РЕШЕНИЕ

по жалобе ООО «Данон Трейд» на решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017

город Москва

Резолютивная часть решения объявлена «12» марта 2019 года.

Решение в полном объеме изготовлено «19» марта 2019 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия) в составе:

заместителя председателя Апелляционной коллегии:

<…>;

членов Апелляционной коллегии:

<…>;

<…>;

<…>,

рассмотрев жалобу ООО «Данон Трейд» (далее — Заявитель) на решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017 (далее — жалоба), в присутствии: представителей ООО «Данон Трейд» — <…> (доверенность от 11.07.2018 № 156/18), <…> (доверенность от 15.02.2019 № б/н); представителя ООО «Молочный кит» (посредством видеоконференц-связи) — <…> (доверенность от 10.01.2018 № б/н); от Свердловского УФАС России (посредством видеоконференц-связи) — <…>, <…>, <…> (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

на рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ООО «Данон Трейд» на решение и предписание Свердловского УФАС России (далее также — антимонопольный орган) от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017.

Решением Свердловского УФАС России ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Нарушение выразилось в заключении между ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд» антиконкурентного соглашения путём отказа ООО «Молочный Кит» от участия в аукционе № 0162200011815001814 на поставку кефира и отказа ООО «Данон Трейд» от участия в аукционах №№ 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 на поставку молока, в которых Общества являлись единственными участниками, вследствие чего снижение НМЦК не произошло, что привело (могло привести) к поддержанию цен на торгах. На основании вынесенного решения в адрес Ответчиков выданы предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

В решении по делу Свердловским УФАС России отражены следующие обстоятельства.

Приказом Свердловского УФАС России от 17.11.2017 № 397 возбуждено дело № 03-16/14-2017 по признакам нарушения ООО «Молочный кит» и хозяйствующими субъектами-конкурентами в составе группы лиц ООО «Данон Индустрия», ООО «Данон Трейд» и ООО «Юнимилк» пунктов 2 и 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В 2015, 2016 и 2017 гг. Министерство здравоохранения Свердловской области являлось заказчиком по закупочным процедурам на поставку молока питьевого для питания детей раннего возраста (далее — молоко), продуктов кисломолочных, кефира для детей раннего возраста (далее — кефир), творога для питания детей раннего возраста (далее — творог) в лечебно-профилактические учреждения Свердловской области.

С победителем торгов №№ 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 на поставку молока в

2015, 2016 и 2017 гг. ООО «Молочный Кит» и победителем торгов № 0162200011815001814 на поставку кефира в 2016 году ООО «Данон Трейд» Министерством здравоохранения Свердловской области заключены государственные контракты по максимально возможной цене, поскольку ценовые предложения Обществами делались равными НМЦК.

Номер извещения о проведении аукциона	**НМЦК**	**Участники аукциона**	**Предложение участника аукциона о цене**	**% снижения от НМЦК**	**Победитель аукциона**
0162200011814002558	107 458 533,45 руб.	ООО «Молочный Кит»	107 458 533,45 руб.	0%	ООО «Молочный Кит»
0162200011815002048	123 894 471,04 руб.	ООО «Молочный Кит»	123 894 471,04 руб.	0%	ООО «Молочный Кит»
0162200011816001769	124 994 963,08 руб.	ООО «Молочный Кит»	124 994 963,08 руб.	0%	ООО «Молочный Кит»
0162200011815001814	141 637 206,49 руб.	ООО «Данон Трейд»	141 637 206,49 руб.	0%	ООО «Данон Трейд»

Комиссия Свердловского УФАС России пришла к выводу о заключении между ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд» антиконкурентного соглашения при участии в торгах с реестровыми №№ 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 0162200011815001814 ввиду следующих обстоятельств:

1. ООО «Молочный Кит» и ООО «Данон Трейд» являются хозяйствующими субъектами-конкурентами на оптовом рынке поставки молока питьевого и продукта кисломолочного для питания детей раннего возраста в географических границах Российской Федерации.

Факт конкурентных отношений между ООО «Молочный Кит» и ООО «Данон Трейд», по мнению антимонопольного органа, подтверждается оптовой реализацией продуктов для питания детей раннего возраста (молока и кефира) через одни и те же торговые сети на территории Свердловской области, а также через оптовых продавцов в Свердловской области.

Комиссией Свердловского УФАС России, в целях выявления иных возможных конкурентов на торгах у ООО «Данон Трейд» и ООО

«Молочный Кит» на территории Свердловской области на оптовом рынке поставки молока питьевого и продукта кисломолочного для питания детей раннего возраста в период проведения торгов, письменно опрошены хозяйствующие субъекты - крупнейшие молокозаводы в Уральском Федеральном округе (Свердловская обл., Челябинская обл., Курганская обл., ХМАО-Югра, ЯНАО, Тюменская обл.).

Согласно ответам молокозаводов (ООО «Алапаевский молочный комбинат», ОАО «Чебаркульский молочный завод», ООО «Молочная Благодать», ООО «УГМК-Агро», АО «Группа компаний «Российское молоко», АО «Ирбитский молочный завод») Общества не участвовали в аукционах на поставку питания для детей раннего возраста (молока и кефира) в Свердловской области, поскольку не имели технической возможности производства данной продукции, соответствующей требованиям аукционной документации, а также по причине логистических (транспортных) расходов на доставку продукции.

Таким образом, Комиссия Свердловского УФАС России пришла к выводу, что на рынках оптовой поставки молока питьевого и продукта кисломолочного для питания детей раннего возраста в пределах Свердловской области в 2014-2017 гг. в торгах могли участвовать (и фактически участвовали) и, соответственно, конкурировать только группа компаний «Молочный Кит» (в лице ООО «Молочный Кит» и АО «Богдановичский городской молочный завод», иные) и группа компаний «Danone в России» (в лице ООО «Данон Трейд», ООО «Данон Индустрия», ООО «Юнимилк»).

2. ООО «Молочный Кит» и ООО «Данон Трейд» располагали возможностью производства молока питьевого и продукта кисломолочного для питания детей раннего возраста, соответствующих требованиям аукционной документации, но в интересах друг друга в рассматриваемых торгах не участвовали.

В Свердловской области «Группа компаний Danone в России» представлена АО «Екатеринбургский городской молочный завод № 1».

Также в Уральском федеральном округе «Группа компаний Danone в России» представлена двумя молочными комбинатами (далее – МК): МК «Ялуторовский» (Тюменская обл., г. Ялуторовск) и МК «Шадринский» (Курганская обл., г. Шадринск).

Указанные молочные комбинаты (МК «Ялуторовский» и МК «Щадринский»), в том числе, даже в единственном числе АО «Екатеринбургский городской молочный завод № 1» (с мощностью до 25 тонн в смену), по мнению Комиссии, технически были способны обеспечить возможность участия ООО «Данон Трейд» в торгах на поставку молока для питания детей раннего возраста в Свердловской области в 2015, 2016 и 2017 годах.

3. «Группа компаний Danone в России», направляя от лица своих сбытовых предприятий (в частности ООО «Данон Трейд») коммерческие предложения Министерству здравоохранения Свердловской области об участии в торгах (0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769) на поставку молока в 2015, 2016 и 2017 гг., в самих торгах не участвовало, отказываясь от конкуренции.

Аукцион	**Ценовое предложение участника рынка Заказчику (руб.\литр)**		**НМЦК, руб.\литр**	**Цена контракта, руб.\литр**
	Группа компания Danone	ООО «Молочный Кит»		
0162200011814002558 (на 2015 год)	86,65	64,20	51,75	51,75
0162200011815002048 (на 2016 год)	67,25	57,92	57,92	57,92
0162200011816001769 (на 2017 год)	106,15	77,50	61,51	61,51

4. Единственными участниками торгов, подавшими заявки, соответствующие требованиям, предъявляемым к участникам торгов аукционной документацией для целей анализа состояния конкуренции по настоящему делу (подпункт «в» пункта 10.9 Порядка) и которые могли повлиять на снижение цены торгов, по аукционам 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 являлись ООО «Молочный Кит», а по аукциону 0162200011815001814 — ООО «Данон Трейд».

5. В иных аукционах (помимо аукционов 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769, 0162200011815001814), в которых Общества принимали совместное участие наблюдалось снижение НМЦК (например: аукцион 0162200011814001813 со снижением НМЦК на 15,5%; аукцион 0162200011816001763 со

снижением НМЦК на 5,6%).

На основании изложенного, Комиссия Свердловского УФАС России установила факт нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в заключении антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ООО «Молочный Кит» и ООО «Данон Трейд» путём отказа ООО «Молочный Кит» от участия в аукционе 0162200011815001814 на поставку кефира и отказа ООО «Данон Трейд» от участия в аукционах 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 на поставку молока, в которых Общества являлись единственными участниками, вследствие чего снижение НМЦК не произошло, что привело (могло привести) к поддержанию цен на торгах.

ООО «Данон Трейд» с вынесенными решением и предписанием Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу № 03-16/14-2017 не согласно, считает, что решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017 нарушает единообразие практики применения антимонопольным органом норм антимонопольного законодательства.

Доводы ООО «Данон Трейд» изложены в Жалобе, в частности, Общество считает, что решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017 подлежит отмене на основании следующего:

1. ООО «Данон Трейд» не имело технической и экономической возможности для участия в спорных аукционах на поставку молока для питания детей раннего возраста;
2. Комиссией Свердловского УФАС России не установлено наличие прямых или косвенных доказательств заключения антиконкурентного соглашения между ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд», что противоречит разъяснениям Президиума ФАС России № 3;
3. У Комиссии Свердловского УФАС России отсутствовали основания для выдачи ООО «Данон Трейд» предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного доказательства;
4. Комиссией Свердловского УФАС России в ходе рассмотрения дела допущены процедурные нарушения.

Изучив жалобу на решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017, Апелляционная коллегия приходит к следующим выводам.

Согласно пункту 2 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 повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции определено, что под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Квалификация поведения хозяйствующих субъектов как противоправных действий (противоправного соглашения) по пункту 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции предполагает установление антимонопольным органом намеренного поведения каждого хозяйствующего субъекта определенным образом для достижения заранее оговоренной участниками аукциона цели, причинно-следственной связи между действиями участников аукциона и поддержанием цены на торгах, соответствием результата действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и одновременно их заведомой осведомленностью о будущих действиях друг друга. Аналогичного подхода придерживаются также и суды (например, Постановление Арбитражного суда центрального округа от 19.10.2015 № Ф10-3399/2015 по делу № А36-105/2015).

В соответствии с Разъяснением Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» (далее — Разъяснение Президиума ФАС России № 3), факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств. В качестве доказательств могут использоваться документы и материалы, полученные с соблюдением требований к порядку и оформлению их получения.

Согласно указанным Разъяснениям прямыми доказательствами

наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде.

Для констатации антиконкурентного соглашения антимонопольному органу необходимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 по делу № А42-2654/2014, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.10.2018 по делу № А36-9469/2016).

Таким образом, Апелляционная коллегия отмечает, что при отсутствии прямых доказательств, свидетельствующих о заключении антиконкурентного соглашения, антимонопольному органу необходимо установить совокупность косвенных доказательств.

Свердловскому УФАС России при квалификации действий ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд» как нарушающие пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции необходимо было установить совокупность косвенных доказательств, свидетельствующих о заключении между Обществами антиконкурентного соглашения.

Апелляционной коллегией установлено, что Свердловское УФАС России признало свидетельствующими о заключении антиконкурентного соглашения в частности следующее поведение Обществ: отказ ООО «Молочный Кит» от участия в аукционе № 0162200011815001814 на поставку кефира и отказа ООО «Данон Трейд» от участия в аукционах №№ 0162200011814002558, 0162200011815002048, 0162200011816001769 на поставку молока, при наличии технической возможности, что повлекло заключение государственных контрактов по максимальной цене (снижение НМЦК составило 0%).

Апелляционная коллегия отмечает, что последовательность действий хозяйствующих субъектов по неучастию в проводимых Министерством здравоохранения Свердловской области торгах само по себе не может свидетельствовать о заключении антиконкурентного соглашения.

При установлении факта нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган должен доказать, что поведение каждого из участников в отдельности так и совокупность их действий направлено на достижение единой цели.

Проанализировав материалы дела, Апелляционная коллегия приходит к выводу о недоказанности Свердловским УФАС России наличия единой цели Обществ по неучастию в рассматриваемых торгах.

При этом в материалах дела отсутствуют иные доказательства достижения между ООО «Молочный кит» и ООО «Данон Трейд» договоренности в письменной или устной форме, свидетельствующей о заключении соглашения, подпадающего под квалификацию пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, по результатам рассмотрения жалобы Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Свердловским УФАС России при принятии решения и предписания от 04.12.2019 по делу № 03-16/14-2017 нарушено единообразие применения антимонопольного законодательства, в связи с чем указанные решение и предписание Свердловского УФАС России подлежат отмене.

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

РЕШИЛА:

отменить решение и предписание Свердловского УФАС России от 04.12.2018 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 03-16/14-2017.

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.