

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «01» сентября 2022 года.

В полном объеме решение изготовлено «08» сентября 2022 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; заместителя председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; членов Апелляционной коллегии: «<...>», «<...>»,

в присутствии (по видео-конференц-связи): от ООО «Территория красоты»: «<...>» (по доверенности), «<...>» (по доверенности); от Ростовского УФАС России: «<...>»,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Территория красоты» на решение Ростовского УФАС России от 27.04.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/11-1672/2020 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ООО «Территория красоты» (далее также – Заявитель) на решение Ростовского УФАС России от 27.04.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/11-1672/2020 (далее соответственно — Жалоба, Решение, Дело).

На основании поступивших в Ростовское УФАС России материалов из прокуратуры Ростовской области, указывающих на наличие нарушения антимонопольного законодательства в действиях Заявителей при заключении и исполнении контракта на поставку кроватей медицинских функциональных ДНС в исполнении FB-3, приказом Ростовского УФАС

России возбуждено Дело в отношении ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» по признакам нарушения пункта 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Решением Ростовского УФАС России по Делу ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем заключения антиконкурентного соглашения и его последующей реализации при формировании начальной (максимальной) цены контракта (далее — НМЦК) и заключении (исполнении) контракта с Управлением здравоохранения города Ростов-на-Дону.

Доводы ООО «Территория красоты» изложены в жалобе, в частности, ООО «Территория красоты» считает, что Решение Ростовского УФАС России нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

Заказчиком – Управлением здравоохранения города Ростов-на-Дону (далее также — Заказчик) приобретались кровати медицинские функциональные ДНС в исполнении FB-3 (далее также – Кровати) в связи с распространением коронавирусной инфекции.

В целях предупреждения распространения коронавирусной инфекции (COVID-19) закупка Заказчиком проводилась у единственного поставщика на основании пункта 9 части 1 статьи 93 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе).

НМЦК определялась Заказчиком путем запроса коммерческих предложений у пяти поставщиков: ООО «Диомид», ООО «Стармед», ИП «<...>», ООО «Гермес-Мед», ООО «Территория красоты».

Предложения о цене представили:

- ООО «Территория красоты» - 400 000 рублей за единицу товара;
- ООО «Стармед» - 391 400 рублей за единицу товара.

17.04.2020 контракт на поставку 100 кроватей на сумму 39 140 000 рублей заключен Заказчиком с ООО «Стармед».

Ростовским УФАС России установлено, что ООО «Стармед», предложившее наименьшую цену за единицу товара в 391 400 рублей,

заключило договор поставки Кроватей согласно предмету контракта с ООО «Территория красоты» по цене 375 740 рублей за единицу товара. ООО «Территория красоты», в свою очередь, закупило Кровати у производителя ООО «Медсталин» по цене 216 283, 49 рублей за единицу товара.

При этом поставка Кроватей от ООО «Медсталин» осуществлялась непосредственно ООО «Стармед», что, по мнению Ростовского УФАС России, свидетельствует о заключении ответчиками ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к установлению цен на товарном рынке.

Ростовским УФАС России установлено также, что у ООО «Стармед» отсутствовали денежные средства для приобретения товаров (договор на поставку с ООО «Территория красоты» заключен с отсрочкой платежа), а также, что у ООО «Территория красоты», в свою очередь, была возможность исполнить оспариваемый контракт самостоятельно (предложение ООО «Территория красоты» превышало закупочную цену на 87,39%).

Ростовским УФАС России в решении от 31.03.2021 по Делу была установлена следующая совокупность косвенных доказательств заключения антиконкурентного соглашения между ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты»:

- с 2016 года ООО «Территория красоты» по итогам участия в публичных процедурах заключен 71 контракт на общую сумму 666 млн. рублей, тогда как

ООО «Стармед» заключен 21 контракт на общую сумму 262 млн. рублей, из которых исполнено 15 контрактов на сумму 60 685 705 рублей, в том числе оспариваемый контракт на сумму 39 140 000 рублей.

- отсутствие у ООО «Стармед» денежных средств для приобретения товаров (договор на поставку с ООО «Территория красоты» с отсрочкой платежа).

- наличие у ООО «Территория красоты» возможности исполнить оспариваемый контракт самостоятельно (предложение ООО «Территория красоты» превышало закупочную цену на 87,39%).

Также Ростовским УФАС России в решении от 31.03.2021 по Делу было установлено, что в марте 2020 года ООО «Стармед» заключило договор поставки Кроватей с ООО «Территория красоты» по цене 375 740 рублей за единицу товара. ООО «Территория красоты», в свою очередь, закупило Кровати у производителя ООО «Медсталин» по цене 216 283,49 рублей за единицу товара.

В связи с изложенным, Ростовское УФАС России в решении от 31.03.2021 пришло к выводу, что ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» намеренно создали цепочку посредников при участии в закупке в целях увеличения цены на поставляемый товар, в связи с чем решением Ростовского УФАС России от 31.03.2021 по Делу ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Не согласившись с решением Ростовского УФАС России от 31.03.2021 по Делу, ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» обжаловали его в Апелляционную коллегию.

По итогам рассмотрения жалобы решением Апелляционной коллегии от 28.06.2021 № 09/53091/21 указанное решение Ростовского УФАС России было отменено, в связи с тем, что в решении Ростовского УФАС России от 31.03.2021 и материалах Дела отсутствовала необходимая совокупность доказательств. Дело направлено на новое рассмотрение в Ростовское УФАС России.

По итогам рассмотрения Дела Решением Ростовского УФАС России ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в части заключения антиконкурентного соглашения (картельного сговора) и его последующей реализации при формировании НМЦК и заключении (исполнении) контракта № 17.2-04/2020 от 17.04.2020 с Управлением здравоохранения города Ростова-на-Дону, итогом которого стало установление и поддержание необоснованных, значительно завышенных цен (наценок) на Кровати в период пандемии.

По результатам рассмотрения жалобы ООО «Территория красоты» на решение Ростовского УФАС России от 27.04.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/11-1672/2020 Апелляционная коллегия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок.

Согласно пункту 22 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) при установлении наличия картельного соглашения подлежит доказыванию факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке и достигнутые между ними договоренности имеют предмет, определенный в пунктах 1 - 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Наличие конкурентных отношений между участниками картеля подтверждается результатами проведенного анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Ограничение конкуренции картелем в случаях, упомянутых в пунктах 1 - 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в силу закона предполагается.

При этом факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств (аналогичная позиция содержится в Разъяснении Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденным протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3).

Кроме того, согласно «Обзору по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере», утвержденному Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016, факт заключения хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

Указанная позиция также находит отражение в судебной практике, например, в постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017

№ Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 суд указал, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

Согласно материалам Дела и Решению Ростовским УФАС России установлена следующая совокупность косвенных доказательств антиконкурентного соглашения между ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты»:

- с 2016 года ООО «Территория красоты» по итогам участия в публичных процедурах заключен 71 контракт на общую сумму 666 млн. рублей, тогда

как

ООО «Стармед» заключен 21 контракт на общую сумму 262 млн. рублей, из которых исполнено 15 контрактов на сумму 60 685 705 рублей, в том числе оспариваемый контракт на сумму 39 140 000 рублей;

- отсутствие у ООО «Стармед» денежных средств для приобретения товаров (договор на поставку с ООО «Территория красоты» с отсрочкой платежа);

- наличие у ООО «Территория красоты» возможности исполнить оспариваемый контракт самостоятельно (предложение ООО «Территория красоты» превышало закупочную цену на 87,39%);

- наличие у ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» общего бухгалтера;

- из 18 контрактов на поставку медицинского оборудования, заключенных ООО «Территория красоты», в 12 ООО «Стармед» принимало участие в формировании цены, но стало победителем лишь в спорной закупке;

- договор от 17.04.2020 № 8/5 с отсрочкой платежа заключен между ООО «Территория красоты» и ООО «Стармед» в один день с заключением контракта от 17.04.2020 № 17.2-04/2020 между ООО «Стармед» и Заказчиком;

- доставка, разгрузка и сборка товара по договору поставки от 30.03.2020

№ 2021 осуществлялись силами ООО «Медсталин», поставка осуществлялась напрямую Заказчику. При этом ООО «Территория красоты» выполняло номинальную функцию в цепочке посредников «Производитель — Заказчик»;

- содержащиеся в материалах дела аудиозаписи телефонных переговоров между учредителем и директором ООО «Территория красоты» «<...>» и учредителем и директором ООО «Стармед» «<...>» подтверждают, что указанные лица тесно общаются, обсуждают поставки товаров медицинского назначения, способы заключения контрактов с заказчиками, переводы денежных средств.

Проанализировав вышеизложенные косвенные доказательства, Апелляционная коллегия ФАС России приходит к выводу об их недостаточности для установления факта заключения антиконкурентного соглашения между ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты», направленного на установление завышенной цены рассматриваемого в Деле контракта в связи со следующим.

Так, например, факт наличия у ООО «Территория красоты» возможности самостоятельно исполнить рассмотренный в Деле контракт ни сам по себе, ни во взаимосвязи с другими указанными в Решении фактами не свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения между ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты», поскольку напротив служит обоснованием отсутствия целесообразности и наличия у ООО «Территория красоты» выгоды от участия в описанном в деле антиконкурентном соглашении.

Факт наличия у ООО «Территория красоты» с 2016 года 71 заключенного контракта на общую сумму 666 млн. рублей, а у ООО «Стармед» 21 заключенного контракта на общую сумму 262 млн. рублей за аналогичный период времени также сам по себе не свидетельствует о наличии между указанными лицами антиконкурентного соглашения и при этом не взаимосвязан с иными косвенными доказательствами, приведенными в Решении.

Кроме того, стенограммы телефонных переговоров между учредителями ООО «Территория красоты» и ООО «Стармед», согласно которым указанные лица тесно общаются, обсуждают поставки товаров медицинского назначения, способы заключения контрактов с заказчиками, переводы денежных средств, не содержат информации об обсуждении должностными лицами ООО «Территория красоты» и ООО «Стармед» закупки или поставки Кроватей.

В этой связи Апелляционная коллегия приходит к выводу о недостаточном исследовании Ростовским УФАС России всех обстоятельств, имеющих значение для установления наличия или отсутствия в действиях ООО «Территория красоты» и ООО «Стармед» нарушения антимонопольного законодательства.

Как указывают суды, если решения приняты по неполно исследованным обстоятельствам, имеющим существенное значение для правильного рассмотрения дела, и недостаточно обоснованы, они подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение (постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.03.2013 по делу № А63-6158/2011, постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.07.2014 № Ф03-2772/2014 по делу № А51-23833/2013, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.10.2020 № Ф10-744/2020 по делу № А35-6841/2018).

Также основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является, в том числе неполное исследование территориальным органом обстоятельств дела и имеющихся в нем доказательств (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от

26.10.2017 № СП/73927/17, Решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

Кроме того, решением Апелляционной коллегии от 28.06.2021 № 09/53091/21 по итогам рассмотрения ранее поданной жалобы на решение Ростовского УФАС России от 31.03.2021 по Делу установлено нарушение Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок) при рассмотрении Дела.

Так, в решении Апелляционной коллегии от 28.06.2021 № 09/53091/21 указано, что географические границы товарного рынка установлены Ростовским УФАС России с нарушением требований Порядка, что привело к тому, что Ростовским УФАС России не был проанализирован состав участников рассматриваемого товарного рынка.

При новом рассмотрении Дела Ростовским УФАС указанное нарушение не устранено.

Согласно Порядку географические границы товарного рынка определяются как границы территории, на которой приобретатель (покупатель) приобретает или имеет экономическую, техническую или иную возможность приобрести товар (услугу) и не имеет такой возможности за ее пределами.

Пунктом 10.3 Порядка установлено, что географические границы товарного рынка определяются с учетом материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе территорий, определенных в соглашении хозяйствующих субъектов, в котором усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с подпунктом «в» пункта 4.2 Порядка определение географических границ товарного рынка проводится на основе информации о структуре товаропотоков (о границах территории, за пределы которой вывозится и на которую ввозится не более 10 процентов от общего объема рассматриваемой товарной массы).

Согласно пункту 4 части 1 статьи 3 Закона о контрактной системе участник закупки - любое юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала, за исключением юридического лица, местом регистрации которого является государство или территория, включенные в утверждаемый в соответствии с подпунктом 1 пункта 3 статьи 284 Налогового кодекса Российской Федерации перечень государств и территорий,

предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны) в отношении юридических лиц (далее - офшорная компания), или любое физическое лицо, в том числе зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя.

При этом процедура закупки у единственного поставщика предполагает право заказчика заключить контракт с любым участником закупки, в том числе с участниками товарного рынка, находящимися за пределами города Ростова-на-Дону и Ростовской области.

Ростовским УФАС не учтены выводы, изложенные в решении Апелляционной коллегии от 28.06.2021 № 09/53091/21, поскольку при новом рассмотрении дела географические границы товарного рынка повторно определены с нарушением Порядка, что повлекло неправильное определение круга участников товарного рынка.

Кроме того, процедура закупки, в рамках которой Ростовским УФАС вменяется заключение антиконкурентного соглашения, не является торгами либо иной конкурентной процедурой определения поставщика, а осуществлялась посредством заключения контракта у единственного поставщика согласно пункту 9 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе.

В силу части 4 статьи 93 Закона о контрактной системе цена контракта, заключаемого заказчиком с единственным поставщиком по основанию, предусмотренному пунктом 9 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе, определяется и обосновывается заказчиком самостоятельно.

Таким образом, процедура закупки у единственного поставщика предполагает право заказчика заключить контракт с любым участником закупки, в том числе с участниками товарного рынка, находящимися за пределами города Ростова-на-Дону и Ростовской области.

Поскольку заключение контракта в порядке пункта 9 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе не является конкурентной процедурой определения поставщика, факты направления ООО «Стармед» и ООО «Территория красоты» заказчику коммерческих предложений не создали обязанности для заказчика по заключению контракта с кем-либо из указанных лиц, равно как и не создали обязанности для заказчика учитывать заявленные в коммерческих предложениях цены при заключении контракта.

При таких обстоятельствах, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что индивидуальные действия ООО «Стармед» и ООО «Территория

красоты» по направлению коммерческих предложений сами по себе не могли повлечь наступление такого антиконкурентного последствие, как установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок, что является необходимым условием квалификации деяния по пункту 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

С учетом изложенного, Апелляционная приходит к выводу, что Решение Ростовского УФАС России нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа или изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

РЕШИЛА:

1. Отменить решение Ростовского УФАС России от 27.04.2022 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/11-1672/2020;
2. Направить материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 061/01/11-1672/2020 на новое рассмотрение в Ростовское УФАС России.

Председатель

«<...>»

Апелляционной коллегии:

Заместитель председателя

Апелляционной коллегии:

«<...>»

«<...>»

Члены

Апелляционной коллегии:

«<...>»

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1. статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.