

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ****арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

12 января 2011 года

Дело № А31-5013/2010

Резолютивная часть постановления объявлена 12 января 2011 года.

Полный текст постановления изготовлен 12 января 2011 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Перминовой Г.Г.,
судей Буториной Г.Г., Лысовой Т.В.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания
Новоселовой Е.В.,

при участии в судебном заседании:
представителей заявителя Городилова Е.В., действующего на основании
доверенности от 11.01.2011, Вершинина А.А., действующего на основании
доверенности от 20.09.2010,
третьего лица индивидуального предпринимателя Вороженина Сергея
Владимировича, представителя третьего лица Маниной А.А., действующей на
основании доверенности от 23.11.2009,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу открытого
акционерного общества фирма "Агротекс-ЖБИ"
на решение Арбитражного суда Костромской области от 18.10.2010 по делу
№А31-5013/2010, принятое судом в составе судьи Смирновой Т.Н.,

по заявлению открытого акционерного общества фирма "Агротекс-ЖБИ"
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области,
третье лицо: индивидуальный предприниматель Вороженин Сергей
Владимирович,
о признании недействительным приказа,

установил:

открытое акционерное общество фирма "Агротекс-ЖБИ" (далее – заявитель, Общество, ОАО фирма "Агротекс-ЖБИ") обратилось в Арбитражный суд Костромской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области (далее – ответчик, Управление, УФАС, антимонопольный орган) о признании недействительным приказа от 30.06.2010 № 68 «О внесении изменений в «Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в

отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующего положения хозяйствующих субъектов».

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечен индивидуальный предприниматель Вороженин Сергей Владимирович (далее – третье лицо, ИП Вороженин С.В., Предприниматель).

Решением Арбитражного суда Костромской области от 18.10.2010 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Открытое акционерное общество фирма "Агротекс-ЖБИ" с принятым решением суда не согласно, обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленного требования.

По мнению заявителя, судом первой инстанции не были применены пункты 30 и 31 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 25.04.2006 N108. Общество указывает, что принадлежащие ему и ИП Вороженину С.В. объекты недвижимого имущества расположены по одному адресу – г. Кострома, ул. Индустриальная, дом 50/2 и находятся на одинаковом расстоянии от тепловых сетей ТЭЦ-2 и сетей водоснабжения МУП «Костромагорводоканал». Заявитель полагает, что поскольку он самостоятельно и за свой счет осуществил работы по прокладке сетей и подключению к МУП «Костромагорводоканал», то у ИП Вороженина С.В. отсутствуют основания требовать предоставления ему услуг по теплоснабжению, водоснабжению, водоотведению. Общество считает, что у Предпринимателя имеется возможность получать указанные услуги у иных продавцов, при этом данные обстоятельства не получили надлежащей оценки в ходе проведенного ответчиком исследования товарного рынка, что повлекло за собой неверное определение географических границ товарного рынка, неверное определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, в также расчет долей хозяйствующих субъектов на рынке.

В апелляционной жалобе указано, что суд первой инстанции при вынесении решения не применил нормы материального права, подлежащие применению. Заявитель обращает внимание, что Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденный приказом Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации от 25.04.2006 N108, был принят в целях реализации Закона РСФСР от 22.03.1991 N948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", который к моменту вынесения оспариваемого приказа антимонопольного органа от 30.06.2010 № 68 действовал лишь в части статьи 4, не содержащей положений о критериях и порядке проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках. При этом требования к проведению анализа состояния конкуренции урегулированы частью 8 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 N135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее – Закон о защите конкуренции). По мнению заявителя, аналитические отчеты, на основании которых вынесен приказ от 30.06.2010 №68, не соответствуют требованиям, установленным в указанной статье, поскольку не содержат оценку условий доступа на товарный рынок, соотношения долей покупателей и продавцов рынка, периода существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Заявитель не согласен с выводом суда первой инстанции о том, что количество газовых котлов, принадлежащих ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», их мощность рассчитаны на теплоснабжение всего имущественного комплекса, а также о том, что лимиты газа достаточны для отопления всех помещений, расположенных по адресу г. Кострома, ул. Индустриальная, дом 50/2, в рамках долгосрочного договора поставки газа от 01.08.2007 №24-5-9022. В обоснование указанного довода Общество ссылается на произведенный ООО «Архитектурно-строительный центр №1» расчет тепловых нагрузок и годового количества тепла и топлива для котельной ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» г. Кострома, ул. Индустриальная, дом 50/2. Заявитель указывает, что задание на выполнение указанного расчета выдано 14.10.2010, то есть после вынесения судом первой инстанции решения по настоящему делу и не могло быть представлено в суд ранее. По мнению Общества, указанное доказательство подтверждает, что заявитель не имеет возможности без ущерба для себя осуществлять поставку теплоэнергии кому-либо, в связи с чем не может являться хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке продажи теплоэнергии.

В обоснование довода о необоснованности включения в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке услуг по распределению воды, заявитель поясняет, что сеть для получения от МУП «Костромагорводоканал» холодной воды построена заявителем за счет собственных средств в 2008 году. Объем потребления и давление в трубе были рассчитаны только для нужд Общества. Предприниматель осуществил незаконную врезку в сеть Общества, в результате чего давление в водоснабжающей трубе снизилось с 3 атмосфер до 2.

Заявитель считает неправомерными выводы суда первой инстанции о том, что отношения между заявителем и третьим лицом основаны на договорах от 10.01.2003 №05/01-Б и от 03.01.2006 №15-01/у, поскольку указанные договоры являются незаключенными в силу несогласованности сторонами существенных условий.

УФАС и ИП Вороженин С.В. в отзывах на апелляционную жалобу опровергли доводы жалобы, просят решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Антимонопольный орган явку своих представителей в судебное заседание не обеспечил, о времени и месте судебного заседания извещен надлежащим образом, просит рассмотреть жалобу в отсутствие представителя. В соответствии со статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело рассматривается в отсутствие представителя ответчика.

Представители Общества в судебном заседании суда апелляционной инстанции поддержали требования жалобы. Заявили ходатайство о приобщении к материалам дела Расчета тепловых нагрузок и годового количества тепла и топлива для котельной ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» 2010 года, выполненного ООО «Архитектурно-строительный центр №1». Указали, что до вынесения судом первой инстанции решения по делу не видели необходимости в представлении данного доказательства, поскольку в материалах дела имелся другой расчет.

Третье лицо и представитель третьего лица возражали против приобщения к материалам дела дополнительного доказательства и удовлетворения требований жалобы.

В силу части 2 статьи 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) дополнительные доказательства

принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

В соответствии с пунктом 26 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 N 36 «О применении АПК РФ при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» поскольку суд апелляционной инстанции на основании статьи 268 АПК РФ повторно рассматривает дело по имеющимся в материалах дела и дополнительно представленным доказательствам, то при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств, в том числе приложенных к апелляционной жалобе, он определяет, была ли у лица, представившего доказательства, возможность их представления в суд первой инстанции или заявитель не представил их по не зависящим от него уважительным причинам.

К числу уважительных причин, в частности, относятся: необоснованное отклонение судом первой инстанции ходатайств лиц, участвующих в деле, об истребовании дополнительных доказательств, о назначении экспертизы; принятие судом решения об отказе в удовлетворении иска (заявления) ввиду отсутствия права на иск, пропуска срока исковой давности или срока, установленного частью 4 статьи 198 АПК РФ, без рассмотрения по существу заявленных требований; наличие в материалах дела протокола судебного заседания, оспариваемого лицом, участвующим в деле, в части отсутствия в нем сведений о ходатайствах или иных заявлениях, касающихся оценки доказательств.

В то же время, заявитель не обосновал невозможности представления вышеназванного Расчета в суд первой инстанции по не зависящим от него уважительным причинам.

То обстоятельство, что задание на выполнение расчета выдано 14.10.2010, то есть после вынесения судом первой инстанции решения по настоящему делу, к числу таких причин не относится.

Как указывает Общество, задание на выполнение Расчета выдано 14.10.2010, то есть после даты объявления судом первой инстанции резолютивной части решения. Доказательств невозможности получения указанного доказательства до принятия судом первой инстанции решения по делу, обращения к суду с ходатайством об истребовании данного доказательства, Обществом не представлено.

При отсутствии уважительных причин, подтверждающих невозможность представить дополнительные доказательства в суд первой инстанции, в соответствии со статьей 9 АПК РФ лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

Апелляционный суд не усматривает правовых оснований для удовлетворения ходатайства о приобщении дополнительного доказательства к материалам дела и проверяет законность и обоснованность судебного акта суда первой инстанции, основываясь на представленных в материалы дела доказательствах.

Законность решения Арбитражного суда Костромской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела и судом первой инстанции установлено, что в 1982 году был введен в эксплуатацию вновь построенный Костромской завод

ЖБИ КПД арендного объединения «Костромаагровод», расположенный по адресу: г. Кострома, ул. Индустриальная, д. 50/2.

В целях обеспечения жизнедеятельности завода к объекту были подведены соответствующие коммуникационные сети, установлена канализационная насосная станция, предназначенная для приемки и перекачки канализационных стоков в городские сети от завода ЖБИ КПД.

В соответствии с Законом РСФСР «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в РСФСР», Указом Президента Российской Федерации от 14.10.1992 № 1230 «О регулировании арендных отношений и приватизации имущества государственных и муниципальных предприятий, сданного в аренду» и решением Костромского областного комитета государственного имущества от 31.12.1992 № 682 «Об утверждении плана приватизации, условий выкупа и актов переоценки имущества, арендуемого арендным предприятием Костромским заводом ЖБИ КПД арендного объединения «Костромаагровод» между Костромским областным Фондом государственного имущества и товариществом с ограниченной ответственностью фирма «Агротекс» был заключен договор от 29.07.1993 №141 (зарегистрирован постановлением администрации Свердловского района города Костромы от 20.08.1993 №939) о выкупе имущества, арендуемого предприятием завода ЖБИ КПД арендного объединения «Костромаагровод» (том 2 л.д. 65-69).

На основании передаточного акта от 26.11.1995 открытому акционерному обществу фирма «Агротекс-ЖБИ» в порядке правопреемства от товарищества с ограниченной ответственностью фирма «Агротекс» переданы основные фонды. Согласно передаточной ведомости от 01.12.1995 (приложение №1 к передаточному акту от 26.11.1995) ОАО фирма «Аротекс-ЖБИ» переданы, в том числе внутренние сети канализации, внутренние сети питьевого водопровода, теплотрасса, теплотрасса на базу УПТК (том 2 л.д. 65-72).

На территории, расположенной по адресу: г. Кострома, ул. Индустриальная, 50/2, находится принадлежащая ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» котельная, введенная в эксплуатацию в 1996 году (том 1 л.д. 129-137, том 2 л.д. 77, 130-133). В целях обеспечения функционирования котельной Обществом на период до 31.12.2012 заключен долгосрочный договор поставки газа от 01.08.2007 № 24-5-9022 (том 1 л.д. 121-126).

В период с 1995 года по 2008 год индивидуальным предпринимателем Ворожениным С.В. были приобретены в собственность нежилые помещения (свидетельства о государственной регистрации права собственности – том 2 л.д. 24-34), являвшиеся ранее частью указанного выше имущественного комплекса заявителя, расположенного по адресу: г. Кострома, ул. Индустриальная, д. 50/2.

Приобретенные Предпринимателем нежилые помещения с момента пуска завода были подключены к коммунальным сетям имущественного комплекса ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», непосредственного подключения систем жизнеобеспечения указанных помещений к сетям других поставщиков коммунальных услуг не имеется, в связи с чем теплоснабжение, водоснабжение и водоотведение указанных помещений осуществляется через сети заявителя.

Между МУП «Костромагорводоканал» и ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» заключен договор №667, вступающий в силу в силу с 01.07.2008, предметом которого является отпуск (получение) питьевой воды и (или) прием (сброс) сточных вод и загрязняющих веществ в систему коммунальной канализации

г.Костромы (том 1 л.д. 145-149).

С 26.09.2008 вступил в силу договор №6671, заключенный между МУП «Костромагорводоканал» и ИП Ворожениным С.В., в соответствии с которым МУП «Костромагорводоканал» обязуется обеспечить питьевой водой объект абонента, расположенный по адресу: ул. Индустриальная, дом 50/2.

03.01.2006 между ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» (Абонент) и ИП Ворожениным С.В. (Субабонент) заключен договор энергоснабжения №15-01/у, согласно пункту 1.1 которого Абонент обязуется выполнить для Субабонента следующие работы: подачу тепловой энергии в горячей воде и на отопление в производственные и бытовые помещения, подачу электрической энергии и питьевой воды, отвод сточных вод в городской коллектор (том 2 л.д. 54-55).

В материалы дела представлены копии писем ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» от 13.02.2008 и от 31.12.2008, адресованных ИП Вороженину С.В. с предложениями о пролонгации указанного договора (том 2 л.д. 56-57).

ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» направило ИП Вороженину С.В. проект договора №03/10 на коммунальные услуги на 2010 год, предметом которого являются работы по подаче тепловой энергии на отопление в производственные и бытовые помещения, подаче питьевой воды, услуги сточных вод в городской коллектор (том 2 л.д. 58-59). Не согласившись с отдельными пунктами указанного проекта договора, ИП Вороженин С.В. представил протокол разногласий, в ответ на который Общество в письме от 03.03.2010 указало на невозможность изменения ни одного из пунктов предложенного проекта договора (том 2 л.д.61- 62).

23.04.2010 в УФАС по Костромской области поступило заявление ИП Вороженина С.В., в котором со ссылкой на вышеприведенные обстоятельства изложено требование о проведении в отношении Общества проверки и принятии предусмотренных законом мер (том 1 л.д. 42).

Указанное заявление послужило основанием для проведения анализа локальных рынков услуг теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», по результатам которого составлены соответствующие аналитические отчеты от 25.06.2010 (том 1 л.д. 70-73).

30.06.2010 руководителем управления Федеральной антимонопольной службы по Костромской области подписан приказ № 68 «О внесении изменений в «Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующего положения хозяйствующих субъектов», в соответствии с которым в региональный раздел Реестра включено ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» с долей более 50 процентов на рынках тепловой энергии, услуг по передаче и распределению тепловой энергии, услуг по распределению воды, услуг по транспортированию сточных вод. Географические границы товарных рынков – территория прохождения сетей предприятия (том 1 л.д. 79-80).

Не согласившись с приказом Управления №68 от 30.06.2010, Общество обратилось в арбитражный суд с требованием о признании его недействительным.

Принимая решение об отказе в удовлетворении заявленного требования, суд первой инстанции исходил из отсутствия у индивидуального предпринимателя Вороженина С.В. собственного источника теплоснабжения и наличия у заявителя реальной возможности оказания Предпринимателю услуг по теплоснабжению, в связи с чем ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» признано единственным продавцом на

локальном рынке тепловой энергии в географических границах прохождения тепловых сетей на территории по адресу: г. Кострома, ул. Индустриальная, 50/2. Суд также принял во внимание, что сети водоснабжения и канализации, принадлежащие ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», подключены к централизованным сетям водоснабжения и водоотведения МУП г. Костромы «Костромагорводоканал». Довод о незаконности врезки (подключения) ИП Вороженина С.В. к указанным сетям не нашел своего подтверждения.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзывов на нее, заслушав представителей заявителя и третьего лица, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из нижеследующего.

В части 4 статьи 200 АПК РФ определено, что при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, 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.

Согласно пунктам 8, 10 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе вести реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов, порядок формирования и ведения которого устанавливается Правительством Российской Федерации, а также устанавливать доминирующее положение хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

В соответствии с пунктом 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции под товарным рынком следует понимать сферу обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам, в том числе доля которого на рынке определенного товара превышает 50 процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на

товарном рынке не является доминирующим (часть 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции).

Порядок формирования и ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов, установлен Правилами, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 19.12.2007 N 896 (далее - Правила).

В соответствии с пунктом 8 Правил доля хозяйствующего субъекта на товарном рынке определяется антимонопольным органом по результатам анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, который проводится в соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 23 Закона о защите конкуренции.

Результаты анализа отражаются в аналитическом отчете, который и является основанием для принятия решения о включении сведений о хозяйствующем субъекте в Реестр (пункт 8, подпункт "а" пункта 13 Правил).

В пункте 16 Правил установлено, что решения о включении сведений о хозяйствующем субъекте в Реестр оформляются приказом антимонопольного органа.

Включение хозяйствующих субъектов в Реестр дает право антимонопольным органам осуществлять в отношении них государственный контроль за экономической концентрацией (юридически значимыми действиями, связанными с судьбой таких субъектов; совершаемыми ими сделками, заключаемыми соглашениями - глава 7 Закона о защите конкуренции).

В соответствии с пунктом 17 Правил решения антимонопольного органа о включении сведений о хозяйствующем субъекте в реестр, исключении соответствующих сведений из реестра, внесении изменений в содержащиеся в реестре сведения могут быть обжалованы в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Пунктом 3 части 2 статьи 23 Закона о защите конкуренции к полномочиям федерального антимонопольного органа отнесено утверждение порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции.

На момент проведения ответчиком анализа локальных рынков услуг теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» действовал Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденный приказом Федеральной антимонопольной службы России от 25.04.2006 N 108 (далее - Порядок).

Оснований для неприменения указанного Порядка у ответчика не имелось.

В соответствии с подпунктом «д» пункта 1 Порядка указанный подзаконный нормативный правовой акт используется в случаях, требующих анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке или положения на нем хозяйствующих субъектов, в том числе: при формировании Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов.

Согласно пункту 3 Порядка проведение анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке включает следующие этапы: а) определение временного интервала исследования товарного рынка; б) определение продуктовых границ товарного рынка; в) определение географических границ

товарного рынка; г) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке; д) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке; е) определение уровня концентрации товарного рынка; ж) определение барьеров входа на товарный рынок; з) оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке; и) составление аналитического отчета (в случаях, указанных в подпунктах "а" и "д" пункта 1 Порядка, определение уровня концентрации товарного рынка, определение барьеров входа на товарный рынок и оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке могут не проводиться).

Пунктом 30 Порядка предусмотрено, что в сфере услуг субъектов естественных монополий географические границы товарных рынков определяются с учетом особенностей предоставления этих услуг, в частности, наличия и расположения технологической инфраструктуры (сетей), возможностей покупателей по доступу к инфраструктуре и ее использованию (подключению к сетям).

Проведенный Управлением анализ рынка теплоснабжения ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» показал, что данный хозяйствующий субъект является единственным продавцом на локальном рынке тепловой энергии в географических границах прохождения тепловых сетей на территории завода.

Покупателем (потребителем) на данном рынке теплоснабжения является индивидуальный предприниматель Вороженин С.В., который не может приобрести тепловую энергию у другого продавца, так как эта возможность ограничивается территорией прохождения тепловой энергии по тепловым сетям. Другим ближайшим поставщиком тепловой энергии является ТЭЦ-2, расположенная более чем в 3 километрах от завода, и непосредственного подключения к сетям которой система теплоснабжения жилых помещений, принадлежащих Предпринимателю, не имеет.

В результате анализа рынка услуг водоснабжения и водоотведения ОАО фирмы «Агротекс-ЖБИ» установлено, что на исследуемом рынке Общество выступает посредником между продавцом - МУП «Костромагорводоканал» и потребителем услуг - индивидуальным предпринимателем Ворожениным С.В. При этом единственным источником для получения воды и удаления сточных вод для потребителя – индивидуального предпринимателя Вороженина С.В. являются сети водопровода и канализационные сети, принадлежащие ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» (том 2 л.д. 47-48, 92-93). Географические границы исследуемого рынка определяются территорией прохождения сетей водопровода и сетей канализации ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ».

Довод апелляционной жалобы о том, что данные аналитические отчеты не соответствуют требованиям, установленным частью 8 статьи 5 Закона о защите конкуренции, поскольку не содержат оценку условий доступа на товарный рынок, соотношения долей покупателей и продавцов рынка, периода существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке, отклоняется апелляционным судом как не свидетельствующий о проведении анализа с нарушением действующего законодательства. Формальное отсутствие в аналитических отчетах разделов с указанными наименованиями не подтверждает, что перечисленные в части 8 статьи 5 Закона о защите конкуренции критерии не были использованы при проведении анализа состояния конкуренции. Учитывая, что в рассматриваемом случае географические границы товарных рынков теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения обоснованно

определены антимонопольным органом как существующие в пределах сетей, связывающих единственного продавца (заявителя) и получателя услуг (третьего лица), появление на данном товарном рынке нового продавца возможно только путем передачи ему прав на соответствующие сети, либо строительства новых сетей, что, в свою очередь, связано с большими временными и материальными затратами. Указанное обстоятельство представляет собой ограничение для доступа на названные рынки, а также исключает необходимость определения периода существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке и установления соотношения долей покупателей и продавцов рынка, которые являются единственными, то есть имеют 100% доли. Соответственно, сделанный ответчиком на основании аналитических отчетов вывод о том, что товарные рынки теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения ограничены сетями ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», на которых указанное Общество является единственным продавцом услуг, соответствует фактическим обстоятельствам дела.

Согласно пункту 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект вправе представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

При рассмотрении ответчиком заявления ИП Вороженина С.В. Общество такие доказательства не представило. Из материалов дела видно, что иных субъектов, владеющих сетями, к которым подключен Предприниматель, не имеется.

Довод заявителя о наличии у Предпринимателя технической возможности подключения к магистральным тепловым сетям ОАО «Территориальная генерирующая компания №2» в целях обеспечения теплоснабжением, а также к сетям МУП «Костромагорводоканал» для получения услуг по водоснабжению и водоотведению, в связи с чем указанные юридические лица являются потенциальными продавцами соответствующих услуг, не может быть принят по следующим основаниям.

Согласно пункту 1 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена Гражданским кодексом Российской Федерации, законом или добровольно принятым обязательством.

В силу пунктов 1 и 3 статьи 426, статьи 539 Гражданского кодекса Российской Федерации энергоснабжающая организация не вправе отказаться от заключения договора энергоснабжения, являющегося публичным, с любым, обратившимся к ней потребителем, при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы.

Договор энергоснабжения заключается с абонентом при наличии у него отвечающего установленным техническим требованиям энергопринимающего устройства, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации, и другого необходимого оборудования, а также при обеспечении учета потребления энергии (пункт 2 статьи 539 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Правила, предусмотренные статьями 539 - 547 Гражданского кодекса Российской Федерации, применяются к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, если иное не установлено законом

или иными правовыми актами (статья 548 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Таким образом, обязанность энергоснабжающей организации по заключению договора энергоснабжения, равно как и право абонента на свободу выбора контрагента по договору энергоснабжения, ограничены техническими возможностями исполнения такого договора.

Поставка (передача) теплоносителя возможна как по инженерно-коммуникационным сетям поставщика - энергоснабжающей организации (прямое технологическое присоединение), так и при условии возможности опосредованного технологического присоединения через сети третьих лиц.

Из фактических обстоятельств дела усматривается, что существующая на момент вынесения оспариваемого приказа Управления от 30.06.2010 №68 техническая возможность Предпринимателя по обеспечению теплоснабжением, а также услугами водоотведения и водоснабжения ограничена имеющейся инфраструктурой сетей ОАО фирма «Агротекс - ЖБИ». Изложенное в апелляционной жалобе Общества мнение о том, что ОАО «Территориальная генерирующая компания №2» и МУП «Костромагорводоканал» подпадают под критерии потенциальных продавцов на товарном рынке, покупателем на котором является ИП Вороженин С.В., является ошибочным в силу отсутствия непосредственного подключения энергопринимающих устройств Предпринимателя к их сетям в границах исследованных антимонопольным органом товарных рынков.

Значительные материальные затраты, которые необходимо понести для создания технической возможности подключения к иным сетям субъектов, исключают возможность признания их потенциальными продавцами на рассмотренных антимонопольным органом товарных рынках, исходя из содержания пункта 31 Порядка.

Доводы Общества об отсутствии объективной возможности для исполнения обязательств продавца на товарных рынках теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, были предметом исследования суда первой инстанции и обоснованно им отклонены. Суд правомерно исходил из того, что предложение о заключении договора №03/10 на 2010 год на коммунальные услуги, в предмет которого, в том числе входит обязательство по подаче тепловой энергии на отопление в производственные и бытовые помещения с указанием цены в размере 1 433,7 руб./Гкал исходило от Общества. В материалы дела представлен проект указанного договора, подписанный генеральным директором ОАО фирма «Агротекс - ЖБИ» (том 1 л.д. 142-143). Доказательств изложенного в апелляционной жалобе довода о том, что заявитель, выступая стороной договоров энергоснабжения №05/01-Б от 10.01.2003 и №15-01/у от 03.01.2006 (том 2 л.д. 51-55), исполнял их в ущерб собственным интересам по причине дефицита газа для выработки тепла и пара, необходимых для нужд Общества, в материалы дела не представлено. Кроме того, данный довод противоречит иным имеющимся в деле доказательствам. Как следует из акта о приемке законченного строительством объекта газоснабжения, строительство котельной, принадлежащей заявителю и расположенной по адресу ул. Индустриальная, дом 50/2, было завершено в июле 1996 года (том 2 л.д. 130-131). Представленный в качестве доказательства недостаточности производимого пара для исполнения обязательств перед Предпринимателем расчет потребности пара для технологических нужд и собственного потребления на период отопления (том 1 л.д. 120) получил

надлежащую оценку суда первой инстанции с соблюдением положений статьи 71 АПК РФ.

Ссылка Общества в тексте апелляционной жалобы на произведенный ООО «Архитектурно-строительный центр №1» расчет тепловых нагрузок и годового количества тепла и топлива для котельной ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» г. Кострома, ул. Индустриальная, дом 50/2, не может быть принят судом апелляционной инстанции, поскольку в приобщении данного доказательства к материалам дела отказано в соответствии с пунктом 2 статьи 268 АПК РФ.

В силу вышеизложенного, оснований для опровержения вывода суда первой инстанции о том, что ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ» является единственным продавцом на локальном рынке тепловой энергии в географических границах прохождения тепловых сетей на территории по адресу: г. Кострома, ул. Индустриальная, 50/2, не имеется.

Отношения между абонентами (заказчиками) и организациями водопроводно-канализационного хозяйства в сфере пользования централизованными системами водоснабжения и (или) канализации населенных пунктов урегулированы Правилами пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 12.02.1999 N 167.

В соответствии с пунктом 11 указанных Правил отпуск (получение) питьевой воды и (или) прием (сброс) сточных вод осуществляются на основании договора энергоснабжения, относящегося к публичным договорам (статьи 426, 539 - 548 Гражданского кодекса Российской Федерации), заключаемого абонентом (заказчиком) с организацией водопроводно-канализационного хозяйства.

Суд первой инстанции установил, что поставка воды в принадлежащие Предпринимателю помещения и водоотведение невозможны без использования инженерных сетей водоснабжения и канализации Общества, которые подключены к централизованным сетям водоснабжения и водоотведения МУП «Костромагорводоканал». Водоснабжение помещений ИП Вороженина С.В. осуществляется в рамках исполнения договора №6671, заключенного с МУП «Костромагорводоканал», при этом использование сетей Общества оформлялось договорами энергоснабжения №05/01-Б от 10.01.2003 и №15-01/у от 03.01.2006.

Оценив довод заявителя о том, что Предпринимателем осуществлена незаконная врезка в водопроводные коммуникации Общества, в связи с чем использование им сетей Общества в целях водоснабжения помещений и водоотведения осуществлялось без волеизъявления последнего, суд апелляционной инстанции находит его не основанным на имеющихся доказательствах в связи со следующим.

Договор №6671, заключенный между МУП «Костромагорводоканал» и ИП Ворожениным С.В., в соответствии с которым МУП «Костромагорводоканал» обязуется обеспечить питьевой водой объект абонента, расположенный по адресу: ул. Индустриальная, дом 50/2, действует с 26.09.2008.

30.12.2008 Общество направило Предпринимателю письмо от №09/10 с предложением пролонгировать договор №015-01у от 03.01.2006 на 2009 год с установленными ставками оплаты за услуги по новым тарифам.

04.09.2010 МУП «Костромагорводоканал» обратилось к Обществу с письмом, в котором указало на заключение договора между МУП «Костромагорводоканал» и Предпринимателем, а также на необходимость заключения соглашения с ИП Ворожениным С.В. по оплате субабонентом объемов стоков.

В проект договора на коммунальные услуги №03/10 на 2010 год, который Общество предложило для подписания Предпринимателю, включены работы по подаче питьевой воды и услуги сточных вод в городской коллектор.

В суде первой инстанции Общество указало на отсутствие оснований для заключения договора №6671 между ИП Ворожениным С.В. и МУП «Костромагорводоканал», поскольку разрешение на подключение к трубе ввода холодной воды, выданное Обществом 25.08.2008, подписано неуполномоченным лицом. В подтверждение чего представлены письма, направленные заявителем в МУП «Костромагорводоканал» от 06.08.2010 и Предпринимателю от 16.07.2010 (том 2 л.д. 135).

Никаких доказательств того, что до вынесения Управлением оспариваемого приказа от 30.06.2010 №68 Общество совершало какие-либо действия, направленные на пресечение использования Предпринимателем сетей для водоснабжения и водоотведения, которое, по его мнению, является последствием самовольной врезки, не имеется. Напротив, вышеприведенные обстоятельства свидетельствуют, что Общество знало об использовании принадлежащих ему сетей и получало плату в рамках исполнения Предпринимателем обязательств, возникших из договоров №05/01-Б от 10.01.2003 и №15-01/у от 03.01.2006.

Доводы о незаключенности указанных договоров в связи с отсутствием в них существенных условий не могут быть приняты в рамках рассматриваемого спора, поскольку с учетом сложившихся отношений сторон, которые характеризуются тем, что на локальных рынках водоснабжения и водоотведения в границах присоединенной сети Общество является единственным продавцом, а Предприниматель единственным покупателем, не свидетельствуют об отсутствии правовых оснований для вынесения Управлением оспариваемого приказа от 30.06.2010 № 68.

Таким образом, в пределах территории прохождения тепловых сетей Общества, а также на локальном рынке услуг водоснабжения и водоотведения заявитель является единственным продавцом тепловой энергии, а обеспечение потребителей водой и удаление стоков на данном локальном рынке может осуществляться только через сети водопровода и сети канализации ОАО фирма «Агротекс-ЖБИ», в связи с чем Общество правомерно включено в региональный раздел Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующего положения хозяйствующих субъектов.

В соответствии с частью 4 статьи 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений государственных органов, арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение, а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Проверив оспариваемый ненормативный акт на соответствие законодательству, суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что

приказ Управления Федеральной антимонопольной службы по Костромской области от 30.06.2010 № 68 «О внесении изменений в «Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующего положения хозяйствующих субъектов» является законным и обоснованным. Доводы заявителя жалобы судом апелляционной инстанции рассмотрены и отклоняются как не опровергающие правильности выводов суда первой инстанции.

Таким образом, решение суда первой инстанции следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу Общества – без удовлетворения. Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Государственная пошлина за рассмотрение апелляционной жалобы в соответствии со статьей 110 АПК РФ относится на заявителя жалобы. Государственная пошлина заявителем оплачена, в связи с чем взыскание государственной пошлины не производится.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Костромской области от 18.10.2010 по делу №А31-5013/2010 оставить без изменения, а апелляционную жалобу открытого акционерного общества фирма "Агротекс-ЖБИ" – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в установленном порядке.

Председательствующий

Г.Г. Перминова

Судьи

Г.Г. Буторина

Т.В. Лысова