

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена 19 декабря 2017 г.

Полный текст решения изготовлен 26 декабря 2017 г.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Коллегия ФАС России) в составе: (...), рассмотрев на заседании Коллегии ФАС России жалобу АО «Диакон» на решение Ростовского УФАС России от 25.08.2017 по делу № 2229/05 (далее – Решение, дело № 2229/05), в присутствии представителя заявителя АО «Диакон»(...) (по доверенности), представителей Ростовского УФАС России посредством видео-конференц-связи – (...),

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено 11.12.2017 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

Основанием для возбуждения дела № 2229/05 послужило обращение ООО «Интермедфарм-Юг» о неправомерных действиях Заказчика – МБУЗ «Центральная районная больница» Орловского района Ростовской области (далее – Заказчик) и АО «Диакон» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 0358300077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для КДЛ для нужд Заказчика.

Дело № 2229/05 возбуждено по итогам рассмотрения обращения ООО «Интермедфарм-Юг» о неправомерных действиях Заказчика – МБУЗ «Центральная районная больница» Орловского района Ростовской области (далее – Заказчик) и АО «Диакон» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 0358300077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для КДЛ для нужд Заказчика.

Из обращения ООО «Интермедфарм-Юг» следует, что Заказчик, закупая изделия медицинского назначения для клиничко-диагностической лаборатории (далее – КДЛ), включил в спецификацию следующие изделия:

- Креатинкиназа-МВ ФС (СК-МВ FS) 125 мл.
- дополнительный реагент для Креатинкиназы – МВ (СК-МВ DS) 3*3мл,

Исходя из установленных Заказчиком требований к функциональным, техническим и качественным характеристикам, указанные реагенты не

имеют взаимозаменяемых товаров (эквивалентов) и изготавливаются только производителем «ДиаСис Диагностик Системз ГМБХ» Германия (рег. удостоверение: № ФСЗ 2008/02195 от 07.06.2016 и № ФСЗ 2010/07507 от 23.05.2016).

На территории Российской Федерации данный товар реализует АО «Диакон».

Заказчик – МБУЗ «ЦРБ» Орловского района на официальном сайте www.zakupki.gov.ru 05.07.2016г. опубликовал извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме № 0358300077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для клинико-диагностической лаборатории Заказчика.

Начальная (максимальная) цена контракта установлена Заказчиком в размере 327 901,44 рублей.

Раздел 2 аукционной документации содержит техническое задание, согласно которому Заказчику к поставке требуются 32 наименования изделий медицинского назначения с установленными Заказчиком требованиями к качеству, техническим характеристикам товара, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, потребностям заказчика, в том числе позиции 31 и 32 по одному набору.

Креатинкиназа (КФК) – это фермент, в основном состоящий из изоферментов мышц (СК-М) и мозга (СК-В). В сыворотке КФК существует в форме димеров КФК-ММ, КФК-МБ, КФК-ББ и макроферментов. Измерение КФК-МБ достаточно специфический тест для определения повреждения сердечной мышцы и используется для диагностики и мониторинга инфарктов миокарда.

Дополнительный реагент соответственно усиливает точность анализа.

На территории Российской Федерации регистрационные удостоверения на медицинские изделия: реагенты диагностические для биохимических исследований *in vitro* крови и мочи: - Креатинкиназа-МВ ФС (СК-МВ FS) 125 мл. с характеристиками 2-2000 Е/л (соответствующими требованиям Заказчика) имеют два хозяйствующих субъекта:

- АО «Диакон» (производитель: «ДиаСис Диагностик Системз ГмбХ» Германия. Место производства – Германия). Р/у от 07.06.2016г. № ФСЗ 2008/02195 (приложение – лист 1 – позиции 30 и 31);

- «ДИАЛАБ ГмбХ» Австрия (производитель: «ДИАЛАБ ГмбХ» Австрия. Место производства – Австрия. Р/у от 31.12.2009г. № ФСЗ 2009/05840).

На территории Российской Федерации регистрационные удостоверения на медицинские изделия: реагенты диагностические для биохимических исследований *in vitro* крови и мочи: дополнительный реагент для Креатинкиназы – МВ (СК-МВ DS) имеет один хозяйствующий субъект: АО «Диакон» (производитель: «ДиаСис Диагностик Системз ГмбХ» Германия. Место производства - Германия). Р/у от 23.05.2016г. № ФСЗ 2010/07507 (приложение – лист 1 – позиция 5).

Соответственно поставить Креатинкиназа-МВ ФС (СК-МВ FS) 125 мл. с характеристиками 2-2000 Е/л и дополнительный реагент для Креатинкиназы – МВ (СК-МВ DS) в совокупности имеет возможность только АО «Диакон».

Таким образом, Заказчик, включив в перечень закупаемых реагентов изделие медицинского назначения - дополнительный реагент для Креатинкиназы – МВ (СК-МВ DS) ограничил конкуренцию и создал АО «Диакон» преимущественные условия участия в торгах.

В свою очередь, АО «Диакон» осуществляет реализацию товаров через дилерскую сеть.

На территории Ростовской области дилерская сеть АО «Диакон» состоит из ООО «Пересвет», ООО «АстроМед», ООО «Дельрус Дон», ООО «Леко» и ООО «Фармком» (дилерские договоры заключены в конце 2014г.).

ООО «Фармаком» прекратило деятельность 16.03.2016г.

26.02.2016г. АО «Диакон» заключило дилерский договор с ООО «Еврофарм».

Единственным учредителем и директором ООО «Еврофарм» является Тугарин И.П.

Так же, Тугарин И.П. является единственным учредителем и директором ООО «Медрос» и до 28.04.2017г. являлся единственным учредителем и директором ООО «ФАРМДОН».

Пунктом 2 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким признакам из следующих признаков - юридическое лицо и осуществляющие функции единоличного исполнительного органа этого юридического лица физическое лицо или юридическое лицо.

Таким образом, ООО «Медрос» и ООО «Еврофарм» являются участниками одной группы лиц. Так же в указанную группу лиц до 28.04.2017г. входило и ООО «ФАРМДОН».

Следует отметить, что при направлении ООО «Интермедфарм-Юг» перечня дилеров на территории Ростовской области, АО «Диакон» не указало ООО «Еврофарм».

20.07.2016 г. Заказчик принял решение об отмене определения поставщика путем проведения открытого аукциона в электронной форме № 0358300077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для клинко-диагностической лаборатории Заказчика.

В ходе заседания комиссии представители Заказчика пояснили, что причиной для отмены определения поставщика послужила жалоба ООО «Интермедфарм-Юг», поступившая в Ростовское УФАС России в рамках Федерального Закона от 05.04.2013г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

В соответствии с информацией, представленной электронной торговой площадкой ЗАО «Сбербанк-АСТ», на которой проводился данный аукцион, заявки на участие подали две организации: ООО «Группа «СКМК» и ООО «Медрос».

ООО «Группа «СКМК» (учредитель и директор Вольф В.В.) и ООО «Медрос» (учредитель и директор Тугарин И.П.) не связаны между собой по основаниям статьи 9 ФЗ «О защите конкуренции», расположены в разных местах, однако заявки подавали с одного IP-адреса.

Комиссией Ростовского УФАС России установлено, что ранее,

Заказчиком проводились торги на поставку реагентов для КДЛ, в том числе – Креатинкиназа.

- Открытый аукцион в электронной форме № 0358300077216000046 на право заключения договора на поставку реактивов и расходного материала для КДЛ для нужд Заказчика (извещение размещено на официальном сайте www.zakupki.gov.ru 11.04.2016г.).

Контракт заключен с ООО «Медрос» с ценой 369 843,29 рублей (снижение составило 1%).

В соответствии с информацией, представленной электронной торговой площадкой ЗАО «Сбербанк-АСТ», на которой проводился данный аукцион, заявки на участие подали ООО «Фармком» и ООО «Донфарм».

ООО «Фармком» (учредитель и директор Вольф В.В.) и ООО «Донфарм» (учредитель и директор Тугарин И.П.) не связаны между собой по основаниям статьи 9 ФЗ «О защите конкуренции», расположены в разных местах, однако заявки подавали с одного IP-адреса.

Кроме того, согласно выписок из ЕГРЮЛ (официальный сайт ФНС) деятельность ООО «Фармком» и ООО «Донфарм» прекращена.

- Открытый аукцион в электронной форме № 0358300077217000001 на право заключения договора на поставку изделий и реактивов для лаборатории для нужд Заказчика (извещение размещено на официальном сайте www.zakupki.gov.ru 30.01.2017г.).

Контракт заключен с ООО «Еврофарм» с ценой 1 017 819,00 рублей (снижение составило 1%).

В соответствии с информацией, представленной электронной торговой площадкой ЗАО «Сбербанк-АСТ», на которой проводился данный аукцион, заявки на участие подали ООО «СКМК» и ООО «Еврофарм».

ООО «Группа «СКМК» (учредитель и директор Вольф В.В.) и ООО «Еврофарм» (учредитель и директор Тугарин И.П.) не связаны между собой по основаниям статьи 9 ФЗ «О защите конкуренции», расположены в разных местах, однако заявки подавали с одного IP-адреса.

Так же Комиссией установлено, что в целях формирования начальной (максимальной) цены контракта Заказчиком направлялись запросы коммерческих предложений хозяйствующим субъектам.

При формировании НМЦК Заказчиком использовались ценовые (коммерческие предложения) трех организаций, в том числе:

- по аукциону № 0358300077216000046 – ООО «Медрос», ООО «Еврофарм» и ООО «Фармдон» - все участники одной группы лиц;

- по аукциону № 0358300077217000001 – ООО «Медрос» и ООО «Фармдон» два из трех – группа лиц,

- по аукциону № 0358300077216000087 – ООО «Медрос».

То есть, участники группы лиц в составе ООО «Медрос», ООО «Еврофарм» и ООО «Фармдон» не только становятся победителями по итогам вышеуказанных аукционов, но и оказывают влияние на формирование НМЦК по данным аукционам.

Дилерский договор от 26.02.2016г. № 275/16, заключенный между ООО «Еврофарм» и АО «Диакон» предусматривает, что:

Пункт 1.1. Продавец поставляет Дилеру медицинские изделия: наборы реагентов для клинических биохимических иммунологических исследований, микробиологические тест-системы, диагностические системы, питательные среды, лабораторные принадлежности, химреактивы, лабораторную посуду, расходные материалы, приборы, а так же другую продукцию.

Пункт 2.1.1. Дилер распространяет товар Продавца только на территории Ростовской области.

Пункт 2.1.5. В случае участия Дилера в конкурсах, котировках, аукционах на право заключения государственного или муниципального контракта, Дилер обязуется согласовать с Продавцом порядок и условия участия путем направления заявки по форме, предусмотренной в Приложении № 2 к данному договору.

Согласно пояснениям АО «Диакон» (вх. № 11130 от 25.07.2017г.), именно ООО «Еврофарм» обращалось с заявками на поставку товара для вышеуказанных трех аукционах.

Из пояснений Заказчика следует, что анализ КФК и КФК-МВ проводится сотрудниками КДЛ на полуавтоматическом биохимическом анализаторе BS-3000P – производитель SINNOWA Medical Science & Technology Co., LTD Дистрибьютор в России – АО «Диакон».

К указанному анализатору у Заказчика имеется адаптация наборов Диакон/Диасис, которая включает значение факторов, стандартов. Без указанных адаптаций сотрудники КДЛ Заказчика не имеют возможности настроить программы анализаторов без привлечения сторонних организаций и дополнительных затрат.

Адаптаций других фирм-производителей (не Диакон/Диасис) Заказчик не имеет и для настройки анализатора ему необходимо воспользоваться услугами сторонних организаций при изменении производителя реагентов.

Дополнительный реагент для Креатинкиназы – МВ (СК-МВ DS) закупался Заказчиком впервые в целях расширения перечня оказываемых услуг.

Однако, Комиссией Ростовского УФАС России установлено, что оборудование, для которого закупались реагенты, (в том числе Креатинкиназа-МВ ФС.) используется Заказчиком в своих лабораториях, которые в соответствии с требованиями действующего российского законодательства проходят обязательную аккредитацию, по результатам которого получают соответствующие сертификаты.

Так, согласно Приказу Министерства здравоохранения Российской Федерации от 21.12.1993 № 295 «Об утверждении положения об аккредитации клинико-диагностических лабораторий» одними из обязательных требований для прохождения аккредитации являются:

- наличие достаточного по количеству и квалификации персонала,
- наличие оборудования, средств измерений, в том числе стандартных образцов, аттестационных смесей, вспомогательного оборудования, обеспечивающих надежное выполнение заявленных видов деятельности,
- наличие наборов реактивов, калибровочных и контрольных

материалов,

- наличие на каждом рабочем месте инструкций, необходимых для проведения исследований и процедур и т.д.

Таким образом, оказание данных услуг, предполагающие наличие сертификата, а соответственно и прохождение процедуры аккредитации, свидетельствует о наличии у Заказчика (лаборатории Заказчика) квалифицированного персонала для полноценной работы с соответствующим оборудованием и реагентами, следовательно, доводы Заказчика о том, что переход на реагенты иного производителя (например ООО «Ольвекс диагностикум») требуют дополнительных финансовых затрат и сторонних специалистов не обоснованы.

Так же следует учитывать, что полуавтоматический биохимический анализатор BS-3000P был поставлен Заказчику АО «Диакон» в 2007г. (т/н от 22.06.2007г. № НП7-0072) и соответственно гарантия на него истекла в 2010 г.

Соответственно использование реагентов только поставщика оборудования – АО «Диакон» не является для Заказчика обязательным.

На территории Российской Федерации реализуется реагент для определения Креатинкиназы МБ 13 производителей, в том числе АО «Диакон».

Различие реагента в диапазоне измерения.

Заказчик закупает реагент Креатинкиназа-МВ ФС с диапазоном измерения 2 – 2000Е/л. В то время как на рынке так же имеются аналогичные реагенты других производителей с диапазоном измерения: 10-650 Е/л; до 1000 Е/л; 2-600 Е/л; 3-600 Е/л; 3-1000 Е/л; 7,1-1200 Е/л; 11-2000 Е/л; до 1330-1650 Е/л; 10-2000 Е/л; 5-1000 Е/л.

Таким образом, последовательность действий отвечающих условиям описанной модели и объективный результат этих действий, описанный выше, по мнению Ростовского УФАС России, свидетельствует о наличии соглашения между заказчиком, производителем, дилером и участниками этих торгов, и приводят к созданию преимущественных условий, в рамках данного дела - для АО «Диакон».

Исследовав материалы дела, заслушав, лиц, участвующих в деле, Комиссия Ростовского УФАС России пришла к выводу о наличии в действиях МБУЗ «ЦРБ» Орловского района, АО «Диакон», ООО «Еврофарм» и ООО «Медрос» нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, прекратила рассмотрение дела № 2229/05 в отношении ООО «ФАРМДОН» в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии) ООО «ФАРМДОН».

В связи с отменой Заказчиком – МБУЗ ЦРБ» Орловского района открытого аукциона в электронной форме № 0358300077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для КДЛ для нужд Заказчика предписание не выдавалось.

Изучив жалобу АО «Диакон» на Решение, доводы Ростовского УФАС России, материалы дела № 2229/05, Коллегия ФАС России приходит к следующим выводам.

Субъектами правонарушения, предусмотренного п. 1 ч. 1 ст.17 Закона о защите конкуренции, являются организаторы торгов и (или) заказчики, а также участники торгов. Вместе с тем, в качестве

участников антиконкурентного соглашения Ростовское УФАС России привлекло лиц, не являющихся участниками процедуры торгов.

Как следует из решения Ростовского УФАС России, основанием для отнесения АО «Диакон» к участникам антиконкурентного соглашения являлось «создание указанным хозяйствующим субъектом дилерской сети на территории РФ, а также заключение дилерских договоров, позволяющих дилерам заказывать товары только под конкретную закупку, для конкретного ЛПУ на строго определенной территории». В решении по делу № 2229/05 содержится информация о том, что АО «Диакон» осуществляет реализацию товаров через дилерскую сеть и не участвует непосредственно в торгах.

В связи с вышеизложенным, у Ростовского УФАС России отсутствовали основания для привлечения АО «Диакон» к числу участников соглашения.

В соответствии с Разъяснениями № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3), факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

Вместе с тем, в решении Ростовского УФАС России по делу № 2229/05 используются доказательства, не свидетельствующие о заключении ответчиками антиконкурентного соглашения.

Необходимо отметить, что в ОАЭФ №№ 0358300077216000046, 0358300077217000001 принимали участие не только ООО «Еврофарм» и ООО «Медрос», но и другие хозяйствующие субъекты. В таком случае, снижение НМЦК на 1 % в указанных ОАЭФ может свидетельствовать о наличии картеля между участниками торгов, а не сговоре между участниками торгов и (или) заказчиком.

При использовании метода сопоставимых рыночных цен для расчета начальной максимальной цены контракта государственные и муниципальные заказчики не обязаны проверять аффилированность юридических лиц, от которых получены коммерческие предложения. В качестве обоснования направления запроса ценовой информации ООО «Еврофарм» и ООО «Медрос» МБУЗ «ЦРБ» Орловского района указала отсутствие претензий к указанным хозяйствующим субъектам по итогам исполнения ранее заключенных контрактов.

В связи с вышеизложенным, Ростовским УФАС России не доказан факт заключения МБУЗ «ЦРБ» Орловского района, АО «Диакон», ООО «Еврофарм» и ООО «Медрос» антиконкурентного соглашения, предусмотренного пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, при участии в ОАЭФ № 0358300077216000087.

Вместе с тем, в действиях МБУЗ «ЦРБ» Орловского района усматриваются признаки нарушения пункта 2 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении ОЭФ № 0358300077216000087. Установление заказчиком требований необъективного характера, в том числе путем включения в перечень закупаемых товаров продукции, соответствующей товару только одного производителя, при наличии возможности закупки отвечающего потребностям заказчика товаров иных производителей, влечет или может повлечь ограничение количества участников закупки, тем самым приводя к ограничению конкуренции на торгах и привести к созданию участнику торгов, запроса котировок, запроса предложений или нескольким участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений преимущественных условий участия в торгах.

Таким образом, Коллегия ФАС России пришла к выводу, что решение Ростовского УФАС России от 25.08.2017 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 2229/05 нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами.

При этом материалы дела № 2229/05 могут свидетельствовать о наличии признаков нарушения части 1, 2, 4 и (или) 5 статьи 11 Закона о защите конкуренции в действиях АО «Диакон», ООО «Еврофарм», ООО «Медрос», ООО «Фармдон».

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Коллегия ФАС России

РЕШИЛА:

1. Прекратить рассмотрение дела № 2229/05 в отношении АО «Диакон», ООО «Еврофарм», ООО «Медрос», ООО «Фармдон» в связи с отсутствием нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.
2. Признать МБУЗ «ЦРБ» Орловского района нарушившим пункт 2 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении ОЭФ № 0358300077216000087.
3. В связи с отменой Заказчиком – МБУЗ ЦРБ Орловского района открытого аукциона в электронной форме № 035830077216000087 на поставку изделий медицинского назначения для КДЛ для нужд Заказчика предписание не выдавать.

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение о рассмотрении жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.