



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО КАЛИНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ**

РЕШЕНИЕ

13 мая 2016 года

№ АМЗ – 10/2016

г. Калининград

Решение изготовлено в полном объеме 13 мая 2016 года.

Резолютивная часть решения была оглашена на заседании Комиссии Калининградского УФАС России (далее – Комиссия) 11 мая 2016 года.

Комиссия Калининградского УФАС России в составе:

председатель Комиссии:	В.А. Грибко	заместитель руководителя Калининградского УФАС России;
члены Комиссии:	Л.Н. Зуева	заместитель начальника отдела антимонопольного контроля Калининградского УФАС России;
	З.К. Никитина	ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля Калининградского УФАС России,
с участием представителя ответчиков ООО «БСС» и ООО «АМТ»	С.Г. Ковалевой	на основании доверенности,

рассмотрев дело № АМЗ-10/2016 по признакам нарушения ООО «БСС» (ИНН 7810687137, фактический и юридический адрес: ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375) и ООО «АМТ» (ИНН 7814555572, фактический и юридический адрес: ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375) пункта 2 части 1 статьи 11

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

УСТАНОВИЛА:

1. В Калининградское УФАС России поступило обращение Прокуратуры Калининградской области вх. № 10410 от 25.12.2015 о совершении хозяйствующими субъектами ООО «БСС» и ООО «АМТ» неправомερных действий в ходе электронных аукционов № 0135200000514001930, № 0135200000514001976, № 0135200000514001977. Информация об аукционах размещена на официальном сайте <http://www.zakupki.gov.ru>.

В результате рассмотрения указанного обращения в соответствии с приказом Калининградского УФАС России от 25.03.2016 № 56 возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства № АМЗ-10/2016 по признакам нарушения ООО «БСС» и ООО «АМТ» (далее – Ответчики) пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. Существо дела в изложении Ответчиков

На заседании Комиссии представитель ООО «АМТ» не присутствовал, был уведомлен надлежащим образом. ООО «БСС» пояснило следующее.

Частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести, в том числе, к: установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

Согласованными действиями в силу части 1 статьи 8 Закона о защите конкуренции являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке при отсутствии соглашения, удовлетворяющие совокупности следующих условий: 1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов; 2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий; 3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

По смыслу приведенных норм квалификация поведения хозяйствующих субъектов как противоправных действий в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции предполагает установление антимонопольным органом таких факторов, как намеренное поведение каждого участника аукциона цели; причинно-следственная связь между действиями участников аукциона и установлением цены на торгах; соответствие результата

действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и, одновременно, их заведомую осведомленность о будущих действиях друг друга; а также взаимная обусловленность действий участников аукциона при отсутствии внешних обстоятельств, спровоцировавших синхронное поведение участников рынка.

В ходе рассматриваемых аукционов предложения были поданы ООО «БСС» и ООО «АМТ». При этом ООО «БСС» имеет прямые договоры на поставку лекарственных препаратов с производителями.

В январе 2015 года ООО «АМТ» использовало для выхода в сеть Интернет канал ООО «БСС» ввиду некорректной настройки ответственным специалистом сетевого маршрутизатора. Вследствие ошибки технического персонала доступ в Интернет был настроен через канал ООО «БСС». Между ООО «БСС» и ООО «АМТ» заключен договор аренды помещения № 01-СА/16 на общую площадь 819,4 кв.м.

15 февраля 2015 года ошибка была выявлена и устранена, после чего ООО «АМТ» стало выходить в сеть Интернет через свой канал связи и соответствующий IP-адрес.

Согласно судебному решению по делу № А40-22845/13-149-217 подача заявок на участие в торгах в один день не может свидетельствовать о наличии соглашения; подача заявки на участие в аукционе при вышеуказанных обстоятельствах не свидетельствует о нарушении закона, предусмотренного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с положениями пункта 4 части 1 статьи 71 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) в случае, если электронный аукцион признан несостоявшимся по основанию, предусмотренному частью 16 статьи 66 Закона о контрактной системе (по окончании срока подачи заявок подана только одна заявка), контракт с участником такого аукциона, подавшим указанную заявку, заключается в соответствии с пунктом 25 части 1 статьи 99 Закона о контрактной системе в порядке, установленном статьей 70 указанного Закона.

Антимонопольный орган не указал, в чем именно выразилось ограничение конкуренции при проведении спорных аукционов при наличии всего двух потенциальных претендентов.

Участие в рассматриваемых аукционах ООО «АМТ» наряду с ООО «БСС» привело к уменьшению начальной (максимальной) цены контракта на 0,5% и, как следствие, к заключению заказчиком государственного контракта по стоимости ниже, чем указано в аукционной документации.

Участие в торгах ООО «АМТ» свидетельствует о направленности поведения участников гарантировать конкуренцию на торгах, в то время как отсутствие иных претендентов предоставило бы ему возможность заключить государственный контракт по начальной (максимальной) цене. Закон о контрактной системе не возлагает на участников торгов безусловную обязанность снижать начальную (максимальную) цену аукциона. Отказ участников аукциона от дальнейшего снижения начальной цены по причине нецелесообразности никоим образом не свидетельствует о единообразии и синхронности действий организаций, тем более об их согласованном поведении, как это указано в судебном решении по делу

№ А52-3026/2014. Получение контракта на наиболее выгодных условиях является обычным поведением участников хозяйственного оборота, поскольку основной целью любого субъекта предпринимательской деятельности является получение прибыли.

В материалах дела отсутствует документальное подтверждение целенаправленного отказа ООО «АМТ» от снижения цены контракта.

Имеется объективная и экономически целесообразная причина отсутствия ценовых предложений от ООО «АМТ» на торгах – отсутствие прямых контрактов с производителями.

По смыслу статьи 8 Закона о защите конкуренции низкая экономическая привлекательность лота может являться объективной и достаточной причиной, препятствовавшей организации принять участие в аукционе.

Нет доказательств того, что результат действий на аукционах соответствовал интересам каждого участника аукциона, когда действия заранее известны каждому из них, поэтому нельзя признать действия ООО «БСС» и ООО «АМТ» согласованными.

Законом о контрактной системе не установлен запрет на участие в электронном аукционе двух юридических лиц, учредителями которых является одно лицо, как указано в письме Министерства Экономического развития РФ от 30.12.2015 № Д28и-3854.

На основании изложенного Ответчики считают недоказанным наличие состава правонарушения.

Государственные контракты, заключенные по результатам рассматриваемых аукционов, исполнены в полном объеме, что подтверждается актами выполненных работ. Оплата за поставленные лекарства поступила в соответствии с условиями контрактов. Претензий по исполнению контрактов стороны не имеют.

Кроме того, согласно частям 1, 2 статьи 4.5 Кодекса РФ об административных (далее – КоАП РФ) правонарушениях постановление о привлечении к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства РФ не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения. При этом вменяемое административное правонарушение не может быть отнесено к категории длящихся. Пунктом 6 части 1 статьи 24.5 КоАП РФ предусмотрено, что производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению, в частности, в случае истечения сроков давности привлечения к административной ответственности.

Так как между ООО «БСС» и ООО «АМТ» не являются между собой конкурентами, потому что это группа лиц, то и запреты статьи 11 в данном случае на Ответчиков не распространяются.

В ходе рассматриваемых аукционов каждый из Ответчиков сам вносил за себя обеспечение своих заявок за счет денежных средств, находящихся на его счете в его «личном кабинете» электронной торговой площадки, т.к. иное законодательством не допускается. Подача заявки на участие в электронном аукционе производится из «личного кабинета» каждого участника такого аукциона и возможна только при наличии на лицевом счете участника денежных средств в размере обеспечения заявки на участие в электронном аукционе. В случае

недостаточности таких средств заявка автоматически будет заблокирована.

3. В ходе рассмотрения дела Комиссией установлено следующее.

Комиссией установлено, что при проведении аукционов № 0135200000514001930 (на право заключения контракта на поставку противовирусного препарата (дарунавир) для лечения лиц, инфицированных вирусом иммунодефицита человека), № 0135200000514001976 (на право заключения контракта на поставку противовирусного препарата (дарунавир) для лечения лиц, инфицированных вирусом иммунодефицита человека), № 0135200000514001977 (на право заключения контракта на поставку противовирусного препарата (этравирин) для лечения лиц, инфицированных вирусом иммунодефицита человека), информация о которых размещена на официальном сайте <http://www.zakupki.gov.ru>, аукционной комиссией были допущены к участию в аукционе и признаны участниками ООО «БСС» и ООО «АМТ».

Указанные аукционы проводились на электронной торговой площадке ЗАО «Сбербанк – АСТ» (далее – ЭТП).

В соответствии с пунктами 12.5, 12.6 Регламента электронной площадки ЗАО «Сбербанк – АСТ» (далее – Регламент) при проведении аукциона оператор ЭТП обеспечивает проверку наличия допуска участников аукциона к электронному аукциону на основании протокола рассмотрения заявок на участие в электронном аукционе и открывает функционал подачи предложений о цене контракта участникам такого электронного аукциона, а пользователь участника электронного аукциона входит в закрытую часть электронной площадки по ссылке, направленной оператором такому участнику накануне аукциона в соответствии с пунктом 11.19 Регламента либо входит с помощью электронной цифровой подписи в личный кабинет на электронной площадке и из реестра заявок на участие переходит непосредственно на страницу электронного аукциона.

В соответствии с пункта 12.22 Регламента во время проведения электронного аукциона в открытой части электронной площадки в разделе «Аукционный зал» в режиме реального времени отображаются все предложения о цене контракта участников аукциона с указанием последнего (лучшего) предложения о цене контракта, защищенных номеров участников электронного аукциона, даты и времени поступления каждого предложения о цене контракта, а также вида аукциона («контракт»/«право»).

В ходе каждого из указанных аукционов от обоих участников поступали одинаковые ценовые предложения (по одному от каждого из участников). Во всех случаях ценовые предложения участников подавались со снижением 0,5 % от начальной (максимальной) цены. При этом предложение ООО «БСС» во всех случаях поступало первым, в результате чего победителем аукционов № 0135200000514001930, № 0135200000514001976 и № 0135200000514001977 был признан участник ООО «БСС», с которым были заключены государственные контракты по цене, лишь на 0,5 % ниже начальной (максимальной) цены.

Участие в аукционе является осознанным юридическим действием с вытекающими из него последствиями и определенными издержками для потенциального участника аукциона.

Участники аукциона, вступая в правоотношения с заказчиками, сталкиваются с публичными правоотношениями, налагающими на них, в том числе, повышенную ответственность за свои действия (бездействие), за достоверность представляемой информации и сопутствующих документов, за поданные ценовые предложения. ООО «АМТ» при подаче ценовых предложений имело возможность отслеживать подачу ценовых предложений участником ООО «БСС» и подавать свои предложения после него в том же размере, что и он.

ООО «АМТ» и ООО «БСС» в ходе аукционов № 0135200000514001930, № 0135200000514001976, № 0135200000514001977 действовали по одному и тому же алгоритму, результатом которого во всех случаях являлось заключение государственного контракта с ООО «БСС». Указанный факт свидетельствует о том, что участник ООО «АМТ» не имел намерения заключить контракт, а преследовал цель создания видимости конкурентной борьбы и обеспечения победы ООО «БСС».

При этом в ходе аукционов № 0135200000514001976 и № 0135200000514001930 ценовые предложения обоими участниками подавались с одного и того же IP-адреса. В ходе аукциона № 0135200000514001977 ценовые предложения обоими участниками были поданы с IP-адресов, которые различаются между собой только последней цифрой, но один из IP-адресов является тем же IP-адресом, с которого ООО «БСС» и ООО «АМТ» подавали ценовые предложения в ходе аукционов № 0135200000514001976 и № 0135200000514001930. При этом заявки ООО «БСС» и ООО «АМТ» на участие в аукционе № 0135200000514001977 были поданы с того же IP-адреса, с которого ими были поданы ценовые предложения в ходе аукционов № 0135200000514001976 и № 0135200000514001930.

Кроме того, участники ООО «БСС» и ООО «АМТ» имеют одни и те же фактический и юридический адреса: ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375.

Комиссия исключает возможность случайного совпадения места нахождения участников аукциона во время проведения аукциона и приходит к выводу, что указанное совпадение IP-адресов участников рассматриваемых аукционов является дополнительным подтверждением факта их осведомленности о совершении необходимых действий по порядку подачи ценовых предложений с целью обеспечения победы ООО «БСС» и поддержанию необходимой для данного участника цены контракта.

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о конкуренции соглашение – договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести, в том числе к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Согласно данным Единого государственного реестра юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ) единственным учредителем (участником) ООО «АМТ» является

Волкова Тамара Яковлевна, ООО «БСС» - Захрабеков Эдуард Захарович, который приобрел данное юридическое лицо у предыдущего владельца – Т.Я. Волковой – в соответствии с договором купли-продажи от 06.05.2004.

В результате анализа данных ЕГРЮЛ установлено, что основными видами деятельности и ООО «БСС», и ООО «АМТ» в том числе являются:

- 51.46.1 Оптовая торговля фармацевтическими товарами;
- 52.32 Розничная торговля медицинскими товарами и ортопедическими изделиями;
- 52.31 Розничная торговля фармацевтическими товарами.

При этом согласно данным ЕГРЮЛ и ООО «БСС», и ООО «АМТ» осуществляют один и тот же вид деятельности, на который выдана лицензия, а именно «Фармацевтическая деятельность в части деятельности, осуществляемой организациями оптовой торговли лекарственными средствами для медицинского применения и аптеками федеральных организаций здравоохранения, а также в части деятельности, осуществляемой в сфере обращения лекарственных средств для ветеринарного применения».

Оба ответчика ООО «БСС» и ООО «АМТ» принимали участие в аукционах на право заключения контрактов на поставку противовирусных препаратов для лечения лиц, инфицированных вирусом иммунодефицита человека.

Таким образом, ООО «БСС» и ООО «АМТ» являются хозяйствующими субъектами-конкурентами, действующими на одном и том же товарном рынке.

Отличительной особенностью процедуры проведения аукциона, как и любых торгов, от иных способов закупки товаров является конкуренция участников торгов.

Конкуренция, в соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о конкуренции - 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. Конкуренция при проведении торгов (аукциона) - действия участников закупки, направленные на понижение начальной (максимальной) цены контракта с целью выиграть аукцион.

Таким образом, вышеуказанные действия ООО «БСС» и ООО «АМТ» способствовали созданию условий для заключения государственных контрактов в отсутствие конкуренции.

Статьей 63 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) установлено, что данная контрактная система основывается на принципах открытости, прозрачности информации о контрактной системе в сфере закупок, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок.

В соответствии со статьей 8 Закона о контрактной системе контрактная система в сфере закупок направлена на создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупок и право любого заинтересованного лица

стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем); а также определяет обязанности по соблюдению принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг и запрет осуществления участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям Закона о контрактной системе и приводящих к ограничению конкуренции.

Поведение ООО «БСС» и ООО «АМТ» в ходе аукционов № 0135200000514001977, № 0135200000514001976 и № 0135200000514001930 подтверждает наличие заранее оговоренных участниками аукционов действий, нарушающих требования статей 1, 6 и 8 Закона о контрактной системе и пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а именно: связью между действиями участников аукционов и поддержанием цены на торгах, соответствием результата действий интересам каждого из указанных участников, осведомленностью о будущих действиях друг друга на аукционе, синхронном поведении участников аукционов, местом нахождения участников аукционов в ходе их проведения.

Вышеизложенное свидетельствует, что действия ООО «БСС» и ООО «АМТ» были направлены на предоставление преимуществ участнику ООО «БСС», в связи с чем комиссия приходит к выводу о реализации устного соглашения (картеля) между указанными участниками в ходе проведения аукционов и наступлении желаемых для участников закупок последствий от совершенных ими действий в виде заключения договора по наиболее выгодной цене.

Согласно части 1 статьи 1 Закона о контрактной системе данный Федеральный закон регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

В результате достигнутого между ООО «БСС» и ООО «АМТ» соглашения при проведении указанных аукционов, направленного на обеспечение победы ООО «БСС», была обеспечена победа ООО «БСС» в аукционах № 0135200000514001977, № 0135200000514001976 и № 0135200000514001930 и заключения с ООО «БСС» контрактов на поставку лекарственных средств по цене, лишь на 0,5 % ниже начальной (максимальной) цены.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 06.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к поддержанию цен на торгах.

На основании вышеизложенного Комиссия Калининградского УФАС России по рассмотрению дела № АМЗ-10/2016 о нарушении антимонопольного законодательства считает установленным наличие факта нарушения ООО «БСС» и ООО «АМТ» пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии с требованиями статьи 48.1 Закона о защите конкуренции

сторонам было направлено заключение об обстоятельствах дела.

После получения указанного заключения Ответчики представили письменные возражения в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела.

ООО «БСС» представило следующее возражения.

Согласно Закону 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, в том числе, к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

По своей правовой природе согласованные действия являются особой моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, замещающей конкурентные отношения между ними сознательной кооперацией, ограничивающее конкуренцию.

Картель - соглашение предприятий, обычно одной и той же отрасли (хозяйствующих субъектов - конкурентов, осуществляющих продажу товаров на одном товарном рынке), о ценах, рынках сбыта, объемах производства и сбыта, обмене патентами и прочее.

Однако не все действия, обладающие признаками картелей или согласованных действий и имеющие антиконкурентный эффект в качестве общего правила (например, запреты *per se*), реально нарушают экономическое положение хозяйствующих субъектов внутри группы лиц при их совершении в отношениях между членами конкретной группы.

Более того если подобные антиконкурентные действия (как соглашения, так и согласованные действия) осуществляются в рамках структуры холдинга, находящегося под контролем основного общества, то такие действия даже с точки зрения антимонопольного законодательства не нарушают основных принципов конкуренции, так как внутри структуры холдинга состязательность в принципе отсутствует, а преобладает иерархическое властное подчинение «дочерних» компаний интересам единственного контролирующего центра - основного общества.

Именно в данной модели в полной мере реализуется доктрина «единого экономического субъекта», когда в силу контроля основное общество (контролирующее лицо) имеет все правовые возможности не позволить подконтрольному субъекту вести с ним конкурентную борьбу, определять условия ведения предпринимательской деятельности.

Глава ФАС России И.Ю. Артемьев подчеркивает, что «для целей применения запрета на заключение и исполнение антиконкурентных соглашений Третьим антимонопольным пакетом было уточнено, что соответствующий запрет неприменим только тогда, когда одним из хозяйствующих субъектов - участником соглашения в отношении другого хозяйствующего субъекта - участника соглашения установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица».

На официальном сайте ООО «БСС» <http://www.bsspharm.ru> размещена

информация о вхождении ООО «АМТ», а также ООО «Инициатива», ООО «БСС-Москва», иных компаний, в состав холдинга ООО «БСС», причем единым «брендом» всех, входящих в холдинг компаний, является «АЛЮЭ».

Холдинг или группа компаний — форма предпринимательского объединения, представляющая собой группу организаций (участников), основанную на отношениях экономического контроля, участники которой, сохраняя формальную юридическую самостоятельность, в своей предпринимательской деятельности подчиняются одному из участников группы — холдинговой компании (головной организации холдинга). Холдинговая компания, будучи центром холдингового объединения, в силу владения преобладающей долей участия в уставных капиталах, договора или иных обстоятельств прямо или косвенно (через третьих лиц) оказывает определяющее влияние на принятие решений другими участниками холдинга (группы).

Целостность холдинга обеспечивается при этом управлением входящими в него участниками исходя из известной в мировой практике формулы «децентрализация операций при централизации контроля», что обеспечивает жизнеспособность и синергетический эффект объединения в целом.

В рамках договора доверительного управления № 02-ДУ/14 от 13.01.2014 года, на основании решения единственного участника ООО «АМТ» от 13.01.2014, ООО «БСС» передано право полного контроля, координирования и распоряжения деятельностью ООО «АМТ», для целей дальнейшего присоединения Общества к создаваемому холдингу.

Доказательствами, свидетельствующими не только о формальной возможности влияния, но и о фактическом контроле над деятельностью компании, являются:

- подконтрольность по агентскому договору № А02/14 от 13.01.2014 года;
- поручительство для Банка ВТБ (ПАО) для предоставления кредитного лимита от 21.10.2015; (в силу пункта 2 статьи 105 Гражданского кодекса РФ основное общество (товарищество), которое имеет право давать дочернему обществу, в том числе по договору с ним, обязательные для него указания, отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение таких указаний).
- акт сверки взаимных расчетов за период с 2014 года по 2016 год, подтверждающий кредитование ООО «АМТ», как дочернее общество.

Корпоративными признаками подконтрольности служит:

- наличие единых представителей, действующих по доверенности;
- наличие одного местонахождения у нескольких взаимосвязанных юридических лиц (договор субаренды № 01-СА/16 от 17.12.2015).

В соответствии с агентским договором ООО «АМТ» действует на электронных торгах по поручению ООО «БСС» на взаимовыгодных друг для друга условиях.

ООО «БСС» для исполнения своего поручения, предоставляет доступ ООО «АМТ» к своей локальной вычислительной сети (ЛВС), которая имеет доступ в сеть Интернет. Таким образом, ООО «АМТ», будучи подключенной к ЛВС ООО «БСС», может выходить в сеть Интернет через интернет канал ООО «БСС».

ООО «АМТ» располагает своим собственным интернет-каналом, но из-за сбоев в работе оборудования и, в ряде случаев, неправильной настройке рабочих мест, доступ происходит через интернет канал ООО «БСС».

Предоставленный Акт сверки взаимных расчетов по договору поставки № 26/Б, заключенному между ООО «АМТ» и ООО «БСС» 26.09.2013 и пролонгированному до 2016 года подтверждает, что для целей поддержания финансовой стабильности и осуществления деятельности на фармацевтическом рынке ООО «БСС» отгружает товар в адрес ООО «АМТ» с минимальной наценкой и отсрочкой платежа 180 календарных дней.

В силу статьи 9 Закона о защите конкуренции группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих, в том числе следующему признаку - хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо на основании учредительных документов этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства) или заключенного с этим хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством) договора вправе давать этому хозяйственному обществу (товариществу, хозяйственному партнерству) обязательные для исполнения указания».

При этом Закон о защите конкуренции не определяет, о каких именно указаниях идет речь, что предполагает различные варианты трактовки.

Координация экономической деятельности субъектов, входящих в одну группу лиц, не является нарушением антимонопольного законодательства даже в случае, если эти субъекты осуществляют свою деятельность на одном рынке.

Содержание агентского договора между юридическими лицами предусматривает подконтрольность ООО «АМТ» основному обществу ООО «БСС» и возможность дачи другому юридическому лицу, являющемуся стороной в договоре, обязательных к исполнению указаний, то есть указанные лица образуют группу лиц в смысле пункта 3 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции.

В материалах дела предоставлен перечень аукционов, заявки по которым были поданы ООО «БСС» и ООО «АМТ».

Участие сразу 2 компаний (2 заявки на 1 торги) необходимо в силу следующего.

В информационной системе ООО «БСС» за время работы накоплены критерии (сумма лота, заказчик, номенклатура, регион и т.д.), по которым автоматически выставляется признак «Ключевые торги». Такие торги происходят в особом режиме для гарантированного предупреждения сбоев, возникших ввиду человеческого фактора. Ошибка сотрудника на любой стадии торгов ведет к потере права исполнения государственного контракта (далее - ГК), что сразу приводит к убыткам компании. Для предупреждения убытков по аукционам, которые определены системой как особенно важные, подается две заявки - если сотрудники допустят ошибку и первая компания потеряет право на исполнение ГК, то оно автоматически перейдет ко второй, что предупредит убытки.

Такое участие не запрещено Законом о контрактной системе, а наличие одного или нескольких шагов (0,5-1,0 %) объясняется порядком проведения торгов,

который необходимо соблюсти всем участникам торгов.

Участники торгов являлись членами одной группы лиц, и на них не распространялись ограничения статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Генеральным критерием в формировании группы лиц является наличие между субъектами хозяйственного оборота признаков подконтрольности, определяющих возможность несогласованного (практически единоличного) принятия решений.

В случае ООО «БСС» происходит централизация контроля по принятию решения на участие в аукционах по агентскому договору.

В этой связи ООО «БСС» полагает, что отсутствие состязательности между ООО «БСС» и ООО «АМТ», входящих в единый холдинг, находящегося под контролем одного лица, не приводят к нарушению основных принципов конкуренции.

ООО «БСС» не ограничивает остальных участников и не имеет возможности это сделать. Каждая компания может подать заявку на любой аукцион и принять участие в торгах, что и происходило в ходе рассматриваемых аукционов. ООО «БСС» предполагает, что остальные участники не принимали участия в указанных торгах, так как они не представляли для них коммерческого интереса. Таким же образом ООО «БСС» принимает участие не во всех, а только в тех торгах, которые интересны с коммерческой точки зрения.

В этой связи ООО «БСС» полагает, что его действия не могут быть квалифицированы антимонопольным органом в качестве противоправных в части нарушения части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело или могло привести к повышению, снижению или поддержке цен на торгах.

ООО «АМТ» представило следующее возражения.

Между ООО «АМТ» и ООО «БСС» на основании решения единственного участника от 13.01.2014 без номера заключен договор доверительного управления № 02-ДУ/14 и агентский договор № А02/14. В силу этого ООО «АМТ» является доверительным управляющим ООО «БСС». Также одним из признаков подконтрольности является то, что ООО «АМТ» и ООО «БСС» находятся по одному адресу – ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375.

В соответствии с условиями агентского договора № А02/14 принципал (ООО «БСС») имеет право давать агенту (ООО «АМТ») обязательные для последнего указания – как в части проведения и участия в электронных торгах, так и в части хозяйственной деятельности и взаимодействии с банками.

ООО «АМТ» действует на электронных торгах по поручению ООО «БСС», а также ведет хозяйственную деятельность под контролем ООО «БСС» по распоряжениям, выданным ООО «БСС».

При участии в рассматриваемых аукционах ООО «АМТ» и ООО «БСС» в соответствии со статьей 9 Закона о защите конкуренции являлись членами одной группы лиц и на них не распространялись ограничения статьи 11 Закона о защите конкуренции.

ООО «АМТ» полагает, что наличие признаков подконтрольности определяет возможность несогласованного единоличного принятия решений. Между

ООО «АМТ» и ООО «БСС», входящих в единый холдинг, отсутствует состязательность и, соответственно, нет нарушения основных принципов конкуренции.

ООО «АМТ» считает, что взаимодействие ООО «АМТ» и ООО «БСС», входящих в единый холдинг, не может быть рассмотрено в качестве противоправных действий в части нарушения части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем заключения и реализации соглашения, которое привело или могло привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Рассмотрев возражения Ответчиков на заключение об обстоятельствах дела № АМЗ-10/2016, Комиссия считает их подлежащими отклонению в силу следующего.

В соответствии с частью 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.

Комиссией установлено, что основными видами деятельности и ООО «БСС», и ООО «АМТ» в том числе являются:

— 51.46.1 Оптовая торговля фармацевтическими товарами;

— 52.32 Розничная торговля медицинскими товарами и ортопедическими изделиями;

52.31 Розничная торговля фармацевтическими товарами осуществляют продажу товаров на одном товарном рынке.

Таким образом, ООО «БСС», и ООО «АМТ» осуществляют продажу товаров на одном товарном рынке и в силу этого являются конкурентами.

Факт принадлежности Ответчиков к одной группе лиц сам по себе не свидетельствует об отсутствии конкуренции между ООО «БСС», и ООО «АМТ».

ООО «БСС» в своих письменных возражениях сообщило, что «в соответствии с агентским договором ООО «АМТ» действует на электронных торгах по поручению ООО «БСС» на взаимовыгодных друг для друга условиях» и что у ООО «АМТ» отсутствуют прямые контракты с производителями. Комиссия считает это одним из доказательств того, что в ходе аукционов № 0135200000514001930, № 0135200000514001976, № 0135200000514001977 Ответчики действовали по одному и тому же алгоритму, результатом которого во всех случаях являлось заключение государственного контракта с ООО «БСС» и что участник ООО «АМТ» не имел намерения заключить контракты, а преследовал цель создания видимости конкурентной борьбы и обеспечения победы ООО «БСС».

Комиссия считает, что добившись вышеуказанным способом заключения государственных контрактов по результатам аукционов № 0135200000514001930 (контракт от 01.02.2015 № 0135200000514001930-0154377-02 на сумму 2 052 661,07 руб.), № 0135200000514001976 (контракт от 01.02.2015 № 0135200000514001976-0154377-02 на сумму 20 526 610,50 руб.) и № 0135200000514001977 (контракт от 01.02.2015 № 0135200000514001977-0154377-02 на сумму 612 459,01 руб.), ООО «БСС» тем самым незаконно получило доход на общую сумму 23 191 730,58 руб.

В настоящее время перечисленные государственные контракты полностью исполнены.

На основании изложенного Комиссия Калининградского УФАС России, руководствуясь статьями 23, 41, 49, 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «БСС» (ИНН 7810687137, фактический и юридический адрес: ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375) и ООО «АМТ» (ИНН 7814555572, фактический и юридический адрес: ул. Маршала Новикова, д. 28, корпус 2, Литер А, г. Санкт-Петербург, 197375) нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. Предписание не выдавать в связи с заключением и исполнением государственных контрактов.

3. Передать материалы дела № АМЗ-10/2016 в правовой отдел Калининградского УФАС России для решения вопроса о привлечении виновных лиц к административной ответственности.

Председатель комиссии



В.А. Грибко

Члены комиссии:



Л.Н. Зуева



З.К. Никитина

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия.