

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 054/01/16-1900/2019 АМЗ от 02.10.2019

О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Резолютивная часть решения оглашена г. Новосибирск

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 № 054/01/16-1900/2019, возбужденное в отношении Государственного казенного учреждения Новосибирской области «Новосибоблфарм» (ИНН 5402155123, место нахождения: ул. Дуси Ковальчук, 77, г. Новосибирск, 630082, далее – ГКУ НСО «Новосибоблфарм») и Общества с ограниченной ответственностью «Фармфорвард» (ИНН 7106526780 место нахождения: Москва, ул. Василисы Кожиной, д. 1 этаж 13, далее – ООО «Фармфорвард») статьи 16 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в присутствии представителей ГКУ НСО «Новосибоблфарм»: <...> и <...> (по доверенности), представителя ООО «Фармфорвард»: <...> (по доверенности,

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» при заключении контактов с ООО «Фармфорвард».

В заявлении указывается, что Контрольно-счетной палатой Новосибирской области (далее – КСП НСО) в соответствии с п 1.7. Годового плана работы Контрольно-счетной палаты 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 100 000 руб. с одинаковым предметом и поставщиком.

Так, 21.11.2019г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и ООО «Фармфорвард» (ИНН 7106526780, КПП 773001001, г. Москва, ул. Василисы Кожиной, д. 1 этаж 13) было заключено 3 контракта на поставку лекарственного препарата «Элпид капсулы 20 мг. флакон № 30»:

- № 4305-АРВ 2018, цена контракта <...> руб.;

- № 4306-АРВ 2018, цена контракта <...> руб.;

- № 4307-АРВ 2018, цена контракта <...> руб.

ГКУ НСО «Новосибоблфарм» представило следующие пояснения по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1900/2019 (вх. № 12652 от 31.10.2019).

21.11.2019 между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и ООО «Фармфорвард» было заключено 3 контракта на поставку лекарственного препарата «Элпида капсулы 20 мг флакон № 30»:

-№4305-АРВ 2018, цена контракта <...>,00 руб.;

-№4306- АРВ 2018, цена контракта <...>,00 руб.;

-№4306- АРВ 2018, цена контракта <...>,00 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-ФЗ «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 У ФАС России (к примеру, решения Краснодарского У ФАС 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.

ГКУ НСО «Новосибоблфарм» были заключены указанные контракты на поставку лекарственного препарата «Элпида капсулы 20 мг флакон № 30» 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.

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.

Основанием для заключения трех государственных контрактов между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и ООО «Фармфорвард» являлось ограничение сроков для проведения электронного аукциона. Письмо на закупку лекарственного препарата Элсультавирин было получено 07.11.2018. Учитывая факт того, что на процедуру проведения электронного аукциона в среднем необходимо 45 дней, кратчайшими сроками заключения контракта путем проведения электронного аукциона могли стать 24-25 декабря 2018 года. Согласно письму Минздрава НСО от 29.11.2018 № 8637-01/24 крайними сроками на предоставление документов на принятие бюджетных обязательств установлено 24.12.2018 (включительно). Поставка по условиям контракта осуществляется в течение трех дней с даты направления заявки участнику. Исключая риск несвоевременной поставки, как следствие: отсутствие антиретровирусных препаратов для лиц, инфицированных ВИЧ, неисполнение бюджета ГКУ НСО «Новосибоблфарм», Заказчик принял решение о заключении трех государственных контрактов на поставку лекарственного препарата Элсультавирин (ТН Элпида) по п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

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) от ООО «Фармфорвард», ООО «Торговый дом БФ». На момент заключения контрактов лекарственный препарат МНН: Элсультавирин не входил в список ЖНВЛП, предельная цена на него не была установлена, поэтому цена на данный препарат формировалась дистрибьютором. При заключении контракта № 4307-АРВ 2018 у дистрибьютора в наличии было 11 упаковок по цене 8035,83 руб. и 1 упаковка по цене 9234,83 руб., что подтверждено коммерческим предложением. В просьбе о снижении цены 1 упаковки поставщик отказал, копия коммерческого предложения прилагается. По результатам закупок препарат МНН: Элсультавирин был поставлен в медицинскую организацию без нарушения, граждане в установленный срок получили назначенную терапию, что явилось подтверждением разумности и обоснованности в действиях Учреждения.

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

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).

Считаем, что 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.

Кроме того, на заседании Комиссии представителем ГКУ НСО «Новосибоблфарм» в дополнение к вышеуказанным доводам были также представлены следующие пояснения.

В соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ заказчик вправе заключить контракт без проведения конкурентных процедур, в случае заключения 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 указанных государственных контрактов. Контракты заключены в соответствии с положениями пункта 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ.

ООО «Фармфорвард» представило следующие пояснения по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1900/2019 (вх.№ 12728э от 01.11.2019).

9.11.2018 года в ООО Фармфорвард (далее - Общество) поступил запрос коммерческого предложения (далее- КП) на лекарственный препарат МНН Элсульфавирин (торговое наименование ЭЛПИДА). В целях исполнения ч. 5 ст. 22 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон №44-ФЗ), Общество направило КП.

В ответ на коммерческое предложение Обществом были получены проекты трех государственных контрактов, за номерами: № 4305-APB 2018, № 4306-APB 2018, № 4307-APB 2018.

Учитывая характер товара, показания к применению (Лечение ВИЧ-1 инфекции у взрослых в составе комбинированной антиретровирусной терапии), методику лечения (непрерывный длительный прием) Общество оперативно подписало со своей стороны проекты Контрактов и направило в адрес заказчика подписанные экземпляры без даты. О факте заключения контрактов одной датой Обществу стала известно непосредственно после заключения.

Между тем, п.4 ч.1 ст.93 Федеральный закон №44-ФЗ, ( в редакции до 31.06. 2019 года), установлено, что закупка у единственного поставщика может осуществляться заказчиком в следующих случаях: осуществление закупки товара на сумму, не превышающую ста тысяч рублей, при условии, что 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. Указанный пункт не содержит запрета на осуществление закупки в целях заключения договора с одним и тем же поставщиком в сфере поставки различных лекарственных средств в целях удовлетворения потребности заказчика, как не содержат и запрета на закупку однородных товаров, что так же подтверждается письмом ФАС России от 25.04.2017 № РП/27902/17, письмом Министерства экономического развития РФ от 20.10.2015 №28и-3179.

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, гипопитарным 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».

21.11.2019г. между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и ООО «Фармфорвард» (ИНН 7106526780, КПП 773001001, г. Москва, ул. Василисы Кожиной, д. 1 этаж 13) было заключено 3 контракта на поставку лекарственного препарата «Элпид капсулы 20 мг. флакон № 30»:

- № 4305-APB 2018, цена контракта <...> руб.;

- № 4306-APB 2018, цена контракта <...> руб.;

- № 4307-APB 2018, цена контракта 97 628 руб.

Таким образом, на дату 21.11.2018г. заказчик испытывал нужду в поставке товара Элпид капсулы 20 мг. флакон № 30» 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 ООО «Фармфорвард» по заключению 3 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 21.11.2018г. № 4305-АРВ 2018, № 4306-АРВ 2018 и № 4307-АРВ 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 элсульфавирина, на территории Новосибирской области за период с 21.11.2018г. 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-Закона 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 невозможности проведения конкурентной процедуры торгов.

Так, с учетом обстоятельств, декларируемых ответчиком, учреждение было письменно извещено о необходимости поставки лекарственного препарата 07.11.2018г.

Согласно ст. 63, 67-69, 83.2 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 оцениваемых событий редакции), в случае, если начальная (максимальная) цена контракта не превышает три миллиона рублей, заказчик размещает в единой информационной системе извещение о проведении электронного аукциона не менее чем за семь дней до даты окончания срока подачи заявок на участие в таком аукционе.

Срок рассмотрения первых частей заявок на участие в электронном аукционе не может превышать семь дней с даты окончания срока подачи указанных заявок, а в случае, если начальная (максимальная) цена контракта не превышает три миллиона рублей, такой срок не может превышать один рабочий день с даты окончания срока подачи указанных заявок

Днем проведения электронного аукциона является рабочий день, следующий после истечения двух дней с даты окончания срока рассмотрения первых частей заявок на участие в таком аукционе.

Общий срок рассмотрения вторых частей заявок на участие в электронном аукционе не может превышать три рабочих дня с даты размещения на электронной площадке протокола проведения электронного аукциона.

Контракт может быть заключен не ранее чем через десять дней с даты размещения в единой информационной системе указанных в части 12 статьи 54.7, части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона, части 13 настоящей статьи протоколов, а в случае определения поставщика (подрядчика, исполнителя) путем проведения запроса котировок в электронной форме или запроса предложений в электронной форме не ранее чем через семь дней с даты размещения в единой информационной системе указанных в части 8 статьи 82.4, части 23 статьи 83.1 настоящего Федерального закона протоколов.

Таким образом, у заказчика имелась возможность провести публичную конкурентную процедуру закупки, обеспечив неограниченному кругу лиц возможность принять участие в состязательной борьбе за право заключения государственного (муниципального) контракта.

Кроме того, ООО «Фарфорвард» 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 относятся 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 свидетельствует о предоставлении необоснованных преимуществ ООО «Фармфорвард» 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 Общества с

ограниченной ответственностью «Фармфорвард» (ИНН 7106526780 место нахождения: Москва, ул. Василисы Кожиной, д. 1 этаж 13) нарушившими статью 16 Закона о защите конкуренции.

Нарушение выразилось в действиях (бездействии) ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и ООО «Фармфорвард» по заключению 3 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 21.11.2018г. № 4305-АРВ 2018, № 4306-АРВ 2018 и № 4307-АРВ 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 элсульфавирина, на территории Новосибирской области.

2) Выдать Государственному казенному учреждению Новосибирской области «Новосибоблфарм» (ИНН 5402155123, место нахождения: ул. Дуси Ковальчук, 77, г. Новосибирск, 630082, далее – ГКУ НСО «Новосибоблфарм») и Общества с ограниченной ответственностью «Фармфорвард» (ИНН 7106526780 место нахождения: Москва, ул. Василисы Кожиной, д. 1 этаж 13) 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.