



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ЗАПАДНО-СИБИРСКОГО ОКРУГА

П О С Т А Н О В Л Е Н И Е

г. Тюмень

Дело № А45-12373/2018

Резолютивная часть постановления объявлена 22 мая 2019 года

Постановление изготовлено в полном объеме 29 мая 2019 года

Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в составе:

председательствующего Шабановой Г.А.

судей Беловой Л.В.

Киричѐк Ю.Н.

при ведении протокола помощником судьи Мейранс А.Г.,
рассмотрел в судебном заседании с использованием средств
видеоконференц-связи (аудиозаписи) кассационную жалобу общества
с ограниченной ответственностью «Терра» и общества с ограниченной
ответственностью «Компания Фито» на решение от 21.11.2018
Арбитражного суда Новосибирской области (судья Нахимович Е.А.)
и постановление от 06.02.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда
(судьи Павлюк Т.В., Кривошеина С.В., Скачкова О.А.) по делу
№ А45-12373/2018 по заявлению общества с ограниченной ответственностью
«Терра» (630049, Новосибирская область, город Новосибирск, улица
Галушцака, дом 11, этаж 1, ОГРН 1045404721845, ИНН 5445116961) и
общества с ограниченной ответственностью «Компания Фито» (630049,
Новосибирская область, город Новосибирск, улица Галушцака, дом 11, этаж 1,
ОГРН 1025402456507, ИНН 5406206989) к Управлению Федеральной
антимонопольной службы по Новосибирской области (630011,

Новосибирская область, город Новосибирск, улица Кирова, дом 3, ОГРН 1035401913568, ИНН 5405116098) об оспаривании ненормативного правового акта.

Другое лицо, участвующее в деле, – федеральное государственное бюджетное учреждение «Национальный медицинский исследовательский центр имени академика Е.Н. Мешалкина» Министерства здравоохранения Российской Федерации.

С использованием систем видеоконференц-связи при содействии Арбитражного суда Новосибирской области (судья Булахова Е.И.) в заседании участвовали представители:

от общества с ограниченной ответственностью «Терра» – Мартынюк А.С. (директор) на основании решения от 13.05.2018;

от общества с ограниченной ответственностью «Компания Фито» – Горбунова М.К. по доверенности от 06.05.2019;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области – Максимейко Е.В. по доверенности от 09.01.2019;

от федерального государственного бюджетного учреждения «Национальный медицинский исследовательский центр имени академика Е.Н. Мешалкина» Министерства здравоохранения Российской Федерации – Данильченко Е.Б. по доверенности от 10.01.2019.

Суд установил:

общество с ограниченной ответственностью «Терра» (далее – ООО «Терра») и общество с ограниченной ответственностью «Компания Фито» (далее – ООО «Компания Фито») обратились в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее – управление, антимонопольный орган) от 23.01.2018 № 02-01-15-11-17.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено федеральное государственное бюджетное учреждение «Национальный

медицинский исследовательский центр имени академика Е.Н. Мешалкина» Министерства здравоохранения Российской Федерации (далее – учреждение, ФГБУ «НМИЦ им. Е.Н. Мешалкина»).

Решением от 21.11.2018 Арбитражного суда Новосибирской области, оставленным без изменения постановлением от 06.02.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда, в удовлетворении заявленного требования отказано.

В кассационной жалобе, поданной в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа, ООО «Терра» и ООО «Компания Фито», ссылаясь на неправильное применение судами обеих инстанций норм Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), несоответствие их выводов фактическим обстоятельствам и материалам дела, просят указанные судебные акты отменить и признать оспариваемое ими решение незаконным.

По мнению подателей жалобы, судами не учтено, что общества не являются конкурентами, входят в одну группу лиц (по различным основаниям) и действуют как единый хозяйствующий субъект, используя общую материально-техническую и кадровую базу, находятся под контролем Мартынюка А.С. и не обладают самостоятельностью по отношению друг к другу; доказательств ограничения конкуренции, получения обществами какой-либо материальной выгоды, а также направленности их действий на поддержание цен на торгах антимонопольным органом не представлено; аналитический отчет составлен управлением после вынесения заключения об обстоятельствах по делу, в адрес обществ не направлялся.

ФГБУ «НМИЦ им. Е.Н. Мешалкина» в отзыве на кассационную жалобу поддерживает позицию обществ.

В отзыве на кассационную жалобу управление просит оставить принятые по делу судебные акты без изменения как соответствующие действующему законодательству.

Проверив в порядке статей 284, 286 АПК РФ обоснованность доводов, изложенных в кассационных жалобах, отзыве на них и выступлениях присутствующих в заседании представителей участвующих в деле лиц, суд округа не усматривает оснований для отмены обжалуемых судебных актов.

Как следует из материалов дела, Письмом Федеральной антимонопольной службы (далее - ФАС России) от 12.07.2017 № АК/47486/17 управлению переданы полномочия по рассмотрению материалов в отношении ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра», а также поручено провести внеплановые проверки указанных юридических лиц на предмет выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства.

По результатам контрольных мероприятий управлением установлено, что в 2016-2017 годах 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; в большинстве случаев заказчиком выступало ФГБУ «НМИЦ им. Е.Н. Мешалкина».

Для участия в торгах, в том числе аккредитации на электронной торговой площадке, подачи заявок и ценовых предложений, подписания контрактов) общества использовали единую инфраструктуру, принадлежащую ООО «Компании ФИТО», включающую не только одинаковые IP-адреса (212.164.237.119, 212.164.239.5, 5.137.87.171), но и помещения, персонал, компьютерную технику и т.д.

В ходе проведения торгов общества создавали видимость конкуренции, распределив между собой аукционы (заранее согласовывали, кто из них по тому или иному лоту будет являться победителем; подавали единственные ценовые предложения, допуская снижение начальной (максимальной) цены контракта не более чем на 0,5 %; выигрывали «свой» лот, после чего заключали и исполняли контракт).

Решением управления от 23.01.2018 по делу № 02-01-15-11-17 общества признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона 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. Е.Н. Мешалкина».

Не согласившись с указанным решением, ООО «Терра» и ООО «Компания Фито» обратились в арбитражный суд с заявлением о признании его незаконным.

Суды первой и апелляционной инстанций отказали в удовлетворении заявленного требования, сочтя доказанным факт заключения и реализации обществами картельного соглашения, предусмотренного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

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.

Согласно части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции положения настоящей статьи 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.

При этом под контролем в статьях 11, 11.1 и 32 Закона о защите конкуренции 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, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица; 2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица (часть 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, часть 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции является специальной по отношению к статье 9 названного Закона; приведенный в данной норме перечень критериев отнесения хозяйствующих субъектов к подконтрольной группе лиц, при которых допускается заключение соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит; вхождение в группу лиц по иным основаниям, в том числе корпоративное, экономическое, территориальное и структурное единство, не освобождает хозяйствующих субъектов от соблюдения запретов, установленных частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции (Разъяснение ФАС России № 16 «О применении частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции» (утверждено протоколом Президиума ФАС России от 13.03.2019 № 2), письмо ФАС России от 11.07.2018 № 5961).

Проанализировав список участников, имеющих право распоряжения более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на доли, составляющие уставный капитал ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра», а также список лиц, осуществлявших функции исполнительных органов обществ, суды установили, что с 07.12.2015 по 26.12.2017 ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» не входили в одну

группу лиц и не находились под контролем одного лица либо друг друга по основаниям, перечисленным в части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции». Следовательно, общества обязаны соблюдать запрет, предусмотренный частью 1 статьи 11 названного Закона.

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.

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, суды двух инстанций установили, что между ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» было заключено устное картельное соглашение, реализация которого привела к поддержанию цены на 437 аукционах в электронной форме.

При этом судом обоснованно принято во внимание, что общества имели устойчивые связи (характер которых, однако, исключает их юридическую подконтрольность одному лицу); участвовали в электронных аукционах в качестве формальных конкурентов, заранее определяя их исход; для участия в торгах постоянно использовали единую инфраструктуру; аукционы, в которых принимали участие общества, завершились с минимальным снижением цены контракта (0,5 %).

Кроме того, факт существования и обстоятельства реализации картельного соглашения подтверждаются заявлениями, поданными ООО «Терра» и ООО «Компания Фито» в антимонопольный орган в рамках программы смягчения ответственности в соответствии с примечанием к статье 14.32 КоАП РФ.

При таких обстоятельствах арбитражные суды пришли к верному выводу о доказанности управлением нарушения обществами пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в связи с чем отказали в удовлетворении заявленного ими требования.

Доводы ООО «Компания ФИТО» и ООО «Терра» относительно составления управлением аналитического отчета после вынесения заключения об обстоятельствах дела и не направления его в адрес обществ были предметом рассмотрения судов обеих инстанций и мотивированно отклонены.

Иное толкование подателями кассационной жалобы положений действующего законодательства, а также иная оценка ими обстоятельств спора не свидетельствуют о неправильном применении судами норм права.

С учетом изложенного оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного акта в соответствии со статьей 288 АПК РФ не имеется.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 287, статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Западно-Сибирского округа

п о с т а н о в и л :

решение от 21.11.2018 Арбитражного суда Новосибирской области и постановление от 06.02.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда по делу № А45-12373/2018 оставить без изменения, кассационную жалобу – без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в Судебную коллегияу Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном статьей 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий

Г.А. Шабанова

Судьи

Л.В. Белова

Ю.Н. Киричѐк