

РЕШЕНИЕ

г. Улан-Удэ

Дело № 05-11/2-2014

17 марта 2014 г.

Резолютивная часть решения объявлена 28 февраля 2014 года.

Полный текст решения изготовлен 17 марта 2014 года.

Комиссия Бурятского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председателя Комиссии:

<...>

Членов Комиссии:

<...>,

рассмотрев дело № 05-11/2-2014 по признакам нарушения ООО «Восток-Интертрейд» (665466, Иркутская область, п.Усолье-Сибирское, проспект Ленинский, 2-2) абзаца 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), выразившегося в совершении действий, направленных на получение преимущественных условий участия в торгах, котировках, противоречащих законодательству Российской Федерации, способных причинить убытки другим участникам торгов, котировок,

при участии:

от заявителя ИП <...> представителя по доверенности от 01.02.2014 <...>;

от ответчика ООО «Восток-Интертрейд» заявлено ходатайство (вх. от 24.02.2014 № 1070) о рассмотрении дела в их отсутствие,

УСТАНОВИЛА:

В Бурятское УФАС России поступило заявление индивидуального предпринимателя <...> (далее – ИП <...>) (вх. от 14.11.2013 № 6746) в отношении ООО «Восток-Интертрейд» содержащее признаки нарушения антимонопольного законодательства, выразившееся в совершении действий, направленных на получение преимущественных условий участия в торгах, котировках, противоречащих законодательству Российской Федерации, способных причинить убытки другим участникам торгов, котировок.

Из заявления ИП <...> следует, что ООО «Восток-Интертрейд» участвует в торгах, запросах котировок на поставку лекарственных средств, медицинских изделий, проводимых на территории Республики Бурятия в качестве субъекта малого предпринимательства. Согласно данным Главного межрегионального центра обработки и распространения статистической информации Федеральной службы государственной статистики (ГМЦ Росстата) выручка ООО «Восток-Интертрейд» в 2011 году составила 544 тыс.руб., в 2012 году составила 602 605

тыс.руб.

ООО «Восток-Интертрейд» не является субъектом малого предпринимательства согласно постановлению Правительства от 09.02.2013 № 101 «О предельных значениях выручки от реализации товаров (работ, услуг) для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства» (далее – Постановление № 101), выручка общества превышает порог, установленный для субъектов малого предпринимательства. Соответственно, подавая заявки на участие в торгах, запросах котировок в качестве субъекта малого предпринимательства ООО «Восток-Интертрейд» вводит в заблуждение уполномоченный орган, заказчиков.

Из письменных пояснений ООО «Восток-Интертрейд» (вх. от 02.12.2013 № 7080) следует, что статья 4 Федерального закона от 24.07.2007 № 209 «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (далее – Закон № 209) содержит совокупный перечень требований предъявляемых к субъектам малого предпринимательства.

В соответствии с частью 3 статьи 4 Закона № 209 категория субъекта малого или среднего предпринимательства определяется в соответствии с наибольшим по значению условием, установленным пунктами 2 и 3 части 1 настоящей статьи. Категория субъекта малого предпринимательства изменяется только в случае, если предельные значения выше, указанных одновременно в обоих пунктах 2 и 3 части 1 статьи 4 Закона № 209 в течение двух календарных лет, следующих одним за другим.

Так как, ООО «Восток-Интертрейд» не превышает по показателям среднюю численность работников малого предприятия, соответственно нет оснований утверждать, что общество не является субъектом малого предпринимательства.

На заседании Комиссии, состоявшемся 19 февраля 2014 ООО «Восток-Интертрейд» представило письменные пояснения (вх. от 19.02.2014 №973), из которых следует, что из всех открытых аукционов в электронной форме и запросов котировок с участием ИП <...> предлагаемая им цена не была лучшей ценой после победителя. Также, общество не превышает по показателям среднюю численность работников малого предприятия, а также не превышает по показателям выручку среднего предприятия, таким образом, общество является субъектом малого и среднего предпринимательства.

Представителем ООО «Восток-Интертрейд» представлено ходатайство (вх. от 19.02.2014 №974) об отложении рассмотрения дела, в связи с необходимостью ознакомления материалов дела.

Комиссией объявлен перерыв в заседании до 24.02.2014 года 16час.30мин.

На заседание Комиссии ООО «Восток-Интертрейд» представило дополнение к отзыву на заявление (вх. от 24.02.2014 № 1070) в котором указывается, что ИП <...> и ООО «Виола» (второй участник аукционов и котировок) являются взаимозависимыми лицами, находящимися в сговоре, в противном случае, зачем ИП <...> приводить в качестве доказательств все аукционы и котировки, в которых ООО «Виола» является вторым лицом после победителя ООО «Восток-Интертрейд».

Кроме того, ИП <...>, как и ООО «Виола» вообще не имели права участвовать в

аукционах и запросах котировок, так как имеют лицензию только на розничную торговлю лекарственными препаратами. При осуществлении поставки лекарственных препаратов в рамках государственных и муниципальных контрактов организации необходимо иметь лицензию на фармацевтическую деятельность с указанием видов работ – оптовая торговля лекарственными средствами.

Представителем ИП <...> представлено ходатайство (вх. от 24.02.2014 №1088) об объявлении перерыва, в связи с необходимостью ознакомления с отзывом ООО «Восток-Интертрейд».

Комиссией объявлен перерыв в заседании до 28.02.2014 года 11 час.00 мин.

На заседание Комиссии 28.02.2014 ИП <...> представил письменные пояснения (вх. от 27.09.2014 №1162) из которых следует, что доводы, изложенные ООО «Восток-Интертрейд» о взаимозависимости ИП <...> и ООО «Виола» являются не обоснованными. ИП <...> не является исполнительным органом ООО «Виола», не имеет долей в обществе, близкие родственники не работают и не получают доходов от ООО «Виола».

По поводу участия в аукционах и поставке лекарственных средств в учреждения здравоохранения без необходимой лицензии сообщают, что согласно пункта 1 статьи 492 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью. Учреждения здравоохранения не являются коммерческими организациями и не осуществляют предпринимательскую деятельность.

В соответствии со статьей 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – Закон № 61-ФЗ) аптечной организацией признается организация, структурное подразделение медицинской организации, осуществляющие розничную торговлю лекарственными препаратами, хранение, изготовление и отпуск лекарственных препаратов для медицинского применения.

Таким образом, предпринимательская деятельность аптечных организаций по реализации готовых лекарственных препаратов, медицинских товаров, медицинской техники и иных изделий медицинского назначения физическим и юридическим лицам по договорам розничной купли-продажи, за наличный и безналичный расчет, а также с использованием платежных карт для целей, не связанных с предпринимательской деятельностью, относится к розничной торговле согласно Письма Минфина России от 10.12.2012 № 03-11-06/3/84.

Комиссия, рассмотрев дело в порядке главы 9 Закона о защите конкуренции, исследовав доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, пришла к следующим выводам.

ООО «Восток-Интертрейд» зарегистрировано Межрайонной инспекцией ФНС России № 18 по Иркутской области 03.10.1997 за основным государственным регистрационным номером 1023802140185. В соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ от

08.11.2013 №57090В/2013 и лицензии Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения от 14.11.2013 №ФС-99-02-003519 основным видом деятельности общества является фармацевтическая деятельность, в том числе торговля фармацевтическими и медицинскими товарами код ОКВЭД 52.31.

Основными видами деятельности ИП <...> согласно выписки из ЕГРИП и лицензии Министерства здравоохранения Республики Бурятия от 09.09.2013 № ЛО-03-02-001274 является фармацевтическая деятельность, в том числе торговля фармацевтическими и медицинскими товарами код ОКВЭД 52.31.

Таким образом, ООО «Восток-Интертрейд» и ИП <...> осуществляют деятельность на одном товарном рынке на территории Российской Федерации и являются конкурентами.

Так, на основании статьи 3 Закона о лекарственных средствах субъекты малого и среднего предпринимательства – хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными настоящим Федеральным законом, к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям.

В соответствии с пунктами 2, 3 части 1 статьи 4 к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и [коммерческие организации](#) (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий), а также физические лица, внесенные в единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее - индивидуальные предприниматели), крестьянские (фермерские) хозяйства, соответствующие следующим условиям:

2) средняя численность работников за предшествующий календарный год не должна превышать следующие предельные значения средней численности работников для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства:

а) от ста одного до двухсот пятидесяти человек включительно для средних предприятий;

б) до ста человек включительно для малых предприятий; среди малых предприятий выделяются микропредприятия - до пятнадцати человек;

3) выручка от реализации товаров (работ, услуг) без учета налога на добавленную стоимость или балансовая стоимость активов (остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов) за предшествующий календарный год не должна превышать [предельные значения](#), установленные Правительством Российской Федерации для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства.

В соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 09.02.2013 №101 «О предельных значениях выручки от реализации товаров (работ, услуг) для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства» установлено предельные значения выручки от реализации товаров (работ, услуг) за предшествующий календарный год без учета налога на добавленную

стоимость для следующих категорий субъектов малого и среднего предпринимательства:

микropредприятия - 60 млн. рублей;

малые предприятия - 400 млн. рублей;

средние предприятия - 1000 млн. рублей.

На основании части 3 статьи 4 Закона № 209 категория субъекта малого или среднего предпринимательства определяется в соответствии с наибольшим по значению условием, установленным [пунктами 2 и 3 части 1](#) настоящей статьи.

На основании части 4 статьи 4 Закона № 209 категория субъекта малого и среднего предпринимательства изменяется только в случае, если предельные значения выше или ниже предельных значений, указанных в пунктах 2 и 3 части 1 настоящей статьи, в течение двух календарных лет, следующий один за другим.

Таким образом, для изменения категории субъекта малого или среднего предпринимательства изменяется только в случае, если предельные значения выше или ниже предельных значений, указанных в пунктах 2,3 части 1 статьи 4 Закона № 209, в течение двух календарных лет, следующих один за другим.

Также, если по средней численности работников организация или индивидуальный предприниматель относятся к субъектам малого бизнеса, а по выручке к средним, то эту организацию или индивидуального предпринимателя следует считать субъектом среднего предпринимательства.

Из представленных документов ООО «Восток-Интертрейд» следует, что на основании Сведений о среднесписочной численности работников за предшествующий календарный год по форме КНД 1110018 среднесписочная численность: по состоянию на 01.01.2012 составляет 77 человек; по состоянию на 01.01.2013 составляет 84 человек. Выручка без налога на добавленную стоимость за 2012 год составляет 602 605 тыс.рублей, за 2011 год 554 000 тыс. рублей согласно бухгалтерской отчетности по форме КНД 0710099.

Таким образом, ООО «Восток-Интертрейд» относится к субъектам среднего предпринимательства, так как за 2011, 2012 года по средней численности общество относится к субъектам малого предпринимательства, а по выручке к субъектам среднего предпринимательства.

В соответствии со статьей 15 Федерального закона от 21.07.2005 N 94-ФЗ (ред. от 02.07.2013) "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» особенности участия [субъектов](#) малого предпринимательства в размещении заказа указывается, что при размещении заказа путем проведения торгов, запроса котировок, которые предусмотрены [частью 1](#) настоящей статьи и в которых *участниками размещения заказа являются субъекты малого предпринимательства*, информация о проведении таких торгов, запроса котировок должна содержаться в извещении о проведении открытого конкурса, открытого аукциона или в извещении о проведении запроса котировок.

В материалах дела имеются извещения под № 0102200001613000339,

0102200001613002351, 0102200001613002321, 0302300009013000024,
0302300004013000035, 0302300002713000078, 0302300034713000082,
0302300034713000081, 0302300002713000103, представленных ИП <...>, в которых
Заказчик указывает в особенностях размещения заказа «для субъектов малого
предпринимательства».

Из вышесказанного следует, что участник размещения заказа должен являться субъектом малого предпринимательства, а ООО «Восток-Интертрейд» является субъектом среднего предпринимательства.

Таким образом, ООО «Восток-Интертрейд» неоднократно при подаче заявок на участие в торгах, запросах котировок указывало недостоверные сведения о принадлежности к субъектам малого предпринимательства.

Согласно Письма ФАС России от 14.02.2011 №АЦ/4619 «О разъяснении Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ» следует, что в соответствии со статьей 4 Закона о лекарственных средствах, фармацевтическая деятельность – деятельность, включающая в себя оптовую торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку и (или) розничную торговлю лекарственными препаратами, их отпуск, хранение, перевозку, изготовление лекарственных препаратов.

Частью 8 статьи 45 Закона о лекарственных средствах установлено, что производители лекарственных средств могут осуществлять продажу лекарственных средств или передавать их в установленном законодательством Российской Федерации порядке, в том числе организациям оптовой торговли лекарственными средствами, аптечным организациям, индивидуальным предпринимателям, имеющим лицензию на фармацевтическую деятельность или лицензию на медицинскую деятельность.

Статьей 53 Закона о лекарственных средствах установлено, что организации оптовой торговли лекарственными средствами могут осуществлять продажу лекарственных средств или передавать их в установленном законодательством Российской Федерации порядке, в том числе другим организациям оптовой торговли лекарственными средствами, аптечным организациям, индивидуальным предпринимателям, имеющим лицензию на фармацевтическую деятельность или лицензию на медицинскую деятельность.

Статьей 55 Закона о лекарственных средствах установлен порядок розничной торговли лекарственными средствами, в соответствии с которым розничная торговля лекарственными препаратами осуществляется аптечными организациями, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, медицинскими организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, и их обособленными подразделениями.

Таким образом, поставку лекарственных средств (изделий медицинского назначения) могут осуществлять как аптечные организации, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, медицинскими организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, так и производители лекарственных средств и организации оптовой торговли.

В соответствии с данными официального сайта Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения www.roszdravnadzor.ru ИП <...> выдана лицензия 09.09.2013 № ЛО-03-02-001274, ООО «Виола» 01.03.2012 № ЛО-03-02-000858 на осуществление фармацевтической деятельности со сроком действия «бессрочно».

Таким образом, ИП <...> и ООО «Виола» могут участвовать в торгах, запросах котировок на поставку лекарственных средств (изделий медицинского назначения).

Статья 34 Конституции Российской Федерации устанавливает, что не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Российская Федерация является участником Парижской конвенции по охране промышленной собственности, статья 10 bis которой возлагает на страны-участницы обязанность обеспечить гражданам стран, участвующих в союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

В соответствии со статьями 1 и 3 Закона о защите конкуренции целями данного Закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков, а сферой применения - 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.

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.

Согласно пункту 9 статьи 4 ФЗ «О защите конкуренции» под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов, которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией необходимо исходить из признаков недобросовестной конкуренции, изложенных в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции. Такими признаками являются:

- хозяйствующие субъекты должны осуществлять предпринимательскую деятельность;
- действия недобросовестного хозяйствующего субъекта должны быть направлены на получение преимуществ;
- действия недобросовестного хозяйствующего субъекта должны быть противозаконны;
- действия недобросовестного хозяйствующего субъекта должны причинить или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам.

Закон обязывает квалифицировать действия хозяйствующего субъекта как недобросовестную конкуренцию только при наличии в его действиях всех признаков недобросовестной конкуренции, предусмотренных Законом о защите конкуренции.

В соответствии с абзацем 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей.

Действия ООО «Восток-Интертрейд» в части участия в торгах, запросах котировок на поставку лекарственных средств, медицинских изделий, проводимых на территории Республики Бурятия в качестве субъекта малого предпринимательства, противоречат Конституции Российской Федерации, нормам Гражданского кодекса Российской Федерации, международным нормам права, антимонопольному законодательству Российской Федерации, а также требованиям обычаям делового оборота, добропорядочности, разумности и справедливости.

Действия ООО «Восток-Интертрейд» направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности над конкурентом, поскольку в результате участия в торгах, запросах котировок общество получило возможность заключить договоры (контракты), права на заключение которых у ООО «Восток-Интертрейд» не было в виду того, что такие договоры (контракты) должны быть заключены только с субъектом малого предпринимательства.

Кроме того, действия ООО «Восток-Интертрейд» могли иметь своим результатом причинение убытков конкурентам, в виде снижения размера получаемой прибыли по отношению к уровню прибыли при воздержании ООО «Восток-Интертрейд» от указанных действий, поскольку при обычных условиях гражданского оборота в случае отказа общества от незаконных действий один из участников мог получить возможность заключить договор (контракт).

Таким образом, действия ООО «Восток-Интертрейд» в части участия в торгах, запросах котировок на поставку лекарственных средств, медицинских изделий, проводимых на территории Республики Бурятия в качестве субъекта малого предпринимательства, являются актом недобросовестной конкуренции и противоречат абзаца 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь статьёй 23, частью 1 статьи 39, частью 3 статьи 39.1, частями 1 – 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального Закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О

защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать общество с ограниченной ответственностью «Восток-Интертрейд» нарушившим абзац 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции, в части совершения действий, направленных на получение преимущественных условий участия в торгах, котировках для субъектов малого предпринимательства, противоречащих законодательству Российской Федерации и способных причинить убытки другим участникам торгов, котировок.
2. Основания для выдачи предписания отсутствуют.
3. Направить материалы по делу № 05-11/2-2014 уполномоченному должностному лицу для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.33 КоАП РФ.
4. Основания для принятия иных мер по пресечению и (или) устранению последствий нарушения абзаца 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции антимонопольного законодательства отсутствуют.

<...>

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