

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>

Именем Российской Федерации

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Дело № А40-94475/12

149-866

19 ноября 2012г.

Резолютивная часть объявлена 12 октября 2012г.

Решение изготовлено в полном объеме 19 ноября 2012г.

Арбитражный суд в составе судьи Кузина М.М.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Сорока Е.А.

рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению Открытого акционерного общества «Фармстандарт», Закрытого акционерного общества «РОСТА» к Федеральной антимонопольной службе (123995, Москва, Садовая Кудринская, 11)

З-и лица: Министерство здравоохранения и социального развития РФ

о признании недействительным решения от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11

с участием:

от ОАО «Фармстандарт»: Архангельская М.А. (дов. от 10.01.2012г. №23), Федлюк В.П. (дов. от 30.12.2011г.)

от ЗАО «РОСТА»:Шолтырева О.А. (дов. от 15.08.2012г.) Саканян М.М. (дов. от 15.08.2012г.)

от ответчика: Зайцева Н.Н. (дов. от 15.06.2012г. №ИА/18784), Алешин К.Н. (дов. от 23.08.2012г. №ИА/27321), Козлов Е.В. (дов. от 13.08.2012г. №ИА/26023), Линк Е.В. (дов. от 02.11.2011г. №ИА/40997)

от Министерства здравоохранения РФ: Шатц М.Г. (дов. от 11.09.2012г. №ПД-МЗ-19)

УСТАНОВИЛ:

Открытое акционерное общество «Фармстандарт» и Закрытое акционерное общество «РОСТА» обратились в Арбитражный суд г.Москвы с заявлением о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11 о нарушении антимонопольного законодательства в части признания ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» нарушившими п.2ч.1 ст.11 Федерального закона «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах аукциона №091127/001550/312 по лоту №16.

В обоснование заявленных требований заявители указывают на то, что оспариваемое Решение незаконно, не обосновано и не соответствует действующему законодательству Российской Федерации, в том числе, Закону о защите конкуренции, и нарушает права и законные интересы заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Ответчик возражает против удовлетворения заявленных требований, указывая на законность и обоснованность оспариваемого решения.

Выслушав представителей лиц, участвующих в деле, рассмотрев материалы дела, оценив представленные доказательства в их совокупности и взаимной связи, суд приходит к выводу, что требования заявителя подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

Согласно ч.1 ст.198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный акт (решение или действие) не соответствует закону или иному нормативному правовому акту и нарушает их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагает на них какие-либо обязанности, создает иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, основаниями для принятия арбитражным судом решения о признании акта государственного органа и органа местного самоуправления недействительным (решения или действия - незаконным) являются одновременно как несоответствие акта закону или иному правовому акту (незаконность акта), так и нарушение актом гражданских прав и охраняемых законом интересов гражданина или юридического лица в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности.

Учитывая изложенное, в круг обстоятельств, подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, входят проверка соответствия оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту и проверка факта нарушения оспариваемым актом прав и законных интересов заявителя.

Как следует из материалов дела, Приказом ФАС России от 02.03.2011г. №145 было возбуждено дело №1 11/45-11 по признакам нарушения ЗАО фирма «ЦВ «ПРОТЕК» и ЗАО «РОСТА» п.2 ч.1 ст.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 04.02.2011г. возбуждено уголовное дело №678509 по признакам преступления, предусмотренного п.«в» ч.2 ст.178 Уголовного кодекса Российской Федерации, по факту ограничения конкуренции при проведении Минздравсоцразвития России аукционов №081010/001550/45 от 10.10.2008г., №090316/0011550/93 от 16.03.2009г., №090428/001550/106 от 28.04.2009г., №091009/001550/284 от 05.11.2009г., №091127/001550/312 от 25.12.2009г. на поставку лекарственных средств для государственных нужд, причинившего особо крупный ущерб государству.

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

Определением от 27.10.2011г. №АЦ/40400 в соответствии с ч.ч.1 и 2 ст.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 п.2 ч.1 ст.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 25.12.2009г. 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 04.05.2011г. №327 плановой выездной проверки ОАО «Фармстандарт», а также документация об Аукционе №312.

Выделенному делу присвоен №1 11/202-11.

Определением от 10.11.2011г. №АЦ/41703 к рассмотрению дела в качестве ответчика по признакам нарушения п.6 ч.1 ст.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:

27.11.2009г. 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:

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

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

Проведение торгов было назначено на 25.12.2009г.

Срок подачи заявок - с 27.11.2009г. до 18.12.2009г.

Согласно Протоколу рассмотрения заявок от 23.12.2009г. на торги по лоту №16 18.12.2009г. подали заявки ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА». По результатам рассмотрения заявок указанные хозяйствующие субъекты были допущены к участию в торгах.

25.12.2009г. на торги по лоту №16 ЗАО «РОСТА» не явилось. В связи с этим, аукцион в силу п.п.12 и 13 ст.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».

13.01.2010г. 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 06.04.2012г. вх.№19941-ДСП и от 02.05.2012г. вх.№25256 ДСП, заслушала доводы, возражения и пояснения лиц, участвующих в деле, и установила следующее.

17.09.2009г. ЗАО «РОСТА» в рамках контракта с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) №70 от 31.03.2008г. 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.

Как указывает антимонопольный орган, заключение 17.09.2009г. 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). 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, 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 27.11.2009г.

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

01.11.2009г. 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 04.02.2010г., а 19.04.2010г. - Генеральную спецификацию № 3 на поставку этого же лекарственного средства в количестве 48.268 упаковок в срок до 15.05.2010г..

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).

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.

Как указывает антимонопольный орган, факт подписания вышеуказанных спецификаций свидетельствует о том, что ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» как минимум 01.11.2009г., 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 18.01.2012г.) подтвердило, что Договор купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. 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.

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, как указывает антимонопольный орган, 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 25.12.2009г., и впоследствии было реализовано при проведении Аукциона №312.

В качестве правовых оснований ответчик указывает, что в силу п.18 ст.4 Закона о защите конкуренции, соглашение это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Запрет на подобные соглашения установлен п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции, согласно которому 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 или могут привести, в том числе, к поддержанию цен на торгах.

Решением от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11 Комиссия ФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства признала ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» нарушившими п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цены на торгах аукциона №091127/001550/312 лоту16.

Согласно п.4 ст.200 АПК РФ 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.

При этом согласно п.5 ст.200 АПК РФ с учетом п.1 ст.65 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

Согласно ст.13 ГК РФ ненормативный акт, не соответствующий закону или иным правовым актам и нарушающий гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина, может быть признан судом недействительным.

Согласно п.1 Постановления Пленума ВС РФ от 01.07.1996г. №6 и Пленума ВАС РФ №8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» если суд установит, что оспариваемый акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со статьей 13 ГК он может признать такой акт недействительным.

Таким образом, из существа приведенных норм следует, что для признания недействительным обжалуемого заявителями решения Федеральной антимонопольной службы России необходимо наличие двух обязательных условий, а именно, несоответствие его закону и наличие нарушения им прав и охраняемых законом интересов заявителей.

В рамках дела №1 11/202-11 о нарушении антимонопольного законодательства рассматривалось поведение участников торгов по лоту № 16 открытого аукциона 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 №091127/001550/312.

Комиссия ФАС России признала ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» нарушившими п.2 ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на вышеуказанных торгах.

Федеральный закон «О защите конкуренции» (статьи 4, 8, 11, 11.1) рассматривает ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия как самостоятельные составы правонарушений в области ограничения конкуренции.

При этом, как следует из Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008г. №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», при установлении факта согласованных действий антимонопольный орган доказывает наличие квалифицирующих признаков согласованных действий, указанных в ст.8 ФЗ «О защите конкуренции», а также учитывает положения п.2 самого Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008г. №30.

С учетом заявленных требований и доказательств, имеющихся в материалах дела, суд считает необходимым указать следующее.

Во-первых, поскольку законодатель разграничил совершение хозяйствующим субъектом согласованных действий и заключение антиконкурентных соглашений, то из имеющихся в деле доказательств не представляется возможным сделать однозначный вывод о том, что имело место быть именно соглашение (договоренность) в устной форме, а не согласованные действия.

Так, в силу ст.3 Закона о защите конкуренции сферой применения Закона о защите конкуренции являются отношения, связанные с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, в которых участвуют российские юридические лица.

Пунктом 2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции установлен запрет на

соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести, в частности к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Согласно ч.1 ст.8 Закона о защите конкуренции согласованными действиями хозяйствующих субъектов являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий: результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них; действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Такими обстоятельствами, в частности, могут быть изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее, чем один год.

Согласно п.2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» при анализе вопроса о том, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными (ст.8 Закона о защите конкуренции), арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении.

Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин.

Таким образом, квалифицирующее значение для доказывания вмененного ответчиком нарушения антимонопольного законодательства имеет совершение хозяйствующими субъектами отвечающих интересам каждого и заранее известных каждому противоправных согласованных действий на одном товарном рынке

относительно синхронно и единообразно при отсутствии к тому объективных причин.

Нормы Закона о защите конкуренции не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат: посредством определения соответствующего товарного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов, чьи действия подпадают под критерии ст.8 Закона о защите конкуренции и влекут последствия, указанные в ст.11 Закона о защите конкуренции.

При этом известность каждому из субъектов о согласованных действиях друг друга заранее может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и, исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей за счет ее использования извлекать неконкурентные преимущества.

Для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом.

Из смысла приведенных положений следует, что отличительным признаком согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, является их оправданность в качестве модели группового поведения, когда достижение цели отдельным участником согласованных действий возможно лишь в результате сложного ролевого поведения всего коллектива действующих согласованно хозяйствующих субъектов. Обычно это повторяющиеся (аналогичные) действия нескольких хозяйствующих субъектов, которые не обусловлены внешними условиями функционирования соответствующего товарного рынка, что отличает согласованные действия от параллельного поведения, то есть одинаковой рациональной реакции хозяйствующих субъектов на общие и не зависящие от их действий изменения условий деятельности на товарном рынке.

Между тем, правовое регулирование отношений, связанных с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд, осуществляется в соответствии с Законом о размещении заказов. При этом целями регулирования Закона о размещении заказов является, в том числе обеспечение эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности размещения заказов, предотвращение коррупции и других

злоупотреблений в сфере размещения заказов.

В соответствии с ч.1 ст.32 Закона о размещении заказов под аукционом на право заключить государственный или муниципальный контракт понимаются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену государственного или муниципального контракта. Аукцион проводится путем снижения начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), указанной в извещении о проведении открытого аукциона, на «шаг аукциона» (ч.4 ст.37 Закона о размещении заказов).

В силу ч.ч.12, 13 ст.37 Закона о размещении заказов в случае, если в аукционе участвовал один участник, аукцион признается несостоявшимся. В этом случае заказчик в течение трех рабочих дней со дня подписания протокола, обязан передать единственному участнику аукциона прилагаемый к документации об аукционе проект контракта. При этом государственный или муниципальный контракт заключается с учетом положений ч.4 ст.38 Закона о размещении заказов на условиях, предусмотренных документацией об аукционе, по начальной (максимальной) цене контракта (цене лота), указанной в извещении о проведении открытого аукциона, или по согласованной с указанным участником аукциона цене контракта, не превышающей начальной (максимальной) цены контракта (цены лота).

В случае если при проведении аукциона не присутствовал ни один участник аукциона, либо в случае, если в связи с отсутствием предложений о цене контракта, предусматривающих более низкую цену контракта, чем начальная (максимальная) цена контракта (цена лота), «шаг аукциона» снижен в соответствии с ч.5 ст.37 Закона о размещении заказов до минимального размера и после троекратного объявления предложения о начальной (максимальной) цене контракта (цене лота) не поступило ни одно предложение о цене контракта, которое предусматривало бы более низкую цену контракта, аукцион признается несостоявшимся.

По смыслу вышеуказанных положений Закона о размещении заказов, участник размещения заказа, оказавшийся в силу различных причин единственным участником аукциона, заведомо получает выигрыш в виде возможности заключить государственный (муниципальный) контракт на самых выгодных условиях, которые только можно получить от участия в аукционе – по цене контракта (лота), указанной в аукционной документации, то есть по максимально возможной цене.

С учетом вышеизложенного, ответчик, придя к выводу о наличии именно антиконкурентного соглашения, освободил себя от необходимости проведения анализа товарного рынка, его состояния и обоснования однотипности поведения на нем

хозяйствующих субъектов.

В отсутствие анализа рынка лекарственных препаратов, его специфики, вывод антимонопольного органа о наличии устного антиконкурентного соглашения представляется необоснованным, поскольку результаты торгов является следствием конкретных действий участников, которые обусловлены наличием ряда объективных причин.

Таким образом, суд приходит к выводу, что Комиссией ФАС России по делу №11/202-11 о нарушении антимонопольного законодательства не было определено, в связи с чем действия ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» были квалифицированы именно как действия в рамках соглашения, а не как согласованные действия. В Решении даже прямо не указывается, обвиняются компании в устном или письменном соглашении.

При этом антимонопольным органом не было выявлено каких-либо доказательств, подтверждающих, что между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» действительно существовало соглашение, запрещенное ФЗ «О защите конкуренции».

Предметом лота №16 открытого аукциона №091127/001550/312 была поставка лекарственного средства Дорназа альфа раствор для ингаляций 2,5 мг - 2,5 мл №6.

На момент проведения открытого аукциона №091127/001550/312 между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» действовал Договор купли-продажи №129-П от 01.10.2009г.

Однако, данный договор является рамочным (в соответствии с п.1.1 этого договора ассортимент, количество товара, а также его цена и сроки поставки определяются в генеральных спецификациях) и был заключен задолго до объявления открытого аукциона №091127/001550/312. Поэтому его никак нельзя признать доказательством соглашения, направленного на поддержание цен на данном аукционе.

Более того, на момент проведения открытого аукциона №091127/001550/312 в распоряжении ОАО «Фармстандарт» отсутствовал лекарственный препарат Дорназа альфа, не было подписано спецификации на его поставку в объеме лота №16, никаких платежей за Пульмозим и/или отгрузки данного лекарственного препарата не производилось.

При этом нельзя признать обоснованным вывод антимонопольного о том, что Генеральные спецификации №2 от 01.11.2009г. и №3 от 19.04.2010г. свидетельствуют о продаже Дорназа альфа до аукциона №091127/001550/312.

В силу статей 454, 456 - 459 и 506 ГК РФ продажа товара предполагает фактическую передачу товара в собственность покупателя. В то же время отгрузка

лекарственного препарата по Генеральной спецификации №2 от 01.11.2009г. состоялась лишь 02.02.2010г., то есть значительно позже проведения открытого аукциона №91127/001550/312.

Более того, даже оплата товара по этой спецификации была после подведения результатов торгов: 02.02.2010г., 06.05.2010г. и 12.05.2010г.

Генеральная же спецификация №3 от 19.04.2010г. была подписана значительно позже даты проведения аукциона и заключения ОАО «Фармстандарт» государственного контракта по итогам этого аукциона.

Кроме того, согласно ст.1 ГК РФ гражданское законодательство основывается на признании свободы договора, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав. Юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

В соответствии с п.1 ст.2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке».

В силу п.1 ст.9 ГК РФ граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права».

Согласно п.1 ст.421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в заключении договора». Таким образом, ОАО «Фармстандарт» было вправе заключить с ЗАО «РОСТА» вышеуказанный договор и подписать Генеральную спецификацию №2 от 01.11.2009г. к нему, действуя на свой риск и в своем интересе. Тем более, что действующим законодательством не установлен запрет на подписание договора с поставщиком до заключения договора с заказчиком. Кроме того, договор не содержит никаких договоренностей относительно поведения на торгах.

Кроме того, ОАО «Фармстандарт» не располагало информацией об объемах поставляемого в Россию лекарственного препарата Дорназа альфа, не предполагало и не могло предполагать, что подписание договора с ЗАО «РОСТА» может (даже теоретически) помешать какому-либо другому хозяйствующему субъекту принять участие в открытом аукционе №091127/001550/312 по лоту №16 и тем самым привести

к поддержанию цен на торгах. Тем более, что на рынке лекарственных средств осуществляют деятельность разнообразные поставщики лекарственных средств: производители лекарственных средств (первые поставщики), дистрибьюторы производителей лекарственных средств, оптовые посредники.

ОАО «Фармстандарт» заключило договор с ЗАО «РОСТА», так как не достигло договоренностей с представителем производителя лекарственного средства ЗАО «Рош-Москва». При этом, ОАО «Фармстандарт» не знало и не могло знать о наличии (отсутствии) договоренностей (переговоров) по вопросу поставки Дорназа альфа у других хозяйствующих субъектов - потенциальных участников торгов с имеющимися на рынке поставщиками данного препарата.

Неснижение же начальной (максимальной) цены лота №16 открытого аукциона №091127/001550/312 произошло не по вине ОАО «Фармстандарт», а явилось следствием того, что ОАО «Фармстандарт» было единственным участником торгов по данному лоту, в связи с чем в соответствии со ст.37 Федерального закона от 21.07.2005г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» аукцион по данному лоту был признан несостоявшимся и государственный контракт был заключен по начальной (максимальной) цене.

Вывод антимонопольного органа о том, что Договор купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. является доказательством соглашения, запрещенного п.2 ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции», прямо противоречит нормам российского антимонопольного законодательства.

В соответствии с ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции» 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 или могут привести к: установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); сокращению или прекращению производства товаров; отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками)».

Таким образом, в вышеуказанной норме закона однозначно установлено, что список запретов ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции» распространяется только на «горизонтальные» соглашения.

Договор же, заключенный между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА», - это «вертикальное» соглашение, так как согласно п.19 ст.4 ФЗ «О защите конкуренции» «вертикальное» соглашение - соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар.

Более того, в действовавшей в момент заключения вышеуказанного договора редакции ФЗ «О защите конкуренции» (в ред. Федерального закона от «17» июля 2009 года № 164-ФЗ) была ч.1.1 ст.11, в которой было указано, что предусмотренные ч.1 настоящей статьи запреты не распространяются на «вертикальные» соглашения.

Кроме того, согласно определению, данному в ст.11 ФЗ «О защите конкуренции» конкурентами являются субъекты, осуществляющие продажу товаров на одном товарном рынке.

В соответствии с п.4 ст.4 ФЗ «О защите конкуренции» товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), 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.

Признавая ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» виновными в нарушении п.2 ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции», ФАС России, не обосновала свое утверждение, что на момент заключения Договора купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» являлись конкурентами, не определила ни продуктовые, ни географические границы товарного рынка, хотя в соответствии с пунктом 3.26 Административного регламента ФАС по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утвержденного Приказом ФАС России от «25» декабря 2007 года № 447, (далее - «Административный регламент № 447») антимонопольный орган это сделать был должен.

По мнению Комиссии, данное Соглашение было достигнуто в период до 25.12.2009г.

Между тем, до 01.10.2009г. ОАО «Фармстандарт» никогда не принимало участие в гражданском обороте лекарственного препарата Дорназа альфа, не закупало и тем более не продавало данный лекарственный препарат.

Таким образом, в период до 01.10.2009г. ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» не были конкурентами.

В момент подписания Договора купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт» не были конкурентами, так как ЗАО «РОСТА» фактически выступало в качестве официального дистрибьютора производителя, а ОАО «Фармстандарт» - в качестве покупателя.

При этом, как сам по себе Договор купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. являлся рамочным и не определял не только количество, но даже ассортимент товара.

Фактически договоренность о поставке лекарственного препарата Пульмозим в объемах лота №16 открытого аукциона №091127/001550/312 была достигнута ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» уже после подведения итогов этого аукциона и подписания ОАО «Фармстандарт» государственного контракта, а именно 19.04.2010г., так как до объявления аукциона они не знали и не могли знать точные данные о потребностях государственного заказчика в лекарственном средстве Дорназа альфа.

Кроме того, представляется не ясным, какое правовое значение для признания ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» нарушившими п.2 ч.1 ст.11 ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах аукциона №091127/001550/312 по лоту №16, имеет дата Генеральной спецификации №2 от 01.11.2009г. Антимонопольный орган никак не обосновывает свой вывод относительно того, что подписание этой спецификации именно в период с 01.11.2009г. по 27.11.2009г., а не в период с 27.11.2009г. по 18.12.2009г. является доказательством антиконкурентного соглашения между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА».

Ни в один из указанных периодов ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» не являлись конкурентами, так как не являлись участниками одной процедуры торгов.

Заявка на участие в торгах по лоту №16 открытого аукциона №091127/001550/312 была подана ОАО «Фармстандарт» 18.12.2009г.

В оспариваемом Решении ФАС России указала, что 18.12.2009г. ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» подали заявки».

Между тем, подача заявок в один день, никак не доказывает наличие между компаниями антиконкурентного соглашения, тем более, что согласно Извещению о проведении открытого аукциона №091127/001550/312, 18.12.2009г. было последним днем подачи заявок.

Кроме того, утверждение антимонопольного органа об отсутствии у ОАО «Фармстандарт» реального намерения участвовать в торгах документально не подтверждено.

В соответствии с ч.1 ст.37 ФЗ «О размещении заказов» в аукционе могут

участвовать только участники размещения заказа, признанные участниками аукциона.

Согласно ч.3 ст.36 ФЗ «О размещении заказов» решение о допуске к участию в аукционе участника размещения заказа и о признании участника размещения заказа, подавшего заявку на участие в аукционе, участником аукциона, или об отказе в допуске такого участника размещения заказа к участию в аукционе принимается аукционной комиссией на основании результатов рассмотрения заявок на участие в аукционе.

То есть, потенциальными конкурентами ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» стали лишь после того, как были признаны участниками одних торгов. Учитывая то, что рассмотрение аукционной комиссией заявок на участие в открытом аукционе №091127/001550/312 по лоту №16 и допуск к участию в аукционе состоялись лишь 23.12.2009г., участниками торгов по лоту №16 открытого аукциона №091127/001550/312 ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» стали лишь 23.12.2009г.

В период с 23.12.2009г. до 25.12.2009г. ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» являлись потенциальными конкурентами, однако не заключали никаких антиконкурентных соглашений.

Доказательств иного антимонопольный орган не привел.

Договор купли-продажи №129-П от 01.10.2009г. с Генеральной спецификацией №2 от 01.11.2009г. не могут служить доказательством заключения ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» вменяемого им картельного соглашения, так как были подписаны в предшествующий указанному периоду период.

Генеральная спецификация №3 от 19.04.2009г. не может служить доказательством заключения ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» вменяемого им картельного соглашения, так как была подписана значительно позже 25.12.2009г.

Таким образом, заключение антиконкурентного соглашения ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» в период с 23.12.2009г. до 25.12.2009г. антимонопольным органом никак не доказано.

Поведение ОАО «Фармстандарт» на торгах и результат торгов были обусловлены объективными причинами (ОАО «Фармстандарт» было единственным участником торгов и аукцион был признан несостоявшимся), поэтому поддержание цены со стороны ОАО «Фармстандарт» отсутствовало.

ОАО «Фармстандарт» не знало заранее о том, что оно будет единственным участником торгов по лоту №16 открытого аукциона № 091127/001550/312, и не договаривалось ни с кем о поведении на торгах.

Как соглашение, так и согласованные действия хозяйствующих субъектов по смыслу антимонопольного законодательства должны преследовать достижение

определенных целей, создающих своего рода экономические преференции всем участникам соглашения либо согласованных действий. В рассматриваемом случае вмененное ФАС России в оспариваемом Решении соглашение между ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» не отвечает таким целям.

Подписывая договор с ЗАО «РОСТА» и подавая заявку на участие в открытом аукционе №091127/001550/312 по лоту №16, ОАО «Фармстандарт» хотело выйти на рынок лекарственного препарата Дорназа альфа и выиграть торги по данному лоту, что является естественным желанием для каждого добросовестного участника торгов (коим ОАО «Фармстандарт» и является).

При этом подачу ЗАО «РОСТА» заявки на участие в вышеуказанных торгах никак нельзя признать соответствующей интересам ОАО «Фармстандарт», так как фактически это ставило под угрозу выигрыш ОАО «Фармстандарт». Предвидеть же отсутствие ценовых предложений со стороны ЗАО «РОСТА» ОАО «Фармстандарт» не могло.

Учитывая изложенные обстоятельства, которые, по мнению ответчика, подтверждают, что каждому из лиц, признанных нарушившим п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции, было заранее известно о действиях другого нарушителя, суд считает, что они не являются достаточными доказательствами такой согласованности (договоренности), которая с однозначностью могла привести к неблагоприятному последствию в виде заключения контракта с единственным участником по начальной (максимальной) цене.

Как указывалось выше, согласно п.18 ст.4 Закона о защите конкуренции, соглашением признается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Согласно ст.8 Закона о защите конкуренции под согласованными действиями понимает действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий: результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них; действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

Таким образом, Закон о защите конкуренции (ч.1 ст.11, ч.2 ст.8, п.18 ст.4), рассматривает ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия как самостоятельные составы правонарушений в области ограничения конкуренции.

При этом, как следует из Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008г. №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» при установлении факта согласованных действий антимонопольный орган доказывает наличие квалифицирующих признаков согласованных действий, указанных в ст.8 Закона о защите конкуренции, а также учитывает положения п.2 самого Постановления ВАС РФ. Вместе с тем, в Законе аналогичным образом не поименованы квалифицирующие признаки устного соглашения, запрещенного ч.1 ст.11 Закона.

В ходе рассмотрения дела и при вынесении Решения, Комиссией ФАС России не было определено, в связи с чем и на основании каких доказательств действия заявителей были квалифицированы именно как соглашение, а не как согласованные действия, и кроме того, не представлено исчерпывающих доказательств наличия такого соглашения (договоренности).

Учитывая изложенные обстоятельства, суд приходит к выводу о том, что действия заявителей необоснованно были квалифицированы антимонопольным органом как нарушающие п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции, в связи с чем оспариваемое решение Федеральной антимонопольной службы от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11 нарушает права и законные интересы заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

На основании изложенного, суд пришел к выводу о незаконности и необоснованности оспариваемого решения Федеральной антимонопольной службы от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11, принятого ответчиком с нарушением норм действующего законодательства РФ, и нарушающего права и законные интересы заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Следовательно, в данном случае, имеются правовые основания, предусмотренные ст.13 ГК РФ, которые одновременно необходимы для удовлетворения заявленных требований заявителей.

При указанных обстоятельствах требования заявителя подлежат удовлетворению в полном объеме.

В соответствии с ч.2 ст.201 АПК РФ арбитражный суд, установив, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, принимает решение о признании ненормативного правового акта недействительным,

решений и действий (бездействия) незаконными.

Расходы по оплате государственной пошлины относятся на ответчика в соответствии со ст.110 АПК РФ.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.64, 65, 69, 71, 75, 167-170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ, суд

РЕШИЛ:

Проверив на соответствие Федеральному закону «О защите конкуренции» от 26.07.2006г. №135-ФЗ, признать незаконным решение Федеральной антимонопольной службы от 25.05.2012г. по делу №1 11/202-11 о нарушении антимонопольного законодательства в части признания ОАО «Фармстандарт» и ЗАО «РОСТА» нарушившими п.2ч.1 ст.11 Федерального закона «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах аукциона №091127/001550/312 по лоту №16.

Взыскать с Федеральной антимонопольной службы в пользу Открытого акционерного общества «Фармстандарт» расходы по уплате государственной пошлины в размере 1 000 руб.

Взыскать с Федеральной антимонопольной службы в пользу Закрытого акционерного общества «РОСТА» расходы по уплате государственной пошлины в размере 1 000 руб.

Возвратить Закрытому акционерному обществу «РОСТА» из федерального бюджета государственную пошлину в размере 3 000 руб.

Возвратить Открытому акционерному обществу «Фармстандарт» из федерального бюджета государственную пошлину в размере 1 000 руб.

Решение может быть обжаловано в течение месяца с даты принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

М.М. Кузин