



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: info@mail.9aac.ru

адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 09АП-40346/2012

г. Москва
31 января 2013 года

Дело № А40-94475/12-149-866

Резолютивная часть постановления объявлена 24 января 2013 года
Постановление изготовлено в полном объеме 31 января 2013 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Лепихина Д.Е.,
судей: Кольцовой Н.Н., Румянцева П.В.,
при ведении протокола помощником судьи Лаухиной А.А.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Федеральной антимонопольной службы на решение Арбитражного суда г. Москвы от 19.11.2012 по делу № А40-94475/12-149-866, принятое судьей Кузиным М.М.,
по заявлению ОАО "Фармстандарт", ЗАО "РОСТА"
к Федеральной антимонопольной службе,
третье лицо: Министерство здравоохранения и социального развития РФ,
о недействительным решения от 25.05.2012 по делу №1 11/202-11,
при участии:
от заявителей:
от ОАО "Фармстандарт" – Федлюк В.П. по доверенности от 29.12.2012 №1289; Архангельская М.А. по доверенности от 09.01.2013 №2;
от ЗАО "РОСТА" - Покатович И.С. по доверенности от 24.10.2012; Шолтырева О.А. по доверенности от 11.11.2011 №217; Саканян М.М. по доверенности от 15.08.2012;
от ответчика: Козлов Е.В. по доверенности от 13.08.2012 №ИА/26023; Зайцева Н.Н. по доверенности от 15.06.2012 №ИА/18784; Алешин К.Н. по доверенности от 23.08.2012 №ЦА/27371;
от третьего лица: Шатц М.Г. по доверенности от 28.12.2012 №АД-МЗ-52;

УСТАНОВИЛ:

ОАО "Фармстандарт" и ЗАО "РОСТА" (далее также – общества) обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлениями о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы России (далее – антимонопольный орган) от 25.05.2012 в части признания обществ нарушившими положение п.2 ч.1 ст.11 Федерального закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цены на лекарственное средство по лоту № 16 открытого аукциона № 091127/001550/312.

Решением суда от 19.11.2012 заявления обществ удовлетворены.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, антимонопольный орган обратился в Девятый арбитражный апелляционный суд с жалобой, в которой просит отменить решение, принять по делу новый судебный акт об отказе обществам в удовлетворении заявлений.

В судебном заседании представители антимонопольного органа поддержали доводы апелляционной жалобы, просили отменить решение суда первой инстанции, поскольку считают его незаконным и необоснованным, принять по делу новый судебный акт об отказе обществу в удовлетворении заявления.

Представители обществ поддержали решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласились, считают жалобу необоснованной, просили решение суда первой инстанции оставить без изменения, в удовлетворении апелляционной жалобы отказать.

Представитель Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации (далее – Министерство) оставил результат разрешения спора на усмотрение суда.

Законность и обоснованность принятого судом первой инстанции решения проверены апелляционной инстанцией в порядке ст.ст. 266, 268 АПК РФ.

Изучив материалы дела, заслушав представителей участвующих в деле лиц, апелляционный суд приходит к выводу об оставлении решения суда первой инстанции без изменения, апелляционной жалобы без удовлетворения исходя из следующего.

Решением антимонопольного органа от 25.05.2012 обществам вменено достижение соглашения, запрещенного п.2 ч.1 ст.11 Законом о защите конкуренции.

Нарушение, вмененное обществам, заключается в следующем. ЗАО "РОСТА" при наличии у него договорных отношений с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) (далее также – компания) на поставку лекарственного средства, определенного Министерством по лоту № 16 открытого аукциона № 091127/001550/312, обеспечило его ввоз на территорию Российской Федерации в количестве, необходимом для поставки по данному лоту аукциона. Вместо того, чтобы участвовать в торгах, ЗАО "РОСТА" продало лекарственное средство накануне аукциона одному из участников аукциона по лоту № 16 ОАО "Фармстандарт". Последнее купило лекарственное средство и выиграло торги по начальной (максимальной) цене благодаря тому, что ЗАО "РОСТА", которое также подало заявку и было допущено для участия в торгах по лоту № 16, на торги не явилось.

Конкурентное законодательство исходит из того, что никакой координации на рынке не должно быть, экономические субъекты выстраивают свою политику индивидуально.

Как изложено выше, антимонопольный орган вменил обществам нарушение запрета, установленного п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции.

Согласно п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции запрещаются (применительно к обстоятельствам рассматриваемого спора) соглашения между хозяйствующими субъектами, если такие соглашения могут привести к поддержанию цен на торгах.

В соответствии с п.18 ст.4 Закона о защите конкуренции соглашением является договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Запрещенное соглашение представляет собой групповую модель поведения его участников, позволяющую извлекать неконкурентные преимущества.

При возбуждении и рассмотрении дела по признакам нарушения ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции не требуется изучение товарного рынка, поскольку данной правовой нормой установлен безусловный запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами, которые (соглашения) приводят или могут привести к последствиям, перечисленным в ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции.

Нарушение запрета не разрешается ни при каких обстоятельствах.

Перечисленные в ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции действия запрещены сами по себе, как таковые.

Вместе с тем, изложенное толкование ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции не освобождает антимонопольный орган от исполнения положений ч.1 ст.65, ч.5 ст.200 АПК РФ по представлению доказательств.

Со стороны антимонопольного органа подлежат доказыванию два обстоятельства: наличие соглашения и возможное последствие в виде поддержания цены на торгах.

Собранные антимонопольным органом доказательства в своей совокупности должны убедительно подтверждать обстоятельства совершения обществами вмененного им правонарушения.

При этом, установления одного лишь факта получения ОАО "Фармстандарт" возможности заключить государственный контракт по начальной (максимальной) цене (применительно к обстоятельствам рассматриваемого дела) не достаточно для признания обоих обществ нарушившими положение п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции.

Оценке и анализу подлежит совокупность действий обществ, совершенных до, во время и после запрещенного п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции соглашения, а не только сам факт такого соглашения. Необходимо сопоставление действий каждого общества, участвующего, по мнению антимонопольного органа, в запрещенном антиконкурентном соглашении.

Наличие запрещенного соглашения должно быть подтверждено достижением обществами положительного для них результата именно от участия в торгах.

В рамках рассматриваемого дела апелляционный суд приходит к выводу, что антимонопольным органом не представлено достаточных, убедительных, безусловных доказательств, подтверждающих совершение обществами вмененного правонарушения, что подтверждается следующим.

Под аукционом на право заключить контракт понимаются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену государственного или муниципального контракта (ч.1 ст. 32 Федерального закона № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон о размещении заказов)).

Аукцион проводится путем снижения начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), указанной в извещении о проведении открытого аукциона, на «шаг аукциона», победителем аукциона признается лицо, предложившее наиболее низкую цену контракта (ч.ч.4, 6 ст.37 Закона о размещении заказов).

Государственный контракт заключается с единственным участником аукциона в случае признания аукциона несостоявшимся (ч.ч.12, 13 ст.37 Закона о размещении заказов).

27.11.2009 Министерством была размещена официальная информация о проведении аукциона, состоявшего из 38 лотов, на поставку лекарственных средств.

25.12.2009 Министерством был проведен открытый аукцион на право заключения государственных контрактов на поставку лекарственных средств.

На лот № 16 аукциона было выставлено лекарственное средство «Дорназа альфа» раствор для ингаляций (далее – лекарственное средство) в количестве 80 448 упаковок.

Участниками аукциона по лоту № 16 выступили ОАО "Фармстандарт" и ЗАО "РОСТА".

Протоколом аукционной комиссии от 25.12.2009 аукцион по лоту № 16 признан несостоявшимся по причине неявки на аукцион представителей ЗАО "РОСТА".

Государственный контракт на поставку лекарственного средства по лоту № 16 заключен с единственным участником ОАО "Фармстандарт" по начальной (максимальной) цене.

Такое поведение, по мнению антимонопольного органа, свидетельствует о заключении между обществами устного соглашения, результатом которого стало поддержание начальных (т.е. самых высоких) цен по лоту № 16 аукциона.

Между тем, антимонопольным органом не учтено следующее.

31.03.2008 между ЗАО "РОСТА" и компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) был заключен контракт №70 на поставку лекарств, в том числе, лекарственного средства, выставленного на аукцион по лоту № 16.

Согласно данному контракту ЗАО "РОСТА" является покупателем, а компания – продавцом.

17.09.2009 ЗАО "РОСТА" и компания подписали генеральные спецификации №№4 и 5 в рамках контракта № 70.

Согласно генеральной спецификации № 4 поставке от компании в адрес ЗАО "РОСТА" подлежало 10 233 упаковок лекарственного средства, а по генеральной спецификации № 5 – 93 820 упаковок лекарственного средства (всего – 104 053 упаковки).

01.10.2009 ЗАО "РОСТА" (продавец) и ОАО "Фармстандарт" (покупатель) заключили договор купли-продажи № 129-П.

01.11.2009 во исполнение данного договора обществами подписана генеральная спецификация № 2 на поставку лекарственного средства в количестве 32 180 упаковок в срок до 04.02.2010. 19.04.2010 во исполнение данного договора обществами подписана генеральная спецификация № 3 на поставку лекарственного средства в количестве 48 268 упаковок в срок до 15.05.2010. Общее количество подлежащего поставке по генеральным спецификациям лекарственного средства составляет 80 448 упаковок.

Все перечисленные действия совершены обществами до 27.11.2009 (даты размещения Министерством официальной информации об аукционе).

Согласно п.1 ст.2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) предпринимательской деятельностью 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.

Следовательно, целью деятельности ЗАО "РОСТА" и ОАО "Фармстандарт" является систематическое получение прибыли.

Поэтому, заявляя об участии в аукционе, общества преследовали единственную цель – получение прибыли.

Одним из принципов гражданского законодательства является принцип свободы договора (ст.ст.1, 421 ГК РФ).

Таким образом, фактическое участие в аукционе является правом, а не обязанностью лица, подавшего заявку.

При этом, поведение лица, заявившего об участии в аукционе, должно быть объяснимо с точки зрения получения положительного финансового результата согласно п.1 ст.2 ГК РФ.

В своем решении от 25.05.2012 антимонопольный орган пришел, буквально, к следующим выводам: «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».

В этом же решении антимонопольный орган пишет, что «В то же время, документы, свидетельствующие о предоставлении от имени Минздравсоцразвития

России указанной выше информации в адрес ЗАО "РОСТА" и (или) ОАО "Фармстандарт" в материалах дела отсутствуют».

Из изложенных положений следует, что только Министерство обладало информацией о предстоящем аукционе.

Из изложенных положений следует, что отсутствуют доказательства о предоставлении Министерством в адрес обществ информации о предстоящем аукционе.

Следовательно, действия обществ (применительно к выводам антимонопольного органа в своем решении), необходимо рассматривать как самостоятельные, совершаемые на свое усмотрение в отсутствие информации друг о друге.

Причины поведения ЗАО "РОСТА" в рамках лота № 16 изложены в письме № 463 от 14.09.2011 (получено 15.09.2011 за № 53750) в адрес антимонопольного органа.

Направляя заявку на участие в аукционе, ЗАО "РОСТА" отмечает, что ранее имело опыт участия в торгах на поставки лекарств. Указывает, что лекарственное средство, выставленное по лоту № 16, обладает специфическими особенностями производства и транспортировки. Заказ на поставку первой партии лекарственного средства ЗАО "РОСТА" направило в компанию 01.12.2009 (после размещения официальной информации об аукционе). Заявка на участие в аукционе была подана, т.к. заказ на производство лекарственного средства был размещен в компании. Участие в аукционе объясняется исключением возможности отмены аукциона по причине отсутствия участников, либо их отстранением, срывом государственных поставок.

Принятие решения фактически не участвовать в аукционе по лоту № 16 объясняется ЗАО "РОСТА" отсутствием опыта участия в государственных закупках по лекарственному средству. ЗАО "РОСТА" указывает, что ОАО "Фармстандарт" предложило ему выгодное финансовое условие в форме предоплаты.

Перечисленные ЗАО "РОСТА" причины обращения с заявкой на участие в аукционе по лоту № 16, отказа от фактического участия в аукционе по данному лоту апелляционный суд находит объяснимыми с точки зрения целей предпринимательской деятельности.

При этом апелляционный суд учитывает, что ОАО "Фармстандарт" и ЗАО "РОСТА" не знали о действиях друга, не обладали информацией о предстоящем аукционе, как это следует из решения антимонопольного органа.

Деяния, перечисленные в п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции, запрещены как таковые, сами по себе.

Вместе с тем, оценка таких деяний на предмет соответствия Закону о защите конкуренции предполагает анализ поведения хозяйствующих субъектов до, во время и после совершения вмененного соглашения.

Как следует из материалов дела, оба общества осуществляют хозяйственную деятельность по обороту фармацевтических средств.

Вместе с тем, отсутствуют доказательства, подтверждающие аффилированность обществ, совместного участия обществ в управлении другими хозяйствующими субъектами.

Также отсутствуют доказательства ведения обществами совместной деятельности в каких-либо формах, кроме договора купли-продажи от 01.10.2009 № 129-П.

Как изложено выше, лот № 16 является одним из 38 лотов аукциона, проводимого Министерством.

Из содержания документации об аукционе следует, что ОАО "Фармстандарт" и ЗАО "РОСТА" были участниками нескольких лотов данного аукциона.

Так, ОАО "Фармстандарт" приняло участие в следующих лотах: 16, 28, 30, 31.

ЗАО "РОСТА" приняло участие в следующих лотах: 16, 17, 18, 19, 25, 26, 29, 32.

Лот № 16 является единственным лотом, на участие в котором подали заявки оба общества.

Лот № 16 является не единственным лотом, по которому аукцион признан несостоявшимся. Так, решением аукционной комиссии аукцион признан несостоявшимся по следующим лотам: 2, 3, 4, 5, 24, 30, 33, 34, 35, 36.

Перечисленные факты подтверждают, в том числе, вывод антимонопольного органа в своем решении, что общества не могли обладать информацией о предстоящем аукционе.

Перечисленные факты подтверждают отсутствие вмененного обществам запрещенного соглашения.

Как указал в решении антимонопольный орган, только Министерство обладало информацией о лекарственных средствах, объемах и сроках их закупки. Документы, свидетельствующие о представлении Министерством такой информации в адрес обществ, в материалах дела о нарушении антимонопольного законодательства отсутствуют. Данный вывод позволил антимонопольному органу рассмотрение дела по п.6 ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции в отношении Министерства прекратить.

Апелляционным судом отклоняется довод антимонопольного органа в решении от 25.05.2012 о том, что подписание со стороны ЗАО "РОСТА" генеральных спецификаций от 17.09.2009 объясняется проведением Министерством аукциона.

Как указывает антимонопольный орган в своем решении, информацией о предстоящем аукционе обладало только Министерство. В материалах дела отсутствуют документы, свидетельствующие о предоставлении Министерством информации об аукционе в адрес обществ.

Апелляционным судом также принимается во внимание факт прекращения антимонопольным органом в отношении Министерства рассмотрения дела по признакам нарушения п.6 ч.1 ст.15 Закона о защите конкуренции.

Изложенные факты установлены антимонопольным органом в решении от 25.05.2012 и подтверждают отсутствие осведомленности обществ о предстоящем аукционе.

Не обладая информацией об аукционе, общества не могли достичь каких-либо соглашений.

Кроме того. Сделки о приобретении лекарственного средства были заключены с участием обществ до опубликования Министерством официальной информации об аукционе, до принятия аукционной комиссией решения о заключении государственного контракта с ОАО "Фармстандарт". И, как следует из решения антимонопольного органа, в отсутствие информации об аукционе.

Убедительных, безусловных в своей совокупности доказательств того, что общества достигли соглашения о поддержании цены по лоту № 16 аукциона антимонопольным органом суду не представлено.

ЗАО "РОСТА" объясняет причину ненаправления представителей для участия по лоту № 16 тем, что продажа лекарственного средства не в рамках лота № 16, а в адрес ОАО "Фармстандарт" более выгодна с финансовой точки зрения.

ОАО "Фармстандарт" объясняет причину участия в аукционе по лоту № 16 тем, что обладало юридически обеспеченной поставкой лекарственного средства в свой адрес от ЗАО "РОСТА".

Данные объяснения апелляционный суд находит позволительными с точки зрения осуществления обществами хозяйственной деятельности на свое усмотрение с учетом достижения цели в виде получения прибыли.

При этом, апелляционный суд принимает во внимание тот факт, что общества не могли знать о предстоящем аукционе.

Кроме того. Положительный финансовый результат от участия в аукционе по лоту № 16 получило лишь ОАО "Фармстандарт", а не ЗАО "РОСТА".

Апелляционный суд также принимает во внимание следующее. Согласно положениям ч.ч.12, 13 ст.37 Закона о размещении заказов государственный контракт заключается с единственным участником аукциона в случае признания аукциона несостоявшимся.

В ч.12 ст.37 Закона о размещении заказов сказано, что аукцион признается несостоявшимся, если в нем участвовал один участник.

В случае, если в аукционе участвовал один участник, заказчик в течение трех рабочих дней со дня подписания протокола, указанного в части 7 настоящей статьи, обязан передать единственному участнику аукциона прилагаемый к документации об аукционе проект контракта. При этом контракт заключается с учетом положений части 4 статьи 38 настоящего Федерального закона 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) (ч.13 ст.37 Закона о размещении заказов).

Таким образом, даже если бы ЗАО "РОСТА" не заявил об участии по лоту № 16, государственный контракт все равно был бы подписан с ОАО "Фармстандарт» (как с единственным участником) 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).

При том, что иные участники аукциона по лоту № 16 отсутствовали.

Следовательно, неявка представителей ЗАО "РОСТА" для участия в аукционе не явилась основанием для заключения государственного контракта с ОАО "Фармстандарт» по начальной (максимальной) цене контракта.

В соответствии с ч.1 ст.65 АПК РФ обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующие орган или должностное лицо.

Согласно ч.5 ст.200 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).

Приведенные антимонопольным органом в решении от 25.05.2012 обстоятельства ни в отдельности, ни в совокупности не доказывают нарушение обществами запрета, установленного п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции.

Из объективной картины происходящих по лоту № 16 аукциона событий безусловно и убедительно не следует, что общества достигли запрещенного п.2 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции соглашения.

Положения ч.1 ст.65, ч.5 ст.200 АПК РФ антимонопольным органом не исполнены.

При изложенных обстоятельствах, суд апелляционной инстанции считает, что решение суда первой инстанции является законным и обоснованным, соответствует материалам дела и действующему законодательству, нормы материального и процессуального права не нарушены и применены правильно, судом полностью

выяснены обстоятельства, имеющие значение для дела, в связи с чем оснований для отмены или изменения решения и удовлетворения апелляционной жалобы не имеется.

Доводы, изложенные в апелляционной жалобе, не основаны на нормах права и фактических обстоятельствах дела.

Безусловных оснований для отмены оспариваемого решения суда первой инстанции, предусмотренных ч.4 ст.270 АПК РФ, апелляционным судом не установлено.

На основании изложенного и руководствуясь статьями 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации Девятый арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 19.11.2012 по делу № А40-94475/12-149-866 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Д.Е. Лепихин

Судьи:

Н.Н. Кольцова

П.В. Румянцев

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.