

РЕШЕНИЕ

по жалобе АО «Донэнерго» на решение Ростовского УФАС России от 10.10.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №176/05

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «15» января 2019 года.

Решение в полном объеме изготовлено «28» января 2019 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы - Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе:

председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; заместителя председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; членов Апелляционной коллегии: «<...>», рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «Донэнерго» (далее – Заявитель) на решение Ростовского УФАС России от 10.10.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №176/05, в присутствии: представителей Заявителя (по доверенностям, посредством видеоконференц-связи): «<...>», сотрудников Ростовского УФАС России (посредством видеоконференц-связи): «<...>» (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 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 от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «Донэнерго» (далее также – Заявитель) на решение Ростовского УФАС России от 10.10.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №176/05

Заявитель с вынесенным решением и предписанием не согласен, считает, что территориальным органом нарушено единообразие в применении антимонопольным органом норм антимонопольного законодательства.

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

Решением Ростовского УФАС России по делу № 176/05 от 10.10.2018 АО «Донэнерго», ООО «Новые технологии» признаны нарушившими пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции в результате заключения и участия в соглашении, которое привело к ограничению конкуренции, путем создания другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на рынок при проведении закупок угольной продукции для нужд филиала АО «Донэнерго».

Из материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства следует, что 11.08.2017 АО «Донэнерго», являющееся Заказчиком, на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок опубликовало извещение о проведении открытого запроса предложений в электронной форме №31705417073 на поставку угольной продукции для нужд филиала АО «Донэнерго» Тепловые сети». Начальная (максимальная) цена контракта составила 185 967 280,00 руб.

Согласно протоколу вскрытия конвертов с заявками на участие в запросе предложений подано 4 заявки. По итогам проведения торгов победителем признан участник, предложивший наименьшую цену - ООО «Антрацит Трейд» - 168 960 900,00 руб. Однако, 07.09.2017 Заказчиком размещено уведомление об отказе от проведения открытого запроса предложений № 31705417073 «в связи с возникшей необходимостью».

При этом 12.09.2017 АО «Донэнерго» в ЕИС повторно опубликовано извещение о проведении открытого запроса предложений в электронной форме № 31705514973 на поставку угольной продукции. В соответствии с протоколом выбора победителя открытого запроса предложений от 22.09.2017 № 31705514973-02 победителем признано ООО «Новые технологии».

Комиссия Ростовского УФАС России, изучив заявку победителя запроса предложений, установила, что ООО «Новые технологии» представило документы для участия в закупке не в полном объеме, вследствие чего заявка должна подлежать отклонению как несоответствующая требованиям закупочной документации. Однако, Заказчиком принято решение о соответствии заявки ООО «Новые технологии» требованиям закупочной документации и признании данного общества победителем запроса предложений.

Ростовское УФАС России решением от 23.11.2017 по делу №2080/05 признало АО «Донэнерго» нарушившим пункт 3 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции в части нарушения порядка определения победителя открытого запроса предложений в электронной форме №31705514973. АО «Донэнерго» выдано предписание об отмене протокола подведения итогов открытого запроса предложений в электронной форме №31705514973 от 22.09.2017 и проведении повторной процедуры рассмотрения поступивших на участие в запросе предложений в электронной форме №31705514973 заявок.

Во исполнение предписания 06.12.2017 АО «Донэнерго» опубликовано уведомление об отмене открытого запроса предложений в связи с

возникшей необходимостью. При этом повторная процедура рассмотрения поступивших на участие в запросе предложений в электронной форме №31705514973 заявок не проведена.

17.10.2017 АО «Донэнерго» в ЕИС размещена информация о проведении закупки угольной продукции у единственного поставщика. 27.10.2017 между АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» заключен договор №686 ТС на сумму 55 202 372, 96 рублей.

Решение о закупке у единственного поставщика принято заказчиком в период рассмотрения Комиссией Ростовского УФАС России дела №2080/05, возбужденного по признакам нарушения АО «Донэнерго» пункта 3 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

В качестве обоснования необходимости проведения закупки у единственного поставщика и невозможности организации конкурентной процедуры в протоколе от 13.10.2017 имеется ссылка на пункт 10.8.7 Положения «О закупке товаров, работ и услуг для нужд АО «Донэнерго» - обоснованная срочная потребность в продукции (товарах, работах, услугах).

Материалами дела подтверждается, что 11.10.2017 между ООО «Новые технологии» и ООО «ТД «Угольные технологии» был заключен договор поставки угольной продукции №18н, то есть до определения ООО «Новые технологии» единственным поставщиком. Согласно приложению №1 к указанному договору поставки «О согласовании количества, качества, ассортимента, цены, условий, сроков поставки Товара», заключенному между ООО «Новые технологии» и ООО «ТД «Угольные технологии», в условиях поставки содержится наименование грузополучателя - тепловые сети АО «Донэнерго».

Также 27.12.2017 АО «Донэнерго» проведена очередная закупка угольной продукции у единственного поставщика на сумму 125 241 219, 04 рублей. 24.01.2018 между АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» заключен договор № 5-ОМТС. Цена договора составила 141 869 296, 00 руб.

Коммерческие предложения от ООО «Новые технологии» и ООО «Максимус» поступили 25.12.2017; ООО ТД «Угольные технологии» - 26.12.2017.

При принятии решения о закупке у единственного поставщика АО «Донэнерго» направлены запросы о возможности поставки угольной продукции трём организациям: ООО «Новые технологии», ООО ТД «Угольные Технологии» и ООО «Максимус».

Из решения по делу следует, что пояснения о том, по какой причине запрос предложений направлен ООО «Максимус», из какого источника АО «Донэнерго» получило информацию о том, что ООО «Максимус» осуществляет поставки угольной продукции, АО «Донэнерго» не представило.

Установлено, что ООО «Максимус» не имеет ОКВЭД2, указывающего на то, что данное общество осуществляет поставки угольной продукции. Заявку на участие в закупках на поставку угольной продукции данное общество не подавало.

Дополнительно антимонопольным органом установлено, что согласно протоколу опроса «<...>», в декабре 2017 года к нему обратился «<...>» с просьбой «<...>» оставлять уголь для АО «Донэнерго». Также «<...>» указал: «устраивает меня, если в указанном письме будет стоять цена угля приблизительно 8500». После чего ООО «ТД «Угольные технологии» подготовлено соответствующее письмо и передано коммерческому директору ООО «Новые технологии».

подготовлено соответствующее письмо и передано «<...>» ООО «Новые технологии».

Из анализа указанных сведений антимонопольный орган пришел к выводу о том, что фактически данный запрос коммерческих предложений АО «Донэнерго» в адрес ООО «ТД «Угольные технологии» не направлялся, а представленная в запросе коммерческих предложений цена сформирована по просьбе ООО «Новые технологии».

Ростовским УФАС России также установлено, что цена предложенная ООО «Новые технологии» выше на 20% предложения ООО «Антрацит Трейд», участвующего в закупках №31705417073, 31705514973, 31705634688, 31705961395.

Помимо этого, в материалах дела Ростовского УФАС России №176/05 содержится выписка из стенограммы телефонных переговоров, свидетельствующая о заинтересованности АО «Донэнерго» в победе ООО «Новые технологии» в закупках № 31705417073 и № 31705514973, а также в заключении договора исключительно с данным обществом (закупки у единственного поставщика № 31705634688 и № 31705961395), представленная УФСБ России по Ростовской области (по результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий).

Также по мнению Комиссии Ростовского УФАС России, цена приобретения угольной продукции АО «Донэнерго» существенным образом влияет на размер тарифа на тепловую энергию для всех категорий потребителей, при этом в случае проведения конкурентных процедур АО «Донэнерго» могло обеспечить экономию денежных средств в размере 20 788 979, 83 руб. Антимонопольный орган пришел к выводу, что закупки угольной продукции у единственного поставщика ущемляют права иных хозяйствующих субъектов – конкурентов ООО «Новые технологии».

Заявитель жалобы с решением Ростовского УФАС России не согласен, считает, что указанный акт противоречит Закону о защите конкуренции, нарушает единообразие практики применения антимонопольного законодательства, просит решение по делу отменить.

Изучив жалобу на решение Ростовского УФАС России о нарушении антимонопольного законодательства, Апелляционная коллегия не находит оснований для удовлетворения жалобы АО «Донэнерго» на основании следующего.

В соответствии с частью 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 Закона о защите конкуренции), 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 (пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

Для квалификации иного соглашения в качестве запрещенного в соответствии с частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции необходимым условием является то, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Соглашение с учетом конкретных обстоятельств признается недопустимым, если в результате заключения такого соглашения имело место быть как фактическое ограничение конкуренции, так и потенциальная возможность ограничения конкуренции на соответствующем рынке.

В соответствии с пунктом 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции признаками ограничения конкуренции являются, в том числе, 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.

Как следует из пункта 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции, соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Согласно статье 4 Закона о защите конкуренции конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными

действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В силу пункта 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон №223-ФЗ) при закупке товаров, работ, услуг заказчики должны руководствоваться принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Из указанного следует, что Закон №223-ФЗ, не ограничивая заказчиков в их правах по выявлению поставщиков товаров, работ, услуг, отвечающих требованиям заказчиков путем проведения закупки избранным способом, предусматривает в качестве одного из принципов, которым заказчик обязан руководствоваться - отсутствие ограничения конкуренции при проведении закупки.

Установлено, что требования Закона №223-ФЗ распространяются на АО «Донэнерго». В ЕИС АО «Донэнерго» опубликовано Положение о закупке товаров, работ, услуг для нужд АО «Донэнерго» (с изм. от 15.08.2017, 23.11.2017)

Исходя из целей развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений, а также принципов информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, определенных Законом №223-ФЗ, торги являются приоритетным способом закупки (указанной позиции также придерживается Минэкономразвития России в письме от 15.06.2016 №ОГ-Д28-7314).

В соответствии с аналитическим отчетом по анализу состояния конкуренции на товарном рынке энергетического угля марки Антрацит на территории Ростовской области (временной период исследования — с 01.01.2017 по 30.06.2018), имеющимся в материалах дела, на данном товарном рынке действует 40 хозяйствующих субъектов, следовательно, рассматриваемый товарный рынок является конкурентным.

Апелляционная коллегия, проанализировав количество и состав участников закупок АО «Донэнерго», проведенных конкурентным способом (например, №№ 31705417073, 31705514973), приходит к выводу о том, что в рамках проведения указанных закупочных процедур имелась конкуренция за обладание правом исполнения договора поставки угольной продукции для нужд АО «Донэнерго», следовательно, в случае проведения последним конкурентных процедур, на участие в закупках заявилось бы достаточное количество участников.

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.

В соответствии с разъяснениями Президиума ФАС России №3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств так и совокупности косвенных доказательств.

Как следствие, 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.

В рассматриваемом случае наличие антиконкурентного соглашения между АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» подтверждаются совокупностью доказательств:

- определенная модель поведения участников данного соглашения, что выразилось в отмене АО «Донэнерго» закупок № 31705417073, №31705514973, проводимых конкурентным способом, по результатам которых ООО «Новые технологии» не могло быть признано победителем;

- направление АО «Донэнерго» запросов о коммерческих предложениях в адрес лиц, которыми подготавливались ответы с участием ООО «Новые технологии», а также ненаправление запросов в адрес лиц, ранее участвовавших в конкурентных процедурах закупок, проводимых АО «Донэнерго»;

- проведение АО «Донэнерго» закупок у единственного поставщика в отсутствие подтверждения экономической - производственной целесообразности проводимых закупок у единственного поставщика, а также в отсутствие обоснования срочной необходимости с учетом ранее отмененных закупок, проводимых конкурентными способами;

- заключение между ООО «Новые технологии» и ООО «ТД Угольные технологии» договора поставки угольной продукции от 11.10.2017 для грузополучателя АО «Донэнерго» до размещения АО «Донэнерго» информации о проведении закупки №31705634688 у единственного поставщика (размещено в ЕИС 17.10.2017);

- иные доказательства, подтверждающие заключение антиконкурентного соглашения, включая выписку из стенограммы записи телефонных переговоров сотрудников указанных организаций и протоколов

опросов должностных лиц хозяйствующих субъектов, направленных УФСБ по Ростовской области в Ростовское УФАС России по результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий).

Способ доказывания заключения антиконкурентного соглашения, используемый Ростовским УФАС при рассмотрении настоящего дела, соответствует сложившейся практике применения антимонопольного законодательства. В частности, он соответствует разъяснениям Президиума ФАС России № 3 от 17.02.2016 г. «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», содержащим ссылки на решения судов высших инстанций. Так, Арбитражный суд Северо-Западного округа в постановлении от 23.04.2015 № А42-2564/2014 по делу об оспаривании решения антимонопольного органа делает вывод о том, что для констатации антиконкурентного соглашения необходимо 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.

В обжалуемом Решении Комиссии Ростовского УФАС России, совокупность косвенных доказательств подтверждает, что наступление указанных обстоятельств в отсутствие заключенного между ответчиками антиконкурентного соглашения невозможно.

С учетом вышеизложенного, Апелляционная коллегия считает, что действия АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» были направлены на исключение конкурентной борьбы за право заключения договоров поставки угольной продукции для нужд АО «Донэнерго» путем заключения договоров по результатам проведения закупки у единственного поставщика, что привело к невозможности участия в торгах всех заинтересованных лиц. Таким образом, заключенное между ответчиками антиконкурентное соглашение привело к созданию барьеров доступа на рассматриваемый рынок другим его участникам.

В то же время проведение торгов способствовало бы расширению круга потенциальных участников - поставщиков, созданию прозрачной конкурентной среды и равных условий для всех участников закупки, поскольку целью проведения торгов является привлечение всех заинтересованных лиц.

Апелляционная коллегия отмечает, что заключение договоров на поставку угля между АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» привело к ограничению конкуренции, поскольку заключая договор на конкурентном рынке с единственным поставщиком при наличии возможности провести торги, АО «Донэнерго» предоставило, а ООО «Новые технологии» получило

необоснованные преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности, а другим хозяйствующим субъектам, его потенциальным конкурентам, например, ООО «Антрацит-Трейд», были созданы препятствия к доступу на товарный рынок.

Таким образом, Апелляционная коллегия соглашается с выводом Ростовского УФАС России, о том, в что в результате заключения и реализации АО «Донэнерго» и ООО «Новые технологии» указанного соглашения, другим хозяйствующим субъектам созданы препятствия доступу на рассматриваемый товарный рынок, что, в свою очередь, образует состав нарушения, предусмотренного частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения и предписания территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Таким образом, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Ростовское УФАС России при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства не нарушило единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, в связи с чем основания для удовлетворения требований АО «Донэнерго» отсутствуют.

Руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

оставить жалобу АО «Донэнерго» (далее – Заявитель) на решение Ростовского УФАС России от 10.10.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 176/05 без удовлетворения.

Председатель
Апелляционной коллегии

«<...>»

Заместитель
Председателя
Апелляционной коллегии:

«<...>»

” ”

«<...>»

Члены

«<...>»

Апелляционной 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 по итогам рассмотрения 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.