



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

улица Набережная реки Ушайки, дом 24, Томск, 634050, <http://7aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Томск

Дело № А45-12373/2018

Резолютивная часть постановления объявлена 04 февраля 2019 года.

Постановление изготовлено в полном объеме 06 февраля 2019 года.

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего	Павлюк Т.В.,
судей	Кривошеиной С.В.,
	Скачковой О.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Полевый В.Н. с использованием средств аудиозаписи, рассмотрел в судебном заседании апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью "Терра", г. Новосибирск и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито" (№ 07АП-12894/18), на решение Арбитражного суда Новосибирской области от 21.11.2018 по делу № А45-12373/2018 по заявлению 1) общества с ограниченной ответственностью "Терра", г. Новосибирск и 2) общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито", г. Новосибирск о признании решения от 23.01.2018 г. №02-01-15-11-17 недействительным, заинтересованное лицо: Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области, третье лицо: ФГБУ "Сибирский Федеральный биомедицинский исследовательский центр имени академика Е.Н. Мешалкина" Минздрав РФ,

В судебном заседании приняли участие:

от заявителя: Мартынюк А.С., решение от 13.05.2018, паспорт; Кузнецов Я.С., решение от 28.03.2017, паспорт; Горбунова М.К., представитель по доверенности от 31.01.2019, удостоверение;

от заинтересованного лица: Максимейко Е.В., представитель по доверенности от 09.01.2019, удостоверение;

от третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора: Данильченко Е.Б., представитель по доверенности от 10.01.2019, паспорт;

У С Т А Н О В И Л:

общество с ограниченной ответственностью "Терра" и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито" (далее – заявители, ООО "Терра" и ООО "Компания Фито") обратились в арбитражный суд с заявлением о признании решения от 23.01.2018 №02-01-15-11-17 недействительным, заинтересованное лицо: Управление Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – заинтересованное лицо, антимонопольный орган, Управление, УФАС). К участию в деле привлечено ФГБУ "Сибирский Федеральный биомедицинский исследовательский центр имени академика Е.Н. Мешалкина" Минздрав РФ в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне заявителя (третье лицо).

Решением суда от 21.11.2018 (резюмирующая часть объявлена судом 14.11.2018) заявленные требования оставлены без удовлетворения.

Не согласившись с решением суда, заявители обратились в суд апелляционной инстанции с апелляционной жалобой, в которой просят решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Апелляционная жалоба мотивирована неполным выяснением обстоятельств дела, несоответствием выводов, изложенных в решении фактическим обстоятельствам дела, недоказанностью имеющих значение для дела обстоятельств, неправильным применением норм права.

УФАС в отзыве, представленном в суд в порядке статьи 262 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ), представитель в судебном заседании, доводы жалобы отклонил, просит оставить решение суда без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Третье лицо в отзыве, представленном в суд в соответствии со статьей 262 АПК РФ, представитель в судебном заседании, поддержала позицию заявителей, полагает решение суда первой инстанции подлежащим отмене.

В судебном заседании представители общества с ограниченной ответственностью "Терра" и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито", каждый поддержали доводы жалобы, настаивали на ее удовлетворении.

Исследовав доказательства по делу, изучив доводы, изложенные в апелляционной жалобе, отзывах, письменных пояснениях, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, арбитражный апелляционный суд считает, что апелляционная жалоба общества с

ограниченной ответственностью "Терра" и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито" не подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Из материалов дела следует, что Новосибирскому УФАС России письмом исх. № АК/47486/17 от 12.07.2017 г. ФАС России переданы полномочия по рассмотрению материалов в отношении участников открытых аукционов в электронной форме ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра», а также поручено проведение внеплановых выездных проверок указанных юридических лиц на предмет выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства.

По результатам проведения выездных внеплановых проверок Новосибирским УФАС России было установлено, что между ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» заключено соглашение, в ходе реализации которого ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» выступили в качестве участников 437 электронных аукционов.

ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» поочередно, а также совместно принимали участие в аукционах в электронной форме на организацию поставки лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное питание) и оказание услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н. Мешалкина» Минздрава России, используя единую инфраструктуру и одни IP-адреса. ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» создавали видимость конкуренции, допускали снижение начальной (максимальной) цены контракта в ходе проведения торгов не более чем на 0,5 %. Участники подавали единственные ценовые предложения по аукционам, распределив их между собой.

При этом ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» заранее между собой определяли исход торгов, а именно, согласовывали то, кто из организаций по тому или иному лоту будет являться победителем, и то, что в ходе торгов Общества допускают снижение начальной максимальной цены контракта не более, чем на пять процентов. После этого, реализуя достигнутое соглашение, ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» участвовали в аукционах, достигали согласованного результата - участник выигрывал «свой» лот, после чего заключал и исполнял контракт.

В процессе исполнения соглашения ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» совершали юридически значимые действия при проведении электронных аукционов такие, как аккредитация на электронной площадке Сбербанк-АСТ в качестве участника, подготовка и подача заявок, подача ценовых предложений и подписание контрактов, используя единую инфраструктуру, принадлежащую ООО «Компании ФИТО», действовали на электронных площадках при проведении аукционов с одного IP-адреса, принадлежащего ООО «Компания ФИТО».

По результатам проверки Новосибирское УФАС приняло Решение от 23.01.2018 по делу № 02-01-15-11-17 ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», путем заключения устного картельного соглашения, реализация которого привела к поддержанию цены на 437 аукционах в электронной форме на организацию поставки лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное питание) и оказание услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н. Мешалкина» Минздрава России.

Не согласившись с данным решением, заявители обратились в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции пришел к выводу об их необоснованности. Седьмой арбитражный апелляционный суд соглашается с данными выводами суда по следующим основаниям.

Согласно части 1 статьи 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности. Частью 4 статьи 200 АПК РФ определено, что при рассмотрении дел об оспаривании действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. В силу части 2 статьи 201 АПК РФ основанием для признания ненормативных правовых актов недействительными, а также действий (бездействия) должностного лица неправомерными является несоответствие их закону и иному нормативному правовому акту, а также нарушение прав и законных интересов заявителя в

сфере предпринимательской или иной экономической деятельности.

Таким образом, для признания арбитражным судом незаконными ненормативных актов и действий (бездействия) государственных органов, должностных лиц необходимо наличие одновременно двух юридически значимых обстоятельств: несоответствия их закону или иным нормативным правовым актам и нарушения прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 1 Закона о защите конкуренции, настоящий Федеральный закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации. Целями Закона о защите конкуренции являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков (часть 2 статьи 1 Закона о защите конкуренции).

В части 1 статьи 3 названного Закона указано, что настоящий Федеральный закон 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.

Согласно пункту 7 статьи 4 Федерального закона № 135-ФЗ конкуренция - 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. В силу пункта 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.

Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Согласно правовой позиции, сформулированной в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10, для заключения вывода о наличии нарушений антимонопольного законодательства, выражающихся в создании картеля (заключении антиконкурентного соглашения), не требуется доказывание антимонопольным органом фактического исполнения участниками картеля условий соответствующего противоправного соглашения, а также фактического наступления последствий, указанных в части 1 статьи 11 Закона о конкуренции, поскольку рассматриваемое нарушение состоит в самом достижении участниками картеля договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в названной норме последствиям.

Из взаимосвязанных статей 11, 12, 13 Закона о защите конкуренции следует, что соглашения, которые приводят или могут привести к перечисленным в части 1 статьи 11 последствиям, запрещаются.

Факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов.

Исследовав и оценив по правилам статьи 71 АПК РФ имеющиеся в материалах дела доказательства, суд первой инстанции установил, что факт заключения и участия ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» в антиконкурентном соглашении подтверждается: - документами и информацией, полученными Новосибирским УФАС России в результате внеплановой выездной проверки в отношении ООО «Компания ФИТО» (акт проверки № 02-09-17-17 от 18.10.2017); - документами и информацией, полученной антимонопольным органом по запросам электронной торговой площадки ЭТП ЗАО «Сбербанк-АТС»; - документами и информацией, полученной по запросу ИФНС № 16, а также информации, размещенной на официальном сайте Федеральной налоговой службы; - документами и информацией, полученной по запросам провайдера ПАО «Ростелеком»; - фактическим поведением Ответчиков в аукционах в электронной

форме на организацию поставки лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное питание) и оказание услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н. Мешалкина» Минздрава России; - результатами анализа состояния конкуренции на торгах, проведенного в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или отсутствии нарушения антимонопольного законодательства по делу № 02-01-15-11-17 о нарушении антимонопольного законодательства; - заявлениями, поступившими от ответчиков, в порядке примечания к статье 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Таким образом, наличие в действиях ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлено Новосибирским УФАС России на основании совокупности указанных выше доказательств.

Апеллянты со ссылкой на то, что ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» входят в одну группу лиц по п. 8 ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и находятся под контролем одного лица - Мартынюк А.С., следовательно, должны рассматриваться как единый хозяйствующий субъект, считают ошибочным и несоответствующим фактическим обстоятельствам дела вывод арбитражного суда о том, что общества являются конкурентами.

Между тем, поддерживая выводы суда в указанной части, арбитражный апелляционный суд, исходит из следующего.

В силу ч. 7 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» положения статьи 11 указанного закона не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации. Согласно ч. 8 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» под контролем в статье 11, в статьях 11.1 и 32 указанного закона понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1. распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
2. осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Таким образом, нахождение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов под контролем одного лица может быть признано только при наличии одного или обоих из вышеуказанных оснований, подтверждающихся надлежащим образом оформленными документами. Иных случаев, признания хозяйствующих субъектов, находящихся под контролем одного лица, антимонопольным законодательством не предусмотрено.

Соответственно, во всех иных случаях на действия хозяйствующих субъектов-конкурентов по соглашению, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, будут являться нарушением п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Указанный вывод подтверждается письмом ФАС России № 5961 от 11.07.2018, в котором указано, что хозяйствующие субъекты, входящие в одну группу лиц, освобождаются от преследования за заключение антиконкурентного соглашения только в том случае, если одним из них в отношении другого установлен контроль, либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица.

Перечень действий, подпадающих под понятия контроля, при наличии которых хозяйствующим субъектам предоставлен иммунитет в отношении антиконкурентных соглашений, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. В части 1 статьи 9 Закона № 135-ФЗ перечислен широкий спектр критериев, по которым хозяйствующие субъекты признаются группой лиц. Из системного анализа пунктов 9 и 17 статьи 4, статей 5, 27, 28 и 29 Закона № 135-ФЗ следует, что перечисленные в части 1 статьи 9 Закона № 135-ФЗ признаки, при наличии которых хозяйствующие субъекты относятся к группе лиц, обусловлены целью установления доминирующего положения хозяйствующих субъектов и наличия у них рыночной власти на том или ином товарном рынке, оценки возможности этими лицами проводить на рынке единую коммерческую политику и их влияния на состояние конкуренции, а также контроля за экономической концентрацией. Установленные антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействие) на товарном рынке хозяйствующего субъекта распространяются на действия (бездействие) группы лиц (часть 2 статьи 9 Закона № 135-ФЗ). В свою очередь частью 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ установлено только два критерия отнесения хозяйствующих субъектов к группе лиц применительно к статье 11 Закона, при

соблюдении которых допускается заключение соглашения между хозяйствующими субъектами конкурентами. При этом один из критериев, указанных в части 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, (пункт 1) корреспондируется с пунктом 1 части 1 статьи 9 Закона, а второй (пункт 2) - с нормой пункта 2 части 1 статьи 9 Закона. Таким образом, исходя из буквального толкования нормы статьи 11 Закона № 135-ФЗ, следует признать, что хозяйствующие субъекты, не отвечающие признакам группы лиц, установленных частью 8 данной статьи, не освобождены от соблюдения запретов, установленных частью 1 статьи 11».

Соответственно, понятие контроля в силу положений Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» четко ограничено двумя вышеуказанными действиями, а, следовательно, вхождение в группу лиц по иным основаниям, в том числе корпоративное, экономическое, территориальное и структурное единство не является основанием для неприменения к Заявителям положений ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии с информацией, представленной ИФНС № 16 по Новосибирской области (вх. № 7426 от 03.08.2017), а также информации, размещенной на официальном сайте Федеральной налоговой службы, единственным учредителем ООО «Компания ФИТО» является Кузьменко Марина Алексеевна - размер доли в уставном капитале 100%.

Директором и единственным учредителем ООО «Терра» является Чепов Антон Владимирович - размер доли в уставном капитале 100%.

Таким образом, на дату проведения проверки учредители (участники) ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» не совпадают.

Согласно вышеприведенным данным ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» не находятся под контролем одного лица применительно к положению части 8 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Следовательно, условия о допустимости антиконкурентных соглашений, установленные в части 7 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» не распространяются, и при участии в аукционах данные хозяйствующие субъекты должны были соблюдать требования пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии с ч. 5.1 ст. 45 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» отделом товарных и финансовых рынков Новосибирского УФАС России был подготовлен аналитический отчет по результатам исследования состояния конкуренции на открытых аукционах в электронной форме на организацию поставки лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное

питание) и оказания услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н. Мешалкина» Минздрава России за период с 07 декабря 2015 года по 26 декабря 2017 года. Аналитический отчет приобщен к материалам дела.

По результатам исследования состояния конкуренции при проведении 437 открытых аукционов в электронной форме было установлено следующее: 1) Временной интервал: по каждому из рассматриваемых ОАЭФ определен с даты опубликования извещения до даты окончания исполнения контракта. Все аукционы проходили в период с 7 декабря 2015 года по август 2017 года, и несколько контрактов, заключенных по итогам проведения рассматриваемых аукционов, находятся на исполнении. Соответственно, общий период исследования определяется с 07.12.2015 по 26.12.2017 (момент подготовки настоящего отчета). 2) Предмет торгов: организация поставки лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное питание) и оказание услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н.Мешалкина». 3) Состав хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах: признанные соответствующими требованиям к участникам аукциона, хозяйствующие субъекты. Все участники каждого из исследованных аукционов, а также хозяйствующие субъекты, отказавшиеся от участия в торгах в результате соглашения, являлись друг другу конкурентами на право заключения контракта (договора). Состав хозяйствующих субъектов участников - конкурентов по каждому из аукционов приведен в Приложении № 1 к данному отчету.

С учетом изложенного, суд правомерно указал, что деятельность ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» не подпадают под исключения, установленные ч.ч. 7, 8 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», при этом доводы апелляционной жалобы о фактической аффилированности обществ между собой, единстве инфраструктуры и кадров, напротив, могут свидетельствовать о возможности заключения картельного соглашения.

Таким образом, ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» являлись субъектами-конкурентами, а фактические корпоративные связи не доказывают наличие юридических оснований для освобождения от ответственности.

Как следует из материалов дела, ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» представили в Новосибирское УФАС России заявления (письмо ООО «Компания ФИТО» вх. № 9227 от 28.09.2017; письмо ООО «Терра» вх. № 10531 от 08.11.2017), в которых добровольно заявили о заключении запрещенного п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» соглашения между ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра».

Заявители считают, что при определении того, является ли поведение хозяйствующих субъектов на торгах нарушающим требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», необходимо установить теоретическую возможность наступления одного из признаков ограничения конкуренции, приведенных в п. 17 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», чего в данном случае не было сделано антимонопольным органом.

Вместе с тем, в соответствии со ст. 8 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» осуществление закупок должно быть основано на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг.

Таким образом, закон о контрактной системе предполагает, что между участниками закупок должна быть добросовестная ценовая и неценовая конкуренция в целях наиболее эффективного удовлетворения государственных и муниципальных нужд.

Согласно ст. 24 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), к которым в том числе относится аукцион. В соответствии с ч. 4 ст. 24 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» под аукционом понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта.

Следовательно, аукцион предполагает наличие ценовой конкуренции между участниками торгов. Все участники открытых аукционов в электронной форме, признанные соответствующими требованиям к участникам аукциона, которые предусмотрены аукционной документацией, являются потенциальными поставщиками (продавцами) предмета закупки в рамках каждого из рассматриваемых аукционов, то есть все участники являются между собой конкурентами при участии в торгах на право заключения контракта (договора).

Как обоснованно указал суд первой инстанции, заявители, являясь отдельными юридическими лицами, выступали в торгах как самостоятельные участники, подавали заявки и принимали участие в аукционах, создавая видимость конкуренции, в дальнейшем осуществляли исполнение контрактов на поставку (продажу) медицинского оборудования,

медицинских изделий, товаров медицинского назначения, принадлежностей к медицинскому оборудованию, лабораторных и иных расходных материалов для нужд медицинских учреждений системы здравоохранения Российской Федерации. Таким образом, указанные юридические лица осуществляют продажу товаров на одном товарном рынке и являются хозяйствующими субъектами-конкурентами в понимании антимонопольного законодательства.

Разделение аукционов между участниками торгов является одной из форм реализации антиконкурентного соглашения, результатом чего является поддержание цен на торгах, отсутствие конкурентной борьбы между участниками, что не соответствует основным принципам контрактной системы в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с пунктом 2 статьи 8 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестности ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Согласно пункту 7 статьи 4 Закона № 135-ФЗ 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.

Следовательно, даже в отсутствие иных участников аукциона при добросовестном поведении на торгах заявителей на основе принципа состязательности, могло и должно было произойти снижение максимальной цены аукционов до суммы, которую каждое общество определяло бы самостоятельно, исходя из своей финансово-хозяйственной деятельности.

Как указывалось выше, в силу пункта 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ 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. Согласно правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10, для заключения вывода о наличии нарушений антимонопольного законодательства,

выражающихся в создании картеля (заключении антиконкурентного соглашения), не требуется доказывание антимонопольным органом фактического исполнения участниками картеля условий соответствующего противоправного соглашения, а также фактического наступления последствий, перечисленных в части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ, поскольку, в силу буквального толкования названной нормы, рассматриваемое нарушение состоит в самом достижении участниками картеля договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ последствиям.

Таким образом, для квалификации действий хозяйствующих субъектов-конкурентов или субъектов, осуществляющих деятельность на одном товарном рынке, в качестве создания картеля, ограничивающего конкуренцию, достаточно установить сам факт заключения такими субъектами противоправного соглашения и направленность такого соглашения на повышение, снижение или поддержание цен на торгах.

Доводы заявителей о том, что в полномочия Новосибирского УФАС России не входит право на установление в деяниях лица состава уголовного преступления, в связи с чем, выводы антимонопольного органа в решении об осуществлении заявителями незаконной предпринимательской деятельности являются необоснованными, порочащими деловую репутацию юридических лиц, правомерно отклонены судом первой инстанции.

В соответствии с ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» за нарушение антимонопольного законодательства должностные лица федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, должностные лица иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также должностные лица государственных внебюджетных фондов, коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

Так ч. 2 ст. 14.32 КоАП РФ установлена административная ответственность за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах. Кроме того, в соответствии со ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации за ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством Российской

Федерации, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере наступает уголовная ответственность. Согласно Примечанию 1 к ст. 178 УК РФ доходом в крупном размере в настоящей статье признается доход, сумма которого превышает пятьдесят миллионов рублей, а доходом в особо крупном размере - двести пятьдесят миллионов рублей.

Следовательно, квалифицирующим признаком наступления либо административной ответственности, либо уголовной ответственности за картельные соглашения является размер извлеченного дохода.

Согласно разъяснениям ФАС России от 28.06.2010 № 09/649 «Об определении ущерба и дохода при нарушении статей 10, 11, 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и привлечении физических и юридических лиц к административной ответственности», учитывая, что причинение в результате нарушения антимонопольного законодательства ущерба или извлечение дохода является обязательным элементом состава преступления, комиссиям по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства при установлении фактов нарушений статей 10, 11 и 16 Федерального закона «О защите конкуренции» следует определять размер причиненного ущерба или извлеченного дохода и отражать установленные обстоятельства в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

При этом в решении Новосибирского УФАС России 23.01.2018 по делу № 02- 01-15-11-17 отсутствуют выводы о наличии в действиях ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» составов уголовных преступлений, предусмотренных ст.ст. 171, 178 УК РФ. Выводы, указанные в решении, о сути антиконкурентной деятельности картеля, как одного из видов незаконной предпринимательской деятельности, не свидетельствуют об установлении признаков нарушения ст. 171 УК РФ, о чем свидетельствует отсутствие в решении таковых выводов. Новосибирским УФАС России были лишь обнаружены признаки преступления, предусмотренного ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации, в связи с чем, принято решение о направлении решения по делу № 02- 01-15-11-17 в правоохранительные органы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела по признакам состава преступления. При этом установленный размер доходов, не влияет на законность вынесенного Новосибирским УФАС России 23.01.2018 решения по делу № 02-01- 15-11-17, и соответственно сделанные в резолютивной части решения выводы антимонопольного органа о нарушении ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», путем заключения устного картельного соглашения, реализация которого привела к поддержанию цены на 437 аукционах в электронной форме на организацию поставки

лекарственных средств, медицинских изделий, пищевых продуктов (послеоперационное питание) и оказание услуг по перевозке лекарственных средств для нужд ФГБУ «НМИЦ им. ак. Е.Н. Мешалкина» Минздрава России. Кроме того, ни Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», ни иными положениями законодательства не установлено, что доход, установленный антимонопольным органом является безусловным и не подлежит конкретизации и пересчету.

С учетом изложенного следует признать правильной произведенную Управлением квалификацию вышеуказанных действий заявителей как нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона №135-ФЗ.

Доводы заявителей о том, что материалами дела не установлена дата заключения соглашения, а соответственно и не установлено время нарушения, в свою очередь, указанное имеет правовое значение с точки зрения истечения сроков давности, установленных ст. 41.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», подлежат отклонению судом апелляционной инстанции, поскольку факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов, следовательно, в случае заключения устного антиконкурентного соглашения антимонопольный орган не обязан установить точную дату заключения такого соглашения.

Поскольку в данном случае наличие письменных соглашений между ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» антимонопольным органом не было выявлено, а факт заключения устного антиконкурентного соглашения был установлен, в том числе, с учетом фактического поведения хозяйствующих субъектов, то у Новосибирского УФАС России отсутствовала обязанность устанавливать точную дату заключения такого соглашения.

Ссылки заявителей на существенные нарушения на существенные процессуальные нарушения, допущенные Новосибирским УФАС России при рассмотрении дела, а именно на тот факт, что аналитический отчет в нарушение ч. 1 ст. 43 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» обществу не представлялся и в их адрес не направлялся, также отклоняется апелляционным судом, поскольку положениями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, не предусмотрено

направление аналитического отчета лицам, участвующим в деле.

Кроме того, аналитический отчет анализа состояния конкуренции составлен Новосибирским УФАС России 28.12.2017 в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, поскольку резолютивная часть решения была объявлена комиссией 16.01.2018, был приобщен к материалам дела, следовательно, заявители имели возможность до вынесения решения ознакомиться с его содержанием.

Таким образом, каких-либо процессуальных нарушений со стороны Новосибирского УФАС России при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства допущено не было.

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.

Таким образом, оснований для удовлетворения требований ООО "Терра" и ООО "Компания Фито" о признании недействительными оспоренного решения антимонопольного органа нет.

Доводы апелляционной жалобы общества с ограниченной ответственностью "Терра" и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито" повторяют позицию по делу, не содержат фактов, которые не были проверены и учтены судом первой инстанции при рассмотрении дела и имели бы юридическое значение для вынесения судебного акта по существу, влияли на обоснованность и законность судебного акта, либо опровергали выводы суда первой инстанции. Оснований к переоценке выводов, сделанных арбитражным судом первой инстанции, у апелляционного суда не имеется.

Таким образом, принятое арбитражным судом первой инстанции решение является законным и обоснованным, судом полно и всесторонне исследованы имеющиеся в материалах дела доказательства, им дана правильная оценка, оснований для отмены решения суда первой инстанции, установленных статьей 270 АПК РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы общества с ограниченной ответственностью "Терра" и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито" у суда апелляционной инстанции не имеется.

В соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации, принимая во внимание позицию, изложенную в абзаце 2 пункта 15 информационного письма Президиума Высшего арбитражного Суда Российской

Федерации от 25 мая 2005 года № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации», излишне уплаченная государственная пошлина в размере 750 руб. на основании статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации подлежит возврату из федерального бюджета.

Руководствуясь статьей 110, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л :

решение от 21.11.2018 Арбитражного суда Новосибирской области по делу № А45-12373/2018 оставить без изменения, апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью "Терра", г. Новосибирск и общества с ограниченной ответственностью "Компания Фито"- без удовлетворения.

Возвратить обществу с ограниченной ответственностью "Компания Фито" г. Новосибирск из федерального бюджета государственную пошлину в размере 750 руб., излишне уплаченную по апелляционной инстанции по платежному поручению от 04.12.2018 № 2944.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления его в законную силу, путем подачи кассационной жалобы через Арбитражный суд Новосибирской области.

Председательствующий

Т.В. Павлюк

Судьи

С.В. Кривошеина

О.А. Скачкова