ПРЕЗИДИУМ

РЕШЕНИЕ № 17-15-1/6

г. Москва 17 ноября 2017 г.

Резолютивная часть решения объявлена «15» ноября 2017

Полный текст решения изготовлен «17» ноября 2017

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Президиум Федеральной антимонопольной службы (далее — Президиум) в составе: <...>,

рассмотрев жалобу ООО «Прайм», ООО «Антуриум», ООО «Сота» (далее — Заявитель, Общество) на решение Башкортостанского УФАС России от 14.08.2017 по делу № А-13/16-17 (далее также — Решение Башкортостанского УФАС России) на наличие нарушения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства в присутствии:

<...>

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы, размещено 09.11.2017 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

заслушав доклад начальника Правового управления ФАС России — Молчанова А.В.,

УСТАНОВИЛ:

В ФАС России поступила жалоба ООО «Прайм», ООО «Антуриум», ООО

«Сота» (далее — Заявитель, Общество) на на решение Башкортостанского УФАС России от 14.08.2017 по делу № А-13/16-17 (далее также — Решение Башкортостанского УФАС России) на наличие нарушения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно материалам дела № А13/16-17, (жалоба поступила 25.08.2017 в ФАС России, вх. № 131009-ЭП/17) ООО «Сота» являлись лицом, участвовавшим в деле в качестве заявителя; ООО «Прайм», ООО «Антуриум» являлись заинтересованными лицами. Ответчиками по делу являлись Министерство здравоохранения Республики Башкортостан, АО «НПО Новодез», ООО «Опора СВ», Главное управление Федеральной службы исполнения наказания по Нижегородской области.

Срок представления жалобы на решение Башкортостанского УФАС России Заявителями соблюден.

По мнению ООО «Прайм», ООО «Антуриум», ООО «Сота», решение Башкортостанского УФАС России необоснованно и не соответствует действующему законодательству.

В частности, Заявители указывают на необходимость исследования дополнительных доказательств, например:

- письма ГБУЗ «Республиканский центр дезинфекции» от 13.10.2016 в адрес главных врачей ЛПУ Республики РБ, с приложением, как указывает Заявитель, конкретного технического задания;
- договоры на дезинфицирующие средства АО НПО «Новодез» и его дочерних компаний в 2016-2017 гг.

На заседании Президиума исследовалось также мнение независимых экспертов — членов Ассоциации антимонопольных экспертов. При его подготовке члены Ассоциации антимонопольных экспертов констатировали, что не связаны позициями и интересами Башкортостанского УФАС России, ФАС России кого-либо из участников дела о нарушенииантимонопольного законодательства № А-13/16-17, их аффилированных лиц, представителей. По мнению Ассоциации антимонопольных экспертов решение Башкортостанского УФАС России не соответствует закону и сформированной антимонопольными органами практике применения антимонопольного законодательства.

При этом члены Ассоциации антимонопольных экспертов отмечают, что не могут сделать вывод о наличии или об отсутствии нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции по предоставленным материалам дела

№ А-13/16-17, однако полагают, что в исследуемых обстоятельствах могут быть усмотрены признаки ограничения конкуренции.

Президиум рассмотрел жалобу на предмет соблюдения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и установил следующее.

В адрес Башкортостанского УФАС России поступило обращение ООО «СОТА» (вх.2218 от 21.02.2017) с указанием на ограничивающие конкуренцию действия Министерства здравоохранения Республики Башкортостан (далее также Минздрав РБ), АО НПО «Новодез», ООО «Опора СВ».

В ходе рассмотрения дела № А-13/16-17 Башкортостанским УФАС России установлено, что 25.03.2016 АО НПО «Новодез» направило письмо (исх. № 040) в адрес главы Республики Башкортостан с просьбой о рассмотрении возможности сотрудничества в области поставок дезинфицирующих, чистящих, моющих средств и кожных антисептиков.

18.04.2016 ООО «ОпораСВ» направило письмо (исх. № 023/Н) рекламного характера в адрес Главы Республики Башкортостан, в котором общество просит рассмотреть возможность сотрудничества с компаниями партнерами ООО «ОпораСВ» и НПО «Новодез».

Башкортостанским УФАС России установлено, что Министерством здравоохранения Республики Башкортостан письмо ООО «ОпораСВ» направлено в адрес руководителей медицинских организаций Республики Башкортостан для рассмотрения возможности поставки в медицинские организации кожных антисептиков, моющих и чистящих средств без конкурса (исх. № 04-06/569 от 26.04.2016; далее — письмо Минздрава РБ).

Кроме того, в материалах дела содержатся следующие письменные доказательства:

- письмо ООО «Опора СВ» (исх. № 098/Н от 16.06.2016) в адрес Министра здравоохранения РБ с просьбой о рассмотрении возможности сотрудничества с компаниями ООО «ОпораСВ» и НПО «Новодез» в области поставок дезинфицирующих, чистящих, моющих средств и кожных антисептиков;
- решения Башкортостанского УФАС об отмене закупок (например: решение Башкортостанского УФАС России № ГЗ-734/16 от 27.09.2016 о признании жалобы ООО «Антуриум», ООО «Сота», ООО «Прайм» на действия Государственного бюджетного учреждения

здравоохранения Республиканский центр по профилактике и борьбе со СПИДом (заказчик), и инфекционными заболеваниями обоснованной; решение Башкортостанского УФАС России № ГЗ-805/16 от 20.10.2016 о признании жалобы ООО «Антуриум», ООО «Ирсай» на действия ГБУЗ Республики Башкортостан Стерлибашевская центральная районная больница обоснованной.);

- доверенность на представление интересов Государственного бюджетного учреждения здравоохранения Республиканский центр по профилактике и борьбе со СПИДом и инфекционными заболеваниями на имя Николаевой А.А. (№ 2193 от 21.11.2016);

- справка 2-НДФЛ (в отношении физического лица Николаевой А.А.; налоговый агент: АО НПО «Новодез»);

- письмо ГУФСИН по Нижегородской области о сотрудничестве с учреждениями ФСИН, об организации совместных торгов для закупок дезинфектов и кожных антисептиков напрямую в ФСИН России (№ 53/ТО/65/1-16884 от 07.12.2016);

- письмо АО НПО «Новодез» с информацией о том, что на территории Республики Башкортостан работает официальный дилер ООО «Медфарм»;

- письмо ГУФСИН России по Нижегородской области с направлением информации о ценах и наименованиях производимой ГУФСИН России по Нижегородской области продукции (исх. № 53/ТО/36/6 от 15.02.2017).

Башкортостанское УФАС России в оспариваемом решении указало на невозможность квалифицировать действия Минздрава РБ, АО НПО «Новодез», ООО «Опора СВ», ГУФСИН по Нижегородской области как нарушающие пункт 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Как указано в оспариваемом решении, в рамках дела № А13/16-17 Башкортостанским УФАС России проведен анализ состояния конкуренции на рынке поставки дезинфицирующих средств, в результате которого установлено, что после направления письма Минздрава РБ медицинским учреждениям РБ роста количества договоров с единственным поставщиком, а так же по результатам проведения конкурентных закупок, на дезинфицирующие средства компаний НПО «Новодез» не наблюдается. Установлено также, что основными поставщиками дезинфицирующих средств медицинским учреждениям РБ являются: ООО «Прайм», ООО «Артимед», ООО «Антуриум», ООО

«Аквадез». С данными компаниями на протяжении всего исследуемого периода заключается основная доля договоров на поставки дезинфицирующих средств медицинским учреждениям Республики Башкортостан.

Решением Башкортостанского УФАС России на основании пункта 2 части 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции рассмотрение дела прекращено в связи с отсутствием нарушения части 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции в действиях Министерства здравоохранения Республики Башкортостан (далее также — Минздрав РБ), АО НПО «Новодез», ООО «Опора СВ» ГУФСИН по Нижегородской области по заключению между указанными субъектами соглашения.

Министерству здравоохранения Республики Башкортостанского УФАС России выдано предупреждение № 23/15-17 (далее – Предупреждение) о прекращении действий по направлению в адрес руководителей медицинский организаций РБ письма для рассмотрения возможности поставки в медицинские организации кожных антисептиков, моющих и чистящих средств без конкурса, которые содержат признаки нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции. Как указывает Башкортостанское УФАС России в своих пояснениях (письмо от 19.10.2017 № 9/13231), предупреждение исполнено.

Президиум, исследовав материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, и доводы лиц, участвующих в рассмотрении жалобы, пришел к следующим выводам.

Согласно пункту 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между 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 или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности, к ограничению доступа на товарный рынок.

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

Согласно разъяснению Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

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.

Аналогичная правовая позиция отражена в пункте 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 года.

Согласно статьям 25, 45 Закона о защите конкуренции в качестве доказательств при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольным органом рассматриваются документы, сведения, объяснения, информация в письменной и устной форме, включая служебную переписку в электронном виде.

На особенности доказывания наличия антиконкурентного согласованного поведения, указал Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 2 постановления Пленума от 30 июня 2008 года № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении.

Названный подход применим и к доказыванию соглашений, то есть договоренностей, которые, по их существу, не могут быть подтверждены прямыми доказательствами; наличие таких договоренностей косвенно может подтверждаться иными доказательствами, которые могут убедить правоприменительный орган в наличии или отсутствии таких договоренностей.

Для этого правоприменительный орган должен оценивать относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности.

Иной подход означает, что антиконкурентные соглашения недоказуемы в принципе. Изложенная правовая позиция подтверждается, в том числе, судебной практикой (например, постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.10.2017 по делу № А40-213567/2016).

Необходимо отметить, что в решении Апелляционной коллегии ФАС России от 03.06.2016, вынесенному по итогам рассмотрения жалобы ООО Центр по разработке и внедрению информационных технологий «ГРАНД» на решение Магаданского УФАС России от 17.02.2016 по делу № 02-9/10-2015, коллегиальный орган пришел к выводу о том, что признание отсутствия нарушения антимонопольного законодательства, при условии создания необоснованных преимуществ какому-либо хозяйствующему субъекту, по сравнению с другими участниками соответствующего товарного рынка, нарушает единообразие в применении норм антимонопольного законодательства. Законность решения Апелляционной коллегии ФАС России от 03.06.2016 по делу № 02-9/10-2015 подтверждена в судебном порядке (постановление Арбитражного суда Московской области от 27.04.2017 по делу № А40-145056/2016).

Согласно решению Башкортостанского УФАС России основанием для прекращения рассмотрения дела № А-13/16-17 о нарушении антимонопольного законодательства являлось отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии) в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции. Вместе с тем Башкортостанским УФАС России в оспариваемом решении не установлено отсутствие признаков нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции, послуживших основанием для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Более того, Президиум ФАС России приходит к выводу о том, что доказательства, имеющиеся в материалах дела № А-13/16-17 в их совокупности не исключают, а свидетельствуют о наличии указанных признаков. Таким образом, комиссией Башкортостанского УФАС России не была дана надлежащая оценка совокупности всех обстоятельств, имевших значение для рассмотрения дела.

В частности, из письменных доказательств следует, что имеются обстоятельства, создающие для АО НПО «Новодез» преимущественные условия осуществления хозяйственной деятельности.

Так, при выдаче Предупреждения Башкортостанским УФАС России установлено, что своими действиями Министерство здравоохранения РБ может повлиять на хозяйственную деятельность медицинских

учреждений, подведомственных Министерству в вопросе выбора способа определения поставщика дезинфицирующих средств, что может привести к ограничению, устранению и/или ущемлению конкуренции.

Однако при рассмотрении дела № А-13/16-17 Башкортостанское УФАС России не должно было ограничиться установлением лишь признаков нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции, выразившихся в направлении Министерством здравоохранения Республики Башкортостан письма о возможности сотрудничества с компаниями ООО «Опора СВ», АО НПО «Новодез» в адрес руководителей медицинских организаций Республики Башкортостан (исх. № 04-06/569 от 26.04.2016), не исследовав в совокупности иные имеющиеся в деле доказательства в целях надлежащего доказывания наличия или отсутствия нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Соответствующие обстоятельства также могли быть установлены путем исследования состояния конкуренции на товарном рынке в объеме, предусмотренном Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220.

Однако проведенное Башкортостанским УФАС исследование при рассмотрении дела № А-13/16-17 не позволяет установить обстоятельства, необходимые для соответствующей квалификации. Следовательно, признаки нарушения антимонопольного законодательства не исключены и не опровергнуты при принятии решения.

Таким образом, оценив доказательства в отдельности, а также их совокупность, Президиум ФАС России приходит к выводу о том, что в действиях ответчиков по делу № А-13/16-17 усматриваются признаки нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции, а решение Башкортостанского УФАС России от 14.08.2017 по делу № А-13/16-17 нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона

о защите конкуренции, Президиум,

РЕШИЛ:

1.
    1.
        1. Отменить решение Башкортостанского УФАС России от 14.08.2017 по делу № А-13/16-17.
        2. Обратить внимание Башкортостанского УФАС России на наличие признаков нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции.
        3. Башкортостанскому УФАС России передать материалы дела № А-13/16-17 в Центральный аппарат ФАС России в Управление по борьбе с картелями
        4. Управлению по борьбе с картелями провести дальнейшее расследование указанного дела.

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

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