



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ул. Набережная реки Ушайки, дом 24, Томск, 634050, <https://7aas.arbitr.ru>

ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е

город Томск

Дело № А45-25075/2020

Резолютивная часть постановления объявлена 05 августа 2021 года

Постановление изготовлено в полном объеме 12 августа 2021 года

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего	Бородулиной И.И.,
судей	Зайцевой О.О.,
	Кривошеиной С.В.,

при ведении протокола судебного заседания с использованием технологии онлайн-заседания (web-конференции) информационной системы «Картотека арбитражных дел» рассмотрел до перерыва секретарем судебного заседания Волковой Т.А., после перерыва помощником судьи Любимовой А.Н. рассмотрел в судебном заседании апелляционную жалобу акционерного общества «Аэропорт Толмачево» (№07АП-4265/2021) на решение от 11.03.2021 Арбитражного суда Новосибирской области по делу № А45-25075/2020 (судья Наумова Т.А.) по заявлению акционерного общества «Аэропорт Толмачево», г. Обь (ИНН 5448100208) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области, г. Новосибирск (ИНН 5405116098) о признании недействительными решения от 04.08.2020 №054/01/17-710/2020 и предписания от 22.07.2020 №054/01/17-710/2020, незаконным и подлежащим отмене постановления по делу об административном правонарушении от 11.01.2021 №054/04/14.32-1847/2020, третьи лица: 1) общество с ограниченной ответственность «СтройСити» ИНН 5406378346), 2) Западно-Сибирская транспортная прокуратура в лице Новосибирской транспортной прокуратуры (ИНН 5405347680), 3) общество с ограниченной ответственностью «НовопортОбщий центр обслуживания» (ИНН 5448951199), 4) общество с ограниченной ответственностью «СТРОЙСИТИ» (ОГРН 1135476153262), 5) общество с ограниченной ответственностью «СИБСТРОЙ» (ОГРН 1085403006171)

В онлайн-режиме посредством использования информационной системы «Картотека арбитражных дел» в судебном заседании приняли участие:

от акционерного общества «Аэропорт Толмачево»: Нелюбина И.Н. по доверенности от 19.03.2021 (на 2 года), Денисов П.Н. по доверенности от 23.12.2020 (по 31.12.2021), от Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области: Трубникова А.И. по доверенности от 15.06.2021 (до 31.12.2021).

УСТАНОВИЛ:

Акционерное общество «Аэропорт Толмачево» (далее – АО «Аэропорт Томачево», общество) обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Управление, антимонопольный орган) о признании недействительными решение от 04.08.2020 №054/01/17-710/2020 и предписание от 22.07.2020 №054/01/17-710/2020.

АО «Аэропорт Томачево» обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением к Управлению о признании незаконным и отмене постановления по делу об административном правонарушении от 11.01.2021г. №054/04/14.32-1847/2020.

Определением от 10.02.2021 Арбитражного суда Новосибирской области дела №А45-25075/2020 и №А45-2371/2021 объединены в одно производство, объединенному делу присвоен номер А45-25075/2020.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены: 1) общество с ограниченной ответственностью «СтройСити» (далее – ООО «СтройСити») 2) Западно-Сибирская транспортная прокуратура в лице Новосибирской транспортной прокуратуры (далее - Прокуратура), 3) общество с ограниченной ответственностью «Новпорт-Общий центр обслуживания» (далее - ООО «Новпорт-ОЦО»), 4) общество с ограниченной ответственностью «СТРОЙСИТИ» (далее – ООО «СТРОЙСИТИ»), 5) общество с ограниченной ответственностью «СИБСТРОЙ» (далее – ООО «СИБСТРОЙ»).

Решением от 11.03.2021 Арбитражного суда Новосибирской области в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, АО «Аэропорт Томачево» обратилось в суд с апелляционной жалобой, с учетом дополнений к ней, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

В обоснование доводов апелляционной жалобы указывает, что в действиях АО «Аэропорт Толмачево» отсутствуют признаки нарушения пункта 1 части 1 статьи 17

Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон № 135-ФЗ, Закона о защите конкуренции).

Доказательств наступления (возможности наступления) последствий вменяемого в вину обществу правонарушения в виде недопущения, ограничения, устранения (ограничения) конкуренции антимонопольным органом в оспариваемом решении не установлено.

Информирование хозяйствующего субъекта о факте публикации в ЕИС извещения о проведении торгов не приводит и не может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Вывод суда о предоставлении обществу с ограниченной ответственностью «СтройСити» (далее – ООО «СтройСити») возможности приступить к исполнению работ по контрактам от 07.06.2019 (извещение № 31907742868) и от 10.06.2019 (извещение № 31907809511) еще до момента определения указанного хозяйствующего субъекта победителем торгов и до момента рассмотрения вторых частей заявок не соответствует обстоятельствам дела.

Общество считает, что за минимальный размер санкции, установленный статьей 14.32 КоАП РФ, следует считать именно минимально возможный размер санкции, без учета формулы расчета санкции в соответствии с примечанием к статье 14.31 КоАП РФ, а именно, одну десятую начальной стоимости предмета торгов. При правильном установлении обстоятельств для снижения штрафа и правомерного определения размера кратности снижения, антимонопольным органом допущена ошибка в исчислении суммы итогового штрафа с учетом снижения, поскольку применяя положения статьи 4.1 КоАП РФ, следовало за минимальный размер принять 28 049 191,39 руб. (1/10 от начальной стоимости предмета торгов) и половина от которой составит 14 024 595,70 руб., а не 35 061 489 руб. как исчислено антимонопольным органом; в качестве минимально возможной санкции по части 2 статьи 14.32 КоАП РФ законодатель установил 100000 рублей, в связи с чем полагает, что возможно снижение санкции и до 99 999 рублей, поскольку минимальный процент снижения законодателем не установлен, установлен только максимальный процент снижения (снижение максимально возможно на 50%).

Действия Литвиновой СВ., контактировавшей с ООО «СтройСити» выходили за рамки её должностной инструкции, не предусматривающей подобного взаимодействия с контрагентами, а, следовательно, по смыслу пункта 1 статьи 1068 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) юридическое лицо (заявитель) не должно нести ответственность за такие её действия.

Антимонопольный орган возражает против удовлетворения апелляционной жалобы согласно отзыву.

Отзывы на апелляционную жалобу в порядке статьи 262 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) от третьих лиц не представлены.

К апелляционной жалобе обществом приложена таблица с разбивкой сумм контрактов, о приобщении которых заявлено его представителями в суде апелляционной инстанции.

Представитель антимонопольного органа не возражал против приобщения в материалы дела указанной таблицы.

В силу части 2 статьи 268 АПК РФ дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

Согласно пункту 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств, в том числе приложенных к апелляционной жалобе или отзыву на апелляционную жалобу, суд должен определить, была ли у лица, представившего доказательства, возможность их представления в суд первой инстанции или заявитель не представил их по не зависящим от него уважительным причинам.

Оценив заявленное подателем жалобы ходатайство с учетом приведенных положений, суд апелляционной инстанции считает его необходимым удовлетворить, приобщить дополнительные доказательства (таблицу) к материалам дела.

В судебном заседании представители общества поддержали позицию, изложенную в апелляционной жалобе, дополнениях к ней, а представитель антимонопольного органа возражал против удовлетворения жалобы.

Третьи лица о месте и времени судебного разбирательства извещены надлежащим образом, в судебное заседание арбитражного суда апелляционной инстанции своих представителей не направили. На основании статьи 156 АПК РФ апелляционный суд считает возможным рассмотреть дело в настоящем судебном заседании в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле.

Определением апелляционного суда от 17.06.2021 судебное заседание откладывалось.

До начала судебного заседания от общества в порядке статьи 81 АПК РФ поступили письменные пояснения по делу.

На основании пункта 2 части 3 статьи 18 АПК РФ определением от 03.08.2021 произведена замена судьи Хайкиной С.Н. на судью Зайцеву О.О. в связи с чем рассмотрение апелляционной жалобы произведено с самого начала.

После отложения судебное заседание продолжено при участии тех же представителей, которые в судебном заседании при рассмотрении дела в апелляционном порядке подтвердили позиции по делу, изложенные в апелляционной жалобе, отзыве к ней.

В порядке статьи 163 АПК РФ в судебном заседании объявлялся перерыв до 09 час. 05 мин. 05.08.2021, информация о движении дела размещалась, в том числе публично, в сети Интернет. После окончания перерыва судебное заседание продолжено с участием представителей общества и антимонопольного органа.

Проверив законность и обоснованность судебного акта Арбитражного суда Новосибирской области в порядке, установленном статьями 266, 268 АПК РФ, изучив доводы апелляционной жалобы с учетом дополнений к ней, письменные пояснения, отзыва на апелляционную жалобу, заслушав представителей общества и Управления, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о наличии оснований для удовлетворения апелляционной жалобы и отмены решения суда первой инстанции, при этом исходит из следующего.

Как следует из материалов дела, Новосибирской транспортной прокуратурой проведена проверка антимонопольного законодательства в АО «Аэропорт Толмачево», в результате которой установлено, что общество с целью ограничения количества участников и заключения договора с заранее определенным юридическим лицом (ООО «СтройСити», ИНН 5406378346) в закупочную документацию включило требования, сокращающие сроки выполнения работ, в связи с чем ограничило конкуренцию.

Выявленный факт относится к нарушению, предусмотренному частью 1 статьи 17 Закона № 135-ФЗ.

По результатам проверки Новосибирской транспортной прокуратурой в адрес Управления направлено соответствующее заявление о выявленных нарушениях.

Решением Управления от 04.08.2020 по делу № 054/01/17-710/2020 АО «Аэропорт Толмачево» и ООО «СтройСити» признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Нарушение выразилось в заключении и реализации антиконкурентного соглашения (по обстоятельствам настоящего дела) путем информирования хозяйствующего субъекта о

факте публикации в ЕИС извещения о проведении торгов, которое, по мнению антимонопольного органа, привело или могло привести к ограничению, недопущению или устранению конкуренции при проведении торгов, заключение .

Предписанием от 04.08.2020 № 054/01/17-710/2020 Управление указало обществу на необходимость прекращения нарушения антимонопольного законодательства, предложило представить к 20.12.2020 в Управление сведения о торгах, проводимых АО «Аэропорт Толмачево», в которых принимало участие ООО «СтройСити» с 22.07.2020 по 20.12.2020.

Постановлением Управления от 11.01.2021 № 054/04/14.32-1847/2020 о назначении административного наказания АО «Аэропорт Толмачево» привлечено к административной ответственности за совершение административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ - заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них, в виде административного штрафа в размере 35 061 489 рублей.

Не согласившись с решением, предписанием и постановлением по делу об административном правонарушении общество обратилось в арбитражный суд.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что выводы антимонопольного органа в оспариваемых решении от 04.08.2020 и предписании по делу 054/01/14-710/2020 являются обоснованными, мотивированными, основанными на полном, всестороннем и объективном исследовании доказательств по делу, нарушений прав и интересов заявителя судом не установлено; доказанности состава административного правонарушения, отсутствия процессуальных нарушений, назначенный административный штраф отвечает принципам справедливости и соразмерности наказания содеянному.

Арбитражный апелляционный суд не может согласиться с данными выводами суда первой инстанции, при этом исходит из следующего.

Согласно части 1 статьи 198, части 4 статьи 200, частей 2, 3 статьи 201 АПК РФ для удовлетворения требований о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц необходимо наличие двух условий:

несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту, а также нарушение прав и законных интересов заявителя.

Согласно части 5 статьи 200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

При этом, исходя из правил распределения бремени доказывания, установленных статьей 65, 198, 200 АПК РФ, обязанность доказывания факта нарушения своих прав и законных интересов возлагается на заявителя.

Целями регулирования Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон № 223-ФЗ) являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений (часть 1 статьи 1 Закона № 223-ФЗ).

Организационные и правовые основы защиты конкуренции определены Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ или Закон о защите конкуренции). Целями Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Согласно статье 4 Закона № 135-ФЗ конкуренция - это 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.

Ограничением конкуренции признается 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.

Согласно пункту 1 части 4 статьи 11 Закона № 135-ФЗ запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения о навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования).

Таким образом, для квалификации иного соглашения в качестве запрещенного в соответствии с частью 4 статьи 11 Закона № 135-ФЗ необходимым условием является то, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Иными словами, 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 товарном рынке.

Как разъяснено в пункте 20 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее - постановление Пленума № 2), достигнутые между хозяйствующими субъектами договоренности (соглашения), согласованные действия запрещаются антимонопольным законодательством, если целью и (или) результатом соглашений и согласованных действий является недопущение (устранение, ограничение) соперничества

хозяйствующих субъектов на товарных рынках (часть 2 статьи 1, пункты 7 и 18 статьи 4 Закона).

Исходя из пункта 18 статьи 4 Закона № 135-ФЗ антимонопольный запрет «вертикальных» соглашений относится к добровольным договоренностям, достигнутым между продавцом и покупателем товара в связи с существующими между ними гражданско-правовыми отношениями. К соглашению, навязанному лицом, доминирующим на рынке, применяется статья 10 Закона (пункт 26 постановления Пленума № 2).

Пунктом 27 постановления Пленума № 2 разъяснено, что соглашения хозяйствующих субъектов, не указанные в части 1 статьи 11 Закона, в том числе соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, «вертикальные» соглашения и прочие соглашения, могут быть признаны недопустимыми, если антимонопольным органом будет доказано, что результатом реализации или целью договоренностей, достигнутых между хозяйствующими субъектами, являлось недопущение (ограничение, устранение) конкуренции на товарном рынке (части 2 и 4 статьи 11 Закона № 135-ФЗ).

Согласно пункту 1 части 1 статьи 17 Закона № 135-ФЗ при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе, координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации.

Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов (пункт 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об

административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016).

Таким образом, доказательствами по делу могут быть любые фактические данные, указывающие на наличие нарушения антимонопольного законодательства.

В данном случае в предмет доказывания нарушения антимонопольного законодательства входит факт заключения соглашения между заказчиком (организатором торгов) и участником, а также наличие последствий в виде ограничения конкуренции и (или) создания преимущественных условий для каких-либо участников.

Основными принципами осуществления закупочной деятельности согласно статье 3 Закона № 223-ФЗ являются: 1) информационная открытость закупки; 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки; 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика; 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

В соответствии с вышеуказанной нормой права заказчик при осуществлении своей закупочной деятельности в рамках Закона № 223-ФЗ обязан в равной степени соблюдать каждый из указанных принципов, ущемление какого-либо из них в пользу другого недопустимо.

Антимонопольный орган при вынесении указанного решения и предписания исходил из доказанности наличия нарушения антимонопольного законодательства в виде заключения соглашения между заказчиком и участником, а также создания преимущественных условий для участника-ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346).

Заявитель указывает, что в материалах дела не содержится доказательств наличия между АО «Аэропорт Толмачево» и ООО «СтройСити» соглашения, запрещенного антимонопольным законодательством.

Квалифицируя действия АО «Аэропорт и Толмачево» и ООО «СтройСити» как антиконкурентное соглашение, антимонопольный орган указывает на совокупность 11 закупочных процедур, проведенных АО «Аэропорт Толмачево» с общей НМЦ контрактов (договоров) в размере 283 040 913, 90 руб.

Таким образом, в вину обществу не вменяется совершение действий, которые могут привести к координации организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников.

Состав правонарушения, предусмотренного пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции (в части заключения антиконкурентного соглашения) содержит такой обязательный элемент, как определение последствий (реальных, потенциальных) правонарушения в виде недопущения, ограничения, устранения (ограничения) конкуренции

Вместе с тем, доказательств наступления (возможности наступления) последствий вменяемого в вину обществу правонарушения в виде недопущения, ограничения, устранения (ограничения) конкуренции антимонопольным органом в оспариваемом решении не установлено.

Антимонопольный орган в качестве доказательств наличия антиконкурентного соглашения, указал на следующие обстоятельства, которые суд посчитал установленными и подтверждающими факт вменяемого в вину заявителю нарушения (пункт 1 части 1 статьи 17 закона о защите конкуренции):

- дополнительное (после размещения извещения в ЕИС) информирование о факте размещения заказа (по 10 из 11 контрактов),
- взаимодействие на стадии планирования торгов (в отношении контракта (извещение № 31705253668), которое привело к получению ООО «СтройСити» дополнительных преимуществ,
- предоставление ООО «СтройСити» возможности приступить к исполнению работ еще до момента определения его победителем торгов и до момента рассмотрения вторых частей заявок (по контракту от 07.06.2019 (извещение № 31907742868) и контракту от 10.06.2019 (извещение № 31907809511).

Вместе с тем, информирование хозяйствующего субъекта о факте публикации в ЕИС извещения о проведении торгов не приводит и не может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Для квалификации действий субъектов как антимонопольного нарушения в соответствии со статьей 17 Закона о защите конкуренции следует учитывать, что под ограничением доступа к участию в торгах понимаются всякие влияющие на конкуренцию действия, как связанные с ограничением круга лиц, допускаемых к участию в размещении заказа на торгах, имеющие характер прямых ограничений, так и напрямую не связанные с ограничением круга лиц, допускаемых к участию в размещении заказа, однако косвенно влияющие на определение состава участников размещения заказа.

Информирование хозяйствующего субъекта о факте публикации в ЕИС извещения о проведении торгов не приводит и не может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Для квалификации действий субъектов как антимонопольного нарушения в соответствии со статьей 17 Закона о защите конкуренции следует учитывать, что под ограничением доступа к участию в торгах понимаются всякие влияющие на конкуренцию действия, как связанные с ограничением круга лиц, допускаемых к участию в размещении заказа на торгах, имеющие характер прямых ограничений, так и напрямую не связанные с ограничением круга лиц, допускаемых к участию в размещении заказа, однако косвенно влияющие на определение состава участников размещения заказа.

Информирование о факте публикации в ЕИС извещения о проведении торгов, с учетом открытого доступа к информации, содержащейся в Извещении, неограниченного круга лиц, таким образом, исключает получение дополнительных преимуществ участником.

По контракту (извещение № 31705253668) на участие в торгах было подано две заявки от двух разных юридических лиц: ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346) и ООО «СтройСити» (ИНН 5404494996).

В вину обществу вменяется заключение антимонопольного соглашения с «СтройСити» (ИНН 5406378346), а торги выиграло ООО СтройСити» (ИНН 5404494996).

С ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346) контракт, соответственно, заключен не был, что не позволяет квалифицировать данный контракт как составляющую антимонопольного соглашения, а действия общества и ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346) как направленные на недопущение, ограничение, устранение (ограничение) конкуренции.

По этой же причине не могут быть квалифицированы как составляющие антимонопольного соглашения и следующие контракты, заключенные по результатам размещения извещений № 31908271190 (победитель ООО «СибСтрой»), № 31705590172 (победитель - ООО «Строй-Сити» (ИНН 5404494996), от 15.06.2017 № 31705223396 (победитель - ООО «СибСтрой»).

Антимонопольный орган, рассмотрев указанные доводы заявителя, принял их, и исключил указанные контракты (их НМЦ) при исчислении административного штрафа, к административной ответственности по данным контрактам заявитель привлечен не был.

Вывод о том, что обществом предоставлена ООО «СтройСити» возможность приступить к исполнению работ по контракту от 07.06.2019 (извещение № 31907742868) и контракту от 10.06.2019 (извещение № 31907809511) еще до момента определения ООО «СтройСити» победителем торгов и до момента рассмотрения вторых частей заявок не соответствует обстоятельствам дела.

Письмо от 15.05.2019 было направлено не в рамках указанных договоров, а в рамках ранее заключенных между АО «Аэропорт Толмачево» и ООО «СтройСити» договоров подряда на ремонт от 02.07.2018 №01-13-180623 и от 24.09.2018 №01-13-181020, и в целях обеспечения устранения недостатков, выявленных в пределах гарантийного срока (в доказательство чего АО «Аэропорт Толмачево» представлен акт от 30.04.2019 №35-05/03 обследования состояния аэродромных покрытий, письмо от 30.04.2019 №35-03/58 о необходимости устранения дефектов, выявленных в пределах гарантийного срока, а также акт о приемке в эксплуатацию отремонтированных покрытий от 06.06.2019 №35-05/04).

Кроме того, письмо ООО «СтройСити» (датированное 09.06.2019) о согласовании списка техники, поступило в АО «Аэропорт Толмачево» (согласно отметке) не до, а после заключения контракта (извещение № 31907809511) - 10.06.2019, когда ООО «СтройСити» уже было признано победителем торгов и с ним заключен контракт. Указанные обстоятельства опровергают доводы антимонопольного органа о предоставлении обществом возможности приступить к исполнению работ по контракту от 10.06.2019 (извещение № 31907809511) еще до момента определения ООО «СтройСити» победителем торгов и до момента рассмотрения вторых частей заявок.

Изложенное не позволяет считать правомерным и документально подтвержденным вывод антимонопольного органа о том, что доступ техники (письма от 15.05.2019, 09.06.2019) был предоставлен обществом именно в целях производства работ по еще не заключенным договорам.

Указывая в оспариваемом решении от 04.08.2020 о том, что ведущий инженер по эксплуатации и ремонту аэродрома Литвинова СВ. является должностным лицом АО «Аэропорт Толмачево», Управлением не дана оценка должностной инструкции ведущего инженера по эксплуатации и ремонту аэродрома от 12.01.2018 №271/ДИ, согласно которой у него отсутствуют полномочия по организации и осуществлению закупок.

Согласно должностной инструкции у Литвиновой СВ. имеет полномочия только по ведению отчетности, мониторингу сайта и контролю за соответствием летного поля требованиям авиационных правил, что не может быть отнесено к полномочиям по организации и осуществлению закупок.

Действия Литвиновой СВ., контактировавшей с ООО «СтройСити», выходили за рамки её должностной инструкции.

К административной ответственности за приписываемые Литвиновой СВ. деяния в качестве должностного лица было привлечено иное должностное лицо - технический директор Мельников С.В.

Управление ссылается на направление обществом в адрес ООО «СтройСити» технической документации до момента её опубликования в ЕИС, которая не попала в общедоступные документы для ознакомления всеми участниками закупочных процедур.

Вместе с тем, речь идет лишь об одной из 11 закупок на сумму 1 922 505,56 руб. и о предоставлении Литвиновой СВ. в адрес ООО «СтройСити» сметного расчета (который был затем включен в том же виде и того же содержания в закупочную документацию, размещенную в ЕИС) и схемы площадки под ИЛ-86, которая отсутствует в ЕИС.

Схема площадки представляет собой фото (скрин) с Google Maps, карта доступна любому пользователю и не является уникальной информацией, дающей конкурентное преимущество.

В этой закупке принимали участие 2 хозяйствующих субъекта: ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346) и ООО «СтройСити» (ИНН 5404494996). Контракт был заключен с ООО «СтройСити» (ИНН 5404494996), а не с ООО «СтройСити» (ИНН 5406378346).

Управлением не установлено, какой из данных организаций была действительно предоставлена дополнительная информация и каким образом она реально повлияла на конкуренцию по данной закупке. По остальным 10 закупкам никакой дополнительной информации ООО «СтройСити» не получало.

Доказательств наступления (возможности наступления) последствий вменяемого в вину обществу правонарушения в виде недопущения, ограничения, устранения (ограничения) конкуренции антимонопольным органом в оспариваемом решении не установлено. Декларирование гипотетической возможности наступления таких негативных последствий, состава правонарушения предусмотренного пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции (в части заключения антиконкурентного соглашения) не образует.

Учитывая изложенное, решение от 04.08.2020 №054/01/17-710/2020 и предписание от 22.07.2020 №054/01/17-710/2020, вынесенные антимонопольным органом, противоречат действующему законодательству и нарушают права и законные интересы АО «Аэропорт Томачево», в связи с чем подлежат признанию недействительными.

Согласно части 6 статьи 210 АПК РФ при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд в судебном заседании проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности

привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

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

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении выяснению подлежит наличие события административного правонарушения.

Доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными настоящим Кодексом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами (статья 26.2 КоАП РФ).

В соответствии с частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них - от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

В соответствии с пунктом 2 статьи 24.5 КоАП РФ отсутствие состава административного правонарушения является обстоятельством, исключающим производство по делу об административном правонарушении.

Поскольку решение Управления от 04.08.2020 по делу № 054/01/17- 710/2020 является недействительным, соответственно влечет незаконность вынесенного по его результатам постановления по делу об административном правонарушении от 11.01.2021 № 054/04/14.32-1847/2020.

На основании вышеизложенного, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что административным органом не доказано наличие в действиях общества состава административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ.

При названных обстоятельствах решение Арбитражного суда Новосибирской области по рассматриваемому делу подлежит отмене на основании части 2 статьи 270 АПК РФ в связи с неправильным применением норм материального права, с принятием по делу нового судебного акта об удовлетворении заявленного требования АО «Аэропорт Толмачево».

Вопросы распределения судебных расходов, разрешаются арбитражным судом соответствующей судебной инстанции в судебном акте, которым заканчивается рассмотрение дела по существу (часть 1 статьи 112 АПК РФ).

Судебные расходы подлежат распределению между сторонами в соответствии со статьей 110 АПК РФ.

Руководствуясь пунктом 2 статьи 269, статьями 104, 110, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции

ПО С Т А Н О В И Л:

решение от 11.03.2021 Арбитражного суда Новосибирской области по делу № А45-25075/2020 отменить.

Принять по делу новый судебный акт.

Заявленные акционерным обществом «Аэропорт Толмачево» требования удовлетворить.

Признать незаконным и отменить решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области от 04.08.2020 №054/01/17-710/2020, предписание от 22.07.2020 №054/01/17-710/2020, постановление по делу об административном правонарушении от 11.01.2021 №054/04/14.32-1847/2020.

Возвратить акционерному обществу «Аэропорт Толмачево» (ОГРН 1025405625024 ИНН 5448100208) из федерального бюджета излишне уплаченную государственную пошлину в размере 1 500 (Одна тысяча пятьсот) рублей по платежному поручению от 09.04.2021 № 29815.

Взыскать с Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области в пользу акционерного общества «Аэропорт Толмачево» судебные расходы в виде уплаченной государственной пошлины в размере 4500 (Четыре тысячи пятьсот) рублей.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления его в законную силу, путем подачи кассационной жалобы через Арбитражный суд Новосибирской области.

Председательствующий

И.И. Бородулина

Судьи:

О.О. Зайцева

С.В. Кривошеина