

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

19 сентября 2013 года

Дело № А82-1479/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 17 сентября 2013 года.

Полный текст постановления изготовлен 19 сентября 2013 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Ившиной Г.Г.,

судей Буториной Г.Г., Кононова П.И.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания  
Бородиной Н.А.,

при участии в судебном заседании:

представителей заявителя Чеховской А.В., действующей на основании  
доверенности от 16.09.2013 и Жуковой М.Е., действующей на основании  
доверенности от 16.09.2013,рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу общества с  
ограниченной ответственностью строительная компания «Лидер Ярославль»  
на решение Арбитражного суда Ярославской области от 24.05.2013 по делу  
№А82-1479/2013, принятое судом в составе судьи Мухиной Е.В.,по заявлению общества с ограниченной ответственностью строительная  
компания «Лидер Ярославль» (ИНН: 7616009317, ОГРН: 1117609000541)  
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области  
(ИНН: 7604009440, ОГРН: 1027600695154)о признании недействительными решения и предписания от 25.01.2013 по делу  
№03-03/62-12,

установил:

общество с ограниченной ответственностью строительная компания  
«Лидер Ярославль» (далее – заявитель, ООО СК «Лидер Ярославль», Общество)  
обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с заявлением о признании  
недействительными решения Управления Федеральной антимонопольной  
службы по Ярославской области (далее – ответчик, Управление, УФАС,  
антимонопольный орган) от 25.01.2013 по делу № 03-03/62-12, которым  
Общество признано нарушившим часть 1 статьи 14 Федерального закона от  
26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ, Закон о  
защите конкуренции), и выданного на его основании обязательного для  
исполнения предписания от 25.01.2013 о перечислении в федеральный бюджет

дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

Решением суда от 24.05.2013 в удовлетворении заявленных требований отказано в полном объеме.

Не согласившись с принятым судебным актом, считая его незаконным и необоснованным, Общество обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить.

По мнению заявителя, антимонопольным органом не доказано, что полученные в ходе выполнения контракта денежные средства являются доходом ООО СК «Лидер Ярославль», а судом не приняты во внимание доказательства понесенных Обществом материальных расходов, которые надлежало учитывать при определении подлежащего взысканию дохода. При определении дохода суд, как отмечает заявитель, ошибочно ссылается на положения статьи 249 Налогового кодекса Российской Федерации, которая раскрывает понятие «доходы от реализации» и применима лишь в целях налогообложения, а не в целях определения дохода. Также заявитель апелляционной жалобы указывает на то, что ООО СК «Лидер Ярославль» было признано победителем проведенного открытого аукциона в электронной форме на законных основаниях, вследствие чего отсутствует причинно-следственная связь между имевшим место нарушением антимонопольного законодательства и возможными убытками иных участников аукциона, в частности ООО «Радострой».

Общество обращает внимание на то, что в обжалуемом судебном акте не дана оценка процессуальным нарушениям, допущенным Управлением как до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, так и в ходе его рассмотрения; ссылается на то, что использованное ответчиком в качестве доказательства допущенного нарушения письмо оперативно-розыскной части экономической безопасности и противодействия коррупции Управления МВД России по Ярославской области не может быть признано надлежащим и допустимым доказательством по делу, поскольку действующим законодательством не предусмотрено представление материалов оперативно-розыскных мероприятий в адрес УФАС. Ссылка в решении суда на копию акта осмотра объекта капитального строительства от 09.12.2010 указывает лишь на то, что объект завершен строительством, но никак не на то обстоятельство, что Общество не имело к строительству данного объекта никакого отношения. Оригиналы документов, свидетельствующих о недостоверности представленных ООО СК «Лидер Ярославль» в составе второй части аукционной заявки документов, судом не запрашивались, судом не дана оценка имеющемуся в материалах дела письму ООО «Риэлт-Кодекс», которым подтверждается факт выполнения Обществом функции генерального подрядчика по строительству объекта, что вызвало у суда сомнения. Кроме того, судом не учтены выводы Арбитражного суда Ярославской области об отсутствии вины ООО СК «Лидер Ярославль» в представлении недостоверных сведений, содержащиеся в решении по делу № А82-13714/2011, которые имеют преюдициальное значение для данного спора. Также материалами дела бесспорно не подтверждена вина заявителя в совершении вменяемого нарушения антимонопольного законодательства.

По мнению заявителя, в ходе судебного разбирательства со стороны

антимонопольного органа также имело место злоупотребление процессуальными правами, при этом бездействие суда в этом вопросе ставит под сомнение объективность принятого решения и беспристрастность суда.

По ходатайству заявителя в связи с невозможностью явки представителей в судебное заседание рассмотрение дела судом апелляционной инстанции откладывалось до 17.09.2013 (определение Второго арбитражного апелляционного суда от 27.08.2013).

В соответствии со статьей 18 АПК РФ, пунктом 37 Регламента арбитражных судов Российской Федерации, в связи с нахождением в отпуске судьи Караваевой А.В. в составе суда произведена замена судьи Караваевой А.В. на судью Кононова П.И.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции 17.09.2013 представители заявителя настаивали на удовлетворении жалобы.

Управление представило письменный отзыв на апелляционную жалобу ООО СК «Лидер Ярославль», в котором опровергло доводы жалобы не представило.

Ответчик явку своих представителей в судебное заседание не обеспечил, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещен надлежащим образом. В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) дело рассматривается в отсутствие представителей ответчика.

Представители заявителя в судебном заседании суда апелляционной инстанции заявили ходатайство о приобщении к материалам дела дополнительных доказательств, а именно: копий протокола внеочередного собрания учредителей Общества от 30.11.2012 № 8, выписки из ЕГРЮЛ от 21.12.2012, протокола внеочередного собрания учредителей от 05.04.2013 № 10, выписки из ЕГРЮЛ от 17.08.2013; протокола внеочередного собрания учредителей от 21.08.2013 № 11, выписки из ЕГРЮЛ от 30.08.2013; копии письма УФАС по Ярославской области от 05.06.2013 № 4412/03-03 в адрес ООО СК «Лидер Ярославль»; а также копий товарных накладных, счетов-фактур, актов выполненных работ (оказанных услуг) (описи нет, количество листов не подсчитано), подтверждающих со слов представителей заявителя расходы Общества за период с октября 2011 по январь 2013 года на сумму 64 336 473, 23 рублей.

Документы, подтверждающие полномочия руководителя Общества, выдавшего доверенности, а также копия письма УФАС по Ярославской области от 05.06.2013 № 4412/03-03 (датировано после принятия решения судом первой инстанции) приобщены судом апелляционной инстанции к материалам дела в порядке статьи 268 АПК РФ.

В приобщении к материалам дела копий товарных накладных, счетов-фактур, актов выполненных работ (оказанных услуг), подтверждающих со слов представителей заявителя расходы Общества за период с октября 2011 по январь 2013 года на сумму 64 336 473, 23 рублей судом апелляционной инстанции отказано, поскольку заявитель не доказал, что данные документы отвечают принципу относимости доказательств, установленному в части 1 статьи 67 АПК РФ.

Законность решения Арбитражного суда Ярославской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, 21.10.2011 в УФАС поступила жалоба ООО «Радострой» на действия единой комиссии администрации Некрасовского муниципального района Ярославской области при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения муниципального контракта на выполнение функций генерального подрядчика по завершению строительства акушерского корпуса с приспособлением под корпус стационарных отделений МУЗ «Некрасовская ЦРБ» с инженерными коммуникациями по адресу: Ярославская область, Некрасовский муниципальный район, сельское поселение Некрасовское (том 3 л.д. 77-80).

Комиссией Управления по контролю в сфере размещения заказов указанная жалоба была рассмотрена, решением от 02.11.2011 № 05-02/175Ж-11 была признана необоснованной (том 1 л.д. 86-92).

В то же время в результате рассмотрения жалобы в действиях ООО СК «Лидер Ярославль» были выявлены признаки нарушения части 1 статьи 14 Закона № 135-ФЗ, в связи с чем соответствующие материалы переданы в уполномоченный отдел контроля за соблюдением антимонопольного законодательства для рассмотрения вопроса о возбуждении в отношении Общества дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Приказом временно исполняющего обязанности руководителя Управления от 10.09.2012 № 475 в отношении заявителя возбуждено дело № 07-03/62-12 по признакам нарушения части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции, выразившегося в подаче заведомо недостоверных сведений о наличии опыта работы в составе аукционной заявки на участие в названном выше открытом аукционе в электронной форме, в результате которого Общество было признано победителем аукциона и с ним был заключен соответствующий контракт (том 3 л.д. 71).

В ходе рассмотрения названного дела комиссией УФАС по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства было установлено следующее.

29.06.2011 на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг размещено извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения муниципального контракта на выполнение функций генерального подрядчика по завершению строительства акушерского корпуса с приспособлением под корпус стационарных отделений МУЗ «Некрасовская ЦРБ» с инженерными коммуникациями по адресу: Ярославская область, Некрасовский муниципальный район, сельское поселение Некрасовское (том 5 л.д. 1-3).

Заказчиком выступило муниципальное учреждение «Капитального строительства, жилищно-коммунального хозяйства и тарифной политики Некрасовского муниципального района». Начальная (максимальная) цена контракта определена в размере 110 673 200 рублей (том 1 л.д. 44-52).

10.10.2011 аукционной комиссией проведена процедура рассмотрения вторых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме, по результатам которой составлен протокол подведения итогов открытого аукциона в электронной форме.

В соответствии с протоколом аукционной комиссией принято решение о

соответствии вторых частей заявок требованиям документации в отношении трех участников: ООО СК «Лидер Ярославль» (заявка № 14), ООО «Промстроймонтаж» (заявка № 11), ООО «Радострой» (заявка № 15).

В соответствии с частью 2.1 статьи 11 Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон №94-ФЗ) информационная карта открытого аукциона в электронной форме содержала требования о подтверждении участниками аукциона опыта работы в данной сфере.

Информационной картой предусмотрено, что вторая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме должна содержать копию разрешения на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию, копию акта приемки объекта капитального строительства (за исключением случая, если застройщик являлся лицом, осуществляющим строительство), подтверждающие выполнение участником размещения заказа за последние пять лет, предшествующие дате окончания срока подачи заявок на участие в аукционе, работ по строительству, относящихся к группе (в соответствии с номенклатурой товаров, работ, услуг для нужд заказчиков) «Работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, автомобильных дорог общего пользования, временных построек, киосков, навесов и других подобных построек» и подгруппе «Работы по строительству зданий и сооружений предприятий здравоохранения, науки и научного обслуживания, образования, культуры и искусства». Стоимость таких работ должна составлять не менее чем 20% начальной (максимальной) цены контракта (цены лота). При этом учитывается стоимость всех выполненных участником размещения заказа (с учетом правопреемственности) работ по строительству одного из объектов капитального строительства (по выбору участника размещения заказа).

ООО СК «Лидер Ярославль» в составе второй части заявки на участие в аукционе представило акт приемки законченного строительством объекта от 25.08.2011 на сумму 32 580 000 рублей о приемке социального объекта шаговой доступности торгово-бытового назначения, расположенного по адресу: г. Москва, Варшавское шоссе, д. 71, корп. 3 (заказчик – ООО «Риэлт-Кодекс», генеральный подрядчик – ООО СК «Лидер Ярославль» в лице директора Хазанова С.Б.), и разрешение на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию от 08.09.2011 № RU77165000-003349, выданное Комитетом государственного строительного надзора города Москвы ООО «Риэлт-Кодекс» на тот же объект (том 2 л.д. 193-196).

Указанные документы были представлены Обществом в электронной форме и заверены электронной цифровой подписью участника размещения заказа в соответствии с требованиями части 1 статьи 41.2 Закона № 94-ФЗ.

В соответствии с пунктом 8 протокола подведения итогов аукциона от 10.10.2011 победителем открытого аукциона в электронной форме признано ООО СК «Лидер Ярославль», предложившее наименьшую цену контракта из трех допущенных к участию в аукционе претендентов (том 5 л.д. 81-85).

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссией УФАС установлено, что представленные ООО СК «Лидер Ярославль» в составе второй части заявки сведения в подтверждение опыта работы не соответствуют действительности.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц ООО СК «Лидер Ярославль» зарегистрировано в качестве юридического лица при создании 15.04.2011 (ОГРН: 1117609000541) (том 5 л.д. 131-132).

Кроме того, по запросу антимонопольного органа Комитетом государственного строительного надзора города Москвы письмом от 26.11.2012 представлены заверенные копии актов приемки объекта капитального строительства по адресу: Москва, Варшавское шоссе, д. 71, корп. 3. (том 3 л.д. 48-50). Акт приемки объекта капитального строительства (социальный объект шаговой доступности торгово-бытового назначения) датирован 31.03.2010, заказчик – ООО «Риэлт-Кодекс», генеральный подрядчик – ООО «Стройбизнес» (том 3 л.д. 40-41). Акт осмотра того же объекта капитального строительства датирован 09.12.2010, состояние объекта – объект завершен строительством (том 3 л.д. 50).

Также по запросу антимонопольного органа Управлением экономической безопасности и противодействия коррупции Управления МВД России по Ярославской области письмом от 04.12.2012 представлены документы, полученные в ходе оперативных мероприятий в г. Москве: копия разрешения на ввод объекта в эксплуатацию от 08.02.2011 № RU77165000-003349, выданного Комитетом государственного строительного надзора города Москвы ООО «Риэлт-Кодекс» на тот же объект; акт приемки объекта капитального строительства (социальный объект шаговой доступности торгово-бытового назначения) от 31.03.2010, заказчик – ООО «Риэлт-Кодекс», генеральный подрядчик – ООО «Стройбизнес»; а также копии акта и разрешения, которые были представлены ООО СК «Лидер Ярославль» в составе второй части заявки в электронной форме (том 4 л.д. 26).

По итогам аукциона 24.10.2011 между муниципальным учреждением «Капитального строительства, жилищно-коммунального хозяйства и тарифной политики Некрасовского муниципального района» и ООО СК «Лидер Ярославль» был заключен муниципальный контракт на выполнение функций генерального подрядчика по завершению строительства акушерского корпуса с приспособлением под корпус стационарных отделений МУЗ «Некрасовская ЦРБ» с инженерными коммуникациями по адресу: Ярославская область, Некрасовский муниципальный район, сельское поселение Некрасовское на сумму 96 285 684 рублей.

11.01.2013 комиссия УФАС приняла решение (в полном объеме изготовлено 25.01.2013), в соответствии с которым Общество было признано нарушившим часть 1 статьи 14 Закона № 135-ФЗ. Признаки недобросовестной конкуренции усмотрены ответчиком в действиях ООО СК «Лидер Ярославль» по предоставлению недостоверной информации об опыте работы в рамках второй части заявки на участие в аукционе в электронной форме, что привело Общество к победе на торгах, заключению муниципального контракта, а также нарушению прав иных участников аукциона, поскольку они могли одержать победу в аукционе путем добросовестной конкуренции (том 1 л.д. 23-29).

На момент рассмотрения дела Управлением ООО СК «Лидер Ярославль» по данному контракту получен доход в сумме 85 186 853 рублей 61 копейки с учетом НДС и 69 853 219 рублей 69 копеек без учета НДС, что подтверждается платежными поручениями, представленными в материалы дела и справкой департамента строительства Ярославской области (том 2 л.д. 29).

В этой связи ООО СК «Лидер Ярославль» выдано предписание о перечислении в доход федерального бюджета 69 853 219 рублей 69 копеек дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства (том 1 л.д. 21-22).

Не согласившись с решением и предписанием антимонопольного органа, Общество обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с требованием о признании их недействительными.

Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что рассмотренные действия заявителя были направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, совершены с целью победить в аукционе и получить право на заключение муниципального контракта, противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, могли причинить убытки участнику размещения заказа, предложившему в ходе аукциона цену контракта, следующую за ценой, предложенной ООО СК «Лидер Ярославль». При таких обстоятельствах суд, отклонив доводы Общества об отсутствии вины в совершении рассматриваемого правонарушения, признал законным и обоснованным вывод УФАС о наличии в действиях ООО СК «Лидер Ярославль» признаков недобросовестной конкуренции. Установленный ответчиком размер дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства и подлежащего взысканию в доход федерального бюджета, признан правильным. В этой связи в удовлетворении заявленных требований Обществу было отказано.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, заслушав представителей Общества, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из следующего.

Согласно части 1 статьи 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, 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 ненормативного акта недействительным, решения и действия (бездействия) незаконными необходимо наличие одновременно двух условий: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности, что также отражено в пункте 6 постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Отсутствие предусмотренной статьей 198 АПК РФ совокупности условий, необходимой для оспаривания ненормативного правового акта, действия, решения, влечет в силу части 3 статьи 201 АПК РФ отказ в удовлетворении

заявленных требований.

В силу части 1 статьи 3 Закон № 135-ФЗ распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

В статье 4 Закона о защите конкуренции определено, что 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 (пункт 7).

Статьей 14 Закона о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию. Приведенный в данной норме закона перечень нарушений не является исчерпывающим.

В силу пункта 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Материалами дела подтверждается, что ООО СК «Лидер Ярославль» и ООО «Радострой», предложившее на аукционе цену контракта, следующую за ценой победителя, являлись конкурентами в рамках проведенного аукциона на право заключения муниципального контракта.

Заявитель в апелляционной жалобе ошибочно ссылается на то, что действия Общества по заключению договора возмездного оказания услуг от 28.07.2011 с Соколовым И.А., в рамках которого данный гражданин в интересах ООО СК «Лидер Ярославль» оказывал услуги по поиску процедур закупок коммерческих и государственных заказчиков; а также выполнял комплекс организационных мероприятий для участия Общества в процедурах закупок, признаны недобросовестной конкуренцией.

В качестве акта недобросовестной конкуренции Управлением признаны действия Общества, выразившиеся в представлении в составе второй части заявки при проведении открытого аукциона в электронной форме недостоверных сведений в подтверждение опыта работы в сфере строительства, подтверждающих исполнение функций генерального подрядчика при строительстве объекта капитального строительства, завершеного строительством в 2010 году, введенного в эксплуатацию в феврале 2011 года, то есть до момента создания ООО СК «Лидер Ярославль» в апреле 2011 года, которые привели Общество к победе на торгах и заключению с ним муниципального контракта.

Отклоняя доводы апелляционной жалобы о неправомерной квалификации действий заявителя, об отсутствии вредных последствий, наступивших непосредственно в результате противоправных действий, апелляционный суд исходит из следующего.

К актам недобросовестной конкуренции, запрещенным статьей 14 Закона №135-ФЗ, помимо перечисленных в ней, могут быть отнесены не предусмотренные частью 2 статьи 14 и иными нормами названного Закона



действия, оказывающие негативное влияние на конкуренцию, конкурента, его товары, результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации путем нерыночного и иного информационного, нечестного, незаконного воздействия.

Следовательно, в статье 14 Закона о защите конкуренции под недобросовестной конкуренцией подразумевается применение нерыночных, преимущественно информационных, нечестных способов ведения бизнеса.

Статья 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, подписанной Союзом Советских Социалистических Республик 12.10.1967, содержит общий запрет недобросовестной конкуренции, под которой, как следует из параграфа 2 этой статьи, понимаются всякие акты, противоречащие честным обычаям в промышленных и торговых делах.

Таким образом, недобросовестная конкуренция не подразумевает под собой исключительную направленность на причинение вреда третьим лицам, обратное не соответствует нормам Закона о защите конкуренции, Парижской конвенции по охране промышленной собственности, Гражданского кодекса Российской Федерации, а также противоречит толкованию понятия «недобросовестная конкуренция», данному Конституционным Судом Российской Федерации в определении от 01.04.2008 № 450-О-О, указавшим на расширение области судебного усмотрения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и многообразии форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям делового оборота, что позволяет суду в каждом конкретном случае с помощью понятийного аппарата антимонопольного законодательства (статья 4 Закона о защите конкуренции) обосновывать отказ в защите того или иного субъективного права в соответствии с пунктом 2 статьи 10 ГК РФ.

Истолкование акта недобросовестной конкуренции как действия, направленного исключительно на причинение вреда другому лицу, является необоснованным сужением понятия «недобросовестная конкуренция».

В рассматриваемом в настоящем деле случае Общество, являясь участником открытого аукциона в электронной форме, в целях соответствия требованиям, установленным аукционной документацией (требование о выполнении участниками за последние пять лет, предшествующие дате окончания срока подачи заявок на участие в аукционе, работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объекта капитального строительства, относящегося к определенной группе, стоимость которого составляет не менее 20 процентов начальной (максимальной) цены контракта, на право заключить который проводится аукцион; где учитывалась стоимость всех выполненных участником работ), включило в состав своей заявки документы, в которых содержались недостоверные сведения о наличии у Общества необходимого опыта работ. Недостоверность указанных сведений подтверждается совокупностью представленных в материалы дела документов.

В соответствии с пунктом 2 части 6 статьи 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 статьей 11 данного Федерального закона.

Таким образом, заявка Общества, действующего разумно и добросовестно,

в случае представления им на участие в аукционе исключительно достоверных сведений, могла быть отклонена на основании указанной нормы как не соответствующая требованиям аукционной документации, при этом право на заключение муниципального контракта перешло бы к ООО «Радострой». При таких обстоятельствах следует признать, что конечным итогом рассмотренных действий заявителя являлось получение преимуществ, занятие более выгодного положения. Вывод суда первой инстанции о том, что данные действия противоречат обычаям делового оборота, требованиям добросовестности, разумности и справедливости, является правильным.

Кроме того, такое поведение Общества могло привести к возникновению у иных участников аукциона убытков, под которым в смысле статьи 15 ГК РФ понимаются и неполученные доходы, которые они могли бы получить в случае отклонения заявки ООО СК «Лидер Ярославль» и заключения с ними муниципального контракта, то есть при обычных условиях гражданского оборота.

При таких обстоятельствах в данном случае имеются все элементы состава, необходимые для квалификации совершенного Обществом деяния в качестве акта недобросовестной конкуренции.

Доводы заявителя жалобы о том, что одно из доказательств недостоверности представленных участником аукциона сведений – письмо оперативно-розыскной части экономической безопасности и противодействия коррупции Управления МВД России по Ярославской области – получено с нарушением требований Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и не может быть признано допустимым, подлежат отклонению, поскольку названный Закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, и закрепляет систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий, следовательно, его положения не применимы в отношении представления в ответ на запрос УФАС, по заявлению которого в отношении Общества проводились оперативно-розыскные мероприятия, соответствующих сведений.

Указание в апелляционной жалобе на то, что акт осмотра объекта капитального строительства от 09.12.2010 подтверждает лишь факт завершения строительства объекта, но никак не то обстоятельство, что Общество не было причастно к его строительству, также не свидетельствует о достоверности представленных на участие в аукционе сведений, поскольку в связи с регистрацией ООО СК «Лидер Ярославль» при его создании только лишь 15.04.2011, ссылки Общества на причастность к строительству названного объекта, завершеного строительством до момента создания данного юридического лица, безотносительны.

Также апелляционный суд отклоняет ссылки на то, что судом не были запрошены оригиналы документов, свидетельствующие о недостоверности представленных сведений.

В соответствии с частью 6 статьи 71 АПК РФ арбитражный суд не может считать доказанным факт, подтверждаемый только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен или не передан в суд оригинал документа, а копии этого документа, представленные лицами, участвующими в деле, не тождественны между собой и невозможно установить подлинное содержание первоисточника с помощью других доказательств.

В рассматриваемом случае совокупность перечисленных в части 6 статьи 71 АПК РФ факторов места не имела.

Из письма Комитета государственного строительного надзора города Москвы видно, что в адрес антимонопольного органа были направлены надлежащим образом заверенные копии актов приемки объекта капитального строительства. При этом с учетом направления ответчиком запросов в различные органы и полученной от них информации имелась возможность установить подлинное содержание первоисточника с помощью других доказательств. Оснований сомневаться в достоверности представленных в заверенных копиях документов у суда не имелось.

Также в апелляционной жалобе в опровержение указанных выводов ООО СК «Лидер Ярославль» ссылается на письмо ООО «Риэлт-Кодекс», адресованное директору муниципального учреждения «Капитального строительства, жилищно-коммунального хозяйства и тарифной политики Некрасовского муниципального района», без номера и без даты, в котором сообщается о том, что Общество действительно выполняло функции генерального подрядчика по строительству социального объекта шаговой доступности торгово-бытового назначения по адресу: г. Москва, Варшавское шоссе, д. 71, корп. 3.

Вместе с тем апелляционный суд не может принять во внимание данную информацию на основании следующего.

Согласно акту приемки объекта капитального строительства от 31.03.2010 строительство названного объекта было выполнено согласно требованиям нормативных документов, с названной даты объект считается принятым от генерального подрядчика для подготовки его к эксплуатации (том 3 л.д. 40-41). В качестве генерального подрядчика в акте указано ООО «Стройбизнес». 09.12.2010 в ходе осмотра объекта капитального строительства специалистом Комитета государственного надзора города Москвы в присутствии главного инженера ООО «Риэлт-Кодекс» было подтверждено, что названный объект завершен строительством, что отражено в акте от 09.12.2010 (том 3 л.д. 50).

Разрешение на ввод объекта в эксплуатацию № RU77165000-003349 было выдано 08.02.2011 (том 3 л.д. 37-39).

Указанные действия имели место до регистрации в качестве юридического лица ООО СК «Лидер Ярославль», созданного 15.04.2011. Свидетельство о допуске к определенному виду или видам работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, было выдано Обществу некоммерческим партнерством строителей «Строители железнодорожных комплексов» 14.09.2011 (том 2 л.д. 189).

Таким образом, заявитель не мог быть причастен к строительству объекта, завершенного строительством до его регистрации.

Приложенный к письму ООО «Риэлт-Кодекс» акт приемки законченного строительством объекта от 28.08.2011 (том 4 л.д. 81-83), а также разрешение на ввод объекта в эксплуатацию № RU77165000-003349, датированное 08.09.2011 (том 4 л.д. 78-80), явно противоречащее представленному оперативно-розыскной частью экономической безопасности и противодействия коррупции Управления МВД России по Ярославской области разрешению с тем же номером (том 4 л.д. 17-29), не могут служить доказательством достоверности представленных Обществом на участие в аукционе сведений исходя из совокупности имеющихся в деле доказательств.

Решение Арбитражного суда Ярославской области от 30.05.2012 по делу

№А82-13714/2011, на которое ссылается заявитель жалобы, вопреки его утверждениям не может иметь преюдициального значения для рассматриваемого спора, поскольку факт отсутствия вины ООО СК «Лидер Ярославль» при предоставлении им недостоверной информации во второй части аукционной заявки не устанавливался судом. Предметом спора в рамках названного дела являлось признание недействительными результатов проведенного аукциона. При этом в удовлетворении заявленных требований было отказано по той причине, что ООО «Радострой» не доказало нарушения норм законодательства при проведении торгов в действиях аукционной комиссии, не наделенной полномочиями по проверке достоверности представленных участником аукциона сведений.

Оценив в порядке статьи 71 АПК РФ имеющиеся в материалах дела документы и доказательства, апелляционный суд считает возможным согласиться с выводами суда первой инстанции о несостоятельности аргументов заявителя в обоснование отсутствия его вины в совершении вмененного правонарушения.

Ссылки на наличие договора, заключенного с гражданином Соколовым И.А., который собирал для ООО СК «Лидер Ярославль» необходимую документацию для участия в аукционе, безосновательны, поскольку Общество при принятии решения об участии в аукционе знало о требованиях к участникам размещения заказа и необходимости наличия определенного опыта, однако в отсутствие такового представило недостоверную информацию о его наличии, в связи с чем было допущено к участию в аукционе, одержало победу и получило право на заключение контракта.

В силу части 1 статьи 41.2 Закона № 94-ФЗ все связанные с получением аккредитации на электронной площадке и проведением открытых аукционов в электронной форме документы и сведения направляются участником размещения заказа, направляются заказчиком, уполномоченным органом, специализированной организацией, оператором электронной площадки, уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти либо размещаются ими на официальном сайте или электронной площадке в форме электронных документов. При этом согласно части 2 названной статьи документы и сведения, направляемые в форме электронных документов участником размещения заказа, направляемые заказчиком, уполномоченным органом, уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов федеральным органом исполнительной власти либо размещаемые ими на официальном сайте или электронной площадке в форме электронных документов, должны быть подписаны усиленной электронной подписью в соответствии с условиями функционирования электронных площадок лица, имеющего право действовать от имени соответственно участника размещения заказа, заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного на осуществление контроля в сфере размещения заказов федерального органа исполнительной власти, если иное не предусмотрено настоящей главой.

Вторая часть заявки Общества была направлена в форме электронного документа, все сведения были заверены электронной подписью, следовательно, считаются поданными от имени участника размещения заказа, которым являлось ООО СК «Лидер Ярославль», а не гражданин Соколов И.А.

Кроме того, поскольку Соколов И.А. использовал электронную цифровую

подпись по поручению директора Общества, права и обязанности по результатам оказанной услуги возникают у ООО СК «Лидер Ярославль». Согласно акту сдачи-приемки оказанных услуг от 31.10.2011 № 3 стороны взаимных претензий не имели.

При таких обстоятельствах выводы антимонопольного органа, изложенные в оспариваемом решении, о наличии в рассматриваемых действиях Общества признаков недобросовестной конкуренции правомерно поддержаны судом первой инстанции. Оснований для их опровержения в материалах дела не имеется, заявителем в апелляционной жалобе не приведено.

Доводы ООО СК «Лидер Ярославль» в обоснование бездоказательности данного вывода со ссылкой на допущенные ответчиком процессуальные нарушения в рамках процедуры возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства и рассмотрения дела не свидетельствуют об обратном.

ООО «Радострой» обращалось в антимонопольный орган 21.10.2011 с жалобой на действия аукционной комиссии при рассмотрении вторых частей заявок на участие в открытом аукционе. Указаний на неправомерность действий Общества в данной жалобе приведено не было.

Согласно пункту 3.1 действовавшего в тот период Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.12.2007 № 447, основанием для возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства помимо прочего является обнаружение Федеральной антимонопольной службой, ее территориальным органом, в том числе в результате проводимых ими проверок, признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Признаки нарушения заявителем части 1 статьи 14 Закона № 135-ФЗ были выявлены комиссией УФАС по контролю в сфере размещения заказов при рассмотрении названной жалобы ООО «Радострой» на действия аукционной комиссии. В соответствии со статьей 41.1 Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства – со дня окончания нарушения или его обнаружения.

В настоящем случае срок давности возбуждения дела антимонопольным органом соблюден. Иные нарушения, на которые указывает заявитель жалобы, в частности в части превышения предельных сроков рассмотрения материалов, в подтверждение чего заявитель представил письмо УФАС по Ярославской области от 05.06.2013, существенным образом не повлияли на права Общества и не являются основанием для признания недействительными оспариваемых решения и предписания Управления. Ссылка Общества, что в случае принятия решения комиссией Управления в нормативно установленные сроки сумма дохода, подлежащая перечислению в бюджет по предписанию антимонопольного органа, была бы значительно меньше, судом отклоняется, поскольку доход получен Обществом вследствие нарушения антимонопольного законодательства, вследствие допущенных злоупотреблений. Как указал

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 24.06.2009 N11-П перечисление в бюджет незаконно полученного дохода призвано обеспечивать восстановление баланса публичных и частных интересов путем изъятия доходов, полученных хозяйствующим субъектом в результате злоупотреблений, и компенсировать таким образом не подлежащие исчислению расходы государства, связанные с устранением негативных социально-экономических последствий нарушения антимонопольного законодательства.

Указание заявителя на то, что в ходе судебного разбирательства по делу ответчик представлял отзывы на заявление в процессе каждого судебного заседания, по мнению апелляционного суда, не свидетельствует о незаконности принятого судебного акта.

В силу части 4 статьи 65 АПК РФ лица, участвующие в деле, вправе ссылаться только на те доказательства, с которыми другие лица, участвующие в деле, были ознакомлены заблаговременно.

Согласно части 3 статьи 131 АПК РФ отзыв на исковое заявление направляется в арбитражный суд и лицам, участвующим в деле, заказным письмом с уведомлением о вручении в срок, обеспечивающий возможность ознакомления с отзывом до начала судебного заседания.

В то же время из материалов дела видно, что судебные разбирательства по делу неоднократно откладывались, следовательно, у Общества имелась возможность полно и всесторонне ознакомиться с позицией Управления и представить в суд свои возражения. Не основанного на нормах процессуального законодательства бездействия суда, влекущего сомнения в объективности принятого решения, в рассматриваемом случае не усматривается.

Согласно подпункту «к» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган выдает хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

По смыслу пункта 3 части 3 статьи 41 Закона о защите конкуренции в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства должны содержаться выводы о наличии или об отсутствии оснований для выдачи предписания и перечень действий, включаемых в предписание и подлежащих выполнению.

В соответствии с частью 3 статьи 51 Закона № 135-ФЗ лицо, чьи действия (бездействие) в установленном настоящим Федеральным законом порядке признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия).

Закон о защите конкуренции понятие дохода не раскрывает; вместе с тем в действующем законодательстве понятие дохода как одного из вида объектов налогообложения определено в Налоговом кодексе Российской Федерации. Так, в соответствии со статьей 41 названного Кодекса доходом признается экономическая выгода в денежной или натуральной форме, учитываемая в случае возможности ее оценки и в той мере, в которой такую выгоду можно оценить, и определяемая в соответствии с главами «Налог на доходы физических лиц», «Налог на прибыль организаций» настоящего Кодекса. Министерство

финансов Российской Федерации, уточняя данное понятие в пункте 7.5 Положения по бухгалтерскому учету «Доходы организации» ПБУ 9/99, утвержденного приказом от 06.05.1999 № 32н, указало, что доходом считается увеличение экономических выгод в течение отчетного периода или уменьшение обязательств, которые приводят к увеличению капитала, отличного от вкладов собственников. Доходы включают такие статьи, как выручка от реализации продукции, работ, услуг, проценты и дивиденды к получению, роялти, арендная плата, а также прочие доходы (поступления от продажи основных средств; нереализованные прибыли, полученные вследствие переоценки рыночных ценных бумаг, и др.).

Суд апелляционной инстанции считает правомерным использование указанного понятия дохода, поскольку в спорном случае Обществом фактически осуществлялась предпринимательская деятельность, что соответственно предполагает определение ее экономических результатов.

Понятие «доход» не идентично понятию «чистая прибыль», на которое ссылается заявитель в апелляционной жалобе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 249 Налогового кодекса Российской Федерации доходом от реализации признаются выручка от реализации товаров (работ, услуг) как собственного производства, так и ранее приобретенных, выручка от реализации имущественных прав.

Согласно пункту 1 статьи 248 Налогового кодекса Российской Федерации при определении доходов из них исключаются суммы налогов, предъявленные в соответствии с настоящим Кодексом налогоплательщиком покупателю (приобретателю) товаров (работ, услуг, имущественных прав).

Соответственно довод Общества о том, что при определении дохода полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства необходимо учитывать расходы является несостоятельным. Оснований для принятия доводов Общества о понесенных в процессе строительства объекта расходах не имеется. Законодатель устанавливает обязанность лица, осуществляющего недобросовестную конкуренцию, перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий, а не прибыль. Под доходом понимается любой приток денежных средств или получение материальных ценностей, обладающих денежной стоимостью.

Факт получения заявителем дохода в результате нарушения антимонопольного законодательства в размере 69 853 219 рублей 69 копеек без учета НДС установлен антимонопольным органом и судом и подтверждается представленными в материалы дела документами.

Таким образом, УФАС правомерно определило сумму подлежащего перечислению в федеральный бюджет дохода исходя из совокупной суммы, перечисленной Обществу в рамках исполнения контракта, заключенного по результатам проведения спорного аукциона, при участии в котором Общество совершило неправомерные действия, признанные недобросовестной конкуренцией.

С учетом изложенного апелляционный суд приходит к выводу о том, что оспариваемое решение ответчика принято антимонопольным органом в пределах его компетенции, соответствует действующему законодательству и не нарушает права и законные интересы Общества. Предписание выдано Управлением на основании принятого по делу о нарушении антимонопольного законодательства решения и не противоречит закону.

Судом апелляционной инстанции исследованы все доводы апелляционной жалобы ООО СК «Лидер Ярославль», однако они не опровергают выводов суда, изложенных в обжалуемом решении.

Согласно части 3 статьи 201 АПК РФ 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.

С учетом изложенного, решение суда первой инстанции следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу Общества – без удовлетворения.

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных в части 4 статьи 270 АПК РФ и являющихся безусловными основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Согласно пункту 15 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 25.05.2005 № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации» при обжаловании судебных актов по делам о признании ненормативного правового акта недействительным и о признании решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц незаконными государственная пошлина уплачивается юридическими лицами в размере 1000 рублей и в соответствии со статьей 110 АПК РФ относится на заявителя.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

#### ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Ярославской области от 24.05.2013 по делу №А82-1479/2013 оставить без изменения, а апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью строительная компания «Лидер Ярославль» – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в случаях и в порядке, установленных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Председательствующий

Г.Г. Ившина

Судьи

Г.Г. Буторина

П.И. Кононов