

Offizielle Verfahrenskarte

[Sache Nr. A40-142261/2012 in KAD öffnen ↗](#)

Falls KAD vorübergehend nicht erreichbar ist, nutzen Sie das GOYA-Archiv.

Föderaler Antimonopoldienst Russlands

Entscheidung in der Sache Nr. 1-11/202-11

Moskau

Tenor verkündet am **16. Mai 2012**.

Vollständige Entscheidung ausgefertigt am **25. Mai 2012**.

Währungsangaben zu dieser Übersetzung. Rechtlich maßgeblich sind ausschließlich die Beträge in russischen Rubel. Nach dem offiziellen Wechselkurs vom 25. Mai 2012 entsprachen **671.270.983,68 RUB ungefähr 16.879.634,27 EUR** und **670.828.519,68 RUB ungefähr 16.868.508,17 EUR**. Die Umrechnung dient nur der historischen Einordnung.

Die Kommission des Föderalen Antimonopoldienstes zur Prüfung von Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellrecht in folgender Besetzung: **[Namen in der veröffentlichten Fassung geschwärzt]** (nachfolgend „Kommission der FAS Russlands“),

hat die Sache Nr. 1-11/202-11 wegen des Verdachts geprüft, dass die geschlossene Aktiengesellschaft ROSTA (Lenin-Prospekt 1, Podolsk, 142100) und die offene Aktiengesellschaft Pharmstandard (Lichatschowski projesd 5B, Dolgoprudny, Gebiet Moskau, 147701) gegen Art. 11 Abs. 1 Nr. 2 des Föderalen Gesetzes Nr. 135-FZ vom 26. Juli 2006 „Über den Schutz des Wettbewerbs“ (nachfolgend „Wettbewerbsgesetz“) und das Ministerium für Gesundheit und soziale Entwicklung der Russischen Föderation (Iljinka-Straße 21, Moskau, 103132) gegen Art. 15 Abs. 1 Nr. 6 des Wettbewerbsgesetzes verstoßen haben,

UND FOLGENDES FESTGESTELLT

Mit Anordnung Nr. 145 der FAS Russlands vom 2. März 2011 wurde die Sache Nr. 1-11/45-11 wegen des Verdachts eingeleitet, dass die geschlossene Aktiengesellschaft Firma ZV PROTEK und die geschlossene Aktiengesellschaft ROSTA gegen Art. 11 Abs. 1 Nr. 2 des Wettbewerbsgesetzes verstoßen hatten.

Grundlage für die Einleitung war ein Auftrag der Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation (Eingang Nr. 046762 DSP vom 29. September 2010), der der FAS Russlands nach einer Prüfung des Ministeriums für Gesundheit und soziale Entwicklung übermittelt worden war. Gegenstand der Prüfung war die Einhaltung russischen Rechts bei Arzneimittelauktionen für staatliche Zwecke in den Jahren 2008 und 2009.

Gleichzeitig leitete der Untersuchungsausschuss beim Innenministerium der Russischen Föderation am 4. Februar 2011 das Strafverfahren Nr. 678509 wegen Anzeichen einer Straftat nach Art. 178 Abs. 2 Buchst. c des Strafgesetzbuchs der Russischen Föderation ein. Es betraf eine Beschränkung des Wettbewerbs bei den vom Ministerium durchgeführten Auktionen Nr. 081010/001550/45 vom 10. Oktober 2008, Nr. 090316/0011550/93 vom 16. März 2009, Nr. 090428/001550/106 vom 28. April 2009, Nr. 091009/001550/284 vom 5. November 2009 und Nr. 091127/001550/312 vom 25. Dezember 2009 zur Arzneimittelversorgung für staatliche Zwecke, durch die dem Staat ein besonders hoher Schaden entstanden sein soll.

Mit Beschluss Nr. AC/28039 vom 19. Juli 2011 wurden OJSC Pharmstandard und LLC Optimal Health später als weitere Beteiligte des Verfahrens Nr. 1-11/45-11 hinzugezogen.

Mit Beschluss Nr. AC/40400 vom 27. Oktober 2011 wurde gemäß Art. 47.1 Abs. 1 und 2 des Wettbewerbsgesetzes zur möglichst vollständigen, umfassenden und objektiven Prüfung das Verfahren gegen ROSTA und Pharmstandard abgetrennt. Der Verdacht bezog sich auf eine Vereinbarung, die bei Los Nr. 16 der offenen Auktion Nr. 091127/001550/312 zur Aufrechterhaltung des Preises geführt hatte oder führen konnte. Gegenstand waren staatliche Verträge über Arzneimittel für Patienten mit bösartigen Neubildungen des lymphatischen, blutbildenden und verwandten Gewebes, Hämophilie, Mukoviszidose, hypophysärem Kleinwuchs, Gaucher-Krankheit und Multipler Sklerose sowie für Patienten nach Organ- und/oder Gewebetransplantationen. Die zentralisierte Beschaffung war für März bis Dezember 2010 für föderale Gesundheitseinrichtungen unter der Föderalen Medizinisch-Biologischen Agentur und für von den regionalen Exekutivbehörden bestimmte Einrichtungen vorgesehen. Die Auktion wurde am 25. Dezember 2009 vom Ministerium durchgeführt (nachfolgend „Auktion Nr. 312“).

Grundlage der Abtrennung waren Unterlagen, die die FAS Russlands bei einer planmäßigen Vor-Ort-Prüfung von Pharmstandard aufgrund der Anordnung Nr. 327 vom 4. Mai 2011 erhalten hatte, sowie die Unterlagen der Auktion Nr. 312.

Das abgetrennte Verfahren erhielt die Nummer 1-11/202-11.

Mit Beschluss Nr. AC/41703 vom 10. November 2011 wurde das Ministerium für Gesundheit und soziale Entwicklung der Russischen Föderation (nachfolgend „Ministerium“) wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 1 Nr. 6 des Wettbewerbsgesetzes als Beteiligter hinzugezogen.

Nach den Auktionsunterlagen und den Akten der Sache Nr. 1-11/202-11 verlief das Verfahren zu Los Nr. 16 der Auktion Nr. 312 wie folgt.

Am 27. November 2009 veröffentlichte das Ministerium auf www.zakupki.gov.ru Informationen über die Auktion Nr. 091127/001550/312. Los Nr. 16 betraf den Erwerb von 80.448 Packungen Dornase alfa, Inhalationslösung 2,5 mg/2,5 ml Nr. 6 (nachfolgend „Arzneimittel“), zu einem anfänglichen Höchstpreis von **671.270.983,68 RUB (ungefähr 16.879.634,27 EUR zum Kurs vom 25. Mai 2012)**.

Nach den Auktionsunterlagen war die Lieferung in zwei Stufen vorgesehen:

1. erste Stufe: 40 % der Gesamtmenge, also 32.180 Packungen, vom Abschluss des Staatsvertrags bis zum 15. Februar 2010;
2. zweite Stufe: 60 % der Gesamtmenge, also 48.268 Packungen, vom 16. Februar bis zum 1. Juli 2010.

Die Auktion war für den 25. Dezember 2009 angesetzt. Bewerbungen konnten vom 27. November bis zum 18. Dezember 2009 eingereicht werden.

Nach dem Prüfprotokoll vom 23. Dezember 2009 hatten Pharmstandard und ROSTA am 18. Dezember 2009 Bewerbungen für Los Nr. 16 eingereicht. Beide Unternehmen wurden zur Auktion zugelassen.

ROSTA erschien am 25. Dezember 2009 nicht zur Versteigerung von Los Nr. 16. Deshalb wurde die Auktion gemäß Art. 37 Abs. 12 und 13 des Föderalen Gesetzes Nr. 94-FZ vom 21. Juli 2005 „Über die Vergabe von Aufträgen über Lieferungen, Arbeiten und Dienstleistungen für staatliche und kommunale Zwecke“ als nicht zustande gekommen erklärt. Pharmstandard erhielt das Recht, den Staatsvertrag zum anfänglichen Höchstpreis von **671.270.983,68 RUB (ungefähr 16.879.634,27 EUR)** abzuschließen.

Am 13. Januar 2010 schloss das Ministerium mit Pharmstandard den Staatsvertrag Nr. K-25-Z/2-5 über 80.448 Packungen Dornase alfa, Inhalationslösung 2,5 mg/2,5 ml Nr. 6, hergestellt von F. Hoffmann-La Roche Ltd., Schweiz, unter dem Handelsnamen Pulmozyme.

Die Kommission prüfte die Akten, darunter Unterlagen des Untersuchungsdepartements des Innenministeriums vom 6. April 2012 (Eingang Nr. 19941-DSP) und vom 2. Mai 2012 (Eingang Nr. 25256 DSP), hörte die Argumente, Einwendungen und Erklärungen der Beteiligten an und stellte Folgendes fest.

Am 17. September 2009 unterzeichnete ROSTA im Rahmen des Vertrags Nr. 70 vom 31. März 2008 mit ADOC TRADING (CYPRUS) LTD., Zypern, über Arzneimittel von F. Hoffmann-La Roche Ltd., Schweiz, darunter Pulmozyme, allgemeine Lieferspezifikationen. Die Allgemeine Spezifikation Nr. 4 sah 10.233 Packungen Pulmozyme und die Allgemeine Spezifikation Nr. 5 weitere 93.820 Packungen vor.

Aus den Akten ergibt sich, dass die Spezifikationen über insgesamt 104.053 Packungen im Hinblick auf die Beschaffung durch das Ministerium in den offenen Auktionen Nr. 091009/001550/284 (Bedarf: 18.967 Packungen) und Nr. 091127/001550/312 (Bedarf: 80.448 Packungen) abgeschlossen wurden.

Dies zeigt, dass ROSTA bereits am 17. September 2009, zweieinhalb Monate vor der Bekanntmachung vom 27. November 2009, durch die Spezifikationen mit ADOC TRADING die Menge von Pulmozyme vereinbarte, die unter anderem für die Lieferung im Rahmen der Auktion Nr. 312 benötigt wurde.

Die offizielle Veröffentlichung der Informationen über die Auktion Nr. 312 einschließlich der Beschaffungsmengen erfolgte jedoch erst am 27. November 2009.

Am 1. Oktober 2009 schlossen ROSTA und Pharmstandard den Kaufvertrag Nr. 129-P.

Am 1. November 2009 unterzeichneten ROSTA und Pharmstandard die Allgemeine Spezifikation Nr. 2 zu diesem Vertrag. Danach sollte ROSTA bis zum 4. Februar 2010 32.180 Packungen Pulmozyme an Pharmstandard liefern. Am 19. April 2010 folgte die Allgemeine Spezifikation Nr. 3 über weitere 48.268 Packungen bis zum 15. Mai 2010.

Aufgrund dieser beiden Spezifikationen kaufte Pharmstandard von ROSTA genau 80.448 Packungen Pulmozyme, also die Menge, die später zur Erfüllung des Staatsvertrags aus Los Nr. 16 benötigt wurde, und zwar in genau den dort vorgesehenen Anteilen: 32.180 Packungen beziehungsweise 40 % für die erste Lieferstufe und 48.268 Packungen beziehungsweise 60 % für die zweite.

Die tatsächliche Lieferung nach den Spezifikationen Nr. 2 und 3 wird außerdem durch die vom Untersuchungsdepartement des Innenministeriums am 6. April und 2. Mai 2012 vorgelegten Unterlagen bestätigt.

Die Allgemeine Spezifikation Nr. 2 über 32.180 Packungen wurde 27 Tage vor der offiziellen Veröffentlichung der Auktion unterzeichnet, also 27 Tage bevor potenzielle Bieter die Beschaffungsmenge rechtmäßig hätten kennen können.

Die Spezifikationen belegen, dass ROSTA und Pharmstandard spätestens am 1. November 2009 bereits Informationen über Los Nr. 16 hatten: über das Arzneimittel, die Menge, die Lieferbedingungen und weitere Anforderungen.

Auf Anfrage der FAS bestätigte Pharmstandard (Eingang Nr. 2847 vom 18. Januar 2012), dass der Kaufvertrag Nr. 129-P vom 1. Oktober 2009 bestand. Pharmstandard behauptete jedoch, das Arzneimittel habe zum Zeitpunkt der Auktion nicht zu seiner Verfügung gestanden; Spezifikationen über die Menge von Los Nr. 16 seien nicht unterzeichnet worden; und weder Zahlungen noch Lieferungen hätten stattgefunden.

Diese Behauptungen werden durch die Akten widerlegt.

Auf Anfrage der FAS (Eingang Nr. 53750 vom 15. September 2011) bestätigte ROSTA, dass es beschlossen hatte, nicht selbst auf Los Nr. 16 zu bieten, sondern den vorhandenen Bestand als einheitliche Großhandelspartie an Pharmstandard zu verkaufen, weil Pharmstandard „eine Vorauszahlung von 20 % angeboten“ habe. ROSTA behauptete, dies sei „nach Bestätigung der Übereinstimmung der Bewerbung von Pharmstandard für Los Nr. 16 mit den Auktionsunterlagen“ erfolgt.

Auch diese Behauptungen werden durch die Akten widerlegt.

Zur Erklärung, warum es Arzneimittel im Wert von ungefähr **670 Mio. RUB (rund 16,85 Mio. EUR)** gekauft und nach Russland eingeführt, dann aber nicht selbst geboten, sondern an einen Wettbewerber verkauft hatte, führte ROSTA aus, es sei im Hinblick auf andere staatliche Lieferverträge an einer möglichst schnellen teilweisen Erstattung seiner Importkosten interessiert gewesen und habe Pulmozyme daher „zu günstigeren Zahlungsbedingungen als im Staatsvertrag“ verkauft.

Welche günstigeren Bedingungen dies gewesen sein sollen, erläuterte ROSTA nicht.

Am 18. Dezember 2009 reichten Pharmstandard und ROSTA am selben Tag ihre Bewerbungen ein und wurden anschließend zu Los Nr. 16 zugelassen.

Besonders zu beachten ist, dass Pharmstandard und ROSTA nach ihrer Zulassung Teilnehmer desselben Vergabeverfahrens und direkte Wettbewerber waren.

Nach Art. 4 Nr. 7 des Wettbewerbsgesetzes ist Wettbewerb die Rivalität von Unternehmen, bei der die unabhängigen Handlungen jedes Unternehmens die Möglichkeit eines anderen ausschließen oder einschränken, die allgemeinen Bedingungen des Warenverkehrs auf dem relevanten Markt einseitig zu beeinflussen.

Wettbewerber bestimmen ihr Marktverhalten daher unabhängig voneinander und konkurrieren, indem sie dem Käufer die günstigsten Bedingungen anbieten.

ROSTA erklärte seine Bewerbung wie folgt (Eingang Nr. 53750 vom 15. September 2011): „Da der Lieferauftrag bereits erteilt war und um eine Aufhebung der Auktion wegen fehlender oder ausgeschlossener Teilnehmer und eine Unterbrechung staatlicher Lieferungen zu vermeiden, reichte ROSTA eine Bewerbung für Los Nr. 16 ein.“

Am 25. Dezember 2009 erschien ROSTA nicht. Die Auktion wurde als nicht zustande gekommen erklärt, und der Staatsvertrag über 80.448 Packungen wurde mit Pharmstandard zum anfänglichen Höchstpreis von **671.270.983,68 RUB (ungefähr 16.879.634,27 EUR)** geschlossen.

ROSTA hatte damit vertragliche Beziehungen zu ADOC TRADING über das für Los Nr. 16 bestimmte Arzneimittel, organisierte dessen Einfuhr in der erforderlichen Menge, nahm aber nicht am Preiswettbewerb teil. Stattdessen verkaufte ROSTA das Arzneimittel unmittelbar vor der Auktion an einen Bieter, Pharmstandard. Pharmstandard kaufte es und „gewann“ zum anfänglichen Höchstpreis von **671.270.983,68 RUB (ungefähr 16.879.634,27 EUR)**, weil ROSTA trotz Bewerbung und Zulassung nicht erschien.

Nach Prüfung der Sache kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass das Unterzeichnen der Verkaufsunterlagen über das Arzneimittel und die gleichzeitige Bewerbung beider Unternehmen ohne ernsthafte Teilnahmeabsicht das Ergebnis einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zwischen ROSTA und Pharmstandard war. Sie sollte den Auktionspreis aufrechterhalten und den maximalen Gewinn sichern (nachfolgend „Vereinbarung“).

Nach Auffassung der Kommission wurde die Vereinbarung vor dem 25. Dezember 2009 erzielt und anschließend bei der Auktion Nr. 312 umgesetzt.

Nach Art. 4 Nr. 18 des Wettbewerbsgesetzes ist eine Vereinbarung eine schriftliche Absprache in einem oder mehreren Dokumenten oder eine mündliche Absprache.

Das Wettbewerbsgesetz stellt für die Feststellung einer solchen Willensübereinstimmung besondere Anforderungen auf, die sich von den Anforderungen des Zivilgesetzbuchs unterscheiden.

Nach Beschluss Nr. 9966/10 des Präsidiums des Obersten Wirtschaftsgerichts vom 21. Dezember 2010 verbietet Art. 11 Abs. 1 Vereinbarungen zwischen Unternehmen, wenn sie unter anderem zur Festsetzung oder Aufrechterhaltung von Preisen, Tarifen, Rabatten, Zuschlägen oder Aufschlägen oder zur Aufteilung eines Marktes nach Gebiet, Verkaufs- oder Einkaufsmenge, Sortiment oder Zusammensetzung der Verkäufer oder Käufer führen oder führen können. Aus Art. 11, 12 und 13 folgt, dass bereits Vereinbarungen verboten sind, die solche Folgen herbeiführen können. Die Behörde muss keine tatsächliche vollständige Durchführung beweisen, weil der Verstoß in der Einigung liegt, die diese Folgen verursachen kann. Nach Art. 4 kann eine Vereinbarung schriftlich oder mündlich bestehen; ihr Vorliegen hängt nicht von einem zivilrechtlich formwirksamen Vertrag nach Art. 154, 160, 432 und 434 des Zivilgesetzbuchs ab.

Das Vorliegen und die Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung können daher anhand des geschäftlichen Verhaltens der Beteiligten unter Berücksichtigung von Vernunft und Plausibilität nachgewiesen werden.

Nach Plenarbeschluss Nr. 30 des Obersten Wirtschaftsgerichts vom 30. Juni 2008 gelten Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung.

Die Vereinbarung zwischen ROSTA und Pharmstandard fällt daher unter Art. 4 Nr. 18 des Wettbewerbsgesetzes.

Art. 11 Abs. 1 Nr. 2 verbietet und bezeichnet als Kartell Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen auf demselben Produktmarkt, wenn sie Preise in Ausschreibungen oder Auktionen aufrechterhalten.

Die Umsetzung der Vereinbarung war am 18. August 2010 abgeschlossen, als der staatliche Auftraggeber die letzte Zahlung nach dem Staatsvertrag Nr. K-25-Z/2-5 vom 13. Januar 2010 leistete.

Das Verhalten zeigt zudem, dass ROSTA und Pharmstandard spätestens am 1. November 2009, mindestens 27 Tage vor der offiziellen Bekanntmachung, bereits Angaben über das Arzneimittel, die Menge, die Lieferbedingungen und die Anforderungen der Auktionsunterlagen kannten.

In der Sache verfügte nur das Ministerium als Veranstalter und Verfasser der Unterlagen über Informationen zu Arzneimitteln, Mengen und Beschaffungsfristen.

Art. 15 Abs. 1 Nr. 6 untersagt föderalen, regionalen und kommunalen Behörden, sonstigen mit solchen Aufgaben betrauten Stellen, Organisationen der staatlichen oder kommunalen Leistungserbringung, staatlichen außerbudgetären Fonds und der Zentralbank Maßnahmen oder Unterlassungen, die Wettbewerb verhindern, beschränken oder beseitigen oder dies bewirken können, soweit kein Bundesgesetz eine Ausnahme vorsieht. Insbesondere ist ein vorrangiger Informationszugang für ein Unternehmen verboten.

Die Akten enthalten zugleich keine Unterlagen, die beweisen, dass das Ministerium die genannten Informationen an ROSTA und/oder Pharmstandard übermittelt hatte.

Die Kommission stellte ferner fest, dass ROSTA infolge der Vereinbarung Einnahmen von **670.828.519,68 RUB (ungefähr 16.868.508,17 EUR)** und Pharmstandard Einnahmen von **671.270.983,68 RUB (ungefähr 16.879.634,27 EUR)** erzielten. Dies war ein Anzeichen für eine Straftat nach Art. 178 des Strafgesetzbuchs.

Gestützt auf Art. 23, Art. 39 Abs. 1, Art. 41 Abs. 1–4, Art. 48 und Art. 49 Abs. 1 des Föderalen Gesetzes Nr. 135-FZ

HAT DIE KOMMISSION ENTSCHIEDEN

1. Das Verfahren Nr. 1-11/202-11 gegen das Ministerium wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 1 Nr. 6 wird gemäß Art. 48 Abs. 1 Nr. 2 eingestellt.
2. Es wird festgestellt, dass ROSTA und Pharmstandard gegen Art. 11 Abs. 1 Nr. 2 verstoßen haben, indem sie eine Vereinbarung schlossen und umsetzten, die den Preis bei Auktion Nr. 091127/001550/312, Los Nr. 16, aufrechterhielt.

3. Eine Abstellungsverfügung gegen ROSTA und Pharmstandard wird nicht erlassen, weil der Staatsvertrag bereits erfüllt war.
4. Das Untersuchungsdepartement des Innenministeriums ist über die Entscheidung in der Sache Nr. 1-11/202-11 zu informieren.

Übersetzungsstatus: vollständige, nicht amtliche deutsche Übersetzung zur Information. Maßgeblich ist die russische Entscheidung. Die Gesellschaftsformen werden entsprechend dem Status im Zeitpunkt der Entscheidung wiedergegeben.