

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 054/01/16-1896/2019 от 02.10.2019

О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Резолютивная часть решения оглашена
Новосибирск

г.

05 декабря 2019 г.

Решение в полном объеме изготовлено

16 декабря 2019 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<...> - заместитель руководителя Новосибирского УФАС России, председатель Комиссии,

<...> – начальник отдела по борьбе с картелями Новосибирского УФАС России, член Комиссии,

<...> – ведущий специалист – эксперт отдела по борьбе с картелями. Новосибирского УФАС России член Комиссии;

рассмотрев дело № 054/01/16-1896/2019 по признакам нарушения Государственным казенным учреждением Новосибирской области «Новосибоблфарм» (ИНН 5402155123, место нахождения: ул. Дуси Ковальчук, 77, г. Новосибирск, 630082, далее – ГКУ НСО «Новосибоблфарм») и Акционерным обществом НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, проспект ак. Сандахчиева, 11, р.п. Кольцово, Новосибирская область, далее – АО НПК «Катрен») статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в присутствии представителей ГКУ НСО «Новосибоблфарм»: <...> и <...> (по доверенности), представителя АО НПК «Катрен»: <...>,

в отсутствие представителя заявителя, Контрольно-счетной палаты Новосибирской области (уведомлен о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом);

руководствуясь статьей 48.1 Федерального закона от 26.07.2006 № ФЗ- 135 «О защите конкуренции»

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило обращение Контрольно-счетной палаты Новосибирской области (вх. № 6383 от 02.07.2019г.), указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» при заключении контактов на поставку товаров.

В заявлении указывается, что Контрольно-счетной палатой Новосибирской области (далее – КСП НСО) в соответствии с п 1.7. Годового плана работы Контрольно-счетной палатой Новосибирской области на 2019 год проведен аудит в сфере закупок лекарственных средств, осуществленных для государственных нужд Новосибирской области в 2018 году в отношении ГКУ НСО «Новосибоблфарм».

В ходе аудита в сфере закупок КСП НСО установлены случаи «дробления закупок» - заключение заказчиком нескольких контрактов (договоров) в соответствии с пунктом 4 статьи 93 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) на сумму до 100,0 тыс.руб. с одинаковым предметом и поставщиком.

Так, 24.09.2018г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, КПП 546050001, г. Новосибирск, ул. Тимакова, 4, 630117) было заключено 2 контракта на поставку лекарственного препарата «Трилептал 600 мг. № 50»:

- № 3511-РЛ 2018, цена контакта <...> руб.;

- № 3512- РЛ 2018, цена контракта <...> руб.

ГКУ НСО «Новосибоблфарм» представило следующие пояснения по делу о нарушении антимонопольного

законодательства № 054/01/16-1896/2019 (вх. № 12651 от 31.10.2019).

24.09.2018г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, КПП 546050001, г. Новосибирск, ул. Тимакова, 4, 630117) было заключено 2 контракта на поставку лекарственного препарата «Трилептал 600 мг. № 50»:

- № 3511-РЛ 2018, цена контракта <...> руб.;

- № 3512- РЛ 2018, цена контракта <...> руб.

В определении от 07.10.2019 г. указано, что искусственное «дробление» указанной нужды на несколько самостоятельных контрактов, заключенных в один день является намеренным уходом от конкурентных процедур закупки и противоречит требованиям ст.16 Федерального закона от 26.07.2006 г. №135- Закона о защите конкуренции».

С данными доводами ГКУ НСО «Новосибоблфарм» не согласно по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 24 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 N 44-ФЗ (далее - Закон N 44-ФЗ, Закон о контрактной системе) заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупку у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Право выбора способа определения поставщика (подрядчика, исполнителя) принадлежит заказчику и зависит от цены контракта, оперативности поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг, а также законодательного урегулирования применения данного способа.

Так, пунктом 4 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе (в редакции действующей на момент заключения контракта) установлен случай, когда заказчик вправе заключить контракт напрямую без проведения конкурентных процедур с выбранным им поставщиком (подрядчиком, исполнителем): при заключении контракта на сумму, не превышающую ста тысяч рублей (при этом годовой объем таких закупок не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей).

Таким образом, на основании п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ заказчик вправе заключать государственные контракты, цена каждого из которых не должна превышать ста тысяч рублей, при этом годовой объем таких закупок заказчика не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей.

Положения Закона о контрактной системе не содержат ограничений на осуществление заказчиками на основании пункта 4 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе закупок на поставку одноименных товаров, выполнение одноименных работ, оказание одноименных услуг.

Вышеуказанная позиция отражена так же в письме ФАС России от 25.04.2017 N РГ1/27902/17. Аналогичной позиции придерживаются различные УФАС России (к примеру, решения Краснодарского УФАС России от 19 декабря 2017 г. по делу N 147/2017 и от 13 февраля 2018 г. по делу N 198/2017, решение УФАС России по Республике Дагестан от 12 марта 2019 г. по делу N 11-ВП/2019, решение Астраханского УФАС России от 25 июня 2018 г. по делу N 78-18).

Так, Арбитражный суд Западно-Сибирского округа отметил, что возможность осуществления закупки услуги (работы, товара) у единственного исполнителя без использования конкурентных способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) на сумму, не превышающую ста тысяч рублей, прямо предусмотрена нормами действующего законодательства без ограничения по количеству договоров с одним поставщиком (постановление от 31 января 2018 г. N Ф04-6141/2017 по делу N А75- 7581/2017). Аналогичная позиция, что факт заключения нескольких контрактов на выполнение одноименных работ путем закупки у единственного поставщика не может свидетельствовать о нарушении Закона о контрактной системе, содержится в постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 17 октября 2017 г. N Ф09-5841/17 по делу N А07- 22456/2016, постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 31 января 2018 г. N Ф04-6141/2017, постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 19 марта 2018 г. N 01 АП-1306/18, постановлении Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 марта 2017 г. N 20АП- 534/17, решениях Ставропольского краевого суда от 6 июня 2018 г. по делам N 7-384/2018 и N 7-385/2018, решении суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 19 января 2018 г. по делу N 7-486/2017, решении Ленинского районного суда города Севастополя от 6 апреля 2017 года по делу N 12- 65/2017.

На поставку лекарственного препарата «Окскарбазепин» был объявлен электронный аукцион 0351200003318001934 от 15.08.2018, но данный аукцион был признан несостоявшимся по причине отсутствия

поданных заявок. Аукцион был опубликован повторно 28.08.2018 (номер извещения 0351200003318002078).

Итоговый протокол был опубликован 10.09.2018. В соответствии с ч. 9 ст. 83.2. Закона № 44-ФЗ контракт может быть заключен не ранее чем через десять дней с даты размещения в ЕИС протокола, но не позднее 20 дня. Контракт был заключен 28.09.2018. Учитывая сроки заключения и срок поставки препаратов, Заказчиком было принято решение закупить недостающее количество лекарственного препарата «Окскарбазепин» по п.4. 4.1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

Основанием для заключения двух государственных контрактов между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» являлось необходимость оперативного обеспечения льготной категории граждан лекарственными препаратами.

Согласно приказу Министерства здравоохранения Новосибирской области от 01.02.2018 № 290 «Об организации обеспечения граждан, проживающих на территории Новосибирской области, лекарственными препаратами для медицинского применения, медицинскими изделиями, специализированными продуктами лечебного питания за счет средств федерального бюджета и областного бюджета Новосибирской области» Минздрав НСО ежемесячно согласовывает и утверждает заявки медицинских организаций (далее МО), формирует сводную потребность в лекарственных препаратах на плановый период по Новосибирской области в автоматизированной системе льготного лекарственного отпуска (далее АС ЛМО), а ГКУ НСО «Новосибоблфарм» в свою очередь ежемесячно до 1 числа месяца осуществляет поставку лекарственных препаратов в пункты отпуска в соответствии с утвержденными плановыми заявками МО. Заявка на октябрь 2018 года была утверждена Минздравом НСО 06.09.2018г. Лекарственный препарат «Окскарбазепин» (торговое наименование: Трилептал) был утвержден в количестве 95 упаковок, остатки на складе составляли 2 упаковки (фото экрана остатков склада на момент расчета количества к закупу прилагается).

Таким образом, в сложившейся ситуации, срок проведения конкурентных способов закупки являлся существенным препятствием своевременного обеспечения граждан льготными лекарственными препаратами.

Учитывая, что процедурные сроки проведения электронного аукциона составляют от 45 до 60 дней, ГКУ НСО «Новосибоблфарм» было принято решение закупить лекарственный препарат по п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе № 44-ФЗ. По государственному контракту № 3512-РЛ 2018 было закуплено 68 упаковок Окскарбазепина, а по контракту №3511-РЛ. 2018 - 25 упаковок. Общее количество закупленных упаковок составило 93. Кроме того, в государственном контракте №3511-РЛ 2018 помимо Окскарбазепина закуплено еще 20 позиций лекарственных препаратов на общую сумму <...>,00 рублей.

В целях определения поставщика, ГКУ НСО «Новосибоблфарм» был проведен запрос информации на лекарственные препараты, необходимые для обеспечения государственных нужд.

По запросам были предоставлены коммерческие предложения (копии писем прилагаются) АО НИК Катрен, «Торговый дом БФ». Государственные контракты были заключены 24.09.2018 с АО НГЖ Катрен (с учетом наименьшей цены в предложении), в том числе, зарекомендовавшего себя на рынке фармацевтической деятельности по Новосибирской области добросовестным поставщиком, имеющего возможность поставить лекарственные препараты в кратчайшие сроки с учетом наличия на территории Новосибирской области необходимого для заказчика объема.

Поставка лекарственного препарата Окскарбазепин по данным контрактам была осуществлена 26.09.2018, что позволило отгрузить лекарственный препарат в пункты отпуска до 1 числа следующего месяца (до 1 октября) и обеспечить граждан необходимым лекарственным препаратом, что является подтверждением разумности и обоснованности в действиях Учреждения.

Заключение государственных контрактов в один день было осуществлено в целях обеспечения оперативных нужд и специфики деятельности учреждения, направленного на лекарственное обеспечение льготных категорий граждан, поставленных перед учреждением задач, а также недопущения: наличия дефицита лекарственных препаратов и фактов негативных последствий, вызванных нехваткой лекарств. Льготное лекарственное обеспечение граждан находится под личным контролем Президента РФ, Правительства РФ, Правительства НСО и контрольно- надзорных органов.

Указанные контракты на поставку лекарственного препарат «Трилептал 600 мг. №50» были заключены с ценами контрактов до 100 тыс. руб., без превышения объема от совокупного годового объема закупок заказчика, т.е., условия, предусмотренные Законом № 44-ФЗ были соблюдены.

Пунктом 7 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» определено, что под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Признаками ограничения конкуренции являются: сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке, соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, а также иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке (пункт 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Действия сторон не привели к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности, к ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

На основании изложенного, в действиях ГКУ НСО «Новосибоблфарм» нарушение пункта 4 статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» отсутствует.

В соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ заказчик вправе заключить контракт без проведения конкурентных процедур. При заключении контракта на сумму, не превышающую ста тысяч рублей (при этом годовой объем таких закупок не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей).

Совокупный годовой объем закупок в 2018 году составил <...> руб., заключено государственных контрактов по п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ на сумму <...> руб.

На основании изложенного, со стороны ГКУ НСО «Новосибоблфарм» отсутствует нарушение при заключении государственных контрактов, контракты заключены в соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ.

АО НПК «Катрен» представило следующие пояснения по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019 (вх.№ 12673э от 31.10.2019, вх. № 14870э от 03.12.2019г.).

С выводами, изложенными в Определении о назначении дела № 054/01/16-1896/2019 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению, вынесенного Управлением Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области 7 октября 2019 года, Общество не согласно в полном объеме, считает их необоснованными и не соответствующими действующему законодательству в связи со нижеизложенным:

Сговора между АО НПК «Катрен» и ГКУ «Новосибоблфарм» с целью ограничения конкуренции не было. Никаких предварительных соглашений, направленных на заключение антиконкурентного соглашения, как письменных, так и устных, между АО НПК «Катрен» и ГКУ «Новосибоблфарм» не заключалось, равно как и не велось никаких переговоров или переписки по данному вопросу. АО НПК «Катрен» лишь осуществляло поставку в соответствии с полученными от заказчика заявками, соблюдая выбранный им способ закупки.

В материалах дела отсутствуют какие-либо доказательства заключения антиконкурентного соглашения между сторонами.

Договоры поставки № 3511 -РЛ 2018 от 24 сентября 2018 года, и № 3512-РЛ 2018 от 24 сентября 2018 года, заключенные между АО НПК «Катрен» и ГКУ «Новосибоблфарм» - это правомерный вариант взаимоотношений между ними, поскольку он допустим с точки зрения норм пункта 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ.

Если же наличие антиконкурентного соглашения обосновывать лишь заключением ряда контрактов между заказчиком и поставщиком, то это приводит к тому, что грань между контрактами, заключенными по антиконкурентному соглашению или без такового, стирается, а все участники рынка, работающие в рамках указанной нормы Закона № 44-ФЗ, автоматически приравниваются к недобросовестным.

О возможности заключения нескольких контрактов с одним поставщиком неоднократно указывал как разъясняющий, так контролирующий орган.

Федеральная антимонопольная служба РФ, Министерство финансов РФ, а также Министерство

экономического развития неоднократно в своих письмах (например, письмо ФАС РФ № РП/27902/17 от 25 апреля 2017 года, решение ФАС РФ № 123-03-Ш/17 от 23 марта 2018 года, письма Минфина РФ: № 24-02-06/76580 от 17 ноября 2017 года, N 24-05-08/48597 от 12 июля 2018 г., N24-02-08/64784 от 4 октября 2017 г, письмо Минэкономразвития РФ № Д28и-3179 от 20 октября 2015 года) говорили о том, что Закон № 44-ФЗ, в рамках закупок товаров, работ, услуг у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) по пункту 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ, не содержит ограничений на приобретение одноименных товаров, работ, услуг у одного и того же лица по нескольким договорам до 100 000 рублей, если в совокупности они превышают 100 000 рублей.

Выбор способа закупки осуществляет заказчик, а не поставщик.

Согласно положениям части 5 статья 24 Закона № 44-ФЗ Заказчик самостоятельно выбирает способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями главы 3 Закона № 44-ФЗ.

Из этого можно сделать вывод, что только заказчик, а не поставщик (подрядчик, исполнитель), может оценить законность той или иной закупки (в том числе всех параметров и ограничений, установленных п.4 ч.1 ст. 93 Закона №44-ФЗ), а также оценить ее целесообразность.

С учетом сказанного в п. 1-3 настоящих пояснений АО НПК «Катрен» считает, что при заключении спорных контрактов нарушений действующего законодательства не было.

АО НПК «Катрен» является добросовестным участником закупок, проводимых в рамках Закона №44-ФЗ.

За 2018 год АО НПК «Катрен» заключило более 11,5 тысяч государственных и муниципальных контрактов в рамках Закона № 44-ФЗ, и ни разу не привлекалось к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства при заключении и исполнении данных контрактов.

Заключенные между АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» контракты явились следствием несостоявшейся конкурентной процедуры.

В устных и письменных пояснениях ГКУ НСО «Новосибоблфарм» неоднократно обращало внимание Комиссии на то, что они дважды объявляли аукцион на поставку препарата «Окскарбазепин», первый из которых не состоялся. При этом попытки обеспечить потребность в указанном препарате, возникшую в октябре, начали предприниматься уже 15 августа, т.е. на 1,5 месяца заранее.

В Заключении, одновременно с неверным указанием суммы потребности в препарате, указанному факту оценки не дано: Комиссия лишь указала на отсутствие объективной обусловленности не проведения конкурентных процедур и предположила, что заказчик располагал достаточным количеством времени для этого.

Данный вывод Комиссии не сопровождается ссылками на какие-либо разъяснения о том, что понимается под «достаточным количеством времени» для проведения конкурентных процедур, а также, почему срок в 1,5 месяца не укладывается в данный временной отрезок.

Таким образом, учитывая средние сроки заключения контрактов по итогам электронного аукциона, а также тот факт, что объявленный 15 августа 2018 года аукцион был признан несостоявшимся, заключение контрактов с АО НПК «Катрен» как с единственным поставщиком обуславливалось срочной потребностью пациентов в лекарственном препарате, а не намерением уйти от конкурентных процедур.

При заключении контрактов АО НИК «Катрен» действовало в полном соответствии с действовавшими на тот момент правовыми требованиями.

Процедуре закупки у единственного поставщика посвящена лишь ст. 93 Закона о контрактной системе, в ч. 1 которой перечислено 55 вариантов, когда взаимоотношения сторон на правомерной основе могут строиться вне конкурентных процедур.

В п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона содержится закрытый перечень из двух критериев, которые необходимо учитывать:

- 1) ограничение по сумме контракта;
- 2) ограничение для заказчика по годовому объему закупок.

Из существа вменяемого АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» нарушения следует, что УФАС по НСО расширительно толкует указанную норму, что приводит к тому, что в закрытый перечень из двух критериев добавляется еще один - третий критерий - ограничение на приобретение одноименных товаров у одного лица по нескольким договорам. Указанное ограничение существовало во времена действия Закона о размещении заказов, однако прекратило свое действие одновременно с утратой указанным законом силы в 2014 году, о

чем напоминала ФАС РФ в своих письмах.

Расширительный подход к толкованию п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе способствует складыванию противоречивой практики применения данной нормы и нахождению участников закупки у единственного поставщика под постоянной угрозой ответственности, что представляется несправедливым, учитывая то, что ФАС РФ имеет однозначную позицию, отличную от позиции УФАС по НСО.

Таким образом, АО НПК «Катрен» руководствовалось буквальным толкованием действовавших правовых норм, опираясь на существовавшие разъяснения органов.

В Заключении присутствуют ссылки на акты судебных органов, имеющее косвенное значение для рассмотрения данного конкретного дела. УФАС по НСО, аргументируя недопустимость искусственного дробления единого заказа на группу однородных товаров (работ, услуг) для избегания конкурентных процедур, ссылается на Определение Конституционного Суда РФ от 23.11.2017 № 2640-0, в котором:

а) разбирается ситуация нарушения только Закона о контрактной системе, т.е. речь об одновременном нарушении Закона о защите конкуренции не ведется;

б) Конституционный Суд РФ не проводил проверку, имело ли место совершение действий, влекущих необоснованное сокращение числа участников закупки, т.е. процитированный УФАС по НСО вывод об искусственном дроблении единого заказа был сделан не Конституционным Судом РФ, а судом общей юрисдикции, решение которого обжаловалось.

Также, в пользу аргумента о том, что не проведение торгов влияет на конкуренцию, УФАС по НСО ссылается на Постановление Президиума ВАС РФ от 05.04.2011 по делу № А13-10558/2008, которое:

а) разбирает ситуацию вне действия Закона о контрактной системе (на необходимость проведения торгов в деле указывало ныне не действующее Распоряжение Мингоскомимущества РФ от 28.07.1998 № 774-р);

б) объективно не является актуальным на сегодняшний день, т.к. было вынесено 8 лет назад по делу 11-летней давности.

С учетом изложенного АО НПК «Катрен» настаивает на том, что нарушений Закона о контрактной системе и Закона о защите конкуренции не было, однако если комиссия УФАС по НСО сочтет обратное, просим учесть следующее.

Безусловным основанием для прекращения производства по делу является увеличение с 01 июля 2019 года до 300 000 рублей максимальной суммы одного контракта, заключаемого с единственным поставщиком.

По смыслу положений ч. 2 ст. 1.7 КоАП закон, изменивший п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе, улучшает положение сторон, заключивших контракт с единственным поставщиком, следовательно, он имеет обратную силу, т.е. распространяется на лиц, совершивших административное правонарушение до вступления такого закона в силу.

В рамках положений ст. 24.5 КоАП указанные обстоятельства являются безусловным основанием для прекращения производства по делу, что подтверждается Определением Конституционного суда РФ № 2017-0 от 27.09.2016, а также Определением судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.05.2017 № 305-АД16-19542.

В результате анализа поступившего заявления, доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, а также иных обстоятельств, установленных в ходе рассмотрения поступившего заявления и настоящего дела Комиссия приходит к следующим выводам.

Государственное казенное учреждение Новосибирской области «Новосибоблфарм» осуществляет следующие виды деятельности:

1) обеспечение граждан, проживающих на территории Новосибирской области и имеющих право на получение лекарственных средств по рецептам врача бесплатно или с 50-процентной скидкой, лекарственными препаратами для медицинского применения, медицинскими изделиями, а также специализированными продуктами лечебного питания за счет средств федерального бюджета и областного бюджета Новосибирской области;

2) обеспечение лекарственными препаратами лиц, 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;

3) закуп, получение, хранение, отпуск в медицинские организации Новосибирской области лекарственных препаратов для медицинского применения, медицинских иммунобиологических препаратов, диагностических средств, расходных материалов, дополнительного детского питания, медицинских изделий, специализированных продуктов лечебного питания в рамках мероприятий государственной программы «Развитие здравоохранения Новосибирской области на 2013 - 2020 годы»;

4) получение, хранение, отпуск в медицинские организации Новосибирской области лекарственных препаратов для медицинского применения, медицинских иммунобиологических препаратов, диагностических средств, расходных материалов, медицинских изделий в рамках федеральных государственных программ;

5) деятельность по обороту, в том числе распределению, наркотических средств, психотропных веществ в соответствии с Федеральным законом от 08.01.1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах»;

6) деятельность по накоплению (восполнению), содержанию и использованию резерва медицинского имущества для ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций на

7) деятельность Горячей линии по вопросам обеспечения граждан, в том числе маломобильных, лекарственными препаратами, медицинскими изделиями, отпущенными бесплатно или со скидкой по рецептам врачей за счет средств областного и федерального бюджетов;

8) ведение регистра маломобильных граждан, нуждающихся в доставке лекарственных препаратов на дом на основании сведений, представляемых медицинскими организациями;

9) мониторинги обращения и безопасности лекарственных средств, находящихся в обращении на территории Новосибирской области.

Кроме того, согласно ст. 10 Устава ГКУ НСО «Новосибоблфарм», учреждение создано для оказания государственных услуг, выполнения работ и (или) *исполнения государственных функций* в целях обеспечения реализации предусмотренных законодательством РФ полномочий органов государственной власти Новосибирской области в сфере здравоохранения.

Таким образом ГКУ НСО «Новосибоблфарм» является субъектом (заказчиком) в рамках Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», а также субъектом правоприменения ст. 16 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

24.09.2018г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, КПП 546050001, г. Новосибирск, ул. Тимакова, 4, 630117) было заключено 2 контракта:

- № 3511-РЛ 2018, цена контракта <...> руб. (из них 33 420 руб. без НДС – окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 25 упаковок, цена за единицу без НДС- 1 336 руб.).

- № 3512- РЛ 2018, цена контракта <...> руб. (окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 68 упаковок, цена за единицу без НДС 1 336 руб.).

Таким образом, на дату 24.09.2018г. заказчик испытывал нужду в поставке товара окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50 на сумму более 100 000 рублей.

Заказчиком указано следующее нормативно-правовое обоснование заключения указанных контрактов: п. 4 ч. 1 ст. 93 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

П. 4 ч. 1 ст. 93 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» в действующей на момент заключения контрактов редакции изложен в следующем виде:

Закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) может осуществляться заказчиком в следующих случаях осуществление закупки товара, работы или услуги на сумму, *не превышающую ста тысяч рублей*.

При этом годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не

должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей. Указанные ограничения годового объема закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не применяются в отношении закупок, осуществляемых заказчиками для обеспечения муниципальных нужд сельских поселений. На заказчиков, осуществляющих деятельность на территории иностранного государства, при осуществлении закупок в соответствии с настоящим пунктом не распространяются ограничения в части установления цены контракта, не превышающей ста тысяч рублей. В отношении федерального органа исполнительной власти, осуществляющего закупки для обеспечения федеральных нужд государственных органов, образованных для обеспечения деятельности Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, расчет указанных ограничений годового объема закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, производится отдельно для такого федерального органа исполнительной власти и каждого такого государственного органа.

Определением Конституционного Суда РФ от 23.11.2017 № 2640-0 установлена недопустимость наступления неблагоприятных ситуаций, при которых муниципальный заказчик производит искусственное дробление единого заказа на группу однородных товаров (работ, услуг), чтобы избежать конкурентных процедур определения подрядных организаций для выполнения работ, услуг.

При этом выполняется условие одномоментности возникновения нужды в проведении закупки, так суд указывает на недопустимость заключения нескольких контрактов с единственным поставщиком в один и тот же день, и оплаченных платежными поручениями от одной даты.

В Постановлении от 05.04.2011 N 14686/10 по делу N А13-10558/2008 Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации приходит к выводу о том, что в тех случаях, когда требуется проведение торгов, подразумевающих состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить доступ к соответствующему товарному рынку, а также выявлены контрагенты, предлагающие наилучшие условия выполнения работ, для обеспечения муниципальных нужд.

Также заключение посредством проведения закупки у единственного поставщика ряда связанных между собой муниципальных контрактов (договоров), фактически образующих *единую сделку, искусственно раздробленную* для формального соблюдения специальных ограничений в обход норм Закона о контрактной системе, противоречит его целям и открывает возможность для приобретения хозяйствующими субъектами незаконных имущественных выгод. Заключение контрактов в обход публичных процедур предполагает наличие вины обеих сторон соглашений, поскольку они заключены в целях ограничения конкуренции.

Проведение публичных процедур способствует развитию конкуренции за обладание правом исполнения договора путем создания условий для выбора контрагента, предлагающего наилучшие условия, что обеспечивает равный доступ к исполнению договора всех заинтересованных лиц.

Непроведение публичных процедур, когда это необходимо в силу закона, свидетельствует о предоставлении необоснованных преимуществ при осуществлении хозяйственной деятельности исполнителю и как следствие о достижении соглашения, направленного на ограничение конкуренции.

Таким образом, действия ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» по заключению 2 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 24.09.2018г. № 3511-РЛ 2018 и № 3512-РЛ 2018 без проведения конкурентных процедур по определению поставщика привели или могли привести к ограничению конкуренции на рынке лекарственных препаратов для медицинского применения, в том числе трипентала, на территории Новосибирской области за период с 24.09.2018г. по 31.12.2018г., что подтверждается аналитическим отчетом от 07.11.2019, подготовленным отделом товарных и финансовых рынков Новосибирского УФАС России.

Искусственное «дробление» указанной нужды на несколько самостоятельных контрактов, заключенных в один день является намеренным уходом от конкурентных процедур закупки и противоречит требованиям ст. 16 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-Закон о защите конкуренции».

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме, при этом факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством (статьи 154, 160, 432, 434 ГК РФ).

Частью 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят

или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в том числе, ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов (пункт 4).

При этом, из анализа положений статьи 16 Закона о защите конкуренции следует, что достаточным основанием для вывода о нарушении названной статьи Закона о защите конкуренции является создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции.

При этом, диспозиция вышеназванной ст. 16 Закона о защите конкуренции являлась неизменной как на момент возбуждения настоящего дела, так и на момент заключения контрактов. Статьей 4 Закона о защите конкуренции предусматривается, что конкуренция представляет собой соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В части 1 статьи 3 Закона о защите конкуренции указано, что настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Требования Закона о защите конкуренции также применимы к закупкам, проводимым в порядке Федерального закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон о контрактной системе).

При проведении торгов имеет место состязательность участников, конкурирующих между собой за право заключить договор и стремящихся выдвинуть организатору торгов наиболее выгодные условия договора по поставке товаров, выполнению работ или оказанию услуг. Именно торги позволяют максимально использовать механизм конкуренции и состязательности участников, достигать наиболее выгодных результатов, выдвигая более жесткие требования и условия по гарантиям исполнения, что и отвечает юридической природе торгов.

Закупка у единственного поставщика является неконкурентным способом, случаи избрания которого закреплены в статье 93 Закона о контрактной системе. В частности пункт 4 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе закрепляет возможность осуществить закупку товара, работы или услуги заказчиком у единственного поставщика на сумму, не превышающую ста тысяч рублей. При этом годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей.

Часть 2 статьи 8 Закона о контрактной системе устанавливает запрет на совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям ФЗ "О контрактной системе", в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

Указанная правовая позиция отражена, в том числе в Письме Минэкономразвития России от 06.12.2016 N Д28и-3204, от 14.07.2016 N Д28и-1805.

Заключение посредством проведения закупки у единственного поставщика ряда связанных между собой договоров, фактически образующих единую сделку, искусственно раздробленную для формального соблюдения специальных ограничений в обход норм Закона о контрактной системе, противоречит его целям и открывает возможность для приобретения хозяйствующими субъектами незаконных имущественных выгод.

Формальное соблюдение требований статьи 93 Закона о контрактной системе само по себе не свидетельствует об отсутствии угрозы нарушения, ограничения, недопущения конкуренции на соответствующем товарном рынке, как того требуют положения статьи 1, 4, 16 Закона о защите конкуренции" и не освобождают заказчика от обязанности соблюдения иных требований действующего законодательства, в том числе касающихся обеспечения конкуренции.

Проведение публичных процедур способствует развитию конкуренции за обладание правом исполнения договора путем создания условий для выбора контрагента, предлагающего наилучшие условия, что обеспечивает равный доступ к исполнению договора всех заинтересованных лиц.

Непроведение публичных процедур, когда это необходимо в силу закона, свидетельствует о предоставлении

необоснованных преимуществ при осуществлении хозяйственной деятельности исполнителю и как следствие о достижении соглашения, направленного на ограничение конкуренции.

При этом Комиссия отмечает отсутствие какой-либо объективной обусловленности не проведения конкурентных процедур, полагает, что заказчик располагал достаточным количеством времени для проведения закупки с использованием конкурентных процедур.

Раскрывая сформированное суждение Комиссия в том числе не принимает довод заказчика о том, что проведение несостоявшихся торгов № 0351200003318001934 и 0351200003318002078 может служить надлежащим основанием для бездействия по проведению закупки по обстоятельствам, послужившим основанием для возбуждения настоящего дела.

Как установлено ранее, 24.09.2018г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» было заключено 2 контракта:

- № 3511-РЛ 2018, цена контракта <...> руб. (из них 33 420 руб. без НДС – окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 25 упаковок, цена за единицу без НДС- 1 336 руб.).

- № 3512- РЛ 2018, цена контракта <...> руб. (окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 68 упаковок, цена за единицу без НДС 1 336 руб.).

Таким образом заказчик при заключении «прямого» контракта с АО «НПК «Катрен» установил цену за одну единицу товара- 1 336 рублей за упаковку.

Извещение 0351200003318001934 опубликовано в единой информационной системе в сфере закупок 15.08.2019г.

Начальная(максимальная) цена контракта - <...>.

Предмет закупки в том числе Окскарбазепин в форме таблеток, покрытых пленочной оболочкой 600 мг, единица измерения – штука, необходимое количество - 49 600 штук. Указанное количество таблеток составляет 992 упаковки (данный расчет произведен Комиссией новосибирского УФАС и не отражен в закупочной документации).

0351200003318002078 опубликовано в единой информационной системе в сфере закупок 22.08.2019г.

Начальная(максимальная) цена контракта - <...> руб.

Предмет закупки в том числе Окскарбазепин в форме таблеток, покрытых пленочной оболочкой 600 мг, единица измерения – штука, необходимое количество - 49 600 штук. Указанное количество таблеток составляет 992 упаковки.

Таким образом, заказчик проводил торги не на условиях, по которым были заключены в части количества поставляемого товара (992 упаковки из 93 упаковок, необходимых на момент заключения контрактов с АО «НПК «Катрен».

Тот факт, что вышеуказанные торги признаны несостоявшимися в связи с отсутствием заявок на участие в торгах указывает на то, что АО «НПК «Катрен» также не изъявило желание заключать государственный (муниципальный) контракт на условиях, предложенных заказчиком неограниченному кругу лиц путем публикации извещений о проведении торгов.

Кроме того, АО «НПК «Катрен» являясь профессиональным участником товарного рынка, добровольно заключив вышеприведенные контракты на условиях, предложенных заказчиком выступило субъектом антиконкурентного соглашения.

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

Признаки ограничения конкуренции приведены в пункте 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции, к числу которых относится сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном

рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Пунктом 4 части 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности к ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

Под соглашением согласно пункту 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Анализ вышеназванных норм права позволяет сделать вывод, что соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению доступа на товарный рынок хозяйствующих субъектов могут быть совершены как в письменной, так и в устной форме. Сама возможность заключения соглашения между хозяйствующими субъектами, если такое соглашение приводит или может привести к ограничению конкуренции, рассматривается законодателем как общественно опасное деяние, имеющее квалифицирующее значение для констатации факта нарушения антимонопольного законодательства.

Наличие или угроза наступления негативных последствий в результате заключения такого соглашения презюмируется и не требует отдельного доказывания.

В свете указанных обстоятельств Комиссия Новосибирского УФАС России не принимает во внимание довод ответчика об отсутствии наличия антиконкурентного соглашения, заключенного в том числе в натуральной форме (письменно).

Факт наличия такого соглашения досказывается совокупностью всех обстоятельств по рассматриваемому делу. Доводы представителей ответчиков об отсутствии между ними антиконкурентного соглашения не основаны на нормах действующего законодательства, поскольку статья 16 Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на соглашения, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а не договоренность совершать определенные действия или воздерживаться от них.

При проведении торгов имеет место состязательность участников, конкурирующих между собой за право заключить контракт и стремящихся выдвинуть организатору торгов наиболее выгодные условия контракта по поставке товаров, выполнению работ или оказанию услуг. Именно торги позволяют максимально использовать механизм конкуренции и состязательности участников, достигать наиболее выгодных результатов, выдвигая более жесткие требования и условия по гарантиям исполнения, что и отвечает юридической природе торгов.

Не проведение ГКУ НСО «Новосибоблфарм» публичных процедур на право заключения контракта на поставку лекарственных препаратов для медицинского применения, в том числе трипентала, свидетельствует о предоставлении необоснованных преимуществ АО НПК «Катрен» при осуществлении хозяйственной деятельности и ограничении доступа иных хозяйствующих субъектов на соответствующий товарный рынок.

Ссылки ответчиков на многочисленные судебные акты не принимаются Комиссией Новосибирского УФАС России в силу тех обстоятельств, что данные судебные акты не дают оценку действиям заказчиков (по обстоятельствам, аналогичным рассматриваемому делу) на соответствие ст. 16 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Учитывая изложенные обстоятельства, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА

1. Признать Государственное казенное учреждение Новосибирской области «Новосибоблфарм» (ИНН 5402155123, место нахождения: ул. Дуси Ковальчук, 77, г. Новосибирск, 630082) и Акционерное общество НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, место нахождения: ул. Тимакова, 4, г. Новосибирск, 630117) нарушившими статью 16 Закона о защите конкуренции.

Нарушение выразилось в действиях (бездействии) ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» по заключению 2 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 24.09.2018г. № 3511-РЛ 2018 и № 3512-РЛ 2018 без проведения конкурентных процедур по определению поставщика, которые привели или могли привести к ограничению конкуренции на рынке лекарственных препаратов для медицинского применения.

2. Выдать Государственному казенному учреждению Новосибирской области «Новосибоблфарм» (ИНН 5402155123, место нахождения: ул. Дуси Ковальчук, 77, г. Новосибирск, 630082, далее – ГКУ НСО «Новосибоблфарм») и Акционерное общество НПК «Катрен» (ИНН 5408130693, место нахождения: проспект ак. Сандахчиева, 11, р.п. Кольцово, Новосибирская область) предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

3. Передать имеющиеся материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для принятия решения о привлечении ответчиков по делу к административной ответственности.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в арбитражный суд.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить решение антимонопольного органа.