



ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва

22 апреля 2013 года

Дело № А40-94475/12-149-866

Резолютивная часть постановления объявлена 18 апреля 2013 года

Полный текст постановления изготовлен 22 апреля 2013 года

Федеральный арбитражный суд Московского округа

в составе:

председательствующего-судьи Долгашевой В. А.,

судей Агапова М. Р., Ворониной Е. Ю.,

при участии в заседании:

от заявителей ОАО "Фармстандарт" - Федлюк В.П. - дов. от 29.12.2012 г. №1289,
Архангельская М.А. - дов. от 09.01.2013 г. №2

от ЗАО "РОСТА" – Саканян М.М. – дов. от 15.08.2012 г. №б/н, Шолтырева О.А. –
дов. от 11.11.2011 г. №217, Покатович И.С. – дов. от 24.10.2012 г. №б/н

от ответчика ФАС России – Алешин К.Н. – дов. от 23.08.2012 г. №ИА/27371, Зай-
цева Н.Н. – дов. от 15.06.2012 г. №ИА/18784, Козлов Е.В. – дов. от 13.08.2012 г.
№ИА/26023

от третьего лица Министерство здравоохранения и социального развития РФ –
Шатц М.Г. – дов. от 28.12.2012 г. №АД-МЗ-52

рассмотрев 18 апреля 2013 г. в судебном заседании кассационную жалобу Феде-
ральной антимонопольной службы (ФАС России)

на решение от 19 ноября 2012 года

Арбитражного суда города Москвы
принятое судьей Кузиным М.М.,
на постановление от 31 января 2013 года
Девятого арбитражного апелляционного суда
принятое судьями Лепихиным Д.Е., Кольцовой Н.Н., Румянцевым П.В.,
по заявлению ОАО "Фармстандарт", ЗАО "РОСТА"
к Федеральной антимонопольной службе (ФАС России)
о признании недействительным решения от 25.05.2012 г. по делу №1 11/202-11
третье лицо: Министерство здравоохранения и социального развития РФ

УСТАНОВИЛ:

ОАО "Фармстандарт" и ЗАО "РОСТА" (далее – общества) обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлениями о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС России, антимонопольный орган) от 25.05.2012 г. в части признания обществ нарушившими положение пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона №135-ФЗ «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 Арбитражного суда города Москвы от 19.11.2012 г., оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2013 г., заявленные требования удовлетворены.

Не согласившись с вынесенными судебными актами, ФАС России обратилась в Федеральный арбитражный суд Московского округа с кассационной жалобой, в которой просит их отменить. Законность принятых судебных актов проверяется судом кассационной инстанции в порядке, предусмотренном статьями 284, 286 АПК РФ.

Представители ФАС России в судебном заседании поддержали доводы, изложенные в кассационной жалобе. Полагают вынесенные судебные акты незаконны и не основанными на нормах действующего законодательства.

Представители обществ против доводов жалобы возражали, указав на законность обжалуемых решения и постановления судов. В материалы дела представле-

ны отзывы, в которых выражается несогласие с изложенной антимонопольным органом позицией.

Представитель третьего лица, участвующего в деле - Министерство здравоохранения и социального развития РФ оставил разрешение вопроса на усмотрение суда.

Изучив материалы дела, доводы кассационной жалобы и отзывы на нее, заслушав представителей сторон, участвующих в деле, суд кассационной инстанции приходит к выводу о необходимости отмены принятых судебных актов, исходя из следующего.

Как следует из материалов дела и установлено судами, ЗАО "РОСТА" заключило с компанией «ADOC TRADING (CYPRUS) LTD.» (Кипр) договор на поставку лекарственного средства, которое являлось предметом открытого аукциона №091127/001550/312, объявленного Министерством здравоохранения и социального развития РФ по лоту №16, которое было ввезено на территорию Российской Федерации в количестве, определенном условиями аукциона. После ввоза товара указанное юридическое лицо продало ввезенный товар ОАО "Фармстандарт" накануне аукциона, которое и стало его победителем по начальной (максимальной) цене, поскольку ЗАО "РОСТА", подавшее заявку и допущенное для участия в торгах, на торги не явилось.

Данные обстоятельства послужили основанием для возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства, по результатам которого 25.05.2012 г. принято решение о признании обществ нарушившими положения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Посчитав принятое решение незаконным, общества обратились в арбитражный суд.

Удовлетворяя заявленные требования, суды исходили из незаконности принятого ФАС России решения, отсутствия в действиях обществ нарушения положений статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Между тем, принимая судебные акты, суды не учли следующее.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 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 приводили или могли привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Согласно пункту 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.

В силу части 2 статьи 8 Закона о защите конкуренции, совершение лицами, указанными в части 1 статьи 8 Закона о защите конкуренции, действий по соглашению не относится к согласованным действиям, а является соглашением.

Как усматривается из материалов дела и подтверждено антимонопольным органом, действия ЗАО "РОСТА" по подаче заявки на участие в аукционе по лоту №16 и его последующий отказ принимать участие на торгах, а также подача только двух заявок по лоту, привели к тому, что заказчик был вынужден заключить договор с единственным участником размещения заказа, явившимся на торги, по максимально возможной цене (часть 1 статьи 32, части 12 и 13 статьи 37 Федерального закона от 21.07.2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»).

До проведения аукциона заявитель реализовал партию лекарственных средств в объемах, заявленных в торгах, своему конкуренту и победителю аукциона по лоту №16 – ОАО "Фармстандарт".

Данные объективно выраженные действия участников торгов по лоту №16 уже сами по себе свидетельствуют о наличии устного соглашения между ними, направленного на поддержание цены по контракту, что о наличии такого соглашения показывает и анализ поведения участников размещения заказа в период проведения торгов, а также после их завершения.

На основании представленных в материалы дела документов суд кассационной инстанции считает, что антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу, что действия заявителя и ОАО "Фармстандарт" в ходе аукциона по лоту №16, а также после подписания контракта с победителем аукциона не свидетельствуют о

наличии их экономической обоснованности и целесообразности в целом, и относительно каждого участника.

Как следует из материалов дела, на основании Генеральных спецификаций №4 и №5, заключенных в сентябре 2009 г., ЗАО «РОСТА» приобрело у ADOC Trading (Cyprus) Ltd. лекарственные средства Дорназа альфа в объеме 104 053 упаковки.

27 ноября 2009 г. Министерством здравоохранения и социального развития РФ на официальном интернет ресурсе было размещено объявление о проведении торгов на поставку указанного лекарственного средства в объеме – 80 448 упаковок (аукцион №091127/001550/312, лот №16).

Заявки на участие в аукционе были поданы от ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт». Однако последний, не обладая необходимым количеством товара, подписал 01.11.2009 г. Генеральную спецификацию №2 на поставку лекарственного средства Дорназа альфа в количестве – 32 180 упаковок, а 19.04.2010 г. Генеральную спецификацию №3 данного лекарства в объеме – 48 268 упаковок, то есть в общем количестве – 80 448 упаковок, которые необходимы были для исполнения государственного контракта.

ФАС России установлено и материалами дела подтверждено, что на момент проведения аукциона у ОАО «Фармстандарт» отсутствовали договорные отношения с дистрибьютором лекарственного средства ADOC Trading (Cyprus) Ltd.

Само указанное юридическое лицо необходимым количеством товара для исполнения государственного контракта не обладало, в связи с чем обратилось к своему конкуренту - ЗАО «РОСТА», у которого данные лекарственные средства имелись в необходимом количестве.

ЗАО «РОСТА» решило не участвовать в торгах, сославшись на иные более выгодные контракты, которые ни антимонопольному органу, ни судам при рассмотрении спора не были предоставлены.

Общество также указывает на то, что зная о наличии помимо него только одного участника – ОАО «Фармстандарт», решило не срывать объявленный Министерством аукцион путем отказа от подачи заявки, и не явилось в объявленную дату

для участия в аукционе, что не запрещено, по его мнению, действующим законодательством.

Между тем, указанные действия обществ привели к заключению ОАО «Фармстандарт» государственного контракта по максимально возможной цене и получению выгод, что установлено антимонопольным органом.

При таких обстоятельствах, суд кассационной инстанции приходит к выводу, что антимонопольным органом установлено и доказано, что между обществом и ОАО «Фармстандарт» было заключено устное соглашение, которое нашло свое объективное выражение в поведении участников аукциона до и после проведения торгов и получении выгод, как победителем торгов, так и стороной, не принимавшей участия в нем на стадии подведения итогов. ФАС России правомерно отвергнуты доводы заявителя о его добросовестном поведении, поскольку полученный итог аукциона по лоту №16 вне сговора (взаимной информированности) заявителя и третьего лица невероятен, а исследованные и установленные факты свидетельствуют о нетипичном, недобросовестном поведении участников аукциона по лоту №16, (подав заявку на участие в аукционе, понеся затраты по участию в аукционе, участник должен быть заинтересован в его участии и в победе на аукционе), и о том, что результат рассматриваемого аукциона по лоту №16 невозможен без полной информированности каждого участника о поведении и намерении к поддержанию цена на торгах.

Суды первой и апелляционной инстанций располагали доказательствами, свидетельствующими о наличии заключения и реализации соглашения между заявителем и третьим лицом, которое привело к поддержанию цены на торгах по лоту №16, между тем неправильно применили нормы Закона о защите конкуренции, регламентирующие запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами на товарном рынке, которое привели к поддержанию цены на торгах.

На основании изложенного, решение суда первой инстанции и постановление апелляционного суда подлежат отмене, а в удовлетворении требований обществ о признании незаконным решения антимонопольного органа от 25.05.2012 г., признавшего общества нарушившими пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, следует отказать.

Руководствуясь статьями 284, 286-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 19 ноября 2012 года, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 января 2013 года по делу №А40-94475/12-149-866 отменить.

Отказать в удовлетворении требований ОАО "Фармстандарт" и ЗАО «РОСТА» о признании незаконным решения ФАС России от 25.05.2012 г. по делу №1 11/202-11.

Председательствующий-судья

В.А. Долгашева

Судьи:

М.Р. Агапов

Е.Ю. Воронина