

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 1 11/202-11

11 мая 2016, 11:30

РЕШЕНИЕ

по делу № 1 11/202-11

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «16» мая 2012 года

В полном объеме решение изготовлено «25» мая 2012 года

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
(далее – Комиссия ФАС России),

рассмотрев дело № 1 11/202-11 по признакам нарушения ЗАО «РОСТА» (142100, г.Подольск, пр.Ленина, д.1), ОАО «Фармстандарт» (147701, Московская обл., г.Долгопрудный, Лихачевский проезд. Д.5 «Б») пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) и Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации (103132, г.Москва, ул.Ильинка, д.21) пункта 6 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции,

УСТАНОВИЛА:

Приказом ФАС России от 02.03.2011 № 145 было возбуждено дело № 1 11/45-11 по признакам нарушения ЗАО фирма «ЦВ «ПРОТЕК» и ЗАО «РОСТА» пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Основанием для возбуждения дела № 1 11/45-11 послужило поручение Генеральной Прокуратуры Российской Федерации (вх.№ 046762 ДСП от 29.09.2010), направленное в ФАС России по результатам проверки Минздравсоцразвития России, предметом которой являлось соблюдение данным министерством законодательства Российской Федерации при проведении им в 2008-2009 годах аукционов по закупке лекарственных средств для государственных нужд.

Одновременно Следственным комитетом при Министерстве внутренних дел Российской Федерации 04.02.2011 возбуждено уголовное дело № 678509 по признакам преступления, предусмотренного пунктом «в» части 2 статьи 178 Уголовного кодекса Российской Федерации, по факту ограничения конкуренции при проведении Минздравсоцразвития России аукционов № 081010/001550/45 от 10.10.2008, № 090316/0011550/93 от 16.03.2009, № 090428/001550/106 от 28.04.2009, № 091009/001550/284 от 05.11.2009, № 091127/001550/312 от 25.12.2009 на поставку лекарственных средств для государственных нужд, причинившего особо крупный ущерб государству.

Впоследствии Определением от 19.07.2011 № АЦ/28039 к участию в рассмотрении дела № 1 11/45-11 были привлечены в качестве ответчиков ОАО «Фармстандарт» и ООО «Оптимальное здоровье».

Определением от 27.10.2011 № АЦ/40400 в соответствии с частями 1 и 2 статьи 47.1 Закона о защите конкуренции в целях наиболее полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела в отдельное производство было выделено дело в отношении ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в заключении этими хозяйствующими субъектами соглашения, которое привело/могло привести к поддержанию цен на торгах по лоту № 16 открытого аукциона № 091127/001550/312 на право заключения государственных контрактов на поставку лекарственных средств, предназначенных для лечения больных злокачественными новообразованиями лимфоидной, кроветворной и родственных им тканей, гемофилией, муковисцидозом, гипофизарным нанизмом, болезнью Гоше, рассеянным склерозом, а также после трансплантации органов и (или) тканей в рамках централизованной закупки для нужд федеральных учреждений здравоохранения, подведомственных Федеральному медико-биологическому агентству, а также организаций, определенных органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации на

март-декабрь 2010 года, проведенного 25.12.2009 Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации (далее – Аукцион № 312).

Основанием для выделения указанного дела в отдельное производство послужили документы, полученные ФАС России в ходе проведения на основании приказа ФАС России от 04.05.2011 № 327 плановой выездной проверки ОАО «Фармстандарт», а также документация об Аукционе № 312.

Выделенному делу присвоен № 1 11/202-11.

Определением от 10.11.2011 № АЦ/41703 к рассмотрению дела в качестве ответчика по признакам нарушения пункта 6 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции привлечено Министерство здравоохранения и социального развития Российской Федерации (далее – Минздравсоцразвития России).

Согласно аукционной документации и материалам дела № 1 11/202-11 торги по лоту № 16 Аукциона № 312 проходили следующим образом:

27.11.2009 Минздравсоцразвития России разместило на сайте www.zakupki.gov.ru информацию о проведении аукциона № 091127/001550/312. Предмет торгов по лоту № 16 данного аукциона – закупка лекарственного средства Дорназа альфа раствор для ингаляций 2,5 мг- 2,5 мл № 6 (далее - Лекарственное средство) в количестве 80.448 упаковок по начальной (максимальной) цене 671.270.983,68 рублей.

При этом согласно аукционной документации поставка Лекарственного средства должна была осуществляться в два этапа:

1 этап поставки – 40 % от общего объема поставки товара (то есть 32.180 упаковок) со дня заключения государственного контракта и до 15.02.2010;

2 этап поставки – 60 % от общего объема поставки товара (то есть 48.268 упаковок) с 16.02.2010 и до 01.07.2010.

Проведение торгов было назначено на 25.12.2009.

Срок подачи заявок - с 27.11.2009 до 18.12.2009.

Согласно Протоколу рассмотрения заявок от 23.12.2009 на торги по лоту № 16 18.12.2009 подали заявки ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА». По

результатам рассмотрения заявок указанные хозяйствующие субъекты были допущены к участию в торгах.

25.12.2009 на торги по лоту № 16 ЗАО «РОСТА» не явилось. В связи с этим, аукцион в силу пунктов 12 и 13 статьи 37 Федерального закона от 21.07.2005г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» был признан несостоявшимся, право на заключение государственного контракта по начальной (максимальной) цене (671.270.983,68 рублей) получило ОАО «Фармстандарт».

13.01.2010 Минздравсоцразвития России заключило с ОАО «Фармстандарт» государственный контракт № К-25-Ц/2-5 на поставку лекарственного средства Дорназа альфа раствор для ингаляций 2,5 мг-2,5 мл № 6 (производства компании «F.Hoffman-La Roche Ltd.» (Швейцария) - торговое наименование «Пульмозим») в количестве 80.448 упаковок.

Комиссия рассмотрела материалы дела, в том числе, документы, представленные Следственным департаментом МВД России 06.04.2012 вх.№ 19941-ДСП и от 02.05.2012 вх.№ 25256 ДСП, заслушала доводы, возражения и пояснения лиц, участвующих в деле, и установила следующее:

17.09.2009 ЗАО «РОСТА» в рамках контракта с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) № 70 от 31.03.2008 на поставку лекарственных средств производства компании «F.Hoffman-La Roche Ltd.» (Швейцария), в том числе, лекарственного средства «Пульмозим» (торговое наименование Дорназа альфа раствор для ингаляций 2,5 мг-2,5 мл № 6), подписало с данной компанией Генеральные спецификации на поставку лекарственных средств. Генеральная спецификация № 4 предусматривала поставку «Пульмозим» в количестве 10.233 упаковки, а Генеральная спецификация № 5 – в количестве 93.820 упаковок.

Из материалов дела следует, что заключение 17.09.2009 указанных выше спецификаций, предусматривающих поставку «Пульмозим» в количестве 104.053 упаковки было обусловлено проведением Минздравсоцразвития России закупки этого лекарственного средства в рамках открытых аукционов № 091009/001550/284 (требовалось 18.967 упаковок) и № 091127/001550/312 (требовалось 80.448 упаковок).

Вышеуказанное свидетельствует, что ЗАО «РОСТА» 17.09.2009, то есть за 2,5 месяца до объявления 27.11.2009 этого аукциона, подписав

указанные выше спецификации с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр), согласовало приобретение лекарственного средства «Пульмозим» в количестве необходимом, в том числе для поставки в рамках Аукциона № 312.

При этом, как было указано выше, официальное опубликование Минздравсоцразвития России информации о проведении Аукциона № 312, по результатам которого должно было закупаться Лекарственное средство, включая информацию об объемах этих закупок, состоялось только 27.11.2009.

01.10.2009 ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» заключили Договор купли-продажи № 129-П.

01.11.2009 ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» подписали Генеральную спецификацию № 2 к данному договору на поставку от ЗАО «РОСТА» в адрес ОАО «Фармстандарт» лекарственного средства «Пульмозим» в количестве 32.180 упаковок в срок до 04.02.2010, а 19.04.2010 – Генеральную спецификацию № 3 на поставку этого же лекарственного средства в количестве 48.268 упаковок в срок до 15.05.2010.

Таким образом, на основании 2-х вышеуказанных спецификаций ОАО «Фармстандарт» приобрело у ЗАО «РОСТА» 80.448 упаковок лекарственного средства «Пульмозим», то есть ровно то количество Лекарственного средства, которое впоследствии понадобилось ему для исполнения условий государственного контракта, заключенного по результатам торгов по лоту № 16 Аукциона № 312, и ровно в тех пропорциях, которые были предусмотрены этим государственным контрактом (32.180 упаковок - 40% от общего количества для 1-ого этапа поставки по условиям аукционной документации и 48.268 упаковок - 60% от общего количества для 2-ого этапа поставки по условиям аукционной документации).

Кроме прочего, реализация лекарственного средства в соответствии с условиями Спецификаций №№ 2 и 3 подтверждается также документами, представленными Следственным департаментом МВД России (от 06.04.2012 вх.№ 19941-ДСП и от 02.05.2012 вх.№ 25256 ДСП).

При этом, Генеральная спецификация № 2 на 32.180 упаковок Лекарственного средства была подписана за 27 дней до даты официального опубликования Минздравсоцразвития России информации о проведении Аукциона № 312, то есть за 27 дней до даты, когда потенциальным участникам Аукциона № 312 на законных

основаниях могло бы стать известно о количестве закупаемого Лекарственного средства.

Факт подписания вышеуказанных спецификаций свидетельствует о том, что ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» как минимум 01.11.2009, то есть за 27 дней до официального объявления Минздравсоцразвития России сведений о проведении Аукциона № 312, уже обладали информацией, касающейся проведения торгов по лоту № 16, а именно: сведениями о Лекарственном средстве, выставленном на этот лот аукциона, количестве Лекарственного средства, которое будет закупаться, условиях его поставки и так далее.

В ответ на запрос ФАС России ОАО «Фармстандарт» (вх.№ 2847 от 18.01.2012) подтвердило, что Договор купли-продажи № 129-П от 01.10.2009 между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» существовал. Однако, по утверждению ОАО «Фармстандарт», на момент проведения Аукциона № 312 Лекарственный препарат в распоряжении ОАО «Фармстандарт» отсутствовал, спецификаций на его поставку в объеме лота № 16 подписано не было, никаких платежей за это Лекарственное средство или его отгрузок не производилось.

Данные утверждения опровергаются материалами дела.

В ответ на запрос ФАС России (вх.№ 53750 от 15.09.2011) ЗАО «РОСТА» подтвердило, что приняло решение не участвовать в Аукционе 312 по лоту № 16, а реализовать имеющееся у него Лекарственное средство единой оптовой партией ОАО «Фармстандарт», так как оно «предложило предоплату в размере 20%». Однако, по утверждению ЗАО «РОСТА», это произошло «после подтверждения соответствия требованиям аукционной документации заявки ОАО «Фармстандарт» по лоту № 16».

Данные утверждения также опровергаются материалами дела.

В обоснование причин своего поведения при подготовке к Аукциону № 312 (купить Лекарственное средство на сумму около 670.000.000 рублей, ввезти его в Россию, а затем, вместо того, чтобы самому участвовать в торгах, - продать его конкуренту) ЗАО «РОСТА» поясняет, что «...было заинтересовано с учетом поставок по государственным контрактам других импортных препаратов хотя бы в частичном скорейшем возмещении расходов, понесенных при ввозе лекарственного средства в Российскую Федерацию, и в связи с этим заключило договор купли-продажи препарата Дорназа альфа раствор для ингаляций 2,5 мг- 2,5 мл № 6 (Пульмозим) на более выгодных условиях по оплате, нежели были предусмотрены государственным контрактом...».

При этом, что это были за более выгодные условия ЗАО «РОСТА» не пояснило.

18.12.2009 – в один день - ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» подали заявки и впоследствии были допущены к участию в торгах по лоту № 16 Аукциона № 312.

Необходимо обратить особое внимание на то обстоятельство, что ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА», будучи допущенными к участию в этих торгах, являлись участниками одной процедуры торгов, были прямыми конкурентами друг друга.

В соответствии с пунктом 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции конкуренция – соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Из вышеуказанного следует, что конкурентами признаются хозяйствующие субъекты независимо друг от друга определяющие тактику своего поведения на рынке, и соперничающие друг с другом посредством предоставления наиболее выгодных условий покупателю.

О причинах своего участия в процедуре торгов ЗАО «РОСТА» дало следующие объяснения (вх.№ 53750 от 15.09.2011): «... Коль скоро заказ на поставку уже был размещен, и во избежание отмены аукциона по причине отсутствия участников, либо их отстранения и срыва государственных поставок, ЗАО «РОСТА» подало заявку на участие в аукционе по лоту № 16...».

25.12.2009 на торги по лоту № 16 ЗАО «РОСТА» не явилось. В этой связи аукцион был признан несостоявшимся, государственный контракт на поставку Лекарственного средства в количестве 80.448 упаковок был заключен с ОАО «Фармстандарт» по начальной (максимальной) цене - 671.270.983,68 рублей.

Таким образом, ЗАО «РОСТА» при наличии у него договорных отношений с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) на поставку лекарственного средства, определенного Минздравсоцразвития России к закупке на лоте № 16 Аукциона 312, обеспечило его ввоз на территорию Российской Федерации в количестве, необходимом для поставок по данному лоту аукциона, и вместо того, чтобы участвовать в торгах, продало Лекарственное средство накануне Аукциона одному из них - ОАО «Фармстандарт»,

которое его купило и «выиграло» с ним торги по начальной (максимальной) цене - 671.270.983,68 рублей - благодаря тому, что ЗАО «РОСТА», которое также подало заявку и было допущено для участия в торгах по лоту №16 Аукциона № 312, на торги не явилось.

По результатам рассмотрения дела № 1 11/202-11 Комиссия пришла к выводу, что действия Ответчиков по делу, выразившиеся в подписании документов на продажу Лекарственного средства, являющегося предметом торгов по лоту № 16 Аукциона № 312, а также в одновременной подаче заявок для участия в этих торгах при отсутствии реального намерения участвовать в них, являются результатом ограничивающего конкуренцию соглашения, достигнутого между ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт», направленного на поддержание цены на этих торгах с целью получения максимальной прибыли (далее – Соглашение).

При этом, по мнению Комиссии, данное Соглашение было достигнуто в период до 25.12.2009, и впоследствии было реализовано при проведении Аукциона № 312.

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

Закон о защите конкуренции устанавливает специальные требования к определению соглашения, как волеизъявления хозяйствующих субъектов, отличные от содержащихся в Гражданском Кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Согласно постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 9966/10 в силу части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами, если такие соглашения приводят или могут привести в том числе к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков). Из взаимосвязанных положений статей 11, 12, 13 Закона о защите конкуренции следует, что соглашения, которые приводят или могут привести к перечисленным в части 1 статьи 11 последствиям, запрещаются. Необходимость доказывания антимонопольным органом фактического исполнения участниками

условий соглашения отсутствует, поскольку нарушение состоит в достижении договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции последствиям. В соответствии с положениями статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, при этом факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством (статьи 154, 160, 432, 434 ГК РФ).

Как следствие, доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», для лиц вне зависимости от того, занимают они доминирующее поведение или нет, установлены запреты на ограничивающие конкуренцию соглашения.

Таким образом, вышеуказанное Соглашение между ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» подпадает под определение соглашения, данного в пункте 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции.

Запрет на такие соглашения установлен пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят к поддержанию цен на торгах.

Из материалов дела следует, что реализация вышеуказанного Соглашения между ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт», направленного на поддержание цены на торгах, была завершена 18.08.2010 путем перечисления госзаказчиком последнего платежа денежных средств в рамках исполнения обязательств по госконтракту от 13.01.2010 № К-25-Ц/2-5, заключенному госзаказчиком с ОАО «Фармстандарт» по итогам Аукциона № 312 по лоту № 16.

Кроме того, указанное выше поведение ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» свидетельствует о том, что данные хозяйственные

субъекты 01.11.2009 (то есть как минимум за 27 дней до официального объявления Минздравсоцразвития России сведений о проведении этого аукциона), уже обладали информацией, касающейся проведения торгов по лоту № 16 Аукциона № 312, а именно сведениями о лекарственном средстве, выставленном на этот аукцион и о его количестве, об условиях его поставки, а также о требованиях документации об аукционе.

Вместе с тем, только Минздравсоцразвития России, являясь организатором аукциона № 091009/001550/284 и лицом, готовящим аукционную документацию, по сути, обладает информацией о лекарственных средствах, объемах и сроках их закупки.

Согласно пункту 6 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции, согласно которому федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия), в частности запрещается предоставление хозяйствующему субъекту доступа к информации в приоритетном порядке.

В тоже время, документы, свидетельствующие о предоставлении от имени Минздравсоцразвития России указанной выше информации в адрес ЗАО «РОСТА» и/или ОАО «Фармстандарт» в материалах дела отсутствуют.

Комиссией ФАС России также установлено, что в результате заключения и реализации ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к поддержанию цены на торгах по лоту № 16 Аукциона № 312, данными хозяйствующими субъектами был получен доход: ЗАО «РОСТА» в размере 670.828.519,68 рублей; ОАО «Фармстандарт» в размере 671.270.983,68 рублей, что является признаком преступления, предусмотренного статьей 178 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, статьей 48, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Рассмотрение дела № 1 11/202-11 в отношении Министерства здравоохранения и социального развития по признакам нарушения пункт 6 части 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» прекратить на основании пункта 2 части 1 статьи 48 данного закона.
2. Признать ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цены на торгах аукциона № 091127/001550/312 по лоту № 16.
3. Предписания об устранении нарушения антимонопольного законодательства ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» не выдавать в связи с исполнением условий государственного контракта.
4. О принятом решении по делу № 1 11/202-11 проинформировать Следственный департамент Министерства внутренних дел Российской Федерации.

Поделиться:

-
-
-
-