электронном письме от от 14.06.2016 сотрудник ПАО «Фортум» просит запросить коммерческие предложения от ООО «Промтехэкспертизы» для дальнейшего заключения дополнительного соглашения.

Согласно электронному письму сотрудника ПАО «Фортум» (внутренняя переписка) от 14.06.2016, уточняется: «Что делаем с Промтехэкспертизой? Идем на очередные допы?».

В ходе проведения проверки Челябинским УФАС России в отношении

ООО «Промтехэкспертиза» были получены также документы с рабочего компьютера должностного лица ООО «Промтехэкспертиза», по итогам анализа которых установлено следующее.

На рабочем компьютере должностного лица ООО «Промтехэкспертиза» обнаружены папки с заявками других участников в электронном виде на участие в закупках, проводимых ПАО «Фортум» на заключение договора по оказанию услуг по контролю металла, экспертизе промышленной безопасности и техническому освидетельствованию:

- закупка на экспертизу промышленной безопасности, техническое освидетельствование, диагностирование и обследование технических устройств Челябинской ТЭЦ-3, Аргаяшской ТЭЦ Энергосистема Урал ПАО «Фортум» (заявки ООО «Олимп», ООО «ПромМашТест», ООО «Технология»);

- закупка на оказание услуг по контролю металла основных элементов котлов, турбин, трубопроводов и сооружений Тюменской ТЭЦ-1, Тюменской ТЭЦ-2 (заявки ООО «Северные технологии», ООО «УЦПБ», ООО «ЭвиС»);

- закупка на экспертизу промышленной безопасности, техническое освидетельствование, диагностирование и обследование технических устройств, зданий и сооружений Тюменской ТЭЦ-1, Тюменской ТЭЦ-2 (заявки ООО «Техногарант», ООО «Технология», ООО «УЦПБ», ООО «ЭвиС»);

- закупка на техническое освидетельствование и экспертизу промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений Энергосистема Урал ПАО «Фортум» в 2016-2018 (Челябинской ТЭЦ-1, Челябинской ТЭЦ-2, Челябинской ТЭЦ-3, Челябинской ГРЭС, Аргаяшской ТЭЦ) (заявки ООО «УЦПБ», ООО «ЭвиС»);

- закупка на оказание услуг по контролю металла элементов тепломеханического оборудования и сооружений электростанций Энергосистема Урал ПАО «Фортум» в 2016 году (заявка ООО «УЦПБ»).

Также на рабочем компьютере должностного лица ООО «Промтехэкспертиза» обнаружены файлы в формате Microsoft Word с итоговым экспертным заключением ПАО «Фортум» заявок участников закупочных процедур на оказание услуг по проведению экспертизы

промышленной безопасности, техническому освидетельствованию, диагностированию и обследованию технических устройств, зданий и сооружений Челябинской ТЭЦ-3 и Аргаяшской ТЭЦ, филиала «Энергосистема «Урал» ПАО «Фортум», с указанием баллов, присвоенных участникам закупки по итогам проведения оценочного и отборочного этапов по каждому критерию.

В материалах проверки имеется электронная переписка между сотрудниками ООО «Промтехэкспертиза» и ПАО «Фортум» с электронной почты должностного лица ООО «Промтехэкспертиза» (электронное письмо от ООО «Промтехэкспертиза» от 25.12.2015 в 15:58), согласно которой ПАО «Фортум» просит направить оферту на конкретную сумму в размере 445 804 рубля для заключения дополнительного соглашения № 6 без оценки работ со стороны ООО «Промтехэкспертиза».

Кроме того, в материалах проверки имеются письма сотрудника ООО «Промтехэкспертиза» в адрес сотрудника ПАО «Фортум», согласно которым сотрудник просит выслать официальное коммерческое предложение на работы по дополнительному соглашению, при этом обращает внимание, что цены на работы должны не отличаться от цен, «которые в основном объеме (которые сейчас торгуются)».

Также в материалах проверки имеется переписка между сотрудниками ООО «Промтехэкспертиза» (электронные письма от 06.06.2016), согласно которой сотрудникам ООО «Промтехэкспертизы» было известно ценовое предложение ООО «ЭвиС» в рамках проведения закупок ПАО «Фортум» (извещение № 31603622548, 31603622233), а именно между сотрудниками ООО «Промтехэкспертиза» велась переписка по вопросу уточнения причин, по которым предложение ООО «Промтехэкспертиза» в рамках проведения закупки для оказания услуг в г. Тюмени (извещение № 31603622233) в разы меньше, чем у ООО «ЭвиС».

Кроме того, во вложениях к письмам между сотрудниками ООО «Промтехэкспертиза» и ПАО «Фортум» имеются коммерческие предложения ООО «ЭвиС» на участие в закупке по оказанию услуг по проведению технических освидетельствований и экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений филиала Энергосистема «Урал» ПАО «Фортум» в 2016, 2017, 2018 годах.

В материалах проверки имеются письма ООО «Промтехэкспертиза»,

согласно которым ООО «Промтехэкспертиза» выражает готовность выполнить работы, являющиеся предметом дополнительных соглашений к договору от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479, что подтверждает волеизъявление ООО «Промтехэкспертиза» заключить данные дополнительные соглашения без проведения конкурентных процедур.

Комиссией Челябинского УФАС России вышеуказанная электронная переписка, а также иные полученные в ходе проведения внеплановых проверок в отношении ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» сведения признаны прямыми доказательствами, подтверждающими заключение антиконкурентных соглашений между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза».

В ходе рассмотрения дела Комиссией Челябинского УФАС России на примере недопуска ООО «ЭвиС» к участию в закупочных процедурах, проводимых ПАО «Фортум», проанализировано влияние действий ПАО «Фортум» по отмене конкурентных процедур на конкуренцию на товарном рынке, в частности, проанализированы представленные заявки ООО «ЭвиС» на участие в закупках, проводимых ПАО «Фортум» (извещения № 31603622233, 31603622548, 31603636514), в результате чего антимонопольный орган пришел к выводу о соответствии заявок ООО «ЭвиС» в указанных закупках требованиям закупочной документации.

Указанный вывод подтверждается также электронной перепиской между сотрудниками ПАО «Фортум» (электронное письмо от 17.06.2016, тема письма: «Кас. участия в закупочных процедурах (повторный запрос) по вопросу отмены закупок (извещение 31603622548, 31603622610)», по тексту письма: «формально (исходя из условий технического задания) 2 компании соответствуют требованиям технического задания, но компании указали одних и тех же экспертов, мы готовим документы на допник к существующим контрактам».

Комиссией Челябинского УФАС России установлена вина ПАО «Фортум», ООО «Промтехэкспертиза» в нарушении пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем заключения антиконкурентного соглашения. В решении по делу отражено, что у обществ имелась возможность не заключать дополнительные соглашения на оказание услуг по контролю металла, экспертизе промышленной безопасности и техническому освидетельствованию технических устройств, зданий и сооружений ПАО «Фортум» на

объектах, не предусмотренных договором от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479, а заключить новые договоры по итогам проведения конкурентных процедур ПАО «Фортум» на принципах добросовестности, открытости, соперничества, однако, ПАО «Фортум», ООО «Промтехэкспертиза» не предприняли мер для оказания соответствующих услуг на названных принципах, а направленность их действий свидетельствует о намеренном совершении указанных противоправных действий. Доказательства, свидетельствующие о принятии ПАО «Фортум», ООО «Промтехэкспертиза» всех зависящих от них мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых антимонопольным законодательством предусмотрена ответственность, отсутствуют.

Челябинским УФАС России проведены анализы состояния конкуренции на рынках оказания услуг по контролю металла, по проведению технических освидетельствований, по экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областей и Ханты-Мансийского автономного округа-Югра в 2015-2016 годах.

По результатам проведения анализов состояния конкуренции на рынках:

- оказания услуг по контролю металла технических устройств, зданий, сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областей и Ханты-Мансийского автономного округа - Югра в 2015, 2016 годах;

- оказание услуг по проведению технических освидетельствований технических устройств, зданий, сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областей и Ханты-Мансийского автономного округа - Югра в 2015, 2016 годах;

- оказание услуг по экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областях и Ханты-Мансийского автономного округа-Югра в 2015-2016 годах,

установлено, что данные рынки являются конкурентными и характеризуются большим числом участников рынков.

Таким образом, исходя из анализа всех имеющихся доказательств в материалах дела №1-03/17 Комиссия Челябинского УФАС России пришла к выводу о том, что действия ООО «Промтехэкспертиза» и ПАО «Фортум» в результате заключения дополнительных соглашений на оказание услуг по контролю металла, экспертизы промышленной безопасности и техническое освидетельствование технических устройств, зданий и сооружений ПАО «Фортум» на объектах, не предусмотренных договором от 24.02.2015 № 25/1000/15/14479, привели к ограничению конкуренции на указанных рынках, в том числе, привели к созданию для ООО «ЭвиС» препятствий доступу на указанные рынки, поскольку ООО «ЭвиС» соответствовало требованиям закупочных документов и могло стать победителем закупок.

Изучив жалобу ПАО «Фортум» на решение Челябинского УФАС России от 08.12.2017, материалы дела №1-03/17 о нарушении антимонопольного законодательства, Коллегия ФАС России приходит к следующим выводам.

В соответствии с пунктом 2 части 4 статьи 23 Закона о защите конкуренции коллегиальный орган пересматривает решения и (или) предписания территориальных органов ФАС России по делам о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если такие решения и (или) предписания нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Из решения Челябинского УФАС России следует, что 24.02.2015 между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» заключен договор на оказание услуг на Челябинской ТЭЦ-2 и Аргаяшской ТЭЦ филиала Энергосистема «Урал» в 2015-2016 годах, по результатам проведения закупки №314019901229.

Установлено, что в 2016 году ПАО «Фортум» объявлялись открытые конкурентные переговоры на выполнение рассматриваемых услуг на объектах, принадлежащих ПАО «Фортум», которые впоследствии были отменены до подведения итогов по причине несоответствия заявок участников, включая заявку ООО «Промтехэкспертиза», требованиям закупочной документации.

После отмены закупочных процедур между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» составлялись и подписывались дополнительные соглашения к ранее заключенному договору от 24.02.2015, которые, в том числе, являлись предметом ряда

отмененных закупок.

Согласно части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

В соответствии с пунктом 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции признаками ограничения конкуренции является сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

В соответствии с положениями статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, при этом факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством (статьи 154, 160, 432, 434 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ)).

Доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

При этом, 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 («Обзор 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).

Подтверждением наличия антиконкурентного соглашения также может служить определенная модель поведения участников соглашения. Для констатации антиконкурентного соглашения необходимо и достаточно проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий (при отсутствии доказательств обратного) может сыграть решающую роль (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа № А42-2564/2014).

Коллегия ФАС России считает установленным и в полном объеме доказанным Комиссией Челябинского УФАС России в решении по делу №01-3/17 факт нарушения ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Заключение антиконкурентного соглашения в рассматриваемом случае подтверждается следующей совокупностью доказательств.

1. Наличие определенной модели поведения участников соглашения путем отмены ПАО «Фортум» закупок №№ 31603622233, 31603622548, 31603636514, 316040332653, 31604097257, 31604097925, на оказание рассматриваемых услуг на Челябинской ТЭЦ-1, Челябинской ТЭЦ-3, Челябинской ГРЭС, Тюменской ТЭЦ-1, Тюменской ТЭЦ-2, Няганской ГРЭС, при том, что по результатам анализа заявок участников Комиссией Челябинского УФАС России установлено соответствие

заявки ООО «Эвис», что также подтверждается электронной перепиской между сотрудниками ПАО «Фортум» (письмо от 17.06.2016 следующего содержания: «формально (исходя из условий технического задания) 2 компании соответствуют требованиям технического задания, но компании указали одних и тех же экспертов, мы готовим документы на допник к существующим контрактам»), с последующим заключением дополнительных соглашений к основному договору от 24.02.2015 с ООО «Промтехэкспертиза» без проведения конкурентных процедур.

Кроме того, отмена закупок непосредственно за несколько дней до подведения итогов, является одним из косвенных доказательств того, что таким образом ПАО «Фортум» исключало возможность заключения договора на оказание рассматриваемых услуг с другими хозяйствующими субъектами в случае признания победителем по результатам закупок иных лиц, нежели ООО «Промтехэкспертиза».

2. Наличие договоренности между сотрудниками ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» о заключении дополнительных соглашений именно с ООО «Промтехэкспертиза», что подтверждается электронной перепиской, полученной в ходе проведения Челябинским УФАС России проверки.

Имеющаяся в материалах дела электронная переписка свидетельствует, что еще на этапе проведения закупок (извещения № 31603622548, 31603622610) сотрудники ПАО «Фортум» предлагали ООО «Промтехэкспертиза» заключить дополнительные соглашения на оказание услуг на объектах ПАО «Фортум», указанных в предмете проводимых закупок, и что две компании, принимавшие участие в закупке, соответствуют требованиям технического задания, но сотрудники ПАО «Фортум» составляли проект дополнительного соглашения с ООО «Промтехэкспертиза». В материалах дела имеются и письма ООО «Промтехэкспертиза», в которых выражено согласие и готовность выполнить работы, являющиеся предметом дополнительных соглашений к договору от 24.02.2015.

3. Также электронной перепиской подтверждается, что ООО «Промтехэкспертиза» фактически оказывало услуги ПАО «Фортум», которые документально не были оформлены никакими документами (письма между сотрудниками ПАО «Фортум» от 10.11.2016 о выполнении ООО «Промтехэкспертиза» работ, требующих закрытия в отчетности, при том, что дополнительное соглашение №9,

предусматривающее выполнение таких работ по состоянию на указанную дату между сторонами не заключалось).

4. Кроме того, ПАО «Фортум» при проведении закупок согласовывало с ООО «Промтехэкспертиза» техническое задание при проведении закупок на оказание услуг технического освидетельствования и экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и сооружений Энергосистемы «Урал» ПАО «Фортум» в 2016, 2017, 2018 годах, что подтверждается электронной перепиской между сотрудниками ПАО «Фортум» (электронные письма от 18.05.2016, подтверждающие корректировку технического задания по просьбе ООО «Промтехэкспертиза»). Указанные обстоятельства свидетельствуют также и о намеренном создании для ООО «Промтехэкспертиза» преимущественных условий при участии в закупке.

5. Помимо прочего, ООО «Промтехэкспертиза» владело внутренним документом ПАО «Фортум», не размещенным в свободном доступе в сети интернет и содержащим информацию о количестве баллов, присвоенных другим участникам закупки, а также информацией о коммерческих предложениях других участников закупки и могло сформировать свое коммерческое предложение с лучшими условиями, что подтверждается обнаруженными в ходе проведения Челябинским УФАС России внеплановой проверки на рабочем столе должностного лица ООО «Промтехэкспертиза» папками с заявками в электронном виде иных участников конкурентных закупок, проводимых ПАО «Фортум», а также файлами в формате Microsoft Word с итоговым экспертным заключением ПАО «Фортум».

По мнению Коллегии ФАС России, заключение дополнительных соглашений к ранее заключенному договору от 24.02.2015 является внешним выражением (реализацией) заключенного между ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» антиконкурентного соглашения, направленного на устранение конкурентной борьбы ООО «Промтехэкспертиза» с иными участниками товарных рынков, наличие которых установлено Челябинским УФАС России по результатам проведенного анализа состояния конкуренции на соответствующих товарных рынках.

Действия ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» по заключению дополнительных соглашений создали препятствия доступу на рынок для хозяйствующих субъектов, в частности для ООО «ЭвиС», поскольку установлено, что его заявки соответствовали требованиям

закупочной документации ряда проводимых ПАО «Фортум» закупок, соответственно ООО «ЭвиС» имело возможность стать победителем по результатам их проведения.

Коллегия ФАС России не соглашается с доводами ПАО «Фортум» об отнесении рассматриваемого антиконкурентного соглашения к «вертикальным» соглашениям и считает их несостоятельными на основании следующего.

В соответствии с пунктом 19 статьи 4 Закона о защите конкуренции «вертикальное» соглашение - это соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар.

Согласно Разъяснениям Президиума ФАС России №2 ««Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения», утвержденным протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 №3, «вертикальные» соглашения обеспечивают перемещение товара в цепочке от производителя к конечному потребителю.

«Вертикальные» соглашения реализуются через гражданско-правовые договоры, предмет которых предусматривает переход товара от одного лица к другому (договор купли-продажи, договор поставки, дилерские договоры, дистрибьюторские договоры и другие соглашения). Гражданско-правовые договоры или соглашения, которые не предусматривают передачу товара от одного лица другому, не могут рассматриваться в качестве «вертикальных» соглашений.

В данном случае имело место соглашение, целью которого было ограничение, недопущение конкуренции путем исключения проведения конкурентных процедур. Таким образом, условие о допустимости «вертикального» соглашения в рассматриваемом случае не применимо.

Коллегия ФАС России также не принимает доводы ПАО «Фортум» о ненадлежащем проведении Челябинским УФАС России анализа состояния конкуренции на товарных рынках на основании следующего.

Челябинским УФАС России проведены анализы состояния конкуренции на рынках оказания услуг по контролю металла, по проведению технических освидетельствований, по экспертизе промышленной безопасности технических устройств, зданий и

сооружений, принадлежащих ПАО «Фортум» на праве собственности на территории Челябинской, Тюменской областях и Ханты-Мансийского автономного округа-Югра в 2015-2016 годах. По результатам проведенного анализа установлено, что указанные рынки являются конкурентными и характеризуется большим количеством участников.

На основании проведенного анализа состояния конкуренции на товарных рынках Челябинским УФАС России сделан вывод о том, что в случае проведения ПАО «Фортум» конкурентных процедур на оказание услуг на участие в закупках заявилось бы достаточное количество участников, что подтверждается также и количеством заявок, поданных на участие в закупках, отмененных ПАО «Фортум».

Согласно части 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Пунктом 1.3 Приказа ФАС России от 28.04.2010 №220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее — Порядок №220) определены этапы проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел, возбужденных по признакам нарушения ст. 10, ч.1 ст.11, ч.2 ст. 11, ч. 5 ст. 11, ст. 14.1-14.8, ст. 15, ст. 16, ст. 17, 17.1, 18 Закона о защите конкуренции.

При этом, Порядком № 220 не определены обязательные этапы проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел о нарушении части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, учитывая, что законодательством необходимый объем проведения анализа состояния конкуренции при возбуждении дел по признакам нарушения части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции не установлен, то применению подлежит общая норма — часть 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции, предусматривающая проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке в объеме, необходимом антимонопольному органу для принятия решения по делу.

Довод ПАО «Фортум» об отсутствии у Комиссии Челябинского УФАС России полномочий на рассмотрение дела о нарушении

антимонопольного законодательства №1-03/17 является несостоятельным, поскольку опровергается материалами антимонопольного дела (ФАС России в рамках рассмотрения антимонопольного дела письмом от 23.11.2017 за №АЦ/85010/17 наделило Челябинское УФАС России полномочиями на рассмотрение дела в установленном порядке, при этом действующим законодательством не предусмотрена обязанность антимонопольного органа по уведомлению лиц, участвующих в деле, о наступлении такого события).

Исходя из изложенного, Челябинским УФАС России установлены и доказаны обстоятельства, свидетельствующие о наличии в действиях ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза» нарушения пункта 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Коллегия ФАС России, рассмотрев материалы дела и проанализировав все доводы жалобы ПАО «Фортум» и ООО «Промтехэкспертиза», не находит оснований для отмены решения и предписания Комиссии Челябинского УФАС России по делу №1-03/17. По результатам рассмотрения жалобы нарушения единообразия применения антимонопольного законодательства Комиссией Челябинского УФАС России при принятии решения и предписания по делу №1-03/17 не установлено.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Коллегия ФАС России

РЕШИЛА:

оставить жалобу ПАО «Фортум» на решение и предписание Комиссии Челябинского УФАС России от 29.11.2017 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1-03/17 без удовлетворения.

Председатель Коллегии:

Члены Коллегии:

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение о рассмотрении жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.