

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-10-248/00-18-13

о нарушении антимонопольного законодательства

Резолютивная часть решения оглашена 25.03.2014

В полном объеме решение изготовлено 08.04.2014

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) <...> возбужденное по признакам нарушения ЗАО Компания «Бакстер» (125171, г. Москва, Ленинградское шоссе, д. 16 А, стр. 1) пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России поступило заявление (жалоба) ООО «Медикал сервис компани» (далее – Заявитель) от 27.06.2013 № 26 (вх. от 05.07.2013 № 53189/13; далее – заявление) о нарушении антимонопольного законодательства, выразившемся в отказе ЗАО Компания «Бакстер» (далее – Ответчик) от заключения с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата, имеющего международное непатентованное наименование (далее – МНН) «Икодекстрин» (торговое наименование «Экстранил»).

Заявитель является медицинской организацией и осуществляет свою деятельность в соответствии с лицензией от 13.12.2010 № ЛО-63-01-001056 «На осуществление медицинской деятельности», выданной Министерством здравоохранения и социального развития Самарской области. С 2011 года Заявитель оказывает медицинские услуги по организации и проведению процедур перитонеального диализа в амбулаторных условиях в соответствии с договорами, заключенными по результатам проводимых торгов по выбору поставщика медицинских услуг для нужд <.....> и <.....>. При этом Заявитель оказывает услугу перитонеального диализа с применением лекарственного препарата «Экстранил». Указанный препарат входит в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, утвержденный распоряжением Правительства Российской Федерации от 07.12.2011 № 2199-р. Согласно сведениям государственного реестра лекарственных средств, ведение которого предусмотрено статьей 33 Федерального закона от 12.04.2010 № 61 «Об обращении лекарственных средств», на территории Российской Федерации под МНН «Икодекстрин» зарегистрирован и разрешен к медицинскому применению единственный лекарственный препарат «Экстранил», производителем которого является компания <.....>. По информации Заявителя единственным прямым дистрибьютором лекарственного препарата «Экстранил» компании <.....> является Ответчик.

Из заявления следует, что по состоянию на IV квартал 2011 года в соответствии с договорами и заявками заказчиков Заявитель ежемесячно обеспечивал лекарственным средством «Экстранил» около <.....> пациентов (<.....>).

Для участия в торгах на право заключения государственных контрактов на оказание услуги перитонеального диализа на 2012 год Заявитель письмом от 02.09.2011 № 31 и повторным письмом от 22.09.2011 № 35 обратился к Ответчику с просьбой о заключении договора поставки диализных растворов. Заявитель 27.09.2011 по электронной почте получил письмо Ответчика о начале процедуры рассмотрения заявки Заявителя.

Из заявления также следует, что Заявитель получил по электронной почте «Анкеты предполагаемого делового партнера» (далее – Анкета) для прохождения процедуры Due Diligence – процедуры «Одобрения и оценки соответствия контрагента» (далее также – Процедура), которую следовало заполнить и отправить Ответчику. О каких-либо дополнительных условиях прохождения Процедуры, кроме заполнения Анкеты, не сообщалось. При этом, ни сама Процедура, ни выдержки о правилах ее применения (включая перечень контрагентов, к которым она применяется), ни критерии оценки таких контрагентов Ответчиком представлены не были.

Заполненная Анкета 17.10.2011 была направлена руководителю отдела <.....> Ответчика <.....>, затем 24.10.2011 направлено электронное письмо также <.....> и <.....> о затягивании прохождения Процедуры. Ответ по существу Заявитель не получил.

В феврале 2012 года Заявитель дважды обращался к Ответчику с письмами от 02.02.2012 № 48 и от 22.02.2012 № 51 об отсутствии информации о возможности закупки перитонеальных растворов, поставляемых исключительно Ответчиком, и об угрозе жизни пациентов, находящихся на лечении.

По информации Заявителя 02.03.2012 руководителем Представительства Ответчика в г. Самаре <.....> Заявителю было предложено повторно представить Анкету для прохождения Процедуры. Анкета была направлена в Представительство Ответчика в г. Самаре 01.03.2012.

В начале марта 2012 сотрудниками Ответчика в рамках Процедуры было проведено телефонное собеседование с директором Заявителя <.....> с обещаниями довести результаты проверки до сведения Заявителя.

Затем Ответчику были направлены письма Заявителя от 02.03.2012 № 53 и от 15.03.2012 № 56 о тяжелой ситуации, угрожающей жизни пациентов, ввиду отсутствия лекарственных средств, производимых <.....>.

Письмом от 15.03.2012 (подписано генеральным директором ЗАО Компания «Бакстер» <.....>) Ответчик сообщил Заявителю о решении не вступать с ним в договорные отношения на поставку систем перитонеального диализа по двум основным причинам:

1. Предоставление Заявителем «неполной и неточной информации в ответах на запросы Ответчика, содержащиеся в Анкете и в последующем интервью».
2. Сведения, полученные Ответчиком в ходе комплексной экспертизы, «дают

разумные основания предполагать причастность Заявителя к антиконкурентным действиям, осуществляемым в рамках участия в государственных торгах на поставку систем для перитонеального диализа для государственных и муниципальных нужд».

При этом Ответчик рекомендовал Заявителю обратиться к другим поставщикам систем для перитонеального диализа.

Вместе с тем критерии отбора контрагентов, которым Заявитель не соответствует, копии протоколов, решений, актов и иных документов Ответчика, подтверждающих процесс рассмотрения обращения Заявителя о заключении договора, а также информацию о торгах, участие в которых Ответчик расценил как антиконкурентные действия Заявителя, Ответчик не представил.

Таким образом, отказ Ответчика от заключения с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» Заявитель считает необоснованным.

Заявитель предпринял попытки приобретения лекарственных препаратов для перитонеального диализа у дистрибьюторов Ответчика, а именно: <.....>, <.....>, <.....>, <.....>. Отказы в поставках растворов для перитонеального диализа были получены по электронной почте от <.....> и <.....>, от иных дистрибьюторов ответов не последовало.

В связи с этим Заявитель был вынужден начать перевод части пациентов на перитонеальный диализ по иной технологии. При этом торги на оказание услуг перитонеального диализа с использованием лекарственных препаратов, поставляемых Ответчиком, были выделены в отдельную конкурсную процедуру, в которой смог принять участие только один хозяйствующий субъект – <.....>, являющийся конкурентом Заявителя.

Между тем, Ответчиком на безвозмездной основе лекарственный препарат «Экстранил» был поставлен <.....> и <.....>.

Письмом от 13.09.2013 № 46 Заявитель представил в ФАС России дополнительную информацию, согласно которой Заявитель был вынужден отказаться от оказания услуг перитонеального диализа с использованием лекарственного препарата «Экстранил» и передать пять пациентов, нуждающихся в лекарственном препарате «Экстранил», своему конкуренту – медицинской организации <.....>. Как следует из дополнительных пояснений Заявителя, при наличии лекарственного препарата «Экстранил» Заявитель мог бы оказывать услуги этим пациентам, при этом количество услуг до конца 2013 года составило бы примерно <.....> единиц на общую сумму выручки около <.....> рублей. Помимо экономических потерь, связанных с отсутствием лекарственного препарата «Экстранил», Заявитель не мог использовать другие диализные растворы производства компании <.....>, в связи с чем <.....> были переданы еще <.....> пациентов.

В результате проведенного анализа товарного рынка оптовой торговли лекарственным препаратом с МНН «Икодекстрин» ФАС России установлено, что Ответчик занимает долю на указанном товарном рынке в размере более чем 50 % в географических границах Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, признается доминирующим, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Согласно пункту 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектам запрещаются экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.

В связи с изложенным и на основании статьи 391 Закона о защите конкуренции Ответчику выдано предупреждение ФАС России от 17.09.2013 № ИА/36445/13 о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее – предупреждение), путем заключения с Заявителем в срок до 30.09.2013 договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил».

В установленный срок предупреждение Ответчиком не выполнено.

Письмом от 01.10.2013 Ответчик уведомил ФАС России об отказе исполнять предупреждение в связи с поданным заявлением в Арбитражный суд г. Москвы.

Оценив совокупность представленной информации, ФАС России в соответствии с частью 8 статьи 391 Закона о защите конкуренции принято решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Приказом ФАС России от 14.10.2013 № 674/13 «О возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства» возбуждено дело № 1-10-248/00-18-13 по признакам нарушения Ответчиком пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Приказом ФАС России от 30.12.2013 № 890/13 «О внесении изменений в состав Комиссии по рассмотрению дела № 1-10-248/00-18-13 о нарушении антимонопольного законодательства, утвержденный приказом ФАС России от 14.10.2013 № 674/13» состав Комиссии был изменен.

Определением ФАС России от 22.10.2013 № АК/41366/13 дело № 1-10-248/00-18-13 назначено к рассмотрению.

Определением ФАС России от 17.01.2014 № 18/1039/14 срок рассмотрения дела № 1-10-248/00-18-13 был продлен.

Определениями ФАС России от 28.11.2013 № АК/47815/13, от 17.01.2014 №

18/1040/14, от 20.02.2014 № 18/5885/14 рассмотрение дела № 1-10-248/00-18-13 было отложено в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств.

Оценив доводы Ответчика и Заявителя, рассмотрев представленные документы и материалы дела № 1-10-248/00-18-13, Комиссия установила следующее.

На территории Российской Федерации зарегистрирован и обращается лекарственный препарат, имеющий МНН «Икодекстрин» (торговое наименование «Экстранил»), который не имеет аналогов (заменителей). Производитель указанного лекарственного препарата – компания <.....> занимает доминирующее положение на рынке оптовой реализации лекарственного препарата «Экстранил» в географических границах Российской Федерации. Ответчик, являющийся единственным прямым дистрибьютором компании <.....> по поставкам лекарственного препарата «Экстранил» в Россию, занимает доминирующее положение на рынке оптовой торговли лекарственным препаратом «Экстранил» в географических границах Российской Федерации.

Как следует из дополнительных пояснений Заявителя от 14.11.2013 № 65 (вх. от 14.11.2013 № 99329-Ф/13), Заявитель приобретал лекарственный препарат «Экстранил» у дистрибьютора Ответчика – <.....>. Обращение Заявителя напрямую к Ответчику в сентябре 2011 года с предложением заключить договор на поставку растворов для перитонеального диализа было связано с невозможностью поставок этих растворов <.....>, в связи с тем, что дистрибьюторское соглашение между <.....> и Ответчиком не было пролонгировано.

Заявитель письмами:

- от 02.09.2011 № 31 в адрес руководителя подразделения <.....> ЗАО Компания «Бакстер» <.....> и в копии генеральному директору ЗАО Компания «Бакстер» <.....>;
- от 22.09.2011 № 35 в адрес генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» <.....>;
- от 24.10.2011 в 10:27 в адрес <.....>, и в копии <.....>, <.....>;
- от 02.02.2012 № 48 в адрес генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» <.....> и в копии коммерческому директору ЗАО Компания «Бакстер» <.....>;
- от 22.02.2012 № 51 в адрес генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» <.....> и в копии коммерческому директору ЗАО Компания «Бакстер» <.....>;
- от 02.03.2012 № 53 в адрес генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» <.....> и в копии <.....> (<.....>);
- от 15.03.2012 № 56 в адрес генерального директора ЗАО Компания «Бакстер» <.....> и в копии <.....> (<.....>)

обращался к Ответчику с просьбой заключить с Заявителем прямой договор на поставку лекарственного препарата «Экстранил».

Письмом от 15.03.2012 Ответчик отказал Заявителю в заключении договора поставки систем перитонеального диализа, в том числе лекарственного препарата «Экстранил».

Как следует из пояснений Ответчика (вх. от 15.11.2013 № 99889/13), в качестве обоснования отказа в заключении с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» Ответчик ссылается на нормы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП) и Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (далее – Закон о противодействии коррупции). В частности Ответчик сообщил, что согласно статьям 2.1 и 19.28 КоАП и статьям 13.3 и 14 Закона о противодействии коррупции юридические лица могут быть привлечены к административной ответственности за коррупционные нарушения, совершенные в их интересах, юридические лица обязаны принимать меры по предотвращению коррупционных нарушений. По мнению Ответчика, российское антикоррупционное законодательство содержит целый ряд положений, предусматривающих обязанность юридических лиц принимать все зависящие от них меры по предупреждению коррупции в их интересах. Одной из основных таких мер является проверка и надлежащий отбор контрагентов, с которыми юридические лица взаимодействуют в ходе своей хозяйственной деятельности.

Указанные доводы Ответчика Комиссия отклонила по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 13.3 Закона о противодействии коррупции установлена обязанность организаций разрабатывать и принимать меры по предупреждению коррупции. Частью 2 статьи 13.3 Закона о противодействии коррупции предусмотрено, что меры по предупреждению коррупции, принимаемые в организации, могут включать:

- 1) определение подразделений или должностных лиц, ответственных за профилактику коррупционных и иных правонарушений;
- 2) сотрудничество организации с правоохранительными органами;
- 3) разработку и внедрение в практику стандартов и процедур, направленных на обеспечение добросовестной работы организации;
- 4) принятие кодекса этики и служебного поведения работников организации;
- 5) предотвращение и урегулирование конфликта интересов;
- 6) недопущение составления неофициальной отчетности и использования поддельных документов.

Согласно части 1 статьи 14 Закона о противодействии коррупции, в случае, если от имени или в интересах юридического лица осуществляются организация, подготовка и совершение коррупционных правонарушений или правонарушений, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений, к юридическому лицу могут быть применены меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Соответственно, для целей применения административной ответственности в контексте Закона о противодействии коррупции необходимо установить, что противоправные деяния осуществлялись именно «от имени и в интересах» соответствующего юридического лица. При этом, договор поставки с офертой, о заключении которого Заявитель обратился к Ответчику, не предполагает подобную конструкцию.

Согласно положениям Гражданского кодекса Российской Федерации, предметом договора поставки являются взаимные обязательства сторон: с одной стороны – по поставке товара надлежащего качества в согласованном сторонами ассортименте и т.д., с другой стороны – по приемке и оплате данного товара. При этом, как правило, право собственности на товар переходит с момента его приемки. То есть поставщик больше не несет ответственности за юридическую судьбу товара.

Действия покупателя, направленные на последующую перепродажу товара, не затрагивают прав и законных интересов Ответчика в контексте приведенных выше положений законодательства.

Как следствие, в такой ситуации не возникает и не может возникнуть действий от имени и в интересах Ответчика. При этом необходимо отметить, что неотъемлемым элементом состава административного правонарушения выступает вина.

Так, в соответствии со статьей 2.1 КоАП юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП формы вины не выделяет, следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях особенной части КоАП возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению; обстоятельства, указанные в части 1 и 2 статьи 2.2 КоАП, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат (пункт 16.1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»).

Как следствие, в предмет доказывания по таким делам об административных правонарушениях будет входить вопрос о том, предприняло ли лицо все зависящие от него меры в целях исключения противоправного поведения.

Таким образом, осуществление Ответчиком отбора потенциальных контрагентов с применением прозрачных и недискриминационных процедур, при детальной регламентации сроков принятия решений, перечня необходимых документов и сведений, а равно исчерпывающего перечня оснований для отказа в заключении договора, могло бы свидетельствовать об отсутствии вины Ответчика.

Комиссия рассмотрела принятые Ответчиком и публично размещенные документы, регламентирующие выбор дистрибьюторов, порядок работы с ними и прекращения дистрибьюторских отношений, а также требования к хозяйствующему субъекту, претендующему на заключение дистрибьюторского договора. Ответчиком представлена информация, что он выбирает и

поддерживает деловые отношения в соответствии с общепринятой коммерческой и финансовой практиками, сформулированными в корпоративных политиках и процедурах. Одним из первых шагов инициирования деловых отношений с Ответчиком является участие в процедуре, первоначальной стадией которой является надлежащая проверка в соответствии с Международной антикоррупционной политикой Бакстер в отношении третьих лиц. Надлежащая проверка включает <.....>.

Комиссией проведен анализ следующих представленных Ответчиком документов:

- кодекс поведения компании «Бакстер»;
- стандарты этики и соответствия для поставщиков компании «Бакстер»;
- анкета предлагаемого делового партнера;
- руководство по собеседованию с кандидатом;
- политика взаимодействия с медицинскими учреждениями и некоммерческими организациями;
- форма типовой оценки и обоснования риска третьего лица.

Кроме того Комиссия изучила документы, на основании которых Ответчиком рассматривалась возможность заключения договора с Заявителем и принималось решение об отказе в заключении договора:

- Международную антикоррупционную политику в отношении третьих лиц;
- Глобальную процедуру комплексной проверки.

Анализ указанных документов показал, что в них содержатся общие положения о добропорядочном поведении служащих компании «Бакстер», этике и соблюдении антикоррупционных требований как служащими компании «Бакстер», так и ее контрагентами.

Комиссия дополнительно отмечает, что документы, представленные Ответчиком Комиссии для изучения, имели неактуальные редакции. Так, например, в тексте Международной антикоррупционной политики в отношении третьих лиц указана <.....>, в тексте Глобальной процедуры комплексной проверки – <.....>. Также Комиссией установлено, что цель Международной антикоррупционной политики в отношении третьих лиц состоит в <.....>.

Вместе с тем, <.....>, применяемые к отношениям, возникающим на территории Российской Федерации, Ответчиком не представлены.

Между тем, согласно Международной антикоррупционной политике в отношении третьих лиц в <.....>.

Таким образом, предусмотренные Международной антикоррупционной политикой в отношении третьих лиц <.....>, предусматривающие вышеуказанные процессы и критерии оценки, на территории Российской Федерации отсутствуют.

Из пояснений Ответчика следует, что в качестве применимой модели оценки

контрагентов он использовал Глобальную процедуру, стандарты инициирования отношений, отбора, комплексной проверки и одобрения третьих лиц которой унифицированы со стандартами глобальной процедуры, применяемой компанией «Бакстер» во всем мире.

Анализ представленной Ответчиком Глобальной процедуры комплексной проверки третьего лица показал, что этот документ описывает процесс проведения комплексной проверки, то есть «усилий по выявлению риска того, что деятельность третьего лица не будет стабильно оправдывать ожидания компании «Бакстер» в отношении взаимодействия со специалистами в области здравоохранения за пределами США, медицинскими учреждениями, некоммерческими организациями или государственными должностными лицами».

Таким образом, Глобальная процедура комплексной проверки третьего лица и иные представленные Ответчиком документы не содержат критериев выбора и одобрения дистрибьютора, сроков и процедур рассмотрения предложений, порядка и условий работы с ним и прекращения дистрибьюторских отношений, критериев принятия Ответчиком того или иного решения, сроков принятия решений. В связи с этим, потенциальному контрагенту оценить возможность своего соответствия требованиям Ответчика, а также условия работы дистрибьюторов, не представляется возможным.

В целях обеспечения объективного, всестороннего и полного рассмотрения обстоятельств дела № 1-10-248/00-18-13 Комиссией на заседании 26.11.2013 вынесено определение об отложении рассмотрения дела, дополнительно запрошена информация у Ответчика по вопросу обоснованности отказа в заключении договора с Заявителем, в том числе по положениям Глобальной процедуры комплексной проверки третьего лица, на которую ссылается Ответчик, как на руководство для принятия решений об утверждении третьих лиц в качестве контрагентов.

Рассмотрев пояснения Ответчика Комиссия установила следующее.

Из всех документов, подтверждающих процедуру одобрения и оценки третьего лица, Ответчиком были представлены: Анкета, конспект интервью с генеральным директором Заявителя <.....>, письмо Ответчика в адрес Заявителя об отказе в заключении договора.

Сроки проведения процедур и сроки принятия решений в период проведения Ответчиком проверки Заявителя не установлены.

Обращения Заявителя к Ответчику о потребности в товарах, производимых компанией <.....>, и необходимости заключения договора Ответчиком не обнаружены в связи с тем, что ключевые сотрудники Ответчика, которым могли направляться обращения Заявителя, в настоящее время не работают.

Ответчик указал следующие перечни процедур, использованных при проведении Комплексной проверки, Дополнительной комплексной проверки и иных видов проверок Заявителя:

- запрос и получение анкеты предполагаемого делового партнера;
- проведение интервью с генеральным директором;

- рассмотрение информации, собранной независимой компанией (без указания этой компании);
- рассмотрение рекомендаций, представленных финансовым директором, директором по правовым вопросам, региональным советником по корпоративному регулированию и контролю процедур;
- принятие окончательного решения генеральным директором.

Вместе с тем, кроме общего указания на Международную антикоррупционную политику в отношении третьих лиц и Глобальную процедуру комплексной проверки, ссылки на соответствующие положения документов, которые предусматривают и описывают эти процедуры, Ответчик не представил. Согласно пояснениям Ответчика решение генерального директора Ответчика об отказе сотрудничать с Заявителем было основано на обсуждениях с финансовым директором, директором по правовым вопросам, региональным советником по корпоративному регулированию и контролю процедур, которые давали свои рекомендации по данному вопросу. При этом документы, подтверждающие проведение каждого этапа процедур принятия решений, а также письменные документы, отражающие такие рекомендации, Ответчиком не представлены.

Копии документов, в которых зафиксировано проведение и результаты проведения каждого этапа Комплексной проверки, Дополнительной комплексной проверки и иных видов проверок Заявителя, включая копию файла Комплексной проверки (анкета для собеседования с кандидатом, форма типовой оценки и обоснования третьего лица, запросы и ответы по выполнению стандартных справочных деловых проверок и медийного поиска негативной информации о третьем лице, а также сравнительного анализа и др.), помимо анкеты предполагаемого делового партнера, конспекта интервью с генеральным директором Заявителя и письмо Ответчика об отказе Заявителю в сотрудничестве, Ответчиком не представлены. При этом, форма типовой оценки и обоснования риска третьего лица, в которой содержатся отметки об обоснованности/необоснованности предполагаемого сотрудничества, не представлена по причине увольнения сотрудников Ответчика, которые могли обладать такой информацией. В результате внутреннего поиска документ Ответчиком не обнаружен. Вместе с тем, Комиссия обращает внимание на то, что Ответчиком не представлены подтверждающие документы об увольнении ключевых сотрудников Ответчика, обладающих необходимой информацией.

Ответчиком также не представлена копия письменного уведомления о необходимости проведения собеседования с Заявителем. Из объяснений Ответчика следует, что дата и время проведения собеседования согласовывалась устно по телефону, письменное уведомление Заявителю не направлялось. Вместе с тем, в соответствии с Процедурой письменное уведомление должно направляться запрашивающей стороной (сотрудником Ответчика) в адрес кураторов из правового и финансового департамента и представителей регионального совета по соблюдению норм. При этом такое уведомление о собеседовании предусмотрено в рамках дополнительной стандартной комплексной проверки, в нем указывается причина для проведения дополнительной стандартной комплексной проверки.

Из конспекта интервью с генеральным директором Заявителя следует, что

интервью проводили <.....> (<.....>) из Вашингтона с участием <.....> (<.....>) из Москвы, <.....> (<.....>) из Москвы. В конспекте подтверждается период начала обращения Заявителя к Ответчику – осень 2011 года.

Информация о проведении в рамках дополнительной Комплексной проверки исследования независимой компанией (<.....> и пр.) и (или) информация о получении экспертного юридического заключения от местного совета, предусмотренная Глобальной процедурой комплексной проверки, Ответчиком в ФАС России не представлена в связи с «ограничениями, действующими согласно законодательству США об адвокатской тайне».

Комиссия установила, что документа, предусматривающего повторное заполнение комплексной анкеты третьего лица, не существует. Копия анкеты Заявителя, заполненная и направленная Ответчику в октябре 2011 года, Ответчиком не обнаружена.

Ответчиком также даны пояснения, что Глобальная процедура комплексной проверки содержит примеры «красных флажков», руководствуясь которыми Ответчик должен определять возможность вступления в деловые отношения с контрагентом. Такие примеры включают спорные ситуации при проведении тендеров, сомнения в прозрачности потенциального контрагента, в том числе при представлении неполных ответов в ходе проверки, а также иные действия и заявления третьей стороны, указывающие на то, что поставщик, вероятно, не разделяет обязательства компании «Бакстер» по честному ведению коммерческой деятельности. Вместе с тем Комиссия установила отсутствие определенно сформулированных «красных флажков», соответствующих основаниям отказа Ответчика сотрудничать с Заявителем в письме от 15.03.2012.

В ходе рассмотрения дела Комиссия дважды откладывала рассмотрение дела по ходатайствам сторон: по ходатайству Ответчика определением Комиссии об отложении рассмотрения дела от 17.01.2014 № 18/1040/14 в связи с начатыми переговорами о возможности урегулирования возникшего спора на взаимоприемлемых условиях и заключении договора, отказ в заключении которого явился основанием для возбуждения дела; по ходатайству Заявителя определением Комиссии об отложении рассмотрения дела от 20.02.2014 № 18/5885/14 в связи с тем, что Заявитель и Ответчик ведут переговоры о заключении договора поставки лекарственного препарата «Экстранил». Тем не менее, договор между Заявителем и Ответчиком на поставку лекарственного препарата «Экстранил» заключен не был. Письмом от 24.03.2014 № 24 (вх. от 24.03.2014 № 27337-ЭП/14) Заявитель направил в Комиссию ходатайство о понуждении Ответчика к заключению с Заявителем договора поставки лекарственного средства «Экстранил».

Между тем, Комиссия изучила дополнительно представленную Ответчиком информацию, послужившую основанием отказа от заключения договора с Заявителем, а также пояснения Заявителя по представленной Ответчиком информации.

По мнению Ответчика, генеральным директором Заявителя <.....> представлена недостоверная информация по обстоятельствам проводимого открытого конкурса № 14-04-09/189 в январе 2011 года на оказание комплексных медицинских услуг по организации и проведению процедур перитонеального диализа для нужд <.....>. В

указанных торгах приняли участие <.....> (далее – <.....>) и Заявитель. Заявка <.....> содержала предложение заключить государственный контракт по его начальной максимальной цене. Заявитель предложил цену на <.....> % ниже и победил на торгах. Как следует из пояснений Ответчика, генеральный директор Заявителя в интервью, проводимом Ответчиком в ходе комплексной проверки Заявителя, представила противоречивые сведения. Сначала <.....> указала, что пришлось снизить цену, чтобы составить конкуренцию <.....>, потом пояснила, что Заявителю не известна цена, предложенная <.....>. Заявитель предложил минимально возможную цену, полагая, что цена <.....> будет выше. При этом согласно протоколу вскрытия конвертов Заявитель подал заявку для участия в торгах на 4 дня раньше, чем <.....>. На этом основании Ответчик сделал вывод о том, что в отсутствие предварительной договоренности с <.....> при подаче заявки Заявитель не мог знать не только о цене, которая предлагалась <.....>, но и самом факте участия <.....> в данном конкурсе. Ответчик обращает внимание на то, что согласно сводному реестру лицензий, размещенному на сайте Росздравнадзора, медицинская лицензия <.....> распространяется только на транспортировку донорской крови и ее компонентов и трансфузиологию. Нефрология данной лицензией не предусмотрена.

Заявитель пояснил, что любая организация при направлении своего предложения вправе изменить объявленную первоначальную стоимость контракта. Сама процедура проведения торгов предполагает механизм состязательности и мотивирует участников к снижению стоимости своего предложения для увеличения вероятности получения преимуществ по цене. Поэтому, для участия в первом в своей истории подобном конкурсе на предоставление уникальных в своем роде медицинских услуг, Заявитель действительно снизил цену предложения, что не было напрямую связано с участием или неучастием в торгах других организаций, в том числе <.....>. Комиссия отмечает, что участие в торгах и предложение о цене заключения контракта, в том числе о снижении цены, является правом хозяйствующего субъекта. Участие в торгах <.....> с лицензией, не отвечающей требованиям заказчика, не может свидетельствовать о незаконной деятельности Заявителя. Кроме того, доказательства ограничения конкуренции на указанных торгах, жалобы иных участников рынка и решения уполномоченных государственных органов, свидетельствующих о нарушении заказчиком, Заявителем либо <.....> антимонопольного законодательства или законодательства о торгах, Ответчиком не представлены.

К неполной и неточной информации, послужившей отказом Ответчика в заключении договора с Заявителем также отнесено заявление генерального директора Ответчика <.....> о том, что она не знала об участии <.....>, <.....> или <.....> в торгах с <.....>, являющейся учредителем Заявителя, часть акций которой принадлежит <.....>. Кроме того, как указывает Ответчик, в Анкете <.....> не указала аффилированное лицо – <.....>.

Заявитель пояснил, что <.....> в интервью неоднократно заявляла, что ей известны перечисленные интервьюером Ответчика организации, с которыми не только Заявитель, но и учредитель Заявителя – <.....> имели коммерческие отношения. По мнению Заявителя, одновременное участие или неучастие компаний в торгах не является незаконной или вызывающей подозрение деятельностью. Деятельность разных коммерческих организаций ни в коей мере не имеет отношения к деятельности другой коммерческой организации, даже в том случае, если она

учреждена одним из них. Относительно не указания <.....> в Анкете аффилированности Заявителя с <.....> Заявитель пояснил, что обе компании (Заявитель и <.....>) были созданы одним лицом. Указанный факт <.....> в интервью не отрицался, при этом на момент проведения интервью никакой связи между этим лицом, Заявителем и <.....> не было. По мнению Заявителя, указанный аргумент Ответчика не является подтверждением предоставления неполной и неточной информации, имеющей значительное влияние на оценку деятельности медицинской организации.

Комиссия отмечает, что Ответчиком не представлены доказательства противоправного участия или неучастия на торгах <.....>, <.....> или <.....>, Заявителя и <.....>, не представлена информация о самих торгах, о наличии жалоб и заявлений по поводу нарушения действующего законодательства, не представлены решения и выводы уполномоченных государственных органов. Кроме того, Ответчиком не указано каким образом полученная от Заявителя информация влияет на оценку деятельности медицинской организации и принятие Ответчиком решения об отказе в заключении договора.

Комиссия также отмечает, что из представленных Ответчиком документов, содержащих сведения о предоставленной Заявителем информации, а именно: Анкеты и конспекта интервью с генеральным директором Заявителя <.....>, сделать вывод об обоснованности отказа Ответчика от заключения договора с Заявителем по причине предоставления недостоверных сведений не представляется возможным.

Дополнительно Ответчиком представлена информация, которая, по мнению Ответчика, свидетельствует о причастности Заявителя к антиконкурентным действиям, осуществляемым в рамках участия Заявителя в торгах, и обосновывает отказ Ответчика от заключения с Заявителем договора поставки лекарственных средств. В своих пояснениях Ответчик ссылается на торги № 0342300212911000191, № 0142200001311006522, № 0142200001312006248, извещения о которых размещены на сайте zakupki.gov.ru до принятого Ответчиком решения об отказе в заключении договора с Заявителем (до 15.03.2012), а также на торги № 0142200001313011338, № 0142200001313015731, размещенные после отказа Ответчика – в 2013 году. Ответчик поясняет, что документация указанных торгов содержит электронные документы, авторство которых принадлежит <.....>.

Комиссия рассмотрела файлы открытых конкурсов, проводимых до отказа Ответчика в заключении договора с Заявителем, на которые ссылается Ответчик в письме от 04.02.2014 (вх. от 05.02.2014 № 11480-ЭП/14), а также пояснения Ответчика от 25.03.2014 (вх. от 25.03.2014 № 27506/14), и установила следующее.

По торгам № 0342300212911000191, опубликованным 18.11.2011, файл «Приложение № 1 к договору Патронаж № 0342300212911000191 от 18.11.2011» создан <.....> 14.10.2011, имеет 4 редакции, изменен 16.11.2011 пользователем <.....>; файл «Приложение № 3 к договору – карта наблюдения № 0342300212911000191 от 18.11.2011» создан <.....> 14.10.2011, имеет 3 редакции, изменен 16.11.2011 пользователем <.....>; файл «Приложение № 4 к договору отчет о проведении процедур № 0342300212911000191 от 18.11.2011» создан <.....> 14.10.2011, имеет 4 редакции, изменен 16.11.2011 пользователем user; файл «Приложение № 7 к договору – Патронаж № 0342300212911000191 от 18.11.2011» создан <.....> 14.10.2011, имеет 6 редакций, изменен 18.11.2011 пользователем <.....>; файл «Приложение № 8

к договору – карта наблюдения № 0342300212911000191 от 18.11.2011» создан <.....> 14.10.2011, имеет 5 редакций, изменен 18.11.2011 пользователем <.....>.

По торгам № 0142200001311006522, опубликованным 28.11.2011, файл «Техзадание в нов.ред..doc» создан <.....> 15.11.2011, имеет 9 редакций, изменен 25.11.2011 заказчиком в лице члена комиссии <.....>.

По торгам № 0142200001312006248, опубликованным 08.11.2012, файл «ТЗ.doc» создан <.....> 30.10.2012, имеет 7 редакций, изменен 08.11.2012 заказчиком в лице члена комиссии <.....>.

Письмом от 14.02.2014 № 16 (вх. от 17.02.2014 № 15726-ЭП/14) Заявитель представил пояснения, что необходимо отделять момент создания документации заказчика от авторства файлов, которые не могут быть одним и тем же. С момента образования Заявителя в 2010 году и до заключения первого контракта в январе 2011 года, а также в течение первого года работы, Заявитель активно формировал новые принципы, методику, перечень документов с описанием новой на тот период времени медицинской услуги – комплексной медицинской услуги по организации и проведению процедур перитонеального диализа в амбулаторных условиях пациентам с хронической почечной недостаточностью. Посредством более качественной новой услуги Заявитель стремился занять свою нишу на рынке, развивал и совершенствовал свои услуги. В этих целях Заявитель активно продвигал разработанную методику оказания медицинских услуг, основным элементом которой является приоритет амбулаторной медицинской помощи над стационарным лечением, организация постоянного сопровождения программ лечения, и исключение необходимости самообеспечения пациентов всеми расходными материалами. В этой связи был подготовлен пакет документов, включающих описание самой услуги, используемых диализных растворов, участие медицинских работников, содержание договора на предоставление услуг, отчетные и учетные формы документов. Создание типовых форм и их распространение увеличивало шансы на то, что новая услуга найдет своего потребителя. При разработке и внедрении схемы продвижения услуги на рынке Заявитель не мог не учитывать требования законов, в том числе действовавшего на тот момент Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». В соответствии с указанным законом конкурсная документация заказчика должна содержать требования к качеству, к техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к результатам работ, иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика. Значительная часть из указанных требований к конкурсной документации, новой для заказчика комплексной медицинской услуги, могла быть выполнена при использовании ее описания, взятой из файлов, подготовленных Заявителем в целях предоставления полной информации об услуге и ее скорейшего внедрения.

Заявитель не отрицает, что заказчиками могли быть использованы типовые файлы документов, подготовленные Заявителем. Подтверждением отсутствия причастности Заявителя непосредственно к конкурсной документации являются торги № 0142200001312007393, размещенные 05.12.2012, на выполнение комплексной

медицинской услуги по организации и проведению процедур перитонеального диализа с применением растворов производства фирмы «Бакстер», в которых принимала участие одна организация – <.....>. Комиссией проведено исследование файлов торгов № 0142200001312007393, размещенных на сайте zakupki.gov.ru 05.12.2012, на которые ссылается Заявитель. Анализ документации показал, что на указанные торги была подана единственная заявка <.....>, при этом свойства файла «ТЗ.doc» указывают на то, что файл создан <.....> 14.11.2011, имеет 4 редакции, изменен 30.11.2011 пользователем <.....>. Заявитель не мог участвовать в указанных торгах в связи с отказом Ответчика в заключении договора с Заявителем и отсутствием у Заявителя указанных растворов. При этом заказчик использовал файлы в качестве шаблонов для формирования документации, автором которых также является генеральный директор Заявителя <.....>. Данный факт дополнительно подтверждает, что именно действия Ответчика, отказывающегося в поставке лекарственных препаратов Заявителю, оказывают антиконкурентное воздействие на рынок, предоставляя преимущества отдельным медицинским организациям, которые имеют доступ к невзаимозаменяемым (уникальным) лекарственным препаратам компании «Бакстер».

По мнению Заявителя, указанная информация «свидетельствует о том, что у Ответчика отсутствуют четкие критерии оценки деятельности третьих лиц, Ответчик изначально не собирался проводить объективную процедуру одобрения и оценки в отношении Заявителя, а использовал эту процедуру лишь как формальный повод для отказа от договорных отношений с самыми тяжелыми последствиями – невозможностью получения эксклюзивных лекарственных средств у любого из дистрибьюторов, так как корпоративные правила компании «Бакстер» запрещают любое сотрудничество с хозяйствующим субъектом, не прошедшим Процедуру. Указанное может свидетельствовать о желании Ответчика вытеснить Заявителя с рынка медицинских услуг, заменив его другой медицинской организацией».

Комиссия отмечает, что информация о проводимых торгах, на которых, по мнению Ответчика, Заявитель осуществлял антиконкурентную деятельность, не являлась обоснованием для отказа Ответчика от договорных отношений с Заявителем в 2013 году и представлена Ответчиком впервые 05.02.2014 во время рассмотрения дела № 1-10-248/00-18-13. Согласно приложениям к письму Ответчика от 05.02.2014 протоколы осмотра сайта zakupki.gov.ru по торгам, в которых, по мнению Ответчика, Заявитель осуществлял антиконкурентную деятельность, составлены только 24.01.2014. При этом в ходе рассмотрения дела на вопрос Комиссии о причинах направления информации о торгах в обоснование позиции Ответчика лишь 05.02.2014, представитель Ответчика пояснил, что Ответчик «не считал необходимым представлять эту информацию в ФАС России».

Кроме того, Ответчиком не представлены доказательства ограничения конкуренции на торгах, жалобы заинтересованных лиц и иных хозяйствующих субъектов – участников рынка медицинских услуг по предоставлению амбулаторного перитонеального диализа в Самарской области.

При оценке доводов Ответчика и Заявителя Комиссия приняла во внимание ответ Министерства здравоохранения Самарской области от 26.07.2013 № 30-05/648 (на запрос ФАС России от 11.07.2013 № ЦА/26859/13), согласно которому из коммерческих организаций в период 2011, 2012 и 2013 гг. услуги амбулаторного перитонеального диализа оказывал Заявитель, а с 2013 года такие услуги стало

оказывать <.....>. Комиссией установлено, что <.....> создано 14.09.2012 решением единственного учредителя – <.....>, которое является дистрибьютором Ответчика. В соответствии с договором от 01.03.2013 № 1136 <.....> приобретает лекарственный препарат «Экстранил» у <.....>. При этом, участвуя в проведении торгов на оказание медицинских услуг, <.....> Процедуру не проходило.

Таким образом, доводы Ответчика об антиконкурентных действиях Заявителя на торгах Комиссия отклонила.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия пришла к следующим выводам.

Решение хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке определенного товара, о заключении договора или об отказе в заключении договора с отдельными покупателями должно быть экономически или технологически обосновано, подтверждено документально и не может быть основано на субъективных предположениях.

В целях принятия обоснованного решения о соответствии контрагента определенным требованиям правила отбора контрагентов должны содержать объективные критерии, по которым проверяется соответствие потенциального контрагента, фиксированные сроки и описание процедур рассмотрения обращений и принятия решений, включая требования к учету и хранению документов по каждому случаю обращения потенциальных контрагентов.

Представленные Ответчиком процедуры по отбору и утверждению контрагентов не содержат критериев выбора и одобрения дистрибьютора (третьего лица, медицинской организации), сроков и процедур рассмотрения обращений потенциальных контрагентов.

Ответчиком не представлены судебные акты и документы соответствующих уполномоченных органов власти, подтверждающие причастность Заявителя к антиконкурентным, коррупционным и иным незаконным действиям, которые могли быть основанием отказа Ответчика от заключения с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил».

Отказ Ответчика от заключения с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» экономически и технологически не обоснован, не предусмотрен федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами. При этом у Ответчика существовала возможность поставки лекарственного препарата «Экстранил» Заявителю.

В результате экономически и технологически не обоснованного отказа Ответчика от заключения с Заявителем договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» Заявитель был вынужден прекратить оказывать услугу перитонеального диализа с применением лекарственного препарата «Экстранил», в результате чего понес убытки.

В соответствии с пунктом 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение

хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе запрещаются экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.

Таким образом Комиссия полагает, что ходатайство Заявителя от 24.03.2014 № 24 (вх. от 24.03.2014 № 27337-ЭП/14) о понуждении Ответчика к заключению с Заявителем договора поставки лекарственного средства «Экстранил» подлежит удовлетворению согласно подпункту «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь [статьей 23](#), [частью 1 статьи 39](#), [частями 1 - 4 статьи 41](#), [частью 1 статьи 49](#) Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ЗАО Компания «Бакстер», выразившиеся в экономически и технологически не обоснованном отказе от заключения с ООО «Медикал сервис компани» договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» (МНН Икодекстрин), нарушением пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. Выдать ЗАО Компания «Бакстер» предписание об устранении нарушения.

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.

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 1-10-248/00-18-13

08.04.2014

г. Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства <...>, руководствуясь [статьей 23](#),

частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании своего решения от 08 апреля 2014 года по делу № 1-10-248/00-18-13 о нарушении ЗАО Компания «Бакстер» (125171, г. Москва, Ленинградское шоссе, д. 16 А, стр. 1) пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ЗАО Компания «Бакстер» в течение тридцати рабочих дней с момента получения настоящего предписания прекратить нарушение пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в экономически и технологически не обоснованном отказе от заключения с ООО «Медикал сервис компани» договора на поставку лекарственного препарата «Экстранил» (международное непатентованное наименование «Икодекстрин»), путем совершения действий, направленных на обеспечение конкуренции, а именно:

- Заключение договора с ООО «Медикал сервис компани» на поставку лекарственного препарата «Экстранил» на недискриминационных условиях.
- Не допускать экономически или технологически не обоснованных отказов либо уклонений от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) лекарственного препарата «Экстранил».

О выполнении настоящего предписания сообщить в ФАС России (с приложением подтверждающих документов) не позднее пяти дней со дня его выполнения.

Предписание может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание.

За невыполнение в установленный срок законного предписания 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 предписание антимонопольного органа.