Резолютивная часть решения оглашена «05» сентября 2018 г.
В полном объеме решение изготовлено «13» сентября 2018 г.
Комиссия Удмуртского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:
председатель Комиссии <…> – руководитель,
члены Комиссии:
<…> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля,
<…> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля (кворум Комиссии имеется),
рассмотрев дело № ММ06-06/2018-10, возбужденное в отношении ГУП УР «Фармация» (Удмуртская Республика, г. Ижевск, ул. Дзержинского, д. 3, ИНН 1833000350, КПП 184001001, ОГРН 1021801505923) по признакам нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,
в присутствии:
представителей заявителя – БУЗ УР «Городская клиническая больница №6 Министерства здравоохранения Удмуртской Республики»: <…> по доверенностям,
представителя ответчика – ГУП УР «Фармация» <…> по доверенности,
в отсутствии:
представителей лица, располагающего сведениями, - Министерства здравоохранения Удмуртской Республики, уведомленного надлежащим образом о времени и месте заседания Комиссии,
УСТАНОВИЛА:

В Удмуртское УФАС России поступило заявление БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» (вх. № 154 от 12.01.2018 г.) в отношении действий ГУП УР «Фармация» по понуждению к заключению договора на поставку наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров с формированием цены, включающей оптовую и розничную надбавку.
В целях рассмотрения указанного заявления Удмуртским УФАС России были направлены запросы информации в адрес ГУП УР «Фармация», БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» и Министерства здравоохранения Удмуртской Республики.
В связи с наличием в действиях ГУП УР «Фармация» признаков нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции», на основании приказа Удмуртского УФАС России от 03.04.2018 №51 «О возбуждении дела №ММ06-06/2018-10 и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства», в соответствии с частью 6 статьи 44 Закона «О защите конкуренции», пунктом 3.68 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339, Удмуртским УФАС России было возбуждено дело №ММ06-06/2018-10.
Определением от 03.04.2018 рассмотрение дела назначено на 16.05.2018 в 09:30.
Определением от 03.04.2018 в качестве лица, располагающего сведениями, к участию в деле привлечено Министерство здравоохранения Удмуртской Республики.
Определением от 16.05.2018 рассмотрение дела отложено на 06.06.2018 в 09:30.
Определением от 06.06.2018 рассмотрение дела отложено на 24.07.2018 в 09:30.
Определением от 06.06.2018 срок рассмотрения дела продлен до 03.01.2019.
На заседании Комиссии 24.07.2018 объявлялся перерыв до 14:00 30.07.2018.

Определением от 30.07.2018 рассмотрение дела отложено на 05.09.2018 в 09:00.
30.07.2018 Комиссия приняла заключение об обстоятельствах дела №ММ06-06/2018-10.
Рассмотрев представленные материалы и документы, выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия установила следующее.
Согласно пункту 10 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 (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе нарушение установленными нормативными актами порядка ценообразования.
В соответствии с Федеральным законом от 8 января 1998 года № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», постановлением Правительства Российской Федерации от 26 июля 2010 года № 558 «О порядке распределения, отпуска и реализации наркотических средств и психотропных веществ», приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 12 ноября 1997 года № 330 «О мерах по улучшению учета, хранения, выписывания и использования наркотических средств и психотропных веществ», Приказом Министерства Здравоохранения Удмуртской Республики от 2 ноября 2010 г. № 544 «О распределении наркотических средств и психотропных веществ», ГУП УР «Фармация» определено уполномоченной организацией по распределению наркотических средств и психотропных веществ, включенных в перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в Удмуртской Республике.
Согласно заявлению БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР», ГУП УР «Фармация» не участвует в конкурентных закупках и отказывается заключить договоры по оптовой отпускной цене за единицу лекарственного препарата.
Так, БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» проводило следующие закупки (размещены извещения):
1. Извещение о проведении запроса котировок было размещено на официальном сайте www.zakupki.gov.ru (Извещение о проведении запроса котировок №0313300135417000231 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106360012120000 на поставку лекарственного препарата МНН: Фентанил).
Процедурой проведения вскрытия конвертов, открытия доступа к электронным документам заявок участников проведенной 30.10.2017 года, запрос котировок признан несостоявшимся вследствие отсутствия заявок на участие в запросе котировок.
2. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000235 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106350012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Кетамин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.
3. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000234 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106340012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Тримеперин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.
4. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000233 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106330012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Диазепам. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.
5. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000232 от

20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106320012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Натрия оксибутират. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000236 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106310012120000 на поставку лекарственного препарата МНН: Морфин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.

Для обоснования начальной (максимальной) цены контракта использовался тарифный метод, поскольку в соответствии со ст.60 Федерального закона от 12.04.2010 г. №61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» цены на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, подлежит регулированию путем установления цены в реестре ЖНВЛП.

При отсутствии возможности заключить договора конкурентными способами БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» было направлено обращение от 28.11.2017 года № 01-23/11125, о намерении заключить договора в соответствии с требованиями п.4 ч.1 ст.93 44-ФЗ. В ответ на предоставленную корреспонденцию вх. № 1285/01 от 28.11.2017 года ГУП УР «Фармация» направило отказ в заключении договоров на условиях БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» (письмо от 08.12.2017 года № 1239/ф), дополнительно направив договор поставки лекарственных препаратов на 2018 год, указав, что цены будут формироваться в течение срока действия договора в каждом конкретном случае на основании цен производителей товаров или поставщиков. В последствии ГУП УР «Фармация» направило в адрес БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» коммерческое предложение от 12.12.2017 года № б/н, в котором указаны цены за единицу товара на лекарственные препараты, включенные в ЖНВЛП с применением оптовой и розничной торговой надбавки, что подтверждают протоколы согласования цен поставки лекарственных средств и препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП от 12.12.2017 года.

Между БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» и ГУП УР «Фармация» заключены договоры поставки лекарственных препаратов (№1-20/92/ПОСТ от 17.01.2018, от 17.01.2018 №1-13/88/ПОСТ, от 17.01.2018 №1-18/90/ПОСТ, от 17.01.2018 №1-14/89/ПОСТ, от 01.01.2018 №18П-3/1, от 01.01.2018 №18П-3/3, от 01.01.2018 №18П-3/4, от 01.01.2018 №18П-3/5, от 01.01.2018 №18П-3/6), согласно которым ГУП УР «Фармация» поставляет в адрес БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» лекарственные препараты для медицинского применения, медицинские изделия и иную продукцию аптечного ассортимента, а БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» обязуется принимать и оплачивать товары на условиях договоров.

То обстоятельство, что ГУП УР «Фармация» применяло одновременно и оптовую, и розничную надбавки, подтверждается как со стороны БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР», так и со стороны ГУП УР «Фармация».

ГУП УР «Фармация» представило в Управление протоколы согласования цен поставки лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП (к договорам поставки от 01.01.2018 №18П-3/1, от 01.01.2018 №18П-3/3, от 01.01.2018 №18П-3/5, от 01.01.2018 №18П-3/6, от 17.01.2018 №1-13/88/ПОСТ, от 17.01.2018 №1-14/89/ПОСТ, от 17.01.2018 №1-19/90/ПОСТ, от 17.01.2018 №1-20/92/ПОСТ), из содержания которых следует, что одновременно применялась и оптовая, и розничная надбавки к цене на лекарственные препараты.

ГУП УР «Фармация» направляло в адрес БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» коммерческое предложение от 08.12.2017, согласно которому цены на лекарственные препараты (фентанил, кетамин, промедолм, морфин, натрия оксибат, реланиум) включают одновременно и оптовую, и розничную надбавки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 5 Закона «О защите конкуренции», доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта

(группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 08.01.1998 №3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» реализация наркотических средств, психотропных веществ - действия по продаже, передаче наркотических средств, психотропных веществ одним юридическим лицом другому юридическому лицу для дальнейших производства, изготовления, реализации, отпуска, распределения, использования в медицинских, ветеринарных, научных, учебных целях, в экспертной деятельности.

По результатам анализа состояния конкуренции на рынках реализации и отпуску наркотических средств и психотропных веществ и их прекурсоров в географических границах Удмуртской Республики (в разрезе городов и муниципальных районов) за 2017 г., Удмуртским УФАС России установлено, что ГУП УР «Фармация» занимает доминирующее положение на рынке реализации наркотических средств и психотропных веществ и их прекурсоров в границах г. Ижевска с долей 100%. ГУП УР «Фармация» и ГУП УР «Аптеки Удмуртии» составляют группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 2 части 1 статьи 9 Закона «О защите конкуренции», поскольку единоличным исполнительным органом обоих предприятий является одно и то же лицо.

Пунктом 2 статьи 2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее - Закон № 381-ФЗ) установлено, что оптовая торговля - вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в предпринимательской деятельности (в том числе для перепродажи) или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Пунктом 3 ст. 2 Закона № 381-ФЗ определено, что розничная торговля - вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в личных, семейных, домашних и иных целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Согласно нормам Гражданского кодекса РФ, продажа товаров в розницу оформляется договором розничной купли-продажи. Этот договор является публичным, то есть устанавливающим обязанности по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг, которые необходимо осуществить в отношении всех заинтересованных лиц. По такому договору продавец обязуется передать товар для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью (статьи 426 и 492 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Согласно статье 493 ГК РФ, договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара.

Вместе с тем, при реализации товаров оптом оформляется договор поставки или иной договор гражданско-правового характера, содержащий признаки договора

поставки. В главе 30 ГК РФ приведены данные, которые должен содержать такой договор: стороны сделки, ассортимент товаров, порядок и форма расчетов, момент перехода права собственности на товар.
В соответствии со статьей 506 ГК РФ, по договору поставки поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.
Принимая во внимание, что поставка осуществляется в медицинскую организацию для осуществления медицинской, в том числе лечебной деятельности, не связанной с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием, а также с учетом требования статей 53, 54 Закона № 61-ФЗ реализация лекарственных средств медицинским организациям может осуществляться только производителями лекарственных средств и организациями оптовой торговли лекарственными средствами по правилам, утвержденным соответствующими уполномоченными федеральными органами исполнительной власти.
Данная позиция подтверждена судебной практикой (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 28.04.2016 по делу № А71-9110/2015, Решение Верховного Суда РФ от 05.12.2016 №АКПИ16-1012 и др.).
С учетом изложенного, исходя из понятия реализации наркотических средств, психотропных веществ, определения оптовой торговли, ГК РФ, поставка лекарственных препаратов по заключенным между БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» и ГУП УР «Фармация» договорам должна осуществляться по оптовым надбавкам, без применения розничных надбавок.
При этом при рассмотрении представленных по делу пояснений и документов установлено, что ГУП УР «Фармация» применяло одновременно оптовую и розничную надбавки в договорах с БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР».
Данное обстоятельство подтверждается как со стороны БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР», так и со стороны ГУП УР «Фармация».
Постановлением РЭК УР от 09.11.2012 № 14/8 «О предельных размерах оптовых и предельных размерах розничных надбавок на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные препараты», установлены предельные размеры оптовых и предельные размеры розничных надбавок к фактическим отпускным ценам производителей на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов. Для наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, включенных в утвержденный Правительством Российской Федерации перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, установлены предельная оптовая надбавка – 55%, предельная розничная надбавка – 60%.
В соответствии с письмом БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» от 28.03.2018 исх.№01-23/2689, БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» является посредником между ФГУП «Фармация» и неопределенным кругом лиц – потребителей медицинской услуги. Вследствие действий ГУП УР «Фармация» ущемляются интересы неопределенного круга потребителей-приобретателей медицинской услуги, составляющей услуги является использование наркотических препаратов.
На заседании комиссии 06.06.2018 представители БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» поясняли, что БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» не имеет возможности приобрести соответствующие лекарственные препараты у других хозяйствующих субъектов (кроме ГУП УР «Фармация»), либо приобрести препараты в других регионах. Приобретаемые

лекарственные средства предназначены для стационарной помощи. До начала дежурства БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» не знает и не может знать о том, какому количеству пациентов необходимо будет оказать медицинскую помощь, в связи с чем, действия ГУП УР «Фармация», являющиеся злоупотреблением доминирующим положением, ущемляют интересы неопределенного круга потребителей. Фактически приобретение БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» лекарственных препаратов у ГУП УР «Фармация» является поставкой, а не розничной куплей-продажей.

Согласно письму БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» от 25.01.2018, БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» вынуждено заключать договоры с ГУП УР «Фармация» по ценам, указанным в коммерческом предложении от 08.12.2017 (включающим одновременно оптовую и розничную надбавки), в целях бесперебойного обеспечения лекарственными препаратами.

В связи с тем, что препараты приобретались БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» у ГУП УР «Фармация» для оказания медицинской помощи пациентам, заключение договора на предложенных ГУП УР «Фармация» условиях (в том числе, касающихся цены препаратов) носило вынужденный характер, т.к. отказ БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» от заключения договоров поставки на предложенных ГУП УР «Фармация» условиях (в том числе, касающихся цены препаратов) мог привести к крайне неблагоприятным последствиям (отсутствие запаса лекарственных препаратов может привести к невозможности оказать БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» неотложную медицинскую помощь пациентам своевременно и в необходимом объеме, вплоть до смерти пациентов).

До начала дежурства определить точное количество пациентов, которым необходимо будет оказать медицинскую помощь, а также определить характер необходимой помощи, которую потребуется оказать, не представляется возможным, т.к. БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» не знает и не может знать, какие пациенты поступят в Учреждение в период дежурства, следовательно, круг потребителей (пациентов, которым потребуется оказание медицинской помощи) является неопределенным.

Удмуртское УФАС России передавало заявление БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» в Министерство строительства, ЖКХ, энергетики УР для рассмотрения в части доводов о нарушении установленного порядка ценообразования.

Согласно письму Минстроя УР от 14.03.2018 исх.№13-05/01/2370, заявление БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» направлено по подведомственности в Министерство здравоохранения УР.

В соответствии с письмом Минздрава УР от 27.04.2018 исх.№04571/10-13, по мнению Министерства, ГУП УР «Фармация» вправе применять одновременно оптовую и розничную надбавки, при этом размер надбавок не должен превышать предельный размер оптовой и розничной надбавок, установленных на территории субъекта РФ.

Данный довод Министерства является необоснованным, т.к. ГУП УР «Фармация» в правоотношениях с БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» не вправе применять одновременно оптовую и розничную надбавки (что подтверждается судебной практикой).

На заседании Комиссии 05.09.2018 БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» сообщило, что не имеет возражений по поводу выводов, изложенных в заключении об обстоятельствах дела.

ГУП УР «Фармация» представила пояснения к заключению об обстоятельствах дела.

Согласно пояснениям ГУП УР «Фармация» от 30.08.2018 б/н (вх.№6196), ГУП УР «Фармация» вправе формировать цены на лекарственные препараты с применением одновременно оптовой и розничной надбавки к отпускной цене производителя на лекарственный препарат. По мнению Предприятия, в действиях

ГУП УР «Фармация» нет нарушения антимонопольного законодательства. После достижения договоренности между ГУП УР «Фармация» и БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» были подписаны протоколы разногласий, протоколы урегулирования разногласий, таким образом, разногласия были урегулированы.

Данные доводы ГУП УР «Фармация» являются необоснованными, т.к. как указывалось выше, одновременное применение оптовой и розничной надбавок является необоснованным, что подтверждается судебной практикой.

Действия ГУП УР «Фармация» нарушают положение пункта 10 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции», что выразилось в нарушении субъектом занимающим доминирующее положение на товарном рынке установленного порядка ценообразования при осуществлении оптовой поставки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров путем применения одновременно оптовой и розничной торговой надбавки, что не предусмотрено действующим законодательством, и приводит к ущемлению интересов неопределенного круга потребителей – конечных получателей лекарственных средств.

Комиссия признает, что указанное нарушение допущено ГУП УР «Фармация» на товарном рынке по отпуску и реализации наркотических средств и психотропных веществ.

Комиссия признает, что временной интервал товарного рынка, на котором совершено правонарушение, определен 2017 г., так как ГУП УР «Фармация» направляло в адрес БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» коммерческое предложение от 08.12.2017, согласно которому цены на лекарственные препараты были определены с применением одновременно оптовой и розничной надбавки.

Продуктовые границы товарного рынка определены как услуги по отпуску и реализации наркотических средств и психотропных веществ.

Географические границы товарного рынка услуг по отпуску и реализации наркотических средств и психотропных веществ определены границами Удмуртской Республики (в разрезе городов и муниципальных районов).

С учетом изложенного, Комиссия пришла к выводу, что действия ГУП УР «Фармация», выразившиеся в одновременном применении оптовой и розничной надбавок при осуществлении оптовой поставки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, следует квалифицировать по п. 10 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

Руководствуясь статьей 10, статьей 23, частью 1 статьи 39, статьей 41, частью 1 статьи 49, статьей 50 Закона «О защите конкуренции», пунктами 3.140, 3.147 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339 Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ГУП УР «Фармация» (Удмуртская Республика, г. Ижевск, ул. Дзержинского, д. 3, ИНН 1833000350, КПП 184001001, ОГРН 1021801505923) нарушившим пункт 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» в части злоупотребления доминирующим положением путем нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

2. Выдать ГУП УР «Фармация» (Удмуртская Республика, г. Ижевск, ул. Дзержинского, д. 3, ИНН 1833000350, КПП 184001001, ОГРН 1021801505923) предписание о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и

нарушению антимонопольного законодательства.
Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия либо в ФАС России в течение одного месяца со дня его принятия.

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии: <…>