

**ПЯТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

Газетный пер., 47б лит А, г. Ростов-на-Дону, 344002, тел.: (863) 218-60-26, факс: (863) 218-60-27
E-mail: info@15aas.arbitr.ru, Сайт: <http://15aas.arbitr.ru/>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда апелляционной инстанции
по проверке законности и обоснованности решений (определений)
арбитражных судов, не вступивших в законную силу**

город Ростов-на-Дону
29 декабря 2012 года

дело № А53-24753/2012
15АП-16027/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 27 декабря 2012 года.
Полный текст постановления изготовлен 29 декабря 2012 года.

Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Смотровой Н.Н.

судей О.А. Сулименко, С.С. Филимоновой

при ведении протокола судебного заседания секретарём судебного заседания Михалицыной Л.В.,

при участии:

от заявителей: от ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» - представителя по доверенности Лещенко С.В. (доверенность от 18.01.12г.), от ООО «СК "Стройковъ"» представитель не явился (уведомление 344002 57 42945 1 вручено 10.12.12г)

от заинтересованного лица: представителя по доверенности заместитель начальника отдела Исмаилов М.И. удостоверение №8225 выдано 04.12.2012 доверенность №02 от 10.01.2012 до 31.12.2012)

от третьих лиц: представители не явились (ООО «РСК» уведомление 344002 57 42950 5 вручено 12.12.12г.; ООО «Эра» 344002 57 42948 2 вручено 10.12.12г., телеграмма вручена 26.12.12г.; уведомление 344002 57 42949 9 для ООО "Гидропромстрой" возвращено за истечением срока хранения, телеграмма вручена 20.12.12г.)

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области

на решение Арбитражного суда Ростовской области

от 26.10.2012 по делу № А53-24753/2012

по заявлениям общества с ограниченной ответственностью "Строительная компания "Стройковъ", общества с ограниченной ответственностью "Строительно-производственная фирма "РостСтройКонтракт"

к заинтересованному лицу Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области

при участии третьих лиц общества с ограниченной ответственностью "Эра", общества с ограниченной ответственностью "Гидропромстрой", общества с ограниченной ответственностью «РСК»

о признании недействительным решения,
принятое в составе судьи Лебедевой Ю.В.

УСТАНОВИЛ:

общество с ограниченной ответственностью «Строительная компания «Стройковъ» (далее – ООО «СК «Стройковъ»)) и общество с ограниченной ответственностью «Строительно-производственная фирма «РостСтройКонтракт»» (далее – ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»)) обратились в Арбитражный суд Ростовской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области (далее – управление) о признании незаконным и отмене решения комиссии управления от 24.04.12г. по делу № 64/05 в части признания заявителей нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон N 135-ФЗ). По заявлениям обществ возбуждены производства по делам №№ А53-24753/2012 и А53-24750/2012, объединённым определением суда в одно дело с присвоением единого номера № А53-24753/2012.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены общество с ограниченной ответственностью «Эра», общество с ограниченной ответственностью «Гидропромстрой», общество с ограниченной ответственностью «РСК».

Решением от 26.10.12г. суд признал недействительным решение комиссии управления в части признания ООО «СК «Стройковъ» и ООО "СПФ "РостСтройКонтракт" нарушившими требования п.2 ч.1 ст. 11 закона N 135-ФЗ в связи с недоказанностью антимонопольным органом совершенного нарушения.

Судебный акт мотивирован следующим образом.

Вывод комиссии управления об аффилированности ООО "СПФ "РостСтройКонтракт", ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» является необоснованным, поскольку он сделан на основании неправильного толкования норм, закрепленных в ст. 4 Закона РСФСР от 22.03.91г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (далее - закон N 948-1), поскольку: абз. 5 - 9 ст. 4 закона N 948-1 содержат перечень лиц, которые признаются аффилированными лицами юридического лица; согласно абз. 6 ст. 4 закона N 948-1 к аффилированным лицам относятся лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо; понятие группы лиц раскрыто в ст. 9 закона № 135-ФЗ; перечень аффилированных лиц юридического лица приведенный в ст. 4 закона N 948-1, является исчерпывающим и в нём отсутствуют основания, указанные в оспариваемом решении комиссии управления.

Действия ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» по подаче своего ценового предложения более выгодного, чем у ООО «ЭРА» и ООО «Гидропромстрой» и менее выгодного, чем у ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» не доказывают, по мнению суда, что именно данные действия привели к одному из перечисленных в ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ последствий. В оспариваемом решении антимонопольным органом не приведены доказательства того, что результат согласованных действий соответствовал интересам каждого из хозяйствующих субъектов, а также доказательства того, что действия остальных участников аукциона заранее известны каждому из них. Управлением не доказано наличие заинтересованности ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» в заключении муниципального контракта с ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"». Отсутствие доказательств состоявшегося информационного обмена между участниками сговора, равно как и их общей заинтересованности, делает квалификацию действий в качестве согласованных невозможной. Вывод комиссии управления об односторонности нарушений при формировании состава вторых частей заявок со стороны ООО «Стройковъ» и ООО «РСК», выразившихся в отсутствии в составе данных заявок надлежащих допусков СРО, не принят судом первой инстанции со ссылкой на то, что само по себе отсутствие допуска СРО не является основанием для отнесения лиц, подавших заявки, не соответствующие конкурсной документации, к лицам, нарушившим закон № 135-ФЗ.

Управление обратилось в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований. Жалоба мотивирована

законностью оспариваемого в деле решения комиссии управления в оспариваемой части. Управление ссылается на неправильное применение судом первой инстанции норм применимого к спорным правоотношениям материального права. Так, суд первой инстанции в обоснование вывода о недействительности решения комиссии управления ссылается на то, что комиссия управления не доказала согласованности действий ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» при проведении спорного аукциона. Однако, комиссия управления пришла к выводу о заключении указанными организациями противоречащего требованиям п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ устного соглашения, приведшего к поддержанию цен на торгах. Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов-конкурентов, приводящих к нарушению антимонопольного законодательства, установлен ст. 11.1 закона № 135-ФЗ. Оспариваемым решением ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» не признавались нарушившими запреты, установленные ст. 11.1 закона № 135-ФЗ – данным организациям было вменено в вину нарушение запрета, установленного п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ. Связи между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК Стройковъ» (через ООО «РостовСтройПроект») и ООО «РСК» управлением доказана – эта связь прослеживается в участии одних и тех же учредителей и их родственников в данных обществах; ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК» зарегистрированы по одному юридическому адресу. Данная связь указанных организаций позволяла им знать о действиях друг друга при участии в аукционе и заранее их согласовывать. Взаимная связь, аффилированность ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» между собою, равно как и их поведение на аукционах при проведении иных торгов, сходное с тем, которое было продемонстрировано при проведении рассматриваемого в настоящем деле аукциона, была установлена Арбитражным судом Ростовской области при рассмотрении дел № А53-21620/2012, № А53-21610/2012, в рамках которых были признаны законными решения комиссии управления. ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК», как и в спорных торгах, подавали демпинговые предложения в целях создания преимущественного положения для ООО «РостовСтройПроект», и заявки ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК» затем были отклонены по причинам, сходным с теми, которые были в настоящем деле. Действия ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» по участию в аукционе были направлены на создание преимуществ участия в аукционе для ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"».

Заявители по делу в отзывах на жалобу возражают против её удовлетворения, ссылаясь на законность принятого судом решения.

Законность и обоснованность решения суда первой инстанции проверяется судом апелляционной инстанции в порядке, установленном гл. 34 АПК РФ. В судебном заседании на основании ст. 163 АПК РФ объявлялся перерыв с 17:40 21.12.12г. до 10:45 27.12.12г., о чём на сайте суда в сети Интернет было размещено извещение. После перерыва судебное заседание продолжено.

Участвующие в деле лица, кроме управления и ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», своих представителей в судебное заседание не направили, о месте, дате и времени его проведения извещены надлежащим образом, в связи с чем и на основании ч.3 ст. 156 АПК РФ судебное заседание проводится без их участия.

В судебном заседании представитель управления настаивал на отмене решения суда, сославшись на приведённые в апелляционной жалобе доводы.

Представитель ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» возражал против удовлетворения апелляционной жалобы, сославшись на законность решения суда и приведённые в отзыве на апелляционную жалобу доводы. У ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» отсутствовала связь с ООО «РСК» и ООО «СК "Стройковъ"». То обстоятельство, что учредитель ООО «СК "Стройковъ"» Киргинцев В.В. вместе с учредителем и руководителем ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» Поташовым С.В. является вторым соучредителем ООО «РостовСтройПроект», не является доказательством связи юридических лиц ООО «СК "Стройковъ"» и ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"». Сделанные ООО «СК "Стройковъ"» и

ООО «РСК» ценовые предложения объективно не могли препятствовать ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» в заявлении ими своих ценовых предложений – данные организации не подали их в течение 10 дополнительных минут аукциона после объявления ООО «СК “Стройковъ”» и ООО «РСК» своих ценовых предложений. При этом, данные организации могли указать ценовые предложения, превышавшие те, которые были указаны ООО «СК “Стройковъ”» и ООО «РСК». Этого ими сделано не было.

Исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, оценив доводы апелляционной жалобы и отзыва на неё, выслушав представителей участвующих в деле лиц, суд апелляционной инстанции признал решение суда первой инстанции подлежащим отмене по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, Муниципальным Учреждением здравоохранения «Центральная городская больница» г. Зверево проводился открытый аукцион в электронной форме № 0358300214011000086 на право заключения муниципального контракта на выполнение работ «Комплексный капитальный ремонт МУЗ «ЦГБ» г. Зверево с начальной (максимальной) ценой контракта 72 454 602 руб.

По результатам рассмотрения обстоятельств проведения указанного аукциона, управлением по собственной инициативе было возбуждено дело № 64/05 по признакам нарушения при его проведении участниками аукциона требований закона № 135-ФЗ (т.1, л.д. 150-152).

В ходе рассмотрения данного дела управление установило следующее.

По результатам рассмотрения первых частей заявок на участие в аукционе, к участию в аукционе было допущено 8 организаций. Организации, допущенные к участию в аукционе, внесли денежное обеспечение участия в аукционе в размере по 3 622 730,10 руб. (5% от начальной цены контракта), которое было заблокировано до опубликования протокола с результатами аукциона.

Аукцион состоялся 14.06.11г.

Ценовые предложения на аукционе подавались пятью организациями из восьми: ООО «СПФ “РостСтройКонтракт”» ООО «СК “Стройковъ”», ООО «РСК», ООО «Эра», ООО «Гидропромстрой».

Аукцион проходил с 10 час. 05 мин. 35 сек. до 10 час. 19 мин. 52 сек. (т.4, л.д. 76-77).

На второй минуте проведения аукциона (10 час. 06 мин. 50 сек.) ООО «СПФ “РостСтройКонтракт”» подало ценовое предложение о снижении цены лота с 72 454 602 руб. до 69 000 000 руб.

После этого ООО «СК “Стройковъ”» и ООО «РСК» в течение следующих 3-х минут снижали цену лота, подавая примерно каждые 10 секунд ценовые предложения (по 8 предложений), снижающие цену лота на 3 000 000 руб. при каждом шаге.

В результате этого указанные организации снизили цену лота с начальных 72 454 602 руб. и 69 000 000 руб., предложенных ООО «СПФ “РостСтройКонтракт”», до 26 500 000 руб. (предложение ООО «РСК») и до 26 000 000 руб. (предложение ООО «СК “Стройковъ”»).

Окончательные ценовые предложения от участников аукциона при начальной цене аукциона 72 454 602 руб. распределились по итогам аукциона следующим образом:

26 000 000 руб. - ООО «СК “Стройковъ”»;

26 500 000 руб. - ООО «РСК»;

69 000 000 руб. - ООО «СПФ “РостСтройКонтракт”»;

70 913 180,67 руб. – ООО «ЭРА»;

71 275 453,98 руб. - ООО «Гидропромстрой» (Т.4, л.д. 87-89).

По результатам рассмотрения аукционной комиссией вторых частей заявок на участие в аукционе, заявки ООО «СК “Стройковъ”» и ООО «РСК» были отклонены (Т.4, Л.Д. 78, 79) по двум сходным основаниям:

- не представлены документы, подтверждающие выполнение ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» за последние 5 лет, предшествующих дате окончания срока подачи заявок на участие в аукционе, работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, относящихся к той же группе, подгруппе или одной из нескольких групп, подгрупп работ, на выполнение которых размещается заказ, в соответствии с номенклатурой товаров, работ, услуг для государственных или муниципальных нужд, стоимость которых составляет не менее чем 20% начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), на право заключить который проводится аукцион;

- не представлены допуски СРО к определенному виду или видам являющихся предметом аукциона работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, а именно: ООО «СК «Стройковъ»» не был представлен допуск СРО к выполнению работ: «Работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком)»; ООО «РСК» предоставило допуск СРО к входящим в предмет аукциона видам работ «Работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком)», который был ограничен правом ООО «РСК» заключать договоры, стоимость которых по одному договору не превышает 10 000 000 руб.

В связи с этим комиссией заказчика заявки ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» были отклонены.

Победителем аукциона признано ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» как участник аукциона, предложивший третье по величине ценовое предложение после ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК».

Комиссией управления при рассмотрении дела была установлена взаимосвязь между ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК», которая подтверждалась следующим:

- генеральным директором и единственным учредителем ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» является Поташов С.В.;

- до 11.05.11г. - 50% долей в уставном капитале ООО «РСК» владел Поташов В.И. – отец генерального директора и единственного учредителя ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» Поташова С.В.;

- единственным учредителем ООО «СК «Стройковъ»» является Киргинцев В.В., он же с 11.07.11г. является вторым соучредителем (доля 50%) ООО «РостовСтройПроект»;

- вторым соучредителем ООО «РостовСтройПроект» (доля 50%) является Поташов С.В. - генеральный директор и единственный учредитель ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»»;

- ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», ООО «РСК» и ООО «РостовСтройПроект» зарегистрированы по одному юридическому адресу;

- ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» входят в группу компаний РСК.

Ценовые предложения ООО «СК «Стройковъ»» (26 000 000 руб.) и ООО «РСК» (26 500 000 руб.) отличались от предложения ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» в более чем 2,5 раза и привели к снижению цены лота на 64,12%.

В результате заключения контракта с ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» экономия бюджетных средств составила 4% – 5%: при начальной цене контракта 72 454 602 руб., контракт был заключён на сумму 69 000 000 руб.

Вместе с тем, комиссией управления при рассмотрении дела № 64/05 так же было установлено, что в случае, если бы ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» при проведении аукциона не произвели действий по снижению цены контракта на 64,12% (с 72 454 602 руб. до, соответственно, 26 500 000 руб. и 26 000 000 руб.) экономия бюджетных средств

при заключении контракта могла бы реально быть большей, чем в случае заключения контракта с ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» (4 - 5%).

Так, ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» представили при рассмотрении комиссией управления устные и письменные пояснения, согласно которым ими была просчитана нижняя граница снижения цены контракта с учётом необходимого уровня рентабельности на 15% - 18% от заявленной при проведении аукциона начальной цены контракта. Однако, учитывая резкое снижение ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» цены контракта на 64,12% от заявленной, ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» в дополнительные 10 минут проведения аукциона не подавали ценовых предложений, предполагая разумность и добросовестность указанных двух участников аукциона, предложивших наименьшую цену контракта (т.1, л.д. 20, 59-61, 132, т.4, л.д. 96-97, 99).

ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» предоставило информацию, согласно которой планировало максимально возможное снижение цены контракта до 67 609 563 руб., при планируемой стоимости материалов 43 472 761 руб. и планируемой стоимости работ 28 981 841 руб. (т.1, л.д. 19, 133).

ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» осуществляют на территории Ростовской области специализированную деятельность на рынке по указанию услуг по строительству, капитальному ремонту, реконструкции объектов капитального строительства, для чего в том числе участвуют в открытых аукционах, проводимых муниципальными и государственными заказчиками.

Проанализировав приведённые выше обстоятельства в совокупности, комиссия управления пришла к выводу о том, что ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» подали заявки на участие в аукционе и участвовали в нём без намерения заключить контракт.

Вследствие активных, но не обоснованных реальным намерением заключить муниципальный контракт действий ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК», выразившихся в подаче и поддержанию демпинговых ценовых предложений по снижению начальной (максимальной) цены контракта на 64,12%, фактически муниципальный контракт был заключён с ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» при снижении его цены на 4% - 5% цены от начальной его цены. При этом, имелась реальная возможность заключения данного контракта с добропорядочными участниками аукциона при снижении его цены от начальной на 15% - 18%, что позволяло обеспечить покрытие связанных с исполнением контракта издержек (затрат) и извлечение необходимой прибыли. В результате этого экономия бюджетных средств должна была составить 13 041 828,36 руб. при снижении цены контракта на 18%. Заключение же муниципального контракта с ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», явившемся следствием действий ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК», привело к экономии бюджетных средств на 3 454 602 руб., что более чем на 9 000 000 руб. менее потенциально возможного, если бы аукцион проходил без активного снижения цены контракта до нерентабельной данными организациями, которые объективно не могли быть признаны участниками аукциона ввиду непредставления ими всех необходимых для участия в аукционе документов.

По мнению комиссии управления, данные действия ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» являются результатом реализованного данными организациями устного соглашения, направленного на согласование их действий (группового поведения) при участии в аукционе.

Действия ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» по подаче демпинговых ценовых предложений и искусственное снижение начальной (максимальной) цены контракта более чем на 60%, без намерения заключить муниципальный контракт, преследовали своей целью создание видимости конкурентной борьбы, и введение в заблуждение остальных (за исключением ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»») участников аукциона, что привело к неподаче другими участниками аукциона очередных ценовых предложений.

Результатом такого поведения явилось заключение третьим участником данного договора - ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» - муниципального контракта с ценой, отличной от начальной (максимальной) всего на 4,8%.

Указанные действия участников аукциона ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» явились результатом реализованного ими при участии в аукционе устного соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах.

Комиссией управления при рассмотрении дела № 64/05 не было выявлено объективных причин (факторов), объясняющих данные действия ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» при проведении аукциона.

Основываясь на изложенном, комиссией управления 24.04.12г. по делу № 64/05 было принято решение, которым ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» были признаны нарушившими п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ в части поддержания цен на торгах (п. 1); предусмотренных ст. 48 закона № 135-ФЗ оснований для прекращения дела комиссия управления не нашла (п.2); в связи с тем, что по итогам торгов контракт был заключён, предписание было решено не выдавать (п.3) (т.1, л.д. 13-21).

Не согласившись с указанным решением комиссии управления в части признания ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» нарушившими п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ в части поддержания цен на торгах, указанные организации обжаловали решение комиссии управления в данной части в арбитражный суд.

Повторно изучив материалы дела, суд апелляционной инстанции пришёл к выводу о том, что заявления ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» не подлежали удовлетворению ввиду следующего.

В силу ч. 1 ст. 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, если полагают, что оспариваемые решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Для признания незаконными решения и действия (бездействия) государственного органа, органа местного самоуправления, иного органа, должностного лица требуется наличие в совокупности двух условий: несоответствия обжалуемого решения, действия (бездействия) закону и нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно ст. 23 закона № 135-ФЗ антимонопольный орган наделен рядом полномочий в целях реализации своих функций и целей Закона о защите конкуренции, в том числе по недопущению действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства.

На основании ч. 1 ст. 39 закона N 135-ФЗ антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства, принимает по результатам их рассмотрения решения и выдает предписания.

Пунктом 2 ч. 1 ст. 11 Закона N 135-ФЗ установлен запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести в частности к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Для признания действий субъектов нарушающими требования указанной нормы необходимым условием является установление фактов наличия соглашения или согласованности действий этих субъектов и наступления (возможности наступления) определенных в этой норме последствий.

Согласованными действиями хозяйствующих субъектов являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий: результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них; действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке (ч. 1 ст. 8 закона N 135-ФЗ).

В соответствии с ч. 2 ст. 8 закона N 135-ФЗ совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению не относится к согласованным действиям.

В силу п. 18 ст. 4 закона N 135-ФЗ соглашение - это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Признанное оспариваемым в деле решением комиссии управления в действиях заявителей по делу нарушение требований п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ выразилось в заключении ими при участии в аукционе устного соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах.

В связи с изложенным, суд апелляционной инстанции признаёт обоснованным довод управления о неправомерности вывода суда первой инстанции о том, что комиссия управления вменила оспариваемым решением в вину заявителям по делу нарушение требований п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ путём осуществления на торгах согласованных действий. Этот вывод суда первой инстанции противоречит мотивировочной части проверявшегося им решения комиссии управления, в котором прямо указано на то, что выявленное комиссией управления нарушение антимонопольного законодательства выразилось в достижении и реализации ими устного соглашения, нарушающего установленный п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ запрет.

Согласно п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.08г. N 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства" ст. 11 закона № 135-ФЗ установлен запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов. При этом запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к последствиям, поименованным в ч. 1 указанной статьи; а также иные соглашения между хозяйствующими субъектами или иные согласованные действия хозяйствующих субъектов, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции (ч. 2 ст. 11 закона № 135-ФЗ).

В соответствии с ч. 1 ст. 17 закона № 135-ФЗ при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. В частности запрещается создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом (п. 2 ч. 1 ст. 17 закона № 135-ФЗ).

В силу п. 3 ч. 1 ст. 17 закона № 135-ФЗ при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе нарушение порядка определения победителя или победителей торгов.

Апелляционный суд, исследовав и оценив в порядке, предусмотренном ст. 65, 67, 68, 71 АПК РФ, имеющиеся в материалах дела доказательства в их совокупности, пришел к выводу о доказанности антимонопольным органом факта нарушения заявителями по делу антимонопольного законодательства – п. 2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ.

В частности процедура размещения заказа путем проведения открытого аукциона в электронной форме регламентирована гл. 3.1 (ст.ст. 41.1 – 41.12) Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – закон № 94-ФЗ).

Согласно ст. 41.8 закона № 94-ФЗ, для участия в открытом аукционе в электронной форме участник размещения заказа, получивший аккредитацию на электронной площадке, подает заявку на участие в открытом аукционе в электронной форме, которая состоит из двух частей.

Первая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме на выполнение работ, оказание услуг должна содержать согласие участника размещения заказа на выполнение работ, оказание услуг на условиях, предусмотренных документацией об открытом аукционе в электронной форме (п.2 ч.4 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ).

Вторая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме должна содержать в числе прочего копии документов, подтверждающих соответствие участника размещения заказа требованию, установленному п.1 ч.1 ст. 11 закона № 94-ФЗ, в случае, если в соответствии с законодательством Российской Федерации установлены требования к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые являются предметом открытого аукциона в электронной форме, и такие требования предусмотрены документацией об открытом аукционе в электронной форме (п.2 ч.6 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ).

Согласно п.п. 17, 18.1 Информационной карты аукциона, во второй части заявки на участие в аукционе необходимо было предоставить следующие документы:

- документы, подтверждающие выполнение подателями заявок за последние 5 лет, предшествующих дате окончания срока подачи заявок на участие в аукционе, работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, относящихся к той же группе, подгруппе или одной из нескольких групп, подгрупп работ, на выполнение которых размещается заказ, в соответствии с номенклатурой товаров, работ, услуг для государственных или муниципальных нужд, стоимость которых составляет не менее чем 20% начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), на право заключить который проводится аукцион;

- копии выданных СРО свидетельств о допуске к определенному виду или видам являющихся предметом аукциона работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства.

Частью 9 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ установлено, что обе части заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме направляется участником размещения заказа оператору электронной площадки в форме двух электронных документов одновременно.

В соответствии с ч.10 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ, поступление указанной в ч.9 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ заявки является поручением о блокировании операций по счету такого участника размещения заказа, открытому для проведения операций по обеспечению участия в открытых аукционах в электронной форме, в отношении денежных средств в размере обеспечения заявки на участие в открытом аукционе.

Вместе с тем, в силу ч.3 ст. 41.9 закона № 94-ФЗ, решение о допуске к участию в открытом аукционе в электронной форме принимается на основании результатов рассмотрения только первых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме.

Отказ в допуске участника размещения заказа к участию в открытом аукционе возможен только по основаниям, предусмотренным ч.4 ст. 41.8 закона № 94-ФЗ.

Право на принятие решения об отказе в допуске к участию в открытом аукционе в электронной форме по результатам рассмотрения вторых частей заявок у организатора аукциона отсутствует.

После рассмотрения первых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме проводится процедура аукциона, в результате которой определяется победитель аукциона.

Согласно ч.1 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, в открытом аукционе в электронной форме могут участвовать только участники размещения заказа, признанные участниками открытого аукциона.

В соответствии со ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, открытый аукцион в электронной форме проводится путем снижения, за исключением случая, установленного ч. 18 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении о проведении открытого аукциона в электронной форме, в порядке, установленном настоящей статьей. Результаты проведения аукциона оформляются составляемым оператором электронной площадки протоколом проведения открытого аукциона в электронной форме, в котором указываются в числе прочего все минимальные предложения о цене контракта, сделанные участниками открытого аукциона и ранжированные по мере убывания (в случае, предусмотренном ч. 18 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, - по мере возрастания).

Частью 20 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ в течение одного часа после размещения на электронной площадке протокола проведения открытого аукциона в электронной форме, оператор электронной площадки обязан направить заказчику, в уполномоченный орган такой протокол и вторые части заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме.

Согласно ч.1 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ, аукционная комиссия рассматривает вторые части заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме, а также документы, направленные заказчику оператором электронной площадки в соответствии с ч. 20 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, на соответствие их требованиям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме.

В соответствии с ч.2 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ, аукционной комиссией на основании результатов рассмотрения вторых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме принимается решение о соответствии или о несоответствии заявки на участие в открытом аукционе требованиям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, в порядке и по основаниям, которые предусмотрены настоящей статьей. Для принятия указанного решения аукционная комиссия также рассматривает содержащиеся в реестре участников размещения заказа, получивших аккредитацию на электронной площадке, сведения об участнике размещения заказа, подавшем такую заявку на участие в открытом аукционе.

В силу ч.3 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ, аукционная комиссия рассматривает вторые части заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме, направленных в соответствии с ч. 20 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, до принятия решения о соответствии пяти заявок на участие в открытом аукционе требованиям, предусмотренным документацией об открытом аукционе в электронной форме. В случае, если в открытом аукционе принимали участие менее десяти участников открытого аукциона и менее пяти заявок на участие в открытом аукционе соответствуют указанным требованиям, аукционная комиссия рассматривает вторые части заявок на участие в открытом аукционе, поданных всеми участниками открытого аукциона, принявшими участие в открытом аукционе. Рассмотрение указанных заявок на участие в открытом аукционе начинается с заявки на участие в открытом аукционе, поданной участником открытого аукциона в электронной форме, предложившим наиболее низкую цену контракта (в случае, предусмотренном ч. 18 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, - наиболее высокую цену контракта), и осуществляется с учетом ранжирования заявок на участие в открытом аукционе в соответствии с ч. 19 ст. 41.10 закона 94-ФЗ.

Согласно п.2 ч.6 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ, заявка на участие в открытом аукционе в электронной форме признается не соответствующей требованиям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме, в случае несоответствия участника размещения заказа требованиям, установленным в соответствии со ст. 11 закона № 94-ФЗ.

Частью 9 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ установлено, что участник открытого аукциона в электронной форме, который предложил наиболее низкую цену контракта и заявка на участие в открытом аукционе в электронной форме которого соответствует требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме, признается победителем открытого аукциона в электронной форме. В случае, предусмотренном ч. 18 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, победителем открытого аукциона в электронной форме признается участник открытого аукциона, который предложил наиболее высокую цену контракта и заявка на участие в открытом аукционе которого соответствует требованиям документации об открытом аукционе.

В соответствии с ч.1 ст. 41.12 закона № 94-ФЗ, по результатам открытого аукциона в электронной форме контракт заключается с победителем открытого аукциона в электронной форме, а в случаях, предусмотренных настоящей статьей, с иным участником открытого аукциона в электронной форме, заявка на участие в открытом аукционе в электронной форме которого в соответствии со ст. 41.11 закона № 94-ФЗ признана соответствующей требованиям, установленным документацией об открытом аукционе в электронной форме.

Материалами дела подтверждается, что ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» подали заявки на участие в аукционе, объективно подлежащие отклонению в соответствии с п.2 ч.6 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ, поскольку они не представили в составе своих заявок документов, подлежащих обязательному представлению в соответствии с п.1 ч.1 ст. 11 закона № 94-ФЗ и п.п. 17, 18.1 Информационной карты аукциона:

- не были представлены документы, подтверждающие выполнение ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» за последние 5 лет, предшествующих дате окончания срока подачи заявок на участие в аукционе, работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, относящихся к той же группе, подгруппе или одной из нескольких групп, подгрупп работ, на выполнение которых размещается заказ, в соответствии с номенклатурой товаров, работ, услуг для государственных или муниципальных нужд, стоимость которых составляет не менее чем 20% начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), на право заключить который проводится аукцион;

- не были представлены допуски СРО к определенному виду или видам являющихся предметом аукциона работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, а именно: ООО «СК «Стройковъ» не был представлен допуск СРО к выполнению работ: «Работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком)»; ООО «РСК» предоставило допуск СРО к входящим в предмет аукциона видам работ «Работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком)», который был ограничен правом ООО «РСК» заключать договоры, стоимость которых по одному договору не превышает 10 000 000 руб.

ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» имели опыт участия в аукционах и выполнении муниципальных контрактов, в связи с чем они объективно не могли не знать о необходимости предоставления в составе вторых частей заявок указанных документов, ими не представленных.

Нарушения, допущенные названными организациями при формировании состава документов из вторых частей заявок, являются однотипными, сходными, так как они касаются двух видов одинаковых документов.

При этом, учитывая, что данные документы должны были представляться в составе именно вторых частей заявок, ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» обеспечили себе наступление следующих правовых последствий, предусмотренных приведёнными выше

положениями ст.ст. 41.8, 41.9, 41.10, 41.11, 41.12 закона № 94-ФЗ, определяющими процедуру проведения открытого аукциона в электронной форме:

1) ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» должны были быть признаны участниками аукциона;

2) ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» должны были быть допущены к участию в процедуре аукциона, на котором они имели право выдвигать ценовые предложения и конкурировать с другими допущенными к участию в аукционе организациями;

3) заявки ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» должны были быть отклонены только после проведения и завершения процедуры аукциона, когда было закончено принятие ценовых предложений от организаций, допущенных к участию в аукционе;

4) победителем аукциона и лицом, с которым должен был быть заключён контракт, должна была выступить организация, сделавшая следующее по величине после ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» ценовое предложение при проведении процедуры аукциона и зная о том, что заявки ООО «СК «Стройковъ»» и ООО «РСК» будут отклонены после проведения процедуры аукциона и рассмотрения вторых частей заявок на участие в аукционе - ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»».

Подобная схема обеспечения заключения муниципального контракта с избранной организацией по цене, максимально приближенной к начальной (максимальной) цене лота, стала возможна в результате сформулированных в ч.3 ст. 41.9, ч.1 ст. 41.11 закона № 94-ФЗ правил, согласно которым решение о допуске к участию в открытом аукционе в электронной форме принимается на основании результатов рассмотрения только первых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме, а окончательное решение о заключении контракта принимается после рассмотрения вторых частей указанных заявок, которое проводится после процедуры аукциона. Таким образом, законом № 94-ФЗ была установлена возможность допуска к участию в процедуре аукциона организаций, объективно не отвечающих требованиям, предъявляемым к участникам аукциона, лишив при этом организаторов аукционов возможности отсева этих организаций до их допуска к процедуре проведения аукциона. Как видно из раскрытой антимонопольным органом в деле № 64/-05 схемы, данными пробелами и несоответствиями закона № 94-ФЗ пользуются недобросовестные организации, создающие условия для победы в аукционе организациям, предлагающим не самые выгодные предложения из возможных.

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции признаёт противоречащим приведённым выше положениям ст.ст. 41.8, 41.10, 41.11 закона № 94-ФЗ, ст.ст. 4, 11, 17 закона № 135-ФЗ вывод суда первой инстанции о том, что само по себе отсутствие допуска СРО в составе вторых частей заявок ООО «Стройковъ» и ООО «РСК» не является основанием для отнесения лиц, подавших заявки, не соответствующие конкурсной документации, к лицам, нарушившим закон № 135-ФЗ. Данные организации воспользовались пробелами и несовершенством закона № 94-ФЗ для нарушения антимонопольного законодательства путём в том числе заключений соглашений на товарном рынке, приводящих к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Суд апелляционной инстанции так же не поддерживает вывод суда первой инстанции о том, что антимонопольный орган не доказал достижения между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» соглашения, направленного на поддержание цены на торгах в целях обеспечения победы на торгах ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» с ценой контракта, минимально отличающейся от начальной (максимальной) цены контракта; что подача ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» своего ценового предложения более выгодного, чем у ООО «ЭРА» и ООО «Гидропромстрой» и менее выгодного, чем у ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» не доказывает, что именно данные действия привели к одному из перечисленных в ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ последствий; что оспариваемом решении антимонопольным органом не приведены доказательства того, что результат согласованных действий соответствовал интересам каждого из хозяйствующих субъектов (ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК Стройковъ» и ООО

«РСК»), а также доказательства того, что действия остальных участников аукциона заранее известны каждому из них; что управлением не доказано наличие заинтересованности ООО «СК Стройковъ» и ООО «РСК» в заключении муниципального контракта с ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"»; о том, что отсутствие доказательств состоявшегося информационного обмена между участниками сговора, равно как и их общей заинтересованности, делает квалификацию действий в качестве согласованных невозможной.

Частью 7 ст. 11 закона № 135-ФЗ установлено, что положения ст. 11 закона № 135-ФЗ не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Управление не квалифицировало деятельность ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» на спорных торгах в качестве деятельности аффилированных лиц в смысле, которое придаётся этому понятию в ст. 4 закона N 948-1, в том числе по основанию, приведённому в абз. 6 ст. 4 закона N 948-1, на который сослался суд первой инстанции в принятом решении, согласно которому к аффилированным лицам относятся лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо.

Управление так же не квалифицировало деятельность ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» на спорных торгах в качестве деятельности группы лиц, понятие которой для целей антимонопольного законодательства раскрыто в ст. 9 закона № 135-ФЗ.

Вместе с тем, согласно ст. 4 закона N 948-1 аффилированные лица – это физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Аффилированными лицами юридического лица являются, в том числе, лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица.

Суд апелляционной инстанции полагает, что антимонопольный орган надлежащим образом доказал все перечисленные выше обстоятельства, которые счёл недоказанными суд первой инстанции. Все эти доказательства приведены и подробно обоснованы в мотивировочной части оспариваемого в деле решения комиссии управления.

Установленная комиссией управления взаимосвязь между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «СК "Стройковъ"» и ООО «РСК» внешне проявляется в участии одних и тех же учредителей и их родственников в данных обществах:

- генеральным директором и единственным учредителем ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» является Поташов С.В.;

- до 11.05.11г. - 50% долей в уставном капитале ООО «РСК» владел Поташов В.И. – отец генерального директора и единственного учредителя ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» Поташова С.В.;

- единственным учредителем ООО «СК "Стройковъ"» является Киргинцев В.В., он же с 11.07.11г. является вторым соучредителем (доля 50%) ООО «РостовСтройПроект»;

- вторым соучредителем ООО «РостовСтройПроект» (доля 50%) является Поташов С.В. - генеральный директор и единственный учредитель ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"»;

- ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК» и ООО «РостовСтройПроект» зарегистрированы по одному юридическому адресу;

- ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» входят в группу компаний РСК.

Официальный выход Поташова В.И. из числа учредителей ООО «РСК» был оформлен менее чем за 1 месяц до публикации извещения о проведении спорного аукциона. Введение Киргинцева В.В. в состав учредителей ООО «РостовСтройПроект» оформлено спустя менее чем через 1 месяц с даты проведения спорного аукциона. Эти обстоятельства свидетельствуют о наличии реальных связей между участниками и руководителями ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» в период проведения спорных торгов и подготовки к участию в них. Помимо родственных связей между Поташовым С.В., Поташовым В.В., данные лица, а так же Киргинцев В.В., имеют доли участия в указанных обществах, реально позволяющих влиять на деятельность названных обществ – они имеют и имели доли участия в обществах в 50%.

Ещё одним доказательством связи между данными организациями служит то, что ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» зарегистрированы по одному юридическому адресу и входят в одну группу компаний РСК. Связь ООО «СК Стройковъ» с данными организациями прослеживается через ООО «РостовСтройПроект».

Суд апелляционной инстанции в связи с изложенным признаёт правомерным вывод антимонопольного органа о том, что указанная связь названных организаций позволяла им знать о действиях друг друга при участии в аукционе и заранее их согласовывать.

Взаимная связь между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» между собою, равно как и их поведение на аукционах при проведении иных торгов, сходное с тем, которое было продемонстрировано при проведении рассматриваемого в настоящем деле аукциона, была так же установлена Арбитражным судом Ростовской области при рассмотрении дел № А53-21620/2012, № А53-21610/2012.

В этих делах в частности суды установили ту же схему организации участия ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект» в двух открытых аукционах в электронной форме, что и в рассматриваемом деле. Так, две из трёх организаций (ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК») не включали в состав вторых частей заявок на участие в аукционе допусков СРО, предоставление которых было обязательно, обеспечивая тем самым отказ в заключении с ними контрактов, получали допуск к аукциону. После этого, при проведении процедуры аукциона данные организации за 2-3 минуты активно снижали цены контракта до демпинговых (на 60- 80% от начальной), в результате чего их предложения о цене контракта были первыми и вторыми по привлекательности, а предложение ООО «РостовСтройПроект» - организации, с которой они действовали сообща, признавалось третьим по привлекательности. То есть, ООО «СПФ «РостСтройКонтракт» и ООО «РСК» действовали путем мотивированного снижения начальной цены аукциона с целью исключения из торгов иных участников и дать возможность ООО «РостовСтройПроект» заключить контракт по возможно высокой цене. После этого по результатам рассмотрения вторых частей заявок заявки ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК» отклонялись, так как они не представили необходимых допусков СРО. Соответственно, контракт заключался с организацией, сделавшей третье по выгоды предложение – с ООО «РостовСтройПроект». В результате этого контракт заключался по цене, незначительно отличавшейся от начальной (максимальной) цены контракта. Другие организации, не участвующие в данном тройственном сговоре, но которые имели намерение предложить цену контракта, ниже предложенной ООО «РостовСтройПроект», фактически отстранялись данными организациями от реального участия в аукционе. ООО «СПФ «РостСтройКонтракт» и ООО «РСК» намеренно снижали цену контракта, изначально располагая информацией о том, что им будет отказано в допуске в целях исключить иных участников для предоставления преимуществ ООО «РостовСтройПроект».

По делам № А53-21620/2012, № А53-21610/2012 решения комиссии управления, которыми названные организации были признаны нарушившими антимонопольное зако-

ходательство подобным участием в аукционах, были признаны арбитражным судом законными. Решение арбитражного суда по делу № А53-21610/2012 прошло проверку в суде апелляционной инстанции и было признано законным.

То обстоятельство, что в указанных делах антимонопольный орган давал иную квалификацию действий участников аукционов не имеет для настоящего дела правового значения. Для настоящего дела правовое значение имеет подтверждённая в указанных двух арбитражных делах взаимосвязь между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК», ООО «РостовСтройПроект», а так же выявление схемы участия данных организаций в аукционах, практически тождественной той, которая рассматривается в настоящем деле.

При этом, замена в данной тройке участников сговора ООО «РостовСтройПроект» на ООО «СК Стройковъ» не даёт оснований для вывода об отсутствии сговора в рассматриваемом в настоящем деле случае: схема злоупотребления аналогичная, связь ООО «СК Стройковъ» с ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК» явно прослеживается через ООО «РостовСтройПроект», которое было заменено в данной схеме на ООО «СК Стройковъ».

Отсутствие прямых доказательств получение материальных выгод ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ» от победы ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» в аукционе само по себе так же не доказывает отсутствия реализованного устного сговора между данными организациями по обеспечению победы ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» в аукционе.

Ранее в открытых аукционах в электронной форме №0158300032211000015 и № 0158300032211000014, проверявшихся в делах № А53-21620/2012, № А53-21610/2012, ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» и ООО «РСК» обеспечивали победу в аукционах для ООО «РостовСтройПроект». В аукционе, рассматриваемом в настоящем деле, ООО «СК Стройковъ», связанное с ООО «РостовСтройПроект», и ООО «РСК», обеспечили победу ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"». После заключения с ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» муниципального контракта, связь между ООО «СК Стройковъ» и ООО «РостовСтройПроект» была официально закреплена: единственный участник ООО «СК Стройковъ» Киргинцев В.В. был введён в состав участников ООО «РостовСтройПроект» (с долей 50%) по предложению ранее единственного участника данного общества - Поташова С.В. - генерального директора и единственного учредителя ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» (т.4, л.д. 101-102).

Кроме того, в отсутствие указанных причин соглашения между ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ», поведение ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ» при участии в спорном аукционе является нетипичным и не объяснимым иными объективными причинами, помимо необходимости реализации достигнутого между собою и с ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» соглашения по обеспечению победы в аукционе с максимально возможной ценой контракта ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», а именно:

- ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ» снизили начальную цену аукциона на 64,12% с 72 454 602 руб. до, соответственно, 26 000 000 руб. и 26 500 000 руб.;

- ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ», относящиеся к субъектам малого предпринимательства, зная о том, что с ними не будет заключён контракт ввиду непредставления ими обязательных для этого документов в составе вторых частей заявок, изъяли из оборота значительное количество денежных средств (по 3 622 730,10 руб.) на продолжительный срок (около 20 дней) в качестве денежного обеспечения участия в аукционе;

- ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ» подавали ценовые предложения о цене контракта явно ниже себестоимости предмета торгов, что подтверждается расчётами ООО «Эра» и ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"» о рентабельной цене контракта, представленными названными организациями комиссии управления при рассмотрении антимонопольного дела.

Организации несут административную ответственность за предоставление антимонопольному органу недостоверной информации, запрашиваемой им у них при рассмотрении антимонопольного дела. ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ» не представили антимонопольному органу и арбитражным судам двух инстанций в рамках настоящего дела расчётов, подтверждающих реальность заявленных ими цен контракта, которая более чем на 64% ниже начальной. Учитывая изложенное, у суда апелляционной инстанции не имеется оснований для вывода о реальности сделанных данными организациями на аукционе ценовых предложений

В соответствии с ч.ч. 4, 6, 8 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, открытый аукцион в электронной форме проводится путем снижения, за исключением случая, установленного частью 18 настоящей статьи, начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении о проведении открытого аукциона в электронной форме, в порядке, установленном настоящей статьёй. "Шаг аукциона" составляет от 0,5 процента до пяти процентов начальной (максимальной) цены контракта (цены лота). При проведении открытого аукциона в электронной форме участники открытого аукциона подают предложения о цене контракта, предусматривающие снижение текущего минимального предложения о цене контракта на величину в пределах "шага аукциона". При проведении открытого аукциона в электронной форме любой участник открытого аукциона также вправе подать предложение о цене контракта независимо от "шага аукциона" при условии соблюдения требований, предусмотренных частью 9 настоящей статьи.

Частью 9 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ установлено, что при проведении открытого аукциона в электронной форме участники открытого аукциона подают предложения о цене контракта с учетом следующих требований:

1) участник открытого аукциона не вправе подавать предложение о цене контракта, равное предложению или большее чем предложение о цене контракта, которые поданы таким участником открытого аукциона ранее, а также предложение о цене контракта, равное нулю;

2) участник открытого аукциона не вправе подавать предложение о цене контракта ниже чем текущее минимальное предложение о цене контракта, сниженное в пределах "шага аукциона";

3) участник открытого аукциона не вправе подавать предложение о цене контракта ниже чем текущее минимальное предложение о цене контракта в случае, если такое предложение о цене контракта подано этим же участником открытого аукциона.

В соответствии с ч. 11 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, при проведении открытого аукциона в электронной форме устанавливается время приема предложений участников открытого аукциона о цене контракта, составляющее десять минут от начала проведения открытого аукциона до истечения срока подачи предложений о цене контракта, а также десять минут после поступления последнего предложения о цене контракта. Если в течение указанного времени ни одного предложения о более низкой цене контракта не поступило, открытый аукцион автоматически, при помощи программных и технических средств, обеспечивающих его проведение, завершается.

Согласно ч. 12 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ, в течение десяти минут с момента завершения в соответствии с ч. 11 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ открытого аукциона в электронной форме любой участник открытого аукциона вправе подать предложение о цене контракта, которое не ниже чем последнее предложение о минимальной цене контракта на аукционе независимо от "шага аукциона", с учетом требований, предусмотренных п.п. 1, 3 ч. 9 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ.

То обстоятельство, что другие два добросовестных участника аукциона, не участвовавших в соглашении – ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» - не подали ценовых предложений в соответствии с ч. 12 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ в течение 10 дополнительных минут после поступления последнего предложения о цене контракта не свидетельствует об отсутствии у названных организаций реального намерения победить в аукционе и заклю-

чить по его итогам контракт – подача таких предложений было правом, а не обязанностью данных организаций.

Кроме того, отсутствие таких предложений от названных организаций объективно объяснимо тем, что на тот момент уже имелось два ценовых предложения от ООО «РСК» и ООО «СК Стройковъ», которые более чем на 50% были менее цены контракта, предложенной названными организациями.

Частью 17 ст. 41.10 закона № 94-ФЗ установлено, что в случае проведения в соответствии с частью 5 настоящей статьи открытого аукциона в электронной форме участником открытого аукциона в электронной форме, предложившим наиболее низкую цену контракта, признается лицо, предложившее наиболее низкую общую цену запасных частей к технике, к оборудованию и наиболее низкую цену единицы услуги и (или) работы по техническому обслуживанию и (или) ремонту техники, оборудования, наиболее низкую цену единицы услуги, за исключением случая, установленного частью 18 настоящей статьи.

ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» представили при рассмотрении комиссией управления устные и письменные пояснения, согласно которым ими была просчитана нижняя граница снижения цены контракта с учётом необходимого уровня рентабельности на 15% - 18% от заявленной при проведении аукциона начальной цены контракта. Однако, учитывая резкое снижение ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» цены контракта на 64,12% от заявленной, ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» в дополнительные 10 минут проведения аукциона не подавали ценовых предложений, предполагая разумность и добросовестность указанных двух участников аукциона, предложивших наименьшую цену контракта. ООО «Эра» и ООО «Гидропромстрой» не предполагали, что заявки ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» подлежали отклонению ввиду непредставления ими в составе вторых частей заявок на участие в аукционе документов. Фактически об этом помимо данных организаций знало только ООО «СПФ "РостСтройКонтракт"», которому с учётом этого не имелось необходимости снижать ранее предложенную цену контракта.

Основываясь на изложенном, суд апелляционной инстанции признал основанным на законе и обстоятельствах дела вывод комиссии управления о том, что вследствие активных, но не обоснованных реальным намерением заключить муниципальный контракт действий ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК», выразившихся в подаче и поддержанию демпинговых ценовых предложений по снижению начальной (максимальной) цены контракта на 64,12%, фактически муниципальный контракт был заключён с ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» при снижении его цены на 4% - 5% цены от начальной его цены. При этом, имелась реальная возможность заключения данного контракта с добропорядочными участниками аукциона при снижении его цены от начальной на 15% - 18%, что позволяло обеспечить покрытие связанных с исполнением контракта издержек (затрат) и извлечение необходимой прибыли.

Данные действия ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» являются результатом реализованного данными организациями устного соглашения, направленного на согласование их действий (группового поведения) при участии в аукционе.

Действия ООО «СК «Стройковъ» и ООО «РСК» по подаче демпинговых ценовых предложений и искусственное снижение начальной (максимальной) цены контракта более чем на 60%, без намерения заключить муниципальный контракт, преследовали своей целью создание видимости конкурентной борьбы, и введение в заблуждение остальных (за исключением ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»») участников аукциона, что привело к неподаче другими участниками аукциона очередных ценовых предложений.

Результатом такого поведения явилось заключение третьим участником данного соглашения - ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» - муниципального контракта с ценой, отличной от начальной (максимальной) всего на 4,8%.

Указанные действия участников аукциона ООО «СК «Стройковъ», ООО «РСК» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» явились результатом реализованного ими при участии

в аукционе устного соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах, что является нарушением требований п.2 ч.1 ст. 11 закона № 94-ФЗ.

Основываясь на изложенном, комиссией управления 24.04.12г. по делу № 64/05 правомерно было принято решение, которым в том числе ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» были признаны нарушившими п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ в части поддержания цен на торгах.

В данной части решение комиссии управления объективно не может нарушить прав и охраняемых законом интересов ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»», поскольку защите подлежит только основанный на положительном праве и охраняемый законом интерес хозяйствующего субъекта, в сфере экономической деятельности.

Частью 3 ст. 201 АПК РФ установлено, что в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

При таких обстоятельствах заявления ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» о признании недействительным решения комиссии управления в части признания данных организаций нарушившими п.2 ч.1 ст. 11 закона № 135-ФЗ в части поддержания цен на торгах не подлежали удовлетворению, в связи с чем решение суда первой инстанции, которым данные заявления были удовлетворены, подлежит отмене судом апелляционной инстанции с принятием нового судебного акта об отказе ООО «СК «Стройковъ» и ООО «СПФ «РостСтройКонтракт»» в удовлетворении заявленных требований. Апелляционная жалоба управления удовлетворяется.

В соответствии со ст. 110 АПК РФ судебные расходы по госпошлине в размере 2000 руб. по каждому заявлению по рассмотрению заявлений в суде первой инстанции подлежат отнесению на заявителей и с них не взыскиваются ввиду уплаты сумм госпошлины в доход федерального бюджета заявителями при подаче заявлений

На основании изложенного, руководствуясь статьями 258, 269 – 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Ростовской области от 26.10.2012 отменить. Отказать обществу с ограниченной ответственностью «Строительно-производственная фирма «РостСтройКонтракт»» и обществу с ограниченной ответственностью «Стройковъ» в удовлетворении заявленных требований. Апелляционную жалобу удовлетворить.

Постановление может быть обжаловано в порядке, определенном главой 35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа.

Председательствующий

Н.Н. Смотровая

Судьи

О.А. Сулименко

С.С. Филимонова