

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

г. Киров

03 июня 2014 года

Дело № А31-14350/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 03 июня 2014 года.

Полный текст постановления изготовлен 03 июня 2014 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
Измоденовой Ю.А.,

без участия сторон,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу департамента
транспорта и дорожного хозяйства Костромской области
на решение Арбитражного суда Костромской области от 18.03.2014 по делу
№А31-14350/2013, принятое судом в составе судьи Цветкова С.В.,

по заявлению департамента транспорта и дорожного хозяйства Костромской
области (ИНН: 4401015844, ОГРН: 1024400527777)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области
(ИНН: 4401004867, ОГРН: 1024400537556)
о признании незаконными решения и предписания от 14.10.2013 по делу № 04-
37/1147 о нарушении антимонопольного законодательства,

установил:

департамент транспорта и дорожного хозяйства Костромской области (далее
– заявитель, Департамент) обратился в Арбитражный суд Костромской области с
уточненным в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса
Российской Федерации (далее – АПК РФ) заявлением о признании незаконными
решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Костромской
области (далее – ответчик, Управление, УФАС, антимонопольный орган) от
14.10.2013 по делу № 04-37/1147 о нарушении антимонопольного
законодательства в той части, в которой заявитель был признан нарушившим
часть 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите
конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции, Закон № 135-ФЗ), что
выразилось в бездействии по опубликованию предложения о заключении
договора на перевозки в период с 01.01.2011 по 17.11.2011 только в отношении

межмуниципального маршрута № 101, и вынесенного на основании данного решения обязательного для исполнения предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Решением суда от 18.03.2014 в удовлетворении уточненных заявленных требований было отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, полагая, что судом неправильно были применены нормы материального права, Департамент обратился во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт.

Возражая против обоснованности решения УФАС в оспариваемой части, заявитель отмечает, что информация с предложением о заключении договора на обеспечение осуществления регулярных перевозок пассажиров и багажа в числе прочих и по маршруту № 101 «Кострома – Караваево» была опубликована в установленном порядке в сети Интернет, заявлений от потенциальных участников не поступило, в связи с чем в целях обеспечения транспортного обслуживания населения были перезаключены ранее действовавшие договоры на временное осуществление регулярных перевозок с прежними перевозчиками. Департамент указывает, что в сложившейся ситуации перезаключение договоров с уже имеющимися перевозчиками, согласными работать себе в убыток, является единственным способом сохранения транспортной доступности для жителей области.

Заявитель обращает внимание на то, что проведение конкурса, как и установление требований для участия в нем, находится в компетенции Департамента и не создает преимущественных условий для участия в конкурсе определенным лицам. Также заявитель полагает, что в связи с неуказанием антимонопольным органом в оспариваемом решении конкретного пункта части 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ, не представляется возможным уяснить, нарушение какой нормы вменено Департаменту. Кроме того, по мнению заявителя, в рассматриваемом случае Управлением не доказана возможность наступления негативных последствий на товарном рынке; в то же время констатация тех или иных действий, препятствующих осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, не может рассматриваться как необходимое и достаточное основание для признания таких действий нарушающими часть 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

Ответчик представил письменный отзыв на апелляционную жалобу, в котором опровергает доводы Департамента, находит обжалуемое решение суда законным и обоснованным и не усматривает правовых оснований для его отмены.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, явку представителей в судебное заседание апелляционного суда не обеспечили, ходатайствовали о рассмотрении дела без участия своих представителей. В соответствии со статьей 156 АПК РФ дело рассматривается в отсутствие представителей сторон.

Законность решения Арбитражного суда Костромской 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, в соответствии с ежегодным планом проведения проверок на 2012 год, на

основании приказа руководителя УФАС от 05.09.2012 № 100, инспекцией Управления в период с 10.09.2012 по 30.09.2012 была проведена плановая проверка Департамента на предмет соблюдения требований статей 15 – 21 Закона о защите конкуренции за период деятельности с 01.01.2011 по 01.07.2012.

В ходе проверки инспекция Управления установила, что в течение 2011 года Департамент заключал с государственным предприятием Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3» договоры на временное осуществление перевозок пассажиров и багажа следующим образом:

- по маршруту № 118 «Кострома – Подольское» был заключен временный договор от 26.01.2011 № 15 на срок с 01.01.2011 по 30.06.2011; в дальнейшем заключен временный договор от 29.07.2011 № 77/11в на срок с 01.07.2011 по 31.12.2011; публичное предложение о заключении договора на обеспечение осуществления регулярных перевозок по данному маршруту было опубликовано Департаментом только 17.11.2011;

- по маршруту № 211 «Кострома – Кобякино» был заключен временный договор от 26.01.2011 № 17 на срок с 01.01.2011 по 30.06.2011; в дальнейшем заключены временные договоры от 29.07.2011 № 89/11в на срок с 01.07.2011 по 31.12.2011, от 30.12.2011 № 177/11в на срок с 01.01.2012 по 30.06.2012, от 29.06.2012 № 71/12в на срок с 01.07.2012 по 31.12.2012; публичное предложение о заключении договора на обеспечение осуществления регулярных перевозок по данному маршруту было опубликовано Департаментом только 17.11.2011;

- по маршруту № 125 «Кострома – Волгореченск» был заключен временный договор от 26.01.2011 № 16 на срок с 01.01.2011 по 30.06.2011; в дальнейшем заключены временные договоры от 09.08.2011 № 99/11в на срок с 01.07.2011 по 31.12.2011, от 30.12.2011 № 179/11в на срок с 01.01.2012 по 30.06.2012; публичное предложение о заключении договора на обеспечение осуществления регулярных перевозок по данному маршруту было опубликовано Департаментом только 20.10.2011;

- по маршруту № 101 «Кострома – Караваево» был заключен временный договор от 25.01.2011 № 17 на срок с 01.01.2011 по 30.06.2011; в дальнейшем заключены временные договоры от 29.07.2011 № 78/11в на срок с 01.07.2011 по 31.12.2011, от 30.12.2011 № 178/11в на срок с 01.01.2012 по 30.06.2012; публичное предложение о заключении договора на обеспечение осуществления регулярных перевозок по данному маршруту было опубликовано Департаментом только 17.11.2011.

Проверяющие пришли к выводу о том, что Департаментом нарушены требования части 12 статьи 10 Закона Костромской области от 18.11.2009 № 539-4-ЗКО «Об организации транспортного обслуживания населения в Костромской области» (в редакции, действовавшей в период рассматриваемых правоотношений), в силу которой заключение договора на временное осуществление перевозок пассажиров и багажа допускается на срок не более шести месяцев в установленных данной частью случаях.

Результаты плановой проверки отражены в акте от 25.09.2012 № 19/214 (том 3 л.д. 43-48).

По признакам нарушения части 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ, выразившегося в непринятии мер по опубликованию предложений о заключении договоров на обеспечение осуществления регулярных перевозок пассажиров и багажа по маршрутам межмуниципального сообщения Костромской области №101

«Кострома – Караваево», № 125 «Кострома – Волгореченск», № 118 «Кострома – Подольское», № 211 «Кострома – Кобякино» в отношении Департамента было возбуждено дело № 04-37/1147 о нарушении антимонопольного законодательства.

03.10.2013 по результатам рассмотрения указанного дела комиссия УФАС приняла решение (в полном объеме изготовлено 14.10.2013), в соответствии с которым был признан факт нарушения Департаментом части 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ, заключающегося в бездействии по опубликованию предложений о заключении договоров на перевозки в период с 01.01.2011 по 20.10.2011 (по межмуниципальному маршруту № 125) и в период с 01.01.2011 по 17.11.2011 (по межмуниципальным маршрутам № 101, 118, 211), что повлекло создание преимущественных условий деятельности для государственного предприятия Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3», с которым Департамент заключал временные договоры, на соответствующих товарных рынках (том 1 л.д. 14-23).

В предписании с учетом определения об исправления описки от 09.12.2013 (том 1 л.д. 50-51) заявителю предписано совершить действия, направленные на обеспечение конкуренции на рынке регулярных перевозок пассажиров и багажа по межмуниципальному маршруту № 101 в Костромской области и в срок до 31.12.2013 обеспечить опубликование в установленном порядке в средствах массовой информации и на официальном сайте в сети Интернет предложения о заключении договоров на обеспечение осуществления регулярных перевозок пассажиров и багажа по межмуниципальному маршруту № 101 (том 1 л.д. 24-25).

Не согласившись с решением антимонопольного органа в части признания Департамента нарушившим установленный антимонопольный запрет только относительно маршрута № 101 и вынесенным на его основании предписанием, заявитель обратился в Арбитражный суд Костромской области с требованием о признании их незаконными.

Суд первой инстанции пришел к выводу о правомерности квалификации действий Департамента по части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции и наличии состава вмененного нарушения, в связи с чем отказал в удовлетворении заявленных требований.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, 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 органов, осуществляющих публичные полномочия, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение 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 соответствии с частью 2 статьи 1 Закона № 135-ФЗ целями данного 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.

В части 1 статьи 3 названного Закона указано, что он распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия).

Согласно разъяснениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенным в пункте 8 постановления от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» при рассмотрении дел о признании недействующими или недействительными актов названных органов, о признании незаконными их действий (бездействия) по заявлениям антимонопольного органа, поданным в связи с нарушением части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции, арбитражные суды должны учитывать следующее: если антимонопольным органом доказано, что акты, действия (бездействие) приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а соответствующим органом не указана конкретная норма федерального закона, разрешившая данному органу принять оспариваемый акт, осуществить действия (бездействие), заявленные требования подлежат удовлетворению.

При этом под конкуренцией понимается 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 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Признаками ограничения конкуренции являются, в том числе, любые обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке (пункт 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

По смыслу статьи 15 Закона № 135-ФЗ нормативно установленный запрет адресован органам, осуществляющим властные функции, и распространяется прежде всего на их акты и действия в сфере публично-правовых отношений в целях предупреждения негативного вмешательства в конкурентную среду посредством использования административных инструментов.

Имеющиеся в деле материалы позволяют прийти к выводу о том, что суд первой инстанции на основании достаточной совокупности доказательств, которым при правильном применении статьи 71 АПК РФ дана надлежащая правовая оценка, правомерно поддержал позицию антимонопольного органа и признал решение и предписание УФАС законными и обоснованными, поскольку ответчиком доказано, что в результате спорных действий (бездействия) Департамента по опубликованию предложений о заключении постоянных договоров на перевозки и неоднократного перезаключения временных договоров с единственным хозяйствующим субъектом без проведения конкурсных процедур иные хозяйствующие субъекты, желавшие осуществлять деятельность на соответствующем товарном рынке, не получили возможность реализовать свое право побороться за заключение договора на перевозки, доступ на рынок пассажирских перевозок по конкретным маршрутам был закрыт, а для государственного предприятия Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3» были созданы преимущественные условия деятельности на рынке.

Отношения, связанные с организацией транспортного обслуживания населения на территории Костромской области при осуществлении регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным, городским наземным электрическим, воздушным, водным, железнодорожным транспортом общего пользования, регулирует Закон Костромской области от 18.11.2009 № 539-4-ЗКО «Об организации транспортного обслуживания населения в Костромской области».

Анализ статьи 10 названного Закона позволяет сделать вывод о том, что в целях организации транспортного обслуживания населения автомобильным и городским наземным электрическим транспортом общего пользования между перевозчиком и организатором перевозок заключается договор на обеспечение осуществления регулярных перевозок пассажиров и багажа. Данный договор заключается на срок не менее чем на три года. Привлечение перевозчиков для осуществления перевозок допускается исключительно на конкурсной основе. При этом в части 12 статьи 10 Закона № 539-4-ЗКО предусмотрена возможность заключения временного договора на срок не более шести месяцев в строго оговоренных ситуациях: в случае отказа перевозчика от исполнения условий

ранее заключенного договора и (или) досрочного расторжения договора; осуществления пробных рейсов для выполнения обследования пассажиропотока; если потребность в осуществлении регулярных перевозок пассажиров и багажа по маршруту (маршрутам) обусловлена обстоятельствами, которые невозможно было предусмотреть заранее и заключить соответствующий договор в пределах сроков.

Таким образом, право заключить краткосрочный договор без проведения конкурсной процедуры, то есть в упрощенном порядке, предоставлено исключительно в целях бесперебойного оказания услуг по маршрутным перевозкам пассажиров и багажа автобусами по муниципальным и межмуниципальным маршрутам, недопущения длительных срывов в работе пассажирского транспорта.

Вместе с тем в рассматриваемом случае строго определенные Законом №539-4-ЗКО основания для заключения временного договора отсутствовали, поскольку неоднократное перезаключение краткосрочного договора с государственным предприятием Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3» было вызвано не открытием или изменением маршрута, не осуществлением пробных рейсов, а проведением обследования пассажиропотоков в плановом порядке.

Кроме того, суд первой инстанции обоснованно отметил, что в период действия временного договора организатор перевозок обязан принять меры к скорейшему созданию возможности заключить договор на перевозки в установленном порядке – на публичной (конкурсной) основе, в противном случае заключение временного договора теряет установленный для него законодателем характер вынужденной меры.

Однако, как установлено антимонопольным органом, Департамент в установленный законом срок (6 месяцев) не предпринял необходимых и достаточных мер для определения минимально необходимого уровня транспортного обслуживания и перезаключил временные договоры на новый срок, что является недопустимым. Невозможность проведения обследования ввиду ограниченной штатной численности Департамента, на что указывает в апелляционной жалобе заявитель, не является обстоятельством, свидетельствующим о наличии исключения из установленного правила.

Кроме того, при утверждении расписаний для государственного предприятия Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3» Департамент использовал данные о минимально необходимом уровне, определенном ранее. Следовательно, у заявителя имелись достаточные сведения для опубликования предложений о заключении договоров на перевозки и проведения конкурсных процедур в рамках действовавшего на тот момент минимально необходимого уровня транспортного обслуживания.

Несмотря на это в течение срока действия временных договоров публичное предложение о заключении договоров перевозки в открытом доступе не размещалось (до 20.10.2011 и до 17.11.2011), в связи с чем хозяйствующие субъекты не были проинформированы о необходимости обслуживания определенных маршрутов и были лишены возможности претендовать на заключение договора перевозки. В этой связи является несостоятельным довод Департамента о том, что перезаключение временных договоров было обусловлено отсутствием заявлений о заключении постоянных договоров от иных хозяйствующих субъектов.

При таких обстоятельствах апелляционный суд приходит к выводу, что в рассматриваемом случае Департаментом не были приняты какие-либо меры для создания равной возможности всем хозяйствующим субъектам побороться за заключение договора на регулярные перевозки.

Отбор перевозчиков подразумевает, что каждый хозяйствующий субъект самостоятельно принимает решение об участии в отборе, все участники равны между собой, самостоятельные действия каждого из них будут влиять на результаты отбора и победителем будет определен лучший из перевозчиков.

Проведение отбора перевозчиков необходимо в целях обеспечения конкуренции, равного доступа на рынок регулярных перевозок хозяйствующих субъектов, соответствующих установленным критериям.

Бездействие заявителя по опубликованию предложений о заключении договоров на перевозки в период действия временных договоров нарушает императивный запрет на действия органов власти, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции на товарном рынке. Посредством неоднократного заключения временных договоров государственное предприятие Костромской области «Костромское пассажирское автотранспортное предприятие № 3» в приоритетном порядке, минуя процедуру отбора перевозчиков, приобрело возможность войти на рынок пассажирских перевозок, получило возможность осуществлять деятельность по перевозке пассажиров и багажа и получать прибыль от осуществления данной деятельности. Следовательно, Департамент обеспечил доступ указанному хозяйствующему субъекту на товарный рынок вне конкуренции.

При таких обстоятельствах выводы антимонопольного органа и суда о нарушении заявителем части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции являются правильными. Перечень конкретных нарушений приведен в пунктах 1 – 10 указанной нормы и не является закрытым, как ошибочно полагает заявитель жалобы. Бездействие Департамента было квалифицировано Управлением по общей норме, в связи с чем неуказание конкретного пункта не свидетельствует о невозможности уяснения существа нарушения.

Конкурентный товарный рынок установлен антимонопольным органом в решении. Признаки ограничения конкуренции установлены антимонопольным органом по тем основаниям, что иные хозяйствующие субъекты, претендующие на заключение договоров, были лишены законной возможности претендовать на осуществление деятельности на рынке. Поскольку именно к полномочиям Департамента относится проведение конкурсных процедур на право заключения договоров на перевозки, оснований для опровержения выводов УФАС по имеющимся в деле доказательствам у суда апелляционной инстанции не имеется.

Из смысла изложенной в части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции правовой нормы следует, что достаточным основанием для вывода о нарушении установленного в ней антимонопольного запрета является создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции.

Апелляционный суд отмечает, что в тех случаях, когда требуется проведение торгов, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие

получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо права ведения деятельности на нем.

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.

Поскольку решение УФАС от 14.10.2013 по делу № 04-37/1147 в оспариваемой части и вынесенное на его основании предписание соответствуют законодательству, не нарушают права и законные интересы Департамента, то оснований для удовлетворения заявленных требований у суда первой инстанции не имелось.

При таких обстоятельствах решение суда первой инстанции следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу заявителя – 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 подпункту 1 пункта 1 статьи 333.37 Налогового кодекса Российской Федерации от уплаты государственной пошлины освобождаются государственные органы, органы местного самоуправления, выступающие по делам, рассматриваемым в арбитражных судах, в качестве истцов или ответчиков, в связи с чем, государственная пошлина с заявителя жалобы не взыскивается.

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

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Костромской области от 18.03.2014 по делу №А31-14350/2013 оставить без изменения, а апелляционную жалобу департамента транспорта и дорожного хозяйства Костромской области – 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