

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****от 31 января 2019 г. по делу N А44-1319/2018**

Арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Мунтян Л.Б., судей Кудина А.Г., Савицкой И.Г., при участии от публичного акционерного общества "Ростелеком" Муравьевой В.Н. (доверенность от 24.05.2018 N 0208/29/19-18), от Управления Федеральной антимонопольной службы по Новгородской области Аванесяна М.В. (доверенность от 09.01.2019 N 488), от прокуратуры Новгородской области Кузнецовой Я.В. (удостоверение), рассмотрев 30.01.2019 в открытом судебном заседании кассационную жалобу публичного акционерного общества "Ростелеком" на решение Арбитражного суда Новгородской области от 17.05.2018 (судья Киселева М.С.) и [постановление](#) Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2018 (судьи Мурахина Н.В., Докшина А.Ю., Осокина Н.Н.) по делу N А44-1319/2018,

установил:

Общество с ограниченной ответственностью (далее - ООО) "ТехноСерв АС", место нахождения: 117447, Москва, Б. Черемушкинская ул., д. 13, стр. 4, ОГРН 1037722015847, ИНН 7722286471 (далее - Общество), обратилось в Арбитражный суд Новгородской области с заявлением о признании незаконным [решения](#) Управления Федеральной антимонопольной службы по Новгородской области, место нахождения: 173002, Великий Новгород, Воскресенский бул., д. 3, ОГРН 1025300795552, ИНН 5321047553 (далее - УФАС), от 09.11.2017 по делу N А-11/17 о нарушении антимонопольного законодательства. Делу присвоен номер А44-1319/2018.

Определением Арбитражного суда Новгородской области от 28.02.2018 принято к производству заявление публичного акционерного общества "Ростелеком", место нахождения: 191002, Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д. 15, ОГРН 1027700198767, ИНН 7707049388 (далее - ПАО "Ростелеком"), о признании незаконным [решения](#) УФАС от 09.11.2017 по делу N А-11/17 о нарушении антимонопольного законодательства. Делу присвоен номер А44-1512/2018.

Определением суда первой инстанции от 19.03.2018 на основании [статьи 130](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) и по ходатайству УФАС дела N А44-1319/2018 и А44-1512/2018 объединены для совместного рассмотрения с присвоением делу номера А44-1319/2018.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечена Прокуратура Новгородской области, место нахождения: 173001, Великий Новгород, Новолучанская ул., д. 11, ОГРН 1025300815440, ИНН 5321046221 (далее - Прокуратура).

Решением суда первой инстанции от 17.05.2018, оставленным без изменения [постановлением](#) апелляционного суда от 10.09.2018, в удовлетворении заявленных Обществом и ПАО "Ростелеком" требований отказано.

В кассационной жалобе ПАО "Ростелеком", ссылаясь на неправильное применение судами

норм материального и процессуального права, несоответствие их выводов фактическим обстоятельствам дела, просит отменить решение от 17.05.2018 и [постановление](#) от 10.09.2018, принять по делу новый судебный акт - о признании незаконным [решения](#) УФАС.

По мнению подателя кассационной жалобы, УФАС и суды неверно квалифицировали действия участников закупки; достижение соглашения об установлении цены путем подачи коммерческих предложений для установления начальной (максимальной) цены контракта не может квалифицироваться по [части 1 статьи 11](#) Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон N 135-ФЗ); при квалификации действий ПАО "Ростелеком" по [части 1 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ невозможно определить исследуемый рынок; УФАС не привело доказательств, свидетельствующих о том, что предложенные Обществом и ПАО "Ростелеком" цены не соответствуют рыночным; неправилен вывод судов двух инстанций о том, что достигнутое соглашение о поддержании цены путем установления условий конкурсной документации, ограничивающих число потенциальных участников закупки, является картельным; УФАС не учло, что Общество не соответствует требованиям к участникам торгов, вследствие чего неверно определило круг хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах, в соответствии с [подпунктом "в" пункта 10.9](#) Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного [приказом](#) Федеральной антимонопольной службы от 28.04.2010 N 220 (далее - Порядок N 220); действия Общества и ПАО "Ростелеком" не обладают признаком взаимной обусловленности, а поддержание цены на торгах возможно только при участии в соглашении заказчика.

В отзывах на кассационную жалобу Прокуратура и Управление, считая обжалуемые судебные акты законными и обоснованными, просят оставить их без изменения, а кассационную жалобу ПАО "Ростелеком" - без удовлетворения.

В судебном заседании представитель ПАО "Ростелеком" поддержал доводы, изложенные в кассационной жалобе, представители УФАС и Прокуратуры возражали против ее удовлетворения.

Представители Общества, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, в судебное заседание не явились, в связи с чем дело рассмотрено в их отсутствие ([часть 3 статьи 284](#) АПК РФ).

Законность обжалуемых судебных актов проверена в кассационном порядке.

Как следует из материалов дела, на основании поступивших в УФАС из Прокуратуры материалов проверочных мероприятий по вопросу соблюдения положений Федерального [закона](#) от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее - Закон N 223-ФЗ) и [Закона](#) N 135-ФЗ при заключении 02.02.2015 государственным областным автономным учреждением "Агентство развития Новгородской области" (далее - ГОАУ "АРНО") и ПАО "Ростелеком" договора на создание аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений [правил](#) дорожного движения с использованием средств фото- и видеofиксации в Новгородской области УФАС 04.08.2017 возбудило дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ПАО "Ростелеком", ООО "СпецЭнергоТрейд", группы лиц в составе Общества и закрытого акционерного общества (далее - ЗАО) "ТехноСервь А/С", а 09.11.2017 по результатам рассмотрения материалов приняло [решение](#) по делу N А-11/17 о нарушении антимонопольного законодательства, согласно которому ПАО "Ростелеком" и Общество признаны нарушившими положения [пунктов 1 и 2 части 1 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ.

Общество и ПАО "Ростелеком", не согласившись с указанным [решением](#), оспорили его в судебном порядке.

Решением суда первой от 17.05.2018, оставленным без изменения [постановлением](#) апелляционного суда от 10.09.2018, в удовлетворении заявленных Обществом и ПАО "Ростелеком" требований отказано, при этом суды указали на наличие у УФАС правовых и фактических оснований для принятия оспариваемого [решения](#).

Кассационная инстанция, изучив материалы дела и доводы кассационной жалобы, проверив правильность применения судами норм материального и процессуального права, соответствие их выводов фактическим обстоятельствам дела, не находит оснований для отмены обжалуемых судебных актов и удовлетворения кассационной жалобы ПАО "Ростелеком".

Целями [Закона](#) N 135-ФЗ являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков ([часть 2 статьи 1](#) Закона N 135-ФЗ). Названный [закон](#) распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции ([часть 1 статьи 3](#) Закона N 135-ФЗ).

Согласно [пунктам 1 и 2 части 1 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок, повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В [пункте 18 статьи 4](#) Закона N 135-ФЗ определено, что под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Как разъяснено в [пункте 2](#) постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 N 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства", при анализе вопроса о том, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными ([статья 8](#) Закона N 135-ФЗ), арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении.

Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин.

Подтверждать отсутствие со стороны конкретного хозяйствующего субъекта нарушения в

виде согласованных действий могут в том числе доказательства наличия объективных причин собственного поведения этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц.

Таким образом, квалификация поведения хозяйствующих субъектов как противоправных действий (противоправного соглашения) предполагает установление антимонопольным органом намеренного поведения каждого хозяйствующего субъекта для достижения заранее оговоренной участниками аукциона цели, причинно-следственной связи между действиями участников аукциона и снижением цены на торгах, соответствием результата действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и одновременно их заведомой осведомленностью о будущих действиях друг друга.

При этом правовое значение придается также взаимной обусловленности действий участников аукциона при отсутствии внешних обстоятельств, спровоцировавших синхронное поведение участников рынка. Соглашение в устной или письменной форме предполагает наличие договоренности между участниками рынка, которая может переходить в конкретные оговоренные действия.

Кроме того, 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.

Суды, оценив доводы лиц, участвующих в деле, представленные в материалы дела доказательства, признали, что изложенные в оспоренном [решении](#) выводы УФАС о нарушении ПАО "Ростелеком" и Обществом [пунктов 1 и 2 части 1 статьи 11](#) Закона N 135-ФЗ сделаны на основе детального анализа поведения этих лиц в ходе проведения торгов.

ГОАУ "АРНО" 25.12.2014 утверждена конкурсная документация по проведению открытого конкурса на право заключения договора на создание аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений [правил](#) дорожного движения с использованием средств фото- видеofиксации в Новгородской области.

Как следует из материалов дела, 26.12.2014 единой системе в сфере закупок опубликовано извещение N 31401874329 о проведении открытого конкурса на право заключения договора на создание аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений [правил](#) дорожного движения с использованием средств фото- и видеofиксации в Новгородской области; заказчик - ГОАУ "АРНО"; начальная (максимальная) цена договора - 733 443 000 руб.; конкурс проводился в соответствии с положениями [Закона](#) N 223-ФЗ.

Согласно протоколу рассмотрения заявок на участие в открытом конкурсе N 31401874329 от 20.01.2015 N 2-ОК ГОАУ "АРНО" и ПАО "Ростелеком" заключили договор от 02.02.2015 N 2026716 на создание аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений [правил](#) дорожного движения с использованием средств фото- и видеofиксации в Новгородской области (далее - договор).

УФАС, проанализировав электронную переписку сотрудников ПАО "Ростелеком" и

Общества, установило, что указанные лица совместно обосновывали начальную (максимальную) цену договора; ПАО "Ростелеком" и Общество рассматривали возможность включения в конкурсную документацию требований, ограничивающих конкуренцию; данные организации неоднократно обсуждали конкурсную документацию, договор и техническое задание.

Согласно конкурсной документации начальная (максимальная) цена договора рассчитана с учетом коммерческих предложений Общества, ПАО "Ростелеком", ООО "СпецЭнергоТрейд".

Так, судами установлено и отражено в обжалуемых судебных актах, что согласно показаниям Назаренкова Льва Александровича (протокол допроса от 22.05.2017, представленный Прокуратурой), начальника управления развития проекта "Информационное общество" в Новгородском филиале ПАО "Ростелеком", им совместно с Кониковым Михаилом Марковичем, директором Нижегородского филиала Общества, заместителем директора дочернего общества "ТехноСерв А/С", Трифоновым Дмитрием Николаевичем, представлявшим интересы ПАО "Ростелеком", Пятовым Алексеем Викторовичем, представлявшим ООО "Эльф Инжиниринг" и ООО "СпецЭнергоТрейд", был подготовлен проект обоснования начальной (максимальной) цены договора, подготовлены коммерческие предложения от ПАО "Ростелеком", Общества и ООО "Эльф Инжиниринг" по ранее согласованным расчетам: коммерческое предложение Общества составляло плюс 6% стоимости, предложенной ПАО "Ростелеком", коммерческое предложение ООО "Эльф Инжиниринг" - минус 6% от указанной стоимости. В адрес данных организаций Назаренковым Л.А. были направлены таблицы с указанием конкретных цен, которые рекомендовалось внести в коммерческие предложения.

Направление расчета коммерческих предложений Общества и ООО "СпецЭнергоТрейд", произведенного Назаренковым Л.А., Обществу и ООО "СпецЭнергоТрейд" подтверждается представленной в материалы дела электронной перепиской Назаренкова Л.А., Коникова М.М., Пятова А.В.

Согласно показаниям Пятова А.В. (протокол допроса от 26.09.2017) коммерческое предложение ООО "СпецЭнергоТрейд" готовилось им, сотрудником данной организации он не являлся, на образце коммерческого предложения указанной организации подпись генерального директора ООО "СпецЭнергоТрейд" Дудина Н.Н. отсканирована в электронном виде и использована как факсимиле на коммерческом предложении.

В соответствии с письменными пояснениями руководителя ООО "СпецЭнергоТрейд" Дудина Н.Н., направленных в УФАС, данная организация не участвовала в открытом конкурсе на право заключения договора на создание аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений правил дорожного движения с использованием средств фото- и видеофиксации в Новгородской области, коммерческое предложение от имени данной организации он не подписывал, переписки по конкурсной документации не велось.

Судами также установлено и материалами дела подтверждается, что обоснование начальной (максимальной) цены договора являлось предметом электронной переписки между Назаренковым Л.А. и Кониковым М.М.

Суды двух инстанций, на основании представленных в материалы дела доказательств, пришли к обоснованному выводу о том, что Общество и ПАО "Ростелеком" совместно разрабатывали положения конкурсной документации, утвержденной ГОАУ "АРНО", имевшие

целью создать преимущественные условия для ПАО "Ростелеком" при проведении открытого конкурса, ограничить возможность участия в закупке иных организаций.

В материалах дела имеется электронная переписка Назаренкова Л.А. и Коникова М.М. по вопросу включения в конкурсную документацию тех или иных требований. В частности, Коников М.М. предложил следующие критерии, которые необходимо было внести в конкурсную документацию: возможность реализовать описанные в техническом задании параметры должна быть подтверждена авторизационным письмом производителя оборудования или технологического решения по следующим подсистемам: комплексы ФВФ, ПО ЦАФАП и модульный ЦОД; наличие не менее двух аналогичных инвестдоговоров по развертыванию комплексных систем ФВФ масштаба региона, наличие в регионе филиала и сети подразделений, наличие собственной опорной ВОЛС.

Коников М.М. также направил по электронной почте файл "КД_публикация", в составе которого в документе "Положение о проведении открытого конкурса на право заключения инвестиционного соглашения о проектировании, поставке оборудования, внедрении, эксплуатационно-техническом обслуживании и содержании аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений ПДД с использованием средств фото- и видеофиксации в Новгородской области" содержится пункт 7.12 о необходимости представления в составе конкурсной заявки справки отдела кадров, подтверждающей наличие необходимых трудовых ресурсов, в том числе в сфере информационных технологий и связи не менее 100 человек.

Судами двух инстанций установлено, что предложенные Кониковым М.М. условия включены Назаренковым Л.А. в конкурсную документацию, что подтверждается пунктами 4.1.6, 4.3, 4.4 технического задания (приложение к конкурсной документации) в части требований о предоставлении писем производителя, пунктом 5.3.2.4 положения о проведении открытого конкурса в части наличия филиала у участника закупки на территории Новгородской области, пунктом 4.2 технического задания в части наличия у участника закупки в регионе опорной ВОЛС, пунктом 2.9 технического задания о наличии у участника закупки персонала, соответствующего определенным требованиям, пунктом 5.1.8 положения о проведении открытого конкурса в части наличия определенного количества сотрудников в сфере информационных технологий и связи, пунктом 5.2.3.1 упомянутого положения в части требований о наличии у участника конкурса опыта успешного выполнения аналогичных работ по другим контрактам, стоимостью не менее 10 000 000 руб.

В соответствии с пунктами 5.1.6.2 и 5.1.6.3 положения о проведении открытого конкурса в качестве требования к участникам закупки указано наличие лицензий на осуществление мероприятий и (или) оказания услуг в области защиты государственной тайны, а также на осуществление работ с использованием сведений, составляющих государственную тайну, выданных Федеральной службой безопасности Российской Федерации.

В пункте 4.6 технического задания определены требования к подсистеме информационной безопасности и стыку с единой информационно-телекоммуникационной системой Министерства внутренних дел Российской Федерации (далее - МВД РФ).

Перечисленные в данном пункте требования указывают на необходимость соответствия аппаратно-программного комплекса автоматической фиксации нарушений [правил](#) дорожного движения с использованием средств фото- и видеофиксации в Новгородской области

нормативным документам в области защиты информации, в том числе персональных данных, а также параметры подключения к единой информационно-телекоммуникационной системе МВД РФ.

Суды, проанализировав указанные требования, установленные в положении о проведении открытого конкурса и техническом задании, пришли к обоснованному выводу о том, что они направлены на ограничение конкуренции.

Кроме того, судами установлено и подтверждается имеющимися в материалах дела документами, что Конилов М.М. готовил обоснование включенных в положение о проведении открытого конкурса и техническое задание по рассматриваемой закупке вышеуказанных требований к участникам закупки после подачи жалоб в УФАС.

Установленные судами двух инстанций обстоятельства, а именно согласование ПАО "Ростелеком" и Обществом требований, изложенных в документации об открытом аукционе, которые своей целью имели ограничение числа хозяйствующих субъектов, участвующих в конкурсе, совместное формирование коммерческих предложений, свидетельствуют о направленности действий указанных лиц на создание преимущественных условий для ПАО "Ростелеком" в ходе проведения закупки, заключение по результатам конкурса договора именно с ПАО "Ростелеком".

Кроме того, фактическая реализация достигнутого этими обществами соглашения подтверждается, в том числе заключением ПАО "Ростелеком" и ЗАО "ТехноСерв А/С" - дочерней организацией Общества, договора субподряда на выполнение работ, являвшихся предметом конкурса.

Довод подателя кассационной жалобы о наличии у данных организаций партнерских отношений, об отсутствии причинно-следственной связи между их договоренностью и последствиями в виде поддержания цены на торгах был предметом оценки судов и правомерно отклонен.

Согласно правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в [пункте 9](#) Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016, 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. О наличии соглашения может свидетельствовать совокупность установленных антимонопольным органом обстоятельств, в том числе единообразное и синхронное поведение участников, и иных обстоятельств в их совокупности и взаимосвязи.

Суд кассационной инстанции, изучив материалы дела, приходит к выводу о правомерности вывода судов, согласно которому собранные и оцененные УФАС доказательства подтверждают, что действия ПАО "Ростелеком" и Общества свидетельствуют об устном соглашении друг с другом, направленном на достижение ПАО "Ростелеком" цели заключения договора по наиболее выгодной цене, о наличии в действиях Обществ признаков нарушения положений [пунктов 1 и 2](#)

части 1 статьи 11 Закона N 135-ФЗ.

Доводы подателя кассационной жалобы о нарушении УФАС Порядка N 220 при составлении отчета о состоянии конкуренции на товарном рынке получили надлежащую правовую оценку судов двух инстанций.

Суды первой и апелляционной инстанций, не установили нарушений УФАС пунктов 10.3 и 10.9 Порядка N 220 при проведении антимонопольным органом анализа состояния конкуренции, в частности при определении товарного рынка и круга хозяйствующих субъектов-конкурентов.

Доводы, изложенные в кассационной жалобе, выводов судов не опровергают и направлены на иную оценку установленных судами обстоятельств по делу, что в силу статей 286 и 287 АПК РФ не относится к полномочиям суда кассационной инстанции.

Несогласие ПАО "Ростелеком" с оценкой имеющихся в деле доказательств не свидетельствует о неправильном применении судами норм материального права к установленным фактическим обстоятельствам дела и (или) нарушении требований процессуального законодательства.

Все доводы, приведенные ПАО "Ростелеком" в кассационной жалобе, получили полную и объективную оценку судов на основании имеющихся в материалах дела доказательств, в связи с чем у суда кассационной инстанции отсутствуют основания для иной оценки.

Кассационная инстанция не усматривает нарушения судами норм материального и процессуального права при рассмотрении спора, в связи с чем оснований для отмены обжалуемых судебных актов и удовлетворения кассационной жалобы ПАО "Ростелеком" не имеется.

При подаче кассационной жалобы ПАО "Ростелеком" по платежному поручению от 01.11.2018 N 190976 уплатило 3000 руб. государственной пошлины. С учетом положений подпункта 12 пункта 1 статьи 333.21 НК РФ излишне уплаченные подателем кассационной жалобы 1500 руб. государственной пошлины подлежат возврату ему из федерального бюджета.

Руководствуясь статьей 286, пунктом 1 части 1 статьи 287 и статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Северо-Западного округа

постановил:

решение Арбитражного суда Новгородской области от 17.05.2018 и постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2018 по делу N А44-1319/2018 оставить без изменения, а кассационную жалобу публичного акционерного общества "Ростелеком" - без удовлетворения.

Возвратить публичному акционерному обществу "Ростелеком", место нахождения: 191002, Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д. 15, ОГРН 1027700198767, ИНН 7707049388, из федерального бюджета 1500 руб. государственной пошлины, излишне уплаченных по платежному поручению от 01.11.2018 N 190976.

Председательствующий

Л.Б.МУНТЯН

Судьи
А.Г.КУДИН
И.Г.САВИЦКАЯ
