

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

### **Независимое заключение по жалобе ООО «Прайм», ООО «Антуриум», ООО «Сота» на решение УФАС по Республике Башкортостан от 14 августа 2017 г. по делу № А-13/16-17**

Настоящее Независимое заключение (далее – «**Заключение**», «**Независимое заключение**») подготовлено по запросу Федеральной антимонопольной службы в целях содействия всестороннему и объективному рассмотрению Президиумом ФАС России жалобы ООО «Прайм», ООО «Антуриум», ООО «Сота» (далее – «**Заявители**») на решение УФАС по Республике Башкортостан от 14 августа 2017 г. по делу № А-13/16-17 (далее, соответственно, – «**Жалоба**» и «**Решение**», «**Решение Башкортостанского УФАС России**»).

Настоящее Заключение подготовлено рабочей группой членов Ассоциации антимонопольных экспертов (далее – «**Ассоциация**»). Члены рабочей группы подтверждают отсутствие у них конфликта интересов при подготовке настоящего Заключения.

Настоящее Независимое заключение основано на принципах *amicus curiae*. При его подготовке члены Ассоциации не связаны позициями и интересами Башкортостанского УФАС России, ФАС России, кого-либо из участников дела о нарушении антимонопольного законодательства № А-13/16-17, их аффилированных лиц, представителей.

Также авторы Заключения отмечают, что с учетом отсутствия у них статуса правоприменительного органа, а равно с учетом обжалования участниками антимонопольного разбирательства Решения Башкортостанского УФАС России (несогласия их с данным решением) любые «нарушения» хозяйствующих субъектов, иных лиц, которые могут упоминаться в данном Заключении, рассматриваются исключительно в качестве гипотетических.

При подготовке настоящего Заключения эксперты руководствовались следующими документами:

- Жалоба Заявителей по делу № А-13/16-17 с приложением - списком отмененных закупок <...> за период 15.06.2017-23.08.2017 (**Жалоба**).
- Дополнение по Жалобе исх. № 008 от 16.10.2017.
- Решение Башкортостанского УФАС России от 14 августа 2017 г. по делу № А-13/16-17.
- Докладная записка Правового управления ФАС России в адрес Президиума ФАС России (по Жалобе).
- Решение Башкортостанского УФАС России от 16 декабря 2016 г. № ГЗ-1002/16.
- Решение Башкортостанского УФАС России от 27 сентября 2016 г. № ГЗ-734/16.
- Решение Башкортостанского УФАС России от 20 октября 2016 г. № ГЗ-805/16.
- Решение Башкортостанского УФАС России от 19 января 2017 г. № ГЗ-18/17.
- Решение Башкортостанского УФАС России от 21 ноября 2016 г. № ГЗ-894/16.

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

- Письмо Министерства Здравоохранения Республики Башкортостан от 26 апреля 2016 г. № 04-06/569.
- Письмо ООО «Опора СВ» от 16 июня 2016 г. исх. № 098/Н.
- Письмо ООО «Опора СВ» от 18 апреля 2016 г. исх. № 023/Н.
- Письмо АО НПО «Новодез» от 25 марта 2016 г. исх. № 040.
- Письмо АО НПО «Новодез» от 25 января 2017 г. исх. № 115.
- Письмо Министерства Здравоохранения Республики Башкортостан главному врачу ГБУЗ РБ Поликлиника № 46 г. УФА, вх. № 2115 от 13 октября 2016 г.
- Письмо Министерства Здравоохранения Республики Башкортостан главному врачу ГБУЗ РБ Архангельская ЦРБ (номер и дата не читаются).

Авторы Независимого заключения допускают, что выводы Заключения могли бы быть скорректированы, дополнены тем или иным образом при предоставлении им всех имеющихся по делу № А-13/16-17 доказательств (материалов), а также приложений к дополнениям к Жалобе.

Цель настоящего Заключения – представить независимое мнение его авторов по вопросу, **имеется ли в действиях Ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции.**

**Авторы Независимого заключения приходят к выводу о возможности положительного ответа на данный вопрос с рядом оговорок.**

### **1. Доводы Заявителей Жалобы.**

В Жалобе Заявители не приводят доводы о нарушении Решением единообразия практики применения антимонопольного законодательства. Между тем, из содержания Жалобы усматривается, что Заявители, возможно, не согласны квалификацией действий Министерства здравоохранения Республики Башкортостан (далее также – **«Министерство»**) в качестве нарушения ст. 15 Закона о защите конкуренции (как более «мягкой» квалификации по сравнению со ст. 16 Закона о защите конкуренции) и однозначно не согласны с прекращением рассмотрения дела в отношении остальных Ответчиков в связи с отсутствием в их действиях нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции.

Заявители требуют возобновить рассмотрение дела № А13/16-17. Кроме того, Заявители указывают на необходимость исследования дополнительных доказательств, в частности:

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

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

В дополнениях к Жалобе Заявители требуют признать Решение недействительным в части прекращения рассмотрения дела по ст. 16 Закона о защите конкуренции, признать действия Министерства здравоохранения Республики Башкортостан, ООО «Опора СВ» и АО НПО «Новодез» нарушающими ст. 16 Закона о защите конкуренции и выдать предписание Министерству здравоохранения Республики Башкортостан о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Заявители приводят в дополнениях к Жалобе множество обстоятельств и прилагают доказательства, которые не указаны в Решении. Из Жалобы и дополнений к ней усматриваются обстоятельства и доказательства, предположительно<sup>1</sup> подтверждающие аргументы Заявителей и свидетельствующие о наличии **признаков нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции** в действиях ООО «Опора СВ», АО НПО «Новодез» и Министерства здравоохранения Республики Башкортостан. Авторы Независимого заключения отмечают, что указанный вывод справедлив только при условии, что указываемые Заявителями обстоятельства подтверждаются доказательствами.

К числу признаков ограничения конкуренции, усматриваемых из дополнений к Жалобе, можно отнести:

- рост цены товара (дезинфицирующих средств) для государственных и муниципальных заказчиков Республики Башкортостан, не связанный с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке,
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке в соответствии с обязательными для исполнения государственными и муниципальными заказчиками Республики Башкортостан указаниями органа государственной власти – Министерства здравоохранения Республики Башкортостан, и/или
- иные обстоятельства, создающие возможность для АО НПО «Новодез» в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке (направление органом власти – Министерством здравоохранения Республики Башкортостан – «рекомендательных» писем относительно продукции АО НПО «Новодез», организация для государственных и муниципальных заказчиков Республики Башкортостан семинаров, круглых столов, на которых выступают представители АО НПО «Новодез» или аффилированных с ним лиц и т.д.).

Авторы Независимого заключения обращают внимание, что из Решения невозможно установить, исследовались ли Башкортостанским УФАС России обстоятельства и доказательства, которые Заявители приводят в Жалобе и дополнениях к ней. Подавляющая часть обстоятельств и доказательств, приводимых Заявителями, в Решении не описана, и ей не дана оценка. Вместе с тем части 3.2 и 3.3 ст. 41 Закона о защите конкуренции устанавливают обязательные требования к описательной и мотивировочной части решения антимонопольного органа, которые в данном случае были нарушены.

---

<sup>1</sup> Авторы Независимого заключения не исследовали материалы дела и приложения к Жалобе и дополнениям к Жалобе.

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

Перед Авторами Независимого заключения был поставлен только один вопрос для правового анализа – имеется ли в действиях Ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции. Поскольку Авторами не могли быть исследованы непосредственно материалы дела и приложения к дополнениям к Жалобе, **Авторы не могут сделать вывод о наличии или об отсутствии нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции в действиях Ответчиков по предоставленным Авторам материалам рассмотренного Башкортостанским УФАС России дела.**

Между тем, если исходить из того, что в Жалобе и дополнениях к ней Заявителями приведены все существенные обстоятельства, имевшие значение для рассмотрения дела по ст. 16 Закона о защите конкуренции, которые были (или могли быть) известны<sup>2</sup> (установлены) Башкортостанскому УФАС России при вынесении Решения, и данные обстоятельства подтверждаются приведенными Заявителями доказательствами, то Авторы могут прийти к следующим выводам.

1. Как следует из формулировки диспозиции ст. 16 Закона о защите конкуренции, запрет на антиконкурентные соглашения органа власти и хозяйствующего субъекта не является запретом *per se*, так как, помимо факта заключения такого соглашения, антимонопольный орган должен доказать, что в результате этого соглашения была или могла быть не допущена, ограничена или устранена конкуренция на товарном рынке.

Таким образом, без надлежащего анализа состояния конкуренции на товарном рынке, период (временной интервал) исследования, продуктовые и географические границы и др. параметры которого не указаны в Решении, квалифицировать действия Ответчиков как нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции нельзя. Однако, как было сообщено ФАС России Авторам Независимого заключения, материалы дела не содержат надлежащего аналитического отчета, составленного по итогам анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Единообразно складывающаяся судебная практика требует установления факта негативного влияния соглашения на конкуренцию, квалифицируя нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции в целом без уточняющей квалификации нарушения какого-либо из пунктов этой статьи<sup>3</sup>. Однако помимо этого, как было указано выше, квалификация нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции возможна лишь при доказанности риска того, что заключенное соглашение может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. Таким образом, даже если предположить, что анализ состояния конкуренции все же проведен Башкортостанским УФАС с соблюдением всех предъявляемых к

---

<sup>2</sup> Авторы Независимого заключения обращают внимание, что по смыслу положений частей 4-13 статьи 23 Закона о защите конкуренции, коллегиальный орган ФАС России не вправе принимать и давать оценку новым доказательствам, которые не исследовались территориальным антимонопольным органом (не представлялись ему).

<sup>3</sup> Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный), 2-е издание, переработанное и дополненное, отв. ред. И.Ю. Артемьев, «Статут», 2016

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

этой процедуре требований, вывод об отсутствии негативного влияния рассматриваемых действий на конкуренцию не имеет определяющего значения для выявления нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции, поскольку может сохраняться риск возникновения указанных негативных последствий в будущем. Оценка вероятности возникновения негативных последствий в результате действий Ответчиков в Решении Башкортостанского УФАС не дана.

2. Для доказывания соглашения, запрещенного ст. 16 Закона о защите конкуренции, необходимо установить и доказать:
  - А. факт достижения (заключения) соглашения между хозяйствующими субъектами и органом (органами) государственной власти;
  - В. наличие последствий заключения соглашения в виде недопущения, ограничения или устранения конкуренции либо возможности такого недопущения, ограничения или устранения;
  - С. причинно-следственную связь между соглашением или конкретными действиями сторон соглашения и указанными последствиями либо потенциальной возможностью (риском) их наступления.
3. При этом необходимо определиться с тем, какое соглашение необходимо доказывать, то есть что является предметом соглашения, и каков состав его участников. Из обстоятельств, которые указаны Заявителями, можно выдвинуть несколько возможных гипотез:
  - А. Соглашение между АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ» с одной стороны и Министерством здравоохранения Республики Башкортостан с другой стороны, предметом которого является создание преимуществ указанным хозяйствующим субъектам на товарном рынке дезинфицирующих средств за счет создания преимущественных условий участия в торгах и ограничения доступа конкурентов к таким торгам – формулирования закупочной документации под характеристики продукции компаний-ответчиков.
  - В. Соглашение между АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ» с одной стороны и Министерством здравоохранения Республики Башкортостан, ГУФСИН по Нижегородской области с другой стороны, предметом которого является создание преимуществ указанным хозяйствующим субъектам на товарном рынке дезинфицирующих средств за счет создания преимущественных условий доступа к государственным (муниципальным) заказам за счет возможности закупки у единственного поставщика товаров, производимых учреждениями уголовно-исполнительной системы (УИС).
  - С. Возможно наличие двух соглашений – между АО НПО «Новодез» и Министерством здравоохранения Республики Башкортостан, и между ООО «Опора СВ» и Министерством, если не доказано осуществление действий АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ» в едином интересе<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Авторы Независимого заключения также отмечают недоказанную (непроверяемую по представленным материалам для анализа и открытым источникам) аффилированную связь между АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ».

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

Д. Вариация соглашений с участием ГУФСИН по Нижегородской области.

Е. Иные вариации соглашения (менее вероятно).

4. При этом в судебной практике можно встретить подход, согласно которому соглашение должно предусматривать конкретные действия, которые его участники намереваются совершить. Если таких условий в соглашении нет, то такое соглашение, будучи соглашением о намерениях, не может быть признано нарушающим ст. 16 Закона о защите конкуренции.<sup>5</sup> Указанные действия могут быть установлены через анализ фактических обстоятельств их совершения (анализ поведения сторон соглашения и его последствий). При этом одной лишь последовательности действий недостаточно для констатации наличия соглашения. Необходимо установить взаимную обусловленность этих действий.
5. Направление 25.03.2016, 18.04.2016, 20.05.2016, 16.06.2016, 02.09.2016 АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ» писем в адрес Главы Республики Башкортостан и Министра здравоохранения Республики Башкортостан с просьбой рассмотреть возможность сотрудничества в области поставок дезинфицирующих, чистящих, моющих средств и кожных антисептиков само по себе не является доказательством неправомерного поведения со стороны хозяйствующих субъектов, однако подтверждает наличие интереса указанных организаций в поставке своей продукции учреждениям здравоохранения Республики Башкортостан.
6. Пересылка Министерством здравоохранения Республики Башкортостан отдельных писем АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ» в адрес руководителей подведомственных медицинских организаций Республики Башкортостан для рассмотрения возможности закупки кожных антисептиков, моющих и чистящих средств в учреждениях УИС без конкурентных процедур путем проведения закупки у единственного поставщика (во взаимосвязи с письмами АО НПО «Новодез» и ООО «Опора СВ») также сама по себе не доказывает заключение антиконкурентного соглашения. Она не позволяет установить волю лиц, заключивших соглашение, и содержание такого соглашения. Более того, если исходить из версии возможного соглашения, описанного в подпункте «В» пункта 3 настоящего Заключения соглашения (см. выше), указание на возможность закупки кожных антисептиков, моющих и чистящих средств в учреждениях УИС без конкурентных процедур предполагает, что именно этот способ закупки «продвигался» Министерством в интересах АО НПО «Новодез» и/или ООО «Опора СВ». **Однако основной объем доказательств, которые приводят Заявители, свидетельствует о выборе государственными и муниципальными заказчиками Республики Башкортостан преимущественно конкурентных способов закупки указанного товара.** Поэтому нельзя считать однозначно доказанной достигнутую договоренность Министерства и АО НПО «Новодез» и/или ООО «Опора СВ» о такой форме преференции для указанных хозяйствующих субъектов. По этой же причине потенциально мог бы являться обоснованным вывод Башкортостанского УФАС России о том, что роста количества договоров

---

<sup>5</sup> Там же.

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

с единственным поставщиком на дезинфицирующие средства АО НПО «Новодез» в 2016-2017 гг. не наблюдается. В то же время такой вывод должен подтверждаться надлежащим анализом рынка, который не был предоставлен нам для изучения и которого, как нам было сообщено, не проводилось. Следовательно, вопрос о «лоббировании» закупок товаров на бестендерной основе является неразрешенным и требует дополнительного исследования антимонопольным органом.

7. Между тем, исходя из вывода, указанного выше в пункте 5 настоящего Заключения, отмечаем, что Заявителями приводится в качестве доказательств соглашения с участием ГУФСИН по Нижегородской области факт рассылки в лечебные учреждения Республики Башкортостан письма зам. начальника ГУФСИН по Нижегородской области с предложением о закупке дезинфицирующих средств у единственного поставщика – АО НПО «Новодез», ООО «Медицинская дезинфекция», ООО «Мир без инфекций» и ООО «Сателлит».

8. Проведение медицинскими учреждениями закупок (в том числе совместных) дезинфицирующих средств и их последующая отмена Башкортостанским УФАС России со ссылкой на установленные нарушения Закона о контрактной системе не доказывают сами по себе заключение антиконкурентного соглашения в рамках рассматриваемого дела.

Однако предоставленные для подготовки Заключения 5 решений Башкортостанского УФАС России показывают, что под совокупность характеристик, указанных в техническом задании при проведении закупок медицинскими учреждениями Республики Башкортостан, подходит только продукция определенных производителей, в т.ч. АО НПО «Новодез», ООО «Сателлит», ООО «Медицинская дезинфекция», ООО «Континент». Авторы Независимого заключения отмечают, что дальнейшая судьба указанных 5 решений Башкортостанского УФАС России им не известна, факт и результаты судебного обжалования этих решений Авторам неизвестны (Заявители указывают об отсутствии факта обжалования со стороны заказчика только в отношении одного «эпизода»), аффилированность либо принадлежность указанных производителей к одной группе лиц, их иная взаимосвязь Авторами не проверялась в связи с отсутствием у Авторов необходимых для этого документов и информации. Башкортостанское УФАС России не исследовало обстоятельства подготовки аукционных документаций (установление авторов и мест составления данных документов, в т.ч. их составление силами Ответчиков), аффилированность производителей и другие обстоятельства, типично характеризующие соглашения, связанные с закупками, что также, по мнению Авторов, отрицательно характеризует качество Решения УФАС, учитывая, что в некоторых приведенных Заявителями решениях Башкортостанское УФАС России действительно делало вывод о признаках нарушения ст. 16, ст. 17 Закона о защите конкуренции.

9. Факт одновременного представления сотрудником АО НПО «Новодез» Николаевой А.А. интересов заказчика и Министерства здравоохранения Республики Башкортостан является косвенным доказательством наличия

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

соглашения между органом власти и хозяйствующим субъектом, поскольку не соответствует обычной деловой практике и является нарушением принципа конфликта интересов. Однако, с учетом тезиса, изложенного в пункте 5 настоящего Заключение, Авторы отмечают, что указанный факт является, скорее, косвенным доказательством нарушения п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции – заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников.

10. Башкортостанским УФАС России сделан вывод о том, что роста количества договоров по результатам проведения конкурентных закупок на дезинфицирующие средства АО НПО «Новодез» не наблюдается. Заявители приводят опровергающие этот довод факты и доказательства. В случае, если позиция Заявителей является обоснованной, то неоднократные отмены закупок с последующим изменением их условий и/или публикации закупок под характеристики продукции АО НПО «Новодез» и его аффилированных лиц могут являться признаком реализации возможного антиконкурентного соглашения. При этом, чтобы стать доказательством такого соглашения, антимонопольным органом должна быть доказана причинно-следственная связь между поведением сторон антиконкурентного соглашения и указанными последствиями и исключены иные объективные причины роста количества договоров по результатам проведения конкурентных закупок на дезинфицирующие средства АО НПО «Новодез». Одновременно Авторы Независимого заключения отмечают, что антимонопольный орган должен был проверить конкретные гипотезы антиконкурентного соглашения, исходя из его субъектного состава и содержания.
11. Также необходимо отметить, что в Жалобе Заявители упоминают о действиях со стороны ГБУЗ РБ «Республиканский центр по профилактике и борьбе со СПИДом и инфекционными заболеваниями». В частности упоминается, что главный врач данного учреждения (являющегося координатором совместной закупки) требовал размещения «унифицированного» технического задания на закупку дезинфицирующих средств. При этом указанное учреждение не было, в отличие от, например, ГБУЗ «Республиканский центр дезинфекции», привлечено к участию в деле в качестве заинтересованного лица и, тем более, возможного ответчика.
12. По нашему мнению, важным доказательством наличия возможного антиконкурентного соглашения между Министерством и хозяйствующими субъектами-производителями дезинфицирующих средств может являться совокупность следующих обстоятельств.
  - (1) Обжалуемым Решением Башкортостанского УФАС в действиях одного из предполагаемых участников соглашения (Министерства) уже так или иначе было установлено нарушение антимонопольного законодательства (по результатам которого выдано предупреждение).



## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

(2) Многочисленными решениями Башкортостанского УФАС были выявлены нарушения Закона о контрактной системе и Закона о защите конкуренции при проведении закупок дезинфицирующих средств.

Однако Башкортостанским УФАС не была исследована и оценена взаимосвязь данных нарушений, хотя действия органа государственной власти и действия заказчиков связаны с закупкой дезинфицирующих средств, производимых одними и теми же лицами. При этом Заявители указывали о давлении со стороны органа государственной власти на организаторов закупки (заказчиков) дезинфицирующих средств путем рассылки электронных сообщений (писем) и иными способами. В ходе рассмотрения дела территориальный антимонопольный орган имел предоставленную ему Законом о защите конкуренции возможность получить, например, объяснения руководителей (главных врачей) медицинских учреждений, а также истребовать указанные электронные сообщения (если они не были представлены Заявителями), однако, этого сделано не было.

Между тем, как свидетельствует правоприменительная практика и Разъяснения Президиума ФАС России № 3, подобного рода доказательства зачастую являются ключевыми при доказывании соглашения, запрещенного ст. 16 Закона о защите конкуренции. Так, например, согласно Постановлению ФАС Волго-Вятского округа от 11 декабря 2012 г. по делу № А38-82/2012 суд кассационной инстанции со ссылкой на имевшую место переписку признал законными и обоснованными выводы о квалификации антимонопольным органом нарушения пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции:

*«Кроме того, суды установили, что имели место синхронные действия, выразившиеся в направлении Администрацией в адрес ООО "Управляющая организация "Наш Город" письма от 19.04.2011 N 657 с рекомендацией ограничения приема от юридических лиц и индивидуальных предпринимателей отходов на полигон ТБО города Козьмодемьянска, а также в издании ООО "Управляющая организация "Наш Город" в тот же день приказа N 43, которым был ограничен прием отходов на полигон ТБО.*

*Проанализировав приведенные фактические обстоятельства в совокупности с имеющимися в деле доказательствами, суды пришли к правомерному выводу о доказанности антимонопольным органом согласованности действий ООО "Управляющая организация "Наш Город", ООО "Управляющая организация" и администрации, которые привели к ограничению доступа Предпринимателя на товарный рынок по сбору и транспортировке отходов I - IV класса опасности на территории города Козьмодемьянска, следовательно, о нарушении этими действиями части 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции».*

13. Вместе с тем при оценке действий Министерства полагаем необходимым учитывать позицию, отраженную в [Решении](#) Апелляционной коллегии ФАС России от 11 октября 2017 г. по делу № 1-12638-17/7:

*«В соответствии с представленными документами Министерством здравоохранения Самарской области руководителям государственных бюджетных учреждений здравоохранения Самарской области направлено письмо от 15.08.2016 № 30/1969 о необходимости принятия всех доступных*

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

*мер для обеспечения эффективности и экономности расходования средств при осуществлении закупок товаров, работ и услуг и возможности участия в совместной закупке, проводимой ГБУЗСО «СГБ № 4».*

*Из имеющихся материалов следовало, что письмо Министерства от 15.08.2016 № 30/1969 не содержало информации о необходимости представления потребностей в отдельных видах товаров, о направлении перечня дезинфицирующих средств, а так же информации о необходимости исполнения государственными бюджетными учреждениями Самарской области тех или иных указаний.*

*Таким образом, письмо Министерства от 15.08.2016 № 30/1969 по своему содержанию несло информационный характер, не являясь мерой государственного принуждения, не содержало обязательные для адресатов предписания, невыполнение которых может повлечь ответственность.*

*В дополнение к вышеуказанному письму Министерства ГБУЗ СО «СГБ № 4» направило в адрес государственных бюджетных учреждений здравоохранения Самарской области письмо от 24.08.2016 г. № 1201 с просьбой представления информации о потребностях в отдельных видах товаров в соответствии с предлагающимся перечнем. Вместе с тем письмо ГБУЗ СО «СГБ № 4» было направлено в целях информирования заказчиков о возможном участии в торгах, организатором которых являлось ГБУЗ СО «СГБ № 4».*

*По итогам рассмотрения представленных документов и сведений, Самарским УФАС России было установлено, что заявок от медицинских учреждений Самарской области на участие в совместном аукционе в адрес ГБУЗ СО «СГБ № 4» не поступало. Совместный аукцион на поставку дезинфицирующих средств во втором полугодии 2016 года ГБУЗ СО «СГБ № 4» не проводился».*

Таким образом, несмотря на то, что в письмах Министерства указывалась продукция конкретных производителей, необходима, по нашему мнению, оценка обязательности для медицинских учреждений указаний Министерства, данных в подобной форме. Так, сами Заявители отмечают, что в письме Министерства от 26 апреля 2016 г. № 04-06/657 медицинским организациям предлагается «*рассмотреть возможность*» закупки дезинфицирующих средств. Из этого следует, что, помимо рассылки писем, для выяснения обстоятельств дела необходима проверка иных действий должностных лиц Министерства – якобы оказывавшегося ими, согласно доводам Заявителей, давления.

14. Также согласно Разъяснению Президиума ФАС России № 3 важным косвенным доказательством антиконкурентного соглашения является отсутствие экономического обоснования поведения одного из участников предполагаемого соглашения, создающего преимущества для другого участника соглашения. В данном случае таким экономически не обоснованным поведением может выступать предполагаемое «продвижение» Министерством продукции, которая, **если это подтверждается материалами дела, значительно дороже** обычно закупавшейся продукции (как указывается в Жалобе).

### 2. Основания для отмены или изменения Решения.

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

Согласно пункту 2 части 4 статьи 23 Закона о защите конкуренции коллегиальные органы ФАС России пересматривают решения и (или) предписания территориальных органов федерального антимонопольного органа по делам о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если такие решения и (или) предписания нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 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.

Таким образом, основанием для пересмотра Решения Башкортостанского УФАС России может выступать в рамках апелляционного пересмотра только нарушение указанным ненормативным правовым актом *единообразия в применении* норм антимонопольного законодательства. При этом данное Решение может быть **отменено или изменено в рамках пересмотра** в случае, если использованный Башкортостанским УФАС России вариант применения (как один из встречающихся в практике антимонопольных органов и порождающий ее неединообразие) антимонопольного законодательства будет признан неверным, противоречащим закону.

С учетом вывода о немотивированности Решения, отсутствия в нем описания всех фактических обстоятельств, имевших значение для рассмотрения дела Башкортостанским УФАС России, и оценки комиссией антимонопольного органа указанных обстоятельств **Авторы Независимого заключения считают, что Решение нарушает единообразие практики применения частей 3.2 и 3.3 ст. 41 Закона о защите конкуренции** (см., например, *Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 14.06.2017 N Ф06-20831/2017 по делу N А65-21517/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 19.10.2017 N 306-КГ17-14725 отказано в передаче дела N А65-21517/2016 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления), Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.10.2017 N 09АП-50102/2017, 09АП-50103/2017 по делу N А40-75556/17, Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.03.2017 N 11АП-991/2017 по делу N А65-21517/2016 (Постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 14.06.2017 N Ф06-20831/2017 данное постановление оставлено без изменения; Определением Верховного Суда РФ от 19.10.2017 N 306-КГ17-14725 отказано в передаче дела N А65-21517/2016 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления, Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.10.2016 N 11АП-7644/2016 по делу N А72-802/2016 (Постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 20.01.2017 N Ф06-15883/2016 данное постановление оставлено без изменения))*).

## АССОЦИАЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЭКСПЕРТОВ

Как было сказано выше, Авторы Независимого заключения не могут сделать вывод о нарушении Башкортостанским УФАС России единообразия практики применения ст. 16 Закона о защите конкуренции, поскольку Решение является немотивированным и бездоказательным.

### 3. Общие выводы

Исследовав предоставленные материалы и относимую правоприменительную практику, авторы настоящего Заключения приходят к следующим выводам:

1. Обжалуемое Решение не соответствует закону и сформированной антимонопольными органами практике применения антимонопольного законодательства (частей 3.2 и 3.3 ст. 41 Закона о защите конкуренции).
2. С учетом вывода о немотивированности Решения, отсутствия в нем описания всех фактических обстоятельств, имевших значение для рассмотрения дела Башкортостанским УФАС России, и оценки комиссией антимонопольного органа указанных обстоятельств, Авторы Независимого заключения считают, что Решение подлежит отмене.

Принимая во внимание сложившуюся правоприменительную практику Коллегиальных органов ФАС России (решение Апелляционной коллегии ФАС России от 10 мая 2017 г. по делу 04-05/09-2016, решение Апелляционной коллегии ФАС России от 21 марта 2017 г. № СП/21367/17 и др.), Авторы полагают, что в случае отмены коллегиальным органом ФАС России Решения Башкортостанского УФАС, территориальный орган обязан рассмотреть дело заново и вынести по нему мотивированное решение.

ПРИМЕЧАНИЕ: С учетом имеющейся, на наш взгляд, резонансности дела, а также при документальной подтвержденности доводов Заявителей о наличии подобных потенциальных нарушений в иных регионах (Хабаровский край) полагаем также возможным рассмотрение вопроса о принятии дела к повторному (новому) рассмотрению центральным аппаратом ФАС России.

3. При новом рассмотрении дела Башкортостанскому УФАС России необходимо проверить различные гипотезы возможного антиконкурентного соглашения, а также, не исключено, иных нарушений Закона о защите конкуренции, исследовать все обстоятельства, имеющие значение для дела, и дать им мотивированную оценку.
4. Приведенные Заявителями обстоятельства и доказательства не исключают наличие антиконкурентного соглашения (по одному из возможных сценариев, описанных в настоящем Заключении).

**С уважением,**

Члены Ассоциации антимонопольных экспертов Марина Абрамова, Кирилл Дозмаров, Ярослав Кулик, Олег Москвитин, Радмила Никитина