

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 02-13-56-2017
о назначении административного наказания

10 августа 2017 года

г.

Новосибирск

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области Камнева Наталья Петровна, рассмотрев протокол № 02-13-56-2017 от 26 июня 2017 года и материалы дела об административном правонарушении, возбужденного в отношении юридического лица – Закрытого акционерного общества «Экофарм» (далее – ЗАО «Экофарм») (ИНН 5402560192, КПП 540201001, зарегистрировано 27.02.2013 г., местонахождение: 630001, г. Новосибирск, ул. Калинина, 27), в присутствии представителя ЗАО «Экофарм» по доверенности от 31.05.2017 г. № 23 <...>,

УСТАНОВИЛ:

Решением Новосибирского УФАС России от 17.05.2017 по делу № 02-01-01-11-17 от 19.01.2017 ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и группа лиц в составе ЗАО «Компания Витамакс» и ЗАО «Экофарм» признаны нарушившими пункт 3 части 4 статьи 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 г. «О защите конкуренции» (далее – ЗоЗК), путем заключения и реализации ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на оптовый рынок реализации препарата «Аласенс», а также участия в нем.

Решением Комиссии Новосибирского УФАС России установлено следующее.

В Новосибирское УФАС России из ФАС России поступило обращение ООО НПФ «НМ», содержащее информацию о признаках нарушения антимонопольного законодательства ФГУП «ГНЦ «НИОПик», ЗАО «Экофарм», ЗАО «Компания Витамакс» при реализации лекарственного препарата с торговым наименованием «Аласенс», а также переданы полномочия по его рассмотрению. В обращении ООО НПФ «НМ» указано, что по итогу аукциона № 0318200063916000100 с обществом заключен контракт на поставку препарата «Аласенс». ООО НПФ «НМ» обратилось к производителю препарата по вопросу приобретения препарата «Аласенс», но получило отказ и пояснение, что приобрести препарат возможно у ЗАО «Компания Витамакс». Затем ООО НПФ «НМ» обратилось к ЗАО «Компания Витамакс», но получило отказ. Таким образом, общество не смогло исполнить контракт по причине отказа

ФГУП «ГНЦ «НИОПик», ЗАО «Компания Витамакс» в продаже препарата.

Антимонопольным органом были проведены контрольные мероприятия, в ходе которых было установлено, что в соответствии с государственным реестром лекарственных препаратов, препарат «Аласенс» (международное непатентованное наименование аминокислота) не имеет аналогов. ФГУП «ГНЦ «НИОПик» является единственным производителем лекарственного препарата «Аласенс» (согласно государственному реестру лекарственных средств) на территории Российской Федерации. Препарат применяется для выявления злокачественных образований.

Основным видом деятельности ЗАО «Экофарм» является – торговля розничная лекарственными средствами в специализированных магазинах (аптеках), дополнительные виды деятельности - деятельность агентов, специализирующихся на оптовой торговле фармацевтической продукцией, изделиями, применяемыми в медицинских целях, парфюмерными и косметическими товарами. Лицензия на осуществление фармацевтической деятельности № ЛО-77-02-005583 от 25.03.2014 г., № ФС-99-02-004108 от 26.08.2014 г.

Представительство в Москве по адресу: 117556, г. Москва, ул. Варшавское шоссе, 81, корпус 1.

Перечень лиц, входящих в одну группу ЗАО «Экофарм»:

1. ЗАО «Компания Витамакс» (г. Новосибирск, ул.Демакова,23);
2. ООО «Париаль» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
3. ООО «Текам» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
4. ООО «Витамакс Спб» (г. Санкт-Петербург, ул.Восстания, д. 37-39 лит А);
5. ЗАО «Витамакс-Новокузнецк» (г. Новокузнецк, ул.Кутузова,25);
6. ЗАО «Бизнес-Инвест» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
7. ООО «Витамакс-НН» (г. Нижний Новгород, ул.Родионова, 165, корп.10);
8. ЗАО «Витамакс-Юг» (г. Ростов-на-Дону, пр. Ворошиловский, 28).

Основным видом деятельности ЗАО «Компания Витамакс» является – торговля оптовая неспециализированная.

Перечень лиц, входящих в одну группу с ЗАО «Компания Витамакс»:

1. ЗАО «Экофарм» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
2. ООО «Париаль» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);

3. ООО «Текам» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
4. ООО «Витамакс-Спб» (г. Санкт-Петербург, ул.Восстания, д. 37-39 лит А);
5. ЗАО «Витамакс-Новокузнецк» (г. Новокузнецк, ул.Кутузова,25);
6. ЗАО «Бизнес-Инвест» (г. Новосибирск, ул.Калинина,57);
7. ЗАО «Витамакс ЮГ» (г. Ростов-на-Дону, пр. Ворошиловский, 28).

ЗАО «Экофарм» представлены договоры, заключенные с производителем препарата «Аласенс» - ФГУП «ГНЦ «НИОПик» на поставку препарата «Аласенс».

Договор № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г., по условиям которого, поставщик (ФГУП «ГНЦ «НИОПик») обязуется поставлять, а покупатель (ЗАО «Экофарм») обязуется принимать и оплачивать препарат «Аласенс» в соответствии с условиями договора. Поставка товара осуществляется отдельными партиями в рамках согласованного сторонами графика поставок. В графике стороны определяют объемы, сроки, адреса и иные условия поставок.

Пунктом 2.1 Договора № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г. установлена обязанность поставщика не реализовывать самостоятельно или поставлять Товар для реализации на территории всей РФ третьим лицам, за исключением покупателя, в течение всего срока действия указанного договора, при условии исполнения графика поставок.

Также в пределах РФ в течение срока действия договора, поставщик обязуется не представлять третьим лицам право размещения товара на ярмарках и выставках.

Покупатель вправе в период действия договора представлять, осуществлять маркетинг или реализовывать любым способом на территории РФ любую продукцию других поставщиков, в т.ч. аналогичную Товару, являющемуся предметом указанного договора.

Покупатель самостоятельно устанавливает цену продажи товара при реализации третьим лицам.

Согласно пункту 7.1 указанного договора № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г., он действует до 30.04.2016 г. При этом пункт 7.2 договора закреплено, что договор возобновляется на новый срок, если он не расторгнут ни одной из сторон, путем направления письменного уведомления не позднее, чем за 30 дней до срока окончания. Уведомление о расторжении данного договора антимонопольному органу в рамках проверки, а также в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства не представлено.

Согласно спецификации к договору объем поставки препарата по договору составляет 3600 шт. по цене 10 300 рублей на общую сумму 37 080 000 рублей.

Также между ЗАО «Экофарм» и ФГУП «ГНЦ «НИОПик» заключен договор № 2016/04-110-Э от 04.04.2016 г., по условиям которого поставщик (ФГУП «ГНЦ «НИОПик») обязуется поставлять, а покупатель (ЗАО «Экофарм») обязуется принимать и оплачивать препарат «Аласенс» в соответствии с условиями договора. Поставка товара осуществляется отдельными партиями в рамках согласованного сторонами графика поставок. В графике стороны определяют объемы, сроки, адреса и иные условия поставок.

Указанный договор действует до 30.04.2017 г. Согласно спецификации к договору объем поставки препарата по договору составляет 3600 шт. по цене 10 300 рублей на общую сумму 37 080 000 рублей. При этом, в счет-фактурах указана цена 9 363,64 руб. за шт.

В ходе проверки антимонопольным органом установлено, что ЗАО «Компания Витамакс» приобретало препарат «Аласенс» у ФГУП «ГНЦ «НИОПик» в 2012-2014 гг. по договору № 2012/3-60 ОМП о реализации товара от 03.10.2012 г., действовавшему до 31.12.2014 г., далее продавало препарат контрагентам, участвовало в торгах на поставку данного препарата для государственных и муниципальных нужд. По условиям договора № 2012/3-60 ОМП препарат «Аласенс» передавался ЗАО «Компания Витамакс» для последующей реализации на территории: все округа РФ, кроме городов федерального значения – Москвы, Санкт-Петербурга; Московской области, Краснодара, Екатеринбурга. При этом ФГУП «ГНЦ «НИОПик» обязуется не назначать другого дилера на территории для реализации товаров, продаваемых по указанному договору

Таким образом, в 2012 – 2014 гг. ФГУП «ГНЦ «НИОПик» поставляло препарат ЗАО «Компания Витамакс», с 09.04.2015 года ФГУП «ГНЦ «НИОПик» на поставку препарата «Аласенс» заключило договор с ЗАО «Экофарм». Согласно товарным накладным ЗАО «Экофарм» реализовывало препарат ЗАО «Компания Витамакс» в рамках договора № 249 от 24.01.2014 г. Так как ЗАО «Компания Витамакс» и ЗАО «Экофарм» составляют группу лиц, то в понимании антимонопольного законодательства они действуют как единый хозяйствующий субъект.

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 ЗоЗК под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Согласно пункту 3 части 4 статьи 11 ЗоЗК запрещаются иные соглашения

между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со [статьей 12](#) настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям относятся, в частности, соглашения о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

Условиями вышеуказанного договора поставки, заключенного между ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и ЗАО «Экофарм» определено, что поставщик препарата обязуется не реализовывать препарат на территории всей РФ третьим лицам, кроме покупателя.

Согласно Аналитическому отчету отдела товарных и финансовых рынков Новосибирского УФАС России по результатам анализа товарного рынка препарата «Аласенс» за период 2015 год, 10 месяцев 2016 года доля ФГУП «ГНЦ «НИОПик» на указанном рынке на территории Российской Федерации составила 100%. Поскольку ФГУП «ГНЦ «НИОПик» является единственным производителем лекарственного препарата «Аласенс» и по условиям договора № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г. данный препарат поставляется только ЗАО «Экофарм», следовательно, дальнейшая реализация препарата осуществляется через данное общество (либо организации, входящие с ним в группу лиц), соглашение не является допустимым в соответствии со статьей 12 ЗоЗК.

Факт ограничения доступа иных хозяйствующих субъектов на рынок оптовой реализации лекарственного препарата «Аласенс» установлен антимонопольным органом, в том числе, исходя из сведений, полученных от организаций, выигравших торги на поставку препарата в лечебно-профилактические учреждения (письмо вх. № 8514 от 19.09.2016 г.), а также лечебно-профилактических учреждений, которые подтвердили, что поставка препарата не была произведена, что привело к неисполнению контрактов по причине отказа ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и ЗАО «Витамакс» в поставке препарата (письмо вх. № 9615 от 24.10.2016 г.).

Совокупная выручка ЗАО «Экофарм» и ЗАО «Компания Витамакс» за 2015 год составила 1 865 037 916 рублей, следовательно, на действия данных хозяйствующих субъектов распространяются положения статьи 11 ЗоЗК.

Таким образом, заключение и реализация указанного соглашения создала другим хозяйствующим субъектам препятствия для доступа на оптовый рынок реализации лекарственного препарата «Аласенс».

Как указывалось выше, по условиям договора поставки № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г, заключенного между заводом и ЗАО «Экофарм», поставщик (завод) обязуется не реализовывать самостоятельно или

поставлять товар для реализации на территории РФ третьим лицам, за исключением покупателя, в течение всего срока действия указанного договора поставки. Также в пределах РФ в течение срока действия договора поставщик обязуется не представлять третьим лицам право размещения товара на ярмарках и выставках.

В договоре поставки № 2016/04-110-Э от 04.04.2016 г. стороны исключили из договора положения о запрете реализации препарата третьими лицам. Однако, исходя из документов, полученных антимонопольным органом, установлена фактическая реализация сторонами вышеуказанной договоренности, а именно пункт 2.1 договора поставки № 2015/04-108-Э от 09.04.2015 г., и в 2016 году. В частности в рамках анализа товарного рынка лекарственного препарата «Аласенс», из данных, представленных производителем препарата, установлено, что за 10 месяцев 2016 года на территории Российской Федерации поставка препарата заводом осуществлялась только ЗАО «Экофарм», что подтверждает исполнение достигнутых ранее ответчиками договоренностей о не реализации препарата третьим лицам. Указанные сведения отражены в Аналитическом отчете по результатам анализа товарного рынка препарата «Аласенс».

Таким образом, антимонопольным органом установлен факт заключения между ответчиками и фактической реализации в 2015-2016 гг. соглашения, которое приводит к ограничению конкуренции, так как создает препятствия доступу хозяйствующих субъектов на оптовый рынок реализации лекарственного препарата «Аласенс».

Ограничение доступа хозяйствующих субъектов на рынок реализации препарата «Аласенс» привело к существенному повышению стоимости данного препарата.

По условиям договоров поставки, заключенных между заводом и ответчиками, цена на дальнейшую реализацию препарата устанавливается покупателем самостоятельно. Препарат реализуется контрагентам по разной цене. При этом контрагенты, не имея возможности приобрести препарат напрямую у производителя, вынуждены обращаться к ЗАО «Экофарм» или ЗАО «Компания Витамакс» за приобретением препарата на их ценовых условиях. В последующем контрагенты формируют стоимость реализации препарата с учетом собственной наценки, но не ниже стоимости приобретения у ЗАО «Экофарм» или ЗАО «Компания Витамакс». Указанные обстоятельства привели к существенному повышению стоимости препарата на рынке Российской Федерации.

В итоге государственные бюджетные учреждения вынуждены закупать препарат на торгах по цене, значительно превышающей цену

первоначальной реализации заводом. Начальная максимальная цена контракта, как правило, определяется заказчиком методом сопоставимых рыночных цен, на основании коммерческих предложений фармацевтических компаний, не имеющих возможности закупить препарат напрямую у производителя (письма вх. № 9653 от 26.10.2016 г., № 5872э от 20.12.2016 г., № 11627 от 30.12.2016 г.).

Антимонопольным органом установлено, что ЗАО «Экофарм» и входящее с ним в одну группу лиц ООО «Компания Витамакс» приобретали препарат у производителя по цене 9 363,64 руб. и 5040 руб. за единицу (счет № 219 от 24.12.2013 г., счет-фактура № 740 от 29.04.2016 г., № 1185 от 30.06.2016 г.). В дальнейшем, общества участвовали в торгах на поставку данного препарата зачастую как единственный участник закупки. При этом, цена препарата для государственных и муниципальных нужд согласно сведениям ЕИС о проведенных закупках (торгах) достигала 17-25 тыс. руб. за единицу, так как торги проводились в условиях отсутствия конкуренции либо незначительной конкуренции (аукцион № 0358100011616000190, № 0869200000216000203, № 0373200087815000153 и иные).

Таким образом, стоимость препарата для государственных бюджетных учреждений оказалась в два раза выше первоначальной стоимости реализации производителем указанным коммерческим организациям. Кроме того, в большинстве случаев в торгах на определение поставщика аминокислоты принимает участие один участник, что приводит к заключению контракта по максимальной цене, указанной заказчиком.

Таким образом, заключение и реализация соглашения между ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и группой лиц в составе ЗАО «Компания Витамакс» и ЗАО «Экофарм» привели к ограничению доступа других хозяйствующих субъектов на оптовый рынок реализации лекарственного препарата «Аласенс», следствием чего явилось существенное увеличение стоимости препарата, в том числе для бюджетных организаций, что может привести к необоснованному росту расходной части бюджетных средств.

Указанные обстоятельства подтверждают наличие в действиях ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и группы лиц в составе ЗАО «Компания Витамакс», ЗАО «Экофарм» нарушения пункта 3 части 4 статьи 11 ЗоЗК.

Правонарушение установлено антимонопольным органом на основании совокупности доказательств.

Федеральным законом от 17.04.2017 № 74-ФЗ «О внесении изменений в КоАП РФ» внесены изменения в статью 14.32 КоАП РФ. Указанный закон

вступил в силу с 28.04.2017. В новой редакции ответственность за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо участие в нем предусмотрена частью 4 статьи 14.32 КоАП РФ. По сравнению с предыдущей редакцией статьи 14.32 КоАП РФ ответственность за указанное деяние снижена.

Часть 2 статьи 54 Конституции РФ запрещает налагать ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением, а если после совершения правонарушения ответственность за него была устранена или смягчена, применяется новый закон.

Таким образом, часть 4 статьи 14.32 КоАП РФ в редакции закона № 74-ФЗ применяется с 28.04.2017 в отношении всех правонарушений, на которые распространяется диспозиция указанной нормы, вне зависимости от времени совершения нарушения, поскольку улучшает положения лица, привлекаемого к административной ответственности.

Согласно части 4 статьи 14.32 КоАП РФ заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо участие в нем влечет наложение административного штрафа на юридических лиц от одной сотой до пяти сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), - от двух тысячных до двух сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей.

По сравнению с предыдущей редакцией статьи 14.32 КоАП РФ ответственность хозяйствующих субъектов и их должностных лиц за

заклучение и реализацию ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок, снижена.

Так, ответственность для должностных лиц составляет от 15 000 до 30 000 рублей (ранее от 20 000 до 50 000 рублей), максимальный размер административного штрафа для юридических лиц снижен с 15/100 до 5/100 размера суммы выручки правонарушения от реализации (на приобретение) товара (работы, услуги) на рынке которого совершено административное правонарушение.

Совокупная сумма выручки ЗАО «Экофарм» за 2016 г. составила 367 117 000 рублей, сумма выручки на рынке реализации препарата «Аласенс» в 2016 г. составила 21 640 224 рубля.

Место совершения правонарушения - г. Москва, г. Новосибирск.

Время совершения правонарушения – с 09.04.2015 г. по настоящее время.

Таким образом, ЗАО «Экофарм» за заключение и реализацию ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на оптовый рынок реализации препарата «Аласенс», а также участие в нем, несет ответственность в соответствии с частью 4 статьи 14.32 КоАП РФ.

На рассмотрении дела об административном правонарушении представителем ответчика даны следующие пояснения.

1. Устанавливая особенности правового регулирования деятельности группы лиц, в том числе в ч.2 ст.9 Закона о защите конкуренции, законодатель не предусматривает возможности привлечения к ответственности одного участника группы лиц за действия другого.
2. Договор № 2015/04-108-Э от 09.04.2015, заключенный ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и ЗАО «Экофарм», на который имеется ссылка в протоколе об административном правонарушении № 02-13-55-2017 от 26.06.2017, закончил действие 30.04.2016. Несмотря на п.7.2 о пролонгации договора, гражданским кодексом предусмотрено, что обязательства сторон прекращаются надлежащим исполнением договора. Сторонами договора был согласован график поставки, в котором последним месяцем поставки является апрель 2016. Дополнительного соглашения

между сторонами с новым графиком поставки не заключалось. Таким образом, обязательство ФГУП «ГНЦ «НИОПик» по поставке препарата «Аласенс», исходя из ведомости ЗАО «Экофарм» закончилось 04.05.2016. Исходя из годовичного срока привлечения к административной ответственности, срок для привлечения ЗАО «Экофарм», а вместе с ним и ЗАО «Компания Витамакс» истек.

Изложенные доводы ответчика не могут быть приняты по следующим основаниям.

За нарушение пункта 3 части 4 статьи 11 ЗоЗК предусмотрена административная ответственность в соответствии с частью 4 статьи 14.32 КоАП РФ.

Срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение части 2 статьи 14.32 КоАП РФ исчисляется в порядке части 6 статьи 4.5 КоАП РФ, со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения законодательства Российской Федерации.

Решение о признании ФГУП «ГНЦ «НИОПик» и группы лиц в составе ЗАО «Компания Витамакс» и ЗАО «Экофарм» нарушившими п.3 ч.4 ст. 11 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006 г. «О защите конкуренции» принято 17.05.2017, соответственно срок давности привлечения к административной ответственности исчисляется с 17.05.2017.

ЗАО «Компания Витамакс» и ЗАО «Экофарм» составляют одну группу лиц, и действия каждого из хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу, рассматриваются как действия, направленные на достижение общих экономических интересов всех членов группы. Нарушение антимонопольного законодательства выразилось в заключении и фактической реализации (путем соблюдения ответчиками достигнутых договоренностей) в 2015-2016 гг. соглашения, которое приводит к ограничению конкуренции, так как создает препятствия доступу хозяйствующих субъектов на оптовый рынок реализации препарата «Аласенс».

Обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность, закрепленные статьей 4.2, 4.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, не установлены.

Руководствуясь статьями 23.48 и частью 4 статьи 14.32 Кодекса РФ об административных правонарушениях, учитывая отсутствие отягчающих и смягчающих обстоятельств,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ЗАО «Экофарм» (ИНН 5402560192, местонахождение: 630001, г. Новосибирск, ул. Калинина, 27) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 4 статьи 14.32 КоАП РФ.

2. Применить к ЗАО «Экофарм» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 649 207

рублей (шестьсот сорок девять тысяч двести семь рублей), что составляет три сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение.