

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № 243/05-АДМ-2017

об административном правонарушении

05.02.2018 г.

г. Кемерово, ул. Ноградская, д.5

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области (Кемеровское УФАС России), рассмотрев протокол и материалы дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «ФАРГО» (ИНН 4205141828, ОГРН 1074205022220, дата регистрации: 13.11.2007 г., юридический адрес: 650003, г. Кемерово, ул. Марковцева, 20Б) (далее – ООО «ФАРГО»),

УСТАНОВИЛА:

10.04.2017 г. по результатам рассмотрения дела № 51/А-11-2016 о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией Кемеровского УФАС России было вынесено решение (резольютивная часть оглашена 28.03.2017 г.) о признании ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» (ИНН 4205039616) нарушившими требования пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ № 135-ФЗ).

Нарушение антимонопольного законодательства выразилось в заключении между ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» соглашения в устной форме, реализация которого привела к поддержанию цен на 69 открытых аукционах в электронной форме со

следующими номерами в Единой информационной системе в сфере закупок:

0139200000114007584; 0139200000115000401; 0139200000115003459;
0139200000115004791; 0139200000115006019; 0139200000115006613;
0139200000115006904; 0139200000115008621; 0139200000115009401;
0139300001215000143; 0139300001215000144; 0139300001215000145;
0139300002115000056; 0139300002115000131; 0139300002915000067;
0139300002915000164; 0139300002915000737; 0139300002915001289;
0139300007215000060; 0139300007215000351; 0139300007215000354;
0139300008115000058; 0139300008115000061; 0139300016315000096;
0139300019715000376; 0139300019715000380; 0139300019715000403;
0139300024715000084; 0139300027715000025; 0139300032515001240;
0139300032515002130; 0339300004515000004; 0339300004515000088;
0339300005415000036; 0339300005415000116; 0339300005415000117;
0339300005415000118; 0339300005415000187; 0339300010415000108;
0339300020415000019; 0339300020415000034; 0339300020415000076;
0339300020415000087; 0339300020415000088; 0339300021915000039;
0339300094115000023; 0339300148615000029; 0339300175415000013;
0339300209915000026; 0339300267915000070; 0339300300214000190;
0339300249514000359; 0339300002015000005; 0339300324415000008;
0339300249515000130; 0339300015515000027; 0339300300215000053;

0339300324415000038; 0339300272415000033; 0339300249515000303;
0339300324415000074; 0339300324415000079; 0339300300215000131;
0339300324415000099; 0339300324415000101; 0339300091115000190;
0339300091115000192; 0339300300215000201; 0339300249515000597, проведённых для
нужд медицинских учреждений Кемеровской области в соответствии с
требованиями 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 поставку
лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий, непосредственно
торги на которых, прошли в период с января 2015 г. по февраль 2016 г. (далее –
Аукционы).

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ признаются картелем и
запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то
есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на
одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к
повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Согласно части 2 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об
административных правонарушениях (КоАП) заключение хозяйствующим
субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством
РФ соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к
повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, влечёт наложение
административного штрафа на юридических лиц - от одной десятой до одной
второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой
совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех
товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Таким образом, действия ООО «ФАРГО», выразившиеся в заключении соглашения
в устной форме с АО «Фармакон», реализация которого привела к поддержанию
цен на Аукционах, вступают в противоречие с требованиями пункта 2 части 1
статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, ответственность за совершение которых предусмотрена
частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ.

Время совершения ООО «ФАРГО» административного правонарушения
определяется периодом: не позднее 11 часов 30 минут 37 секунд по московскому
времени 11.01.2015 г. (время подачи заявки на участие в электронном аукционе с
номером в Единой информационной системе в сфере закупок 0139200000114007584
последним из участников соглашения – АО «Фармакон») по дату вынесения
настоящего постановления 05.02.2018 г. Административное правонарушение не
окончено, поскольку в соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о контрактной
системе закупка товара, работы, услуги для обеспечения государственных или
муниципальных нужд начинается с определения поставщика (подрядчика,
исполнителя) и завершается исполнением обязательств сторонами контракта, а
контракты, заключенные по результатам Аукционов (в соответствии с
информацией, содержащейся на сайте в сети «Интернет» Единой информационной
системы в сфере закупок по адресу: <http://www.zakupki.gov.ru>) исполнены не все
(не исполнены контракты, заключенные по результатам следующих аукционов:
0139200000115004791, 0139300019715000403, 0139300024715000084,
0339300004515000004, 0339300004515000088, 0339300324415000008,
0339300324415000038, 0339300324415000074, 0339300324415000079,

0339300324415000099, 0339300324415000101).

Уведомлением от 12.05.2017 № 05/4139 процедура составления и подписания протокола об административном правонарушении была назначена на 06.06.2017 г. на 14 часов 00 минут. Данное уведомление было вручено ООО «ФАРГО» 18.05.2017 г. (что подтверждается списком № 2 внутренних почтовых отправок от 15.05.2017 г. и отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором 65097210204103).

06.06.2017 г. от ООО «ФАРГО» поступили письменные объяснения исх. № 53-06/17 от 05.06.2017, в соответствии с которым ООО «ФАРГО» с вменяемым правонарушением не согласно, считает, что в его действиях отсутствует состав административного правонарушения, в связи со следующим: <Ф> владеет 75 % доли в уставном капитале ООО «ФАРГО», являясь одновременно директором данного хозяйствующего субъекта, в тоже время ему принадлежат 50 % акций АО «Фармакон», в связи с чем на ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон», в силу частей 7, 8 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, требования статьи 11 данного закона не распространяются. Кроме того, при принятии решения по настоящему делу ООО «ФАРГО» просило учесть следующие обстоятельства:

- 1) отсутствие ущерба от действий ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» для третьих лиц;
- 2) совершение вменяемого правонарушения впервые;
- 3) ООО «ФАРГО» является субъектом малого и среднего предпринимательства Кемеровской области;
- 4) сложное финансовое положение ООО «ФАРГО» (наличие просроченной кредиторской задолженности, наступление очередных сроков уплаты налогов и сборов). Наложение штрафа в большом размере может привести к банкротству ООО «ФАРГО», что повлечёт нарушение устойчивых рыночных связей по обеспечению ЛПУ области необходимыми лекарственными средствами. В связи с чем, ООО «ФАРГО» просит в соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП, в случае назначения наказания для ООО «ФАРГО», применить административный штраф менее минимального размера административного штрафа предусмотренного частью 2 статьи 14.32 КоАП (подробно доводы ООО «ФАРГО» изложены в письменных объяснениях вх. № 4233 от 06.06.2017).

06.06.2017 г. в отсутствие законного представителя ООО «ФАРГО», извещённого надлежащим образом о дате времени и месте составления и подписания протокола, в присутствии защитника ООО «ФАРГО» <З>, действующего на основании доверенности от 13.12.2016 г., составлен и подписан протокол по делу № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении.

Определением от 09.06.2017 г. дело № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении было назначено к рассмотрению на 23.06.2017 г. на 09 часов 00 минут.

23.06.2017 г. в присутствии законного представителя ООО «ФАРГО» <Ф>, состоялось рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении. На рассмотрении дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении законным представителем ООО «ФАРГО»

было подано ходатайство об отложении рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении, в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Указанное ходатайство удовлетворено.

Определением от 23.06.2017 г. срок рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении продлён до 24.07.2017 г., рассмотрение данного дела отложено на 21.07.2017 г. на 10 часов 00 минут.

21.07.2017 г. в присутствии законного представителя ООО «ФАРГО» <Ф>, состоялось рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении. На рассмотрении дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении законным представителем ООО «ФАРГО» было подано ходатайство об отложении рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении, в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Указанное ходатайство удовлетворено.

Определением от 21.07.2017 г. срок рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении продлён до 24.08.2017 г., рассмотрение данного дела отложено на 24.08.2017 г. на 13 часов 00 минут.

24.08.2017 г. ООО «ФАРГО» было подано ходатайство об отложении рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении, в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Установлено, что 19.06.2017 г. от ООО «ФАРГО» в Арбитражный суд Кемеровской области поступило заявление к Кемеровскому УФАС России о признании незаконным решения от 10.04.2017 г. по делу № 51/А-11-2016, на основании которого было возбуждено административное производство по настоящему делу.

Определением Арбитражного суда Кемеровской области от 20.06.2017 г. по делу № А27-13350/2017 заявление ООО «ФАРГО» принято, возбуждено производство по делу, дело назначено к рассмотрению на 27.07.2017 г. на 13 часов 00 минут.

Определением Арбитражного суда Кемеровской области от 27.07.2017 г. по делу № А27-13350/2017 рассмотрение дела назначено на 29.08.2017 г. на 10 часов 00 минут.

Учитывая вышеизложенное, ходатайство ООО «ФАРГО» об отложении рассмотрения настоящего дела удовлетворено, определением от 24.08.2017 г. рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении отложено на 22.09.2017 г. на 10 часов 00 минут.

Уведомлением № 05/8247 от 05.09.2017, в связи с производственной необходимостью, дата рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении была перенесена на 09.10.2017 г. на 11 часов 45 минут. Кроме того, данным уведомлением у ООО «ФАРГО» были истребованы дополнительные материалы.

29.09.2017 г. в адрес Кемеровского УФАС России от ООО «ФАРГО» поступили материалы, запрошенные уведомлением № 05/8247 от 05.09.2017.

09.10.2017 г. от ООО «ФАРГО» поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении, в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Установлено, что определением Арбитражного суда Кемеровской области от 04.10.2017 г. рассмотрение дела № А27-13350/2017 отложено на 31.10.2017 г. в 10 часов 30 минут. Кроме того, возникла необходимость истребования дополнительных материалов.

В связи с тем, что рассмотрение дела № А27-13350/2017 в Арбитражном суде Кемеровской области имеет значение для рассмотрения настоящего дела, а также в связи с необходимостью истребования у ООО «ФАРГО» дополнительных материалов, ходатайство ООО «ФАРГО» было удовлетворено.

Определением от 09.10.2017 г. рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении отложено на 08.11.2017 г. на 14 часов 20 минут.

08.11.2017 г. на рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении ООО «ФАРГО» представлено ходатайство об отложении рассмотрения данного дела в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Установлено, что 31.10.2017 г. Арбитражным судом Кемеровской области объявлена резолютивная часть по делу № А27-13350/2017. Однако, в связи с тем, что рассмотрение дела № А27-13350/2017 в Арбитражном суде Кемеровской области имеет значение для рассмотрения настоящего дела, руководитель Кемеровского УФАС России посчитала, что для полного и всестороннего рассмотрения настоящего дела необходимо дождаться вступления решения Арбитражного суда Кемеровской области по делу № А27-13350/2017 в законную силу. Кроме того, установлено, что ООО «ФАРГО» не представлены сведения, запрошенные определением от 09.10.2017 г. В связи с указанными обстоятельствами руководитель Кемеровского УФАС России решила удовлетворить ходатайство ООО «ФАРГО» от 08.11.2017 г.

Определением от 08.11.2017 г. рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении отложено на 19.12.2017 г. на 10 часов 20 минут.

19.12.2017 г. от ООО «ФАРГО» поступило ходатайство об отложении рассмотрения настоящего дела в связи с необходимостью предоставления дополнительных материалов.

Установлено, что 08.11.2017 г. Арбитражным судом Кемеровской области изготовлено в полном объеме решение по делу № А27-13350/2017, которым решение от 10.04.2017 г. по делу № 51/А-11-2016 о нарушении антимонопольного законодательства оставлено в силе в полном объеме. Однако 08.12.2017 г. в Арбитражный суд Кемеровской области поступили апелляционные жалобы от ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон», об обжаловании решения Арбитражного суда Кемеровской области от 08.11.2017 г. по делу № А27-13350/2017. В связи с тем, что рассмотрение дела № А27-13350/2017 в арбитражном суде имеет значение для рассмотрения настоящего дела, руководитель Кемеровского УФАС России

посчитала, что в целях полного и всестороннего рассмотрения настоящего дела необходимо дождаться вступления решения Арбитражного суда Кемеровской области от 08.11.2017 г. по делу № А27-13350/2017 в законную силу либо его отмены. Кроме того, установлено, что ООО «ФАРГО» не представлены сведения, запрошенные определением от 09.10.2017 г., а затем определением от 08.11.2017 г. Таким образом, решено удовлетворить ходатайство ООО «ФАРГО» от 19.12.2017 г.

Определением от 19.12.2017 г. рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении отложено на 05.02.2018 г. на 14 часов 20 минут.

Установлено, что 30.01.2017 г. Седьмым арбитражным апелляционным судом вынесено постановление по делу № А27-13350/2017, согласно которому решение Арбитражного суда Кемеровской области от 08.11.2017 г. по делу № А27-13350/2017, оставлено без изменения, апелляционные жалобы ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» без удовлетворения.

05.02.2018 г. в присутствии законного представителя ООО «ФАРГО» состоялось рассмотрение дела № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении.

Изучив материалы дела, руководитель Кемеровского УФАС России приходит к следующим выводам:

В результате рассмотрения дела № 51/А-11-2016 Комиссией Кемеровского УФАС России решением от 10.04.2017 г. установлен факт заключения между ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» соглашения в устной форме, реализация которого привела к поддержанию цен на Аукционах.

Данные выводы были сделаны на основании следующих фактов: на Аукционах АО «Фармакон» (ранее ЗАО «Фармакон») и ООО «ФАРГО» использовали следующую модель поведения: в случае допуска к участию в аукционе по результатам рассмотрения первых частей заявок обоим участникам и при отказе в допуске либо отсутствии других участников, одно из ценовых предложений делал какой-либо из указанных хозяйствующих субъектов, второй снижал цену на 1 % и становился победителем закупки либо больше не делал ценовых предложений и победителем становился участник, сделавший первое ценовое предложение и снизивший цену на 0,5 %.

Установлено, что заявки на участие в торгах и ценовые предложения на Аукционах АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» делали с одних IP-адресов (95.181.2.109, 46.180.83.16, 95.181.2.174). Данные IP-адреса использовались также указанными хозяйствующими субъектами при заключении контрактов по результатам электронных аукционов. Установлено, что данные IP-адреса принадлежат интернет-провайдеру ООО «Е-Лайт-Телеком» («GoodLine»). Согласно сведениям, представленным ООО «Е-Лайт-Телеком» владельцем IP-адреса 46.180.83.16 является <Ф>. IP-адреса 95.181.2.109 и 95.181.2.174 закреплены за NAT сервером ООО «Е-Лайт-Телеком» (NAT сервер от англ. Network Address Translation – транслирует значительное количество внутренних IP-адресов в один внешний публичный IP-адрес). При этом в период, когда проводились непосредственно торги по Аукционам – с января 2015 г. по февраль 2016 г., договорные отношения у ООО «Е-Лайт-Телеком» были только с ООО «ФАРГО» (договор № 8581-ю от 19.08.2014, IP-адрес 10114.118.98, адрес окончного оборудования г. Кемерово, ул.

Марковцева, 20Б).

Исследование заявок АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО», поданных на участие в Аукционах, показало, что первые части данных заявок, созданные в виде электронных файлов в формате Microsoft Word (.doc), имеют одинаковые свойства: единое наименование учётной записи автора, создавшего документ и единое наименование учётной записи лица, сохранившего данные документы, поименованные как «pharma_†» либо «Дмитрий».

Учитывая указанные выше факты установлено, что ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» совершали юридически значимые действия при проведении Аукционов такие, как подача заявок, подача ценовых предложений и подписание контрактов, используя единую инфраструктуру, принадлежащую ООО «ФАРГО» и <Ф>, поскольку действовали на электронных площадках при проведении Аукционов исключительно с IP-адресов выделенных данным лицам. Факты осуществления указанных действий при участии в Аукционах с одних IP-адресов указывают на то, что действия по подаче заявок и ценовых предложений на торгах осуществлялись одним лицом, что свидетельствует об отсутствии конкуренции между данными хозяйствующими субъектами при их участии в Аукционах. Наличие единого автора, сформировавшего документы первых частей заявок на участие в электронных аукционах, созданные в виде электронных файлов в формате Microsoft Word (.doc), поименованного в свойствах данных документов как «pharma_†» либо «Дмитрий» свидетельствует о совместной подготовке ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» к участию в Аукционах.

Использование самостоятельными субъектами гражданского оборота единой инфраструктуры и совместная подготовка к торгам возможны только в случае кооперации и консолидации, при этом такие действия осуществляются для достижения единой для участников таких кооперации и консолидации цели. Однако коммерческие организации в аналогичных условиях, конкурируя между собой не действуют в интересах друг друга. Следовательно, такие действия со стороны ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» возможны исключительно в ходе реализации договоренностей.

О наличии использования ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» единой инфраструктуры свидетельствуют также следующие факты: при оформлении в период с 2011 по 2015 годы (включительно) ключей цифровой подписи в удостоверяющих центрах ООО «СЕРТУМ-ПРО» и ЗАО «Производственная фирма «СКБ Контур» <Ф> (руководитель ООО «ФАРГО») и <И> (руководитель АО «Фармакон») указывали для связи один адрес электронной почты: <...>. Данный адрес электронной почты, а также номер телефона +7(3842)<...> фигурируют в контактных данных АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» при участии в период с января 2015 г. по февраль 2016 г. в электронных аукционах на поставку лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий на электронной площадке «РТС-тендер» <https://www.rts-tender.ru>.

Установлено, что на электронных аукционах на поставку лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий, в которых принимали участие иные хозяйствующие субъекты, помимо ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» либо на электронных аукционах, в которых ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» участвовали отдельно друг от друга, но с наличием иных участников, снижение начальных максимальных цен контрактов (НМЦ) достигало существенных значений, при этом

ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» делали ценовые предложения значительно снижающие НМЦ.

В соответствии с информацией, представленной ПАО «Сбербанк России», а также ПАО «РОСБАНК» между АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» осуществлялось движение денежных средств в рассматриваемом периоде. ООО «ФАРГО» осуществило 22.01.2015 г., 12.05.2015 г. в пользу АО «Фармакон» оплату в размере 109 499,28 руб., 06.08.2015 г. в размере 86 272,16 руб. за субаренду помещения по ул. Марковцева, 20«Б». ООО «ФАРГО» 22.01.2015 г. осуществило также в пользу АО «Фармакон» оплату в размере 2 340 094,19 руб. в счёт погашения задолженности по договору № П-13/08 от 18.04.2008 г., по акту сверки от 31.12.2014 г., в т.ч. НДС (10 %) 212 735-84 руб. Кроме того, 06.10.2015 г., а также 09.11.2015 г. ООО «ФАРГО» осуществило в пользу АО «Фармакон» оплату по счетам-фактурам №№ 1,2 от 12.01.2015, № 7 от 14.01.2015 в размере 252 969,2 руб. за лекарственные средства (оплата от 06.10.2015) и по договору № П-1/15 от 12.01.2015 в размере 239 800 руб. за лекарственные средства (оплата от 09.11.2015).

В первой половине 2015 г. по договору № ПФ/13-1/13 от 10.01.2013 и во второй половине 2015 г. по договору № Ф/33-15/05-15 от 05.05.2015 АО «Фармакон» перечисляло ООО «ФАРГО» денежные средства за медикаменты и лекарственные средства.

Установлено, что 31.03.2009 г. между АО «Фармакон» (по состоянию на указанную дату ЗАО «Фармакон») и ООО «ФАРГО» заключен договор № 9166/2729 субаренды объекта нежилого фонда, находящегося в собственности города Кемерово (далее – Договор субаренды). Согласно пункту 1.1 Договора субаренды Арендодатель (АО «Фармакон») обязуется предоставить, а Арендатор (ООО «ФАРГО») принять нежилое помещение общей площадью 70,3 кв.м., расположенное по адресу: 650003, г. Кемерово, ул. Марковцева, 20 «Б», для использования в качестве производственного цеха.

05.05.2015 г. между АО «Фармакон» (по состоянию на указанную дату ЗАО «Фармакон») и ООО «ФАРГО» заключен договор № Ф-33/15/05-15 купли-продажи, согласно пункту 1.1 которого ПРОДАВЕЦ (ООО «ФАРГО») обязуется передать в собственность, а ПОКУПАТЕЛЬ (АО «Фармакон») своевременно оплатить и принять продукцию – лекарственные средства, медицинские изделия и расходные материалы, согласно заявкам ПОКУПАТЕЛЯ.

Данные факты свидетельствуют о том, что в рассматриваемый период АО «Фармакон» закупало у ООО «ФАРГО» лекарственные средства и медицинские изделия, т.е. ООО «ФАРГО» являлось для АО «Фармакон» поставщиком указанных товаров. Следовательно, в рассматриваемый период между ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» имела место тесная и устойчивая связь, что исключает возможность реальной конкурентной борьбы между данными хозяйствующими субъектами на Аукционах.

Установлено, что согласно Федеральному закону от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» фармацевтическая деятельность подлежит обязательному лицензированию.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 22.12.2011 № 1081 «О лицензировании фармацевтической деятельности» фармацевтическая

деятельность включает в себя следующий перечень работ и услуг:

1. Оптовая торговля лекарственными средствами для медицинского применения;
2. Хранение лекарственных средств для медицинского применения;
3. Хранение лекарственных препаратов для медицинского применения;
4. Перевозка лекарственных средств для медицинского применения;
5. Перевозка лекарственных препаратов для медицинского применения;
6. Розничная торговля лекарственными препаратами для медицинского применения;
7. Отпуск лекарственных препаратов для медицинского применения;
8. Изготовление лекарственных препаратов для медицинского применения.

На основании вышеизложенного, деятельность по оптовой торговле лекарственными средствами для медицинского применения и розничной торговле лекарственными препаратами для медицинского применения подлежит обязательному лицензированию.

ООО «ФАРГО» (ИНН 4205141828, 650003, г. Кемерово, ул. Марковцева, 20Б) имело лицензию на осуществление фармацевтической деятельности от 02.04.2012 № ФС-99-02-002261.

АО «Фармакон» (ИНН 4205039616, 650003, г. Кемерово, ул. Марковцева, 20А) имело лицензию на осуществление фармацевтической деятельности от 20.05.2013 № ФС-99-02-003085.

Так участники Аукционов осуществляли деятельность по реализации лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий при наличии у каждого из участников соглашения (АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО») лицензий на осуществление фармацевтической деятельности, что указывает на то, что данные хозяйствующие субъекты являлись друг другу конкурентами при участии в Аукционах.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ участником, владеющим 75 % доли в уставном капитале и директором ООО «ФАРГО» является <Ф> ИНН <...>. Участником, владеющим 25 % доли в уставном капитале ООО «ФАРГО» является <Ф>.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ директором АО «Фармакон» является <И>. В соответствии со справкой № 42:15/00361 от 21.09.2016, выданной АО «Новый регистратор», являвшимся держателем реестра акционеров АО «Фармакон», в период с 01.10.2014 г. по 21.09.2016 г. акционерами АО «Фармакон» являлись: <И> – 50 % акций; <Ф> – 50 % акций.

Следовательно, условия о допустимости антиконкурентных соглашений, установленных в части 7 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, на ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» не распространяются, и при участии в Аукционах данные хозяйствующие субъекты должны были соблюдать требование пункта 2 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ.

Однако для поведения участников Аукционов характерны следующие особенности: АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» отказывались от реальной конкурентной борьбы, допуская лишь минимальное снижение начальных максимальных цен контрактов, а именно: в случае допуска к участию в аукционе по результатам рассмотрения первых частей заявок обоих участников и при отказе в допуске либо отсутствии других участников, одно из ценовых предложений делал представитель АО «Фармакон» либо ООО «ФАРГО», второй снижал цену на 1 % и становился победителем закупки, либо больше не делал ценовых предложений и победителем становился участник, сделавший первое ценовое предложение и снизивший цену на 0,5 %.

Таким образом, Аукционы прошли в отсутствие конкурентной борьбы и с минимальным снижением НМЦ.

Для Аукционов характерны следующие признаки и обстоятельства:

1. для участия в торгах, участники аукционов – конкуренты использовали единую инфраструктуру, включающую одинаковые IP-адреса, подготовку заявок на одном компьютере, использование одного адреса электронной почты и телефона;
2. участники аукционов имеют устойчивые связи (характер которых, однако, исключает их юридическую подконтрольность одному лицу);
3. аукционы завершились с минимальным снижением цены контракта;
4. аукционы проходили в разные периоды времени, отличались друг от друга начальной (максимальной) ценой и рядом других обстоятельств, однако, описанная выше модель поведения, состоящая из повторяющихся (аналогичных действий), однозначно прослеживается в каждом их перечисленных аукционов.

Как следует из совокупности документов и информации участники Аукционов вступили в устное антиконкурентное соглашение, целью которого было поддержание цен и обеспечения победы на торгах определенных участников картеля.

Вышеописанная система взаимоотношений АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» обеспечивала поддержание цен (минимальное снижение НМЦ в ходе торгов) при проведении Аукционов.

В соответствии с частью 2 статьи 8 Закона о контрактной системе, конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям настоящего Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции.

В силу пункта 7 статьи 4 ФЗ № 135-ФЗ 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.

При этом согласно пункту 17 статьи 4 ФЗ № 135-ФЗ под признаками ограничения конкуренции понимаются, в том числе, 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.

Из смысла указанных норм следует, что конкурирующие субъекты обязаны вести самостоятельную и независимую борьбу за потребителя поставляемых ими товаров, а попытки любого рода кооперации в этом вопросе нарушают запреты антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 18 статьи 4 ФЗ № 135-ФЗ соглашение – договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Сведениями о наличии письменного соглашения между ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» отсутствуют. Вместе с тем из совокупности имеющихся документов и информации следует, что между АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» заключено соглашение в устной форме. Соглашение, достигнутое в устной форме, не может и не должно быть документально подтверждено. О наличии устного соглашения свидетельствует установленная определенная модель поведения АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» на Аукционах, описанная выше. В отсутствие доказательств наличия письменного соглашения вывод о существовании между АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» устного соглашения сделан, в том числе, на основе анализа поведения данных хозяйствующих субъектов на Аукционах и других торгах, на поставку лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий для нужд медицинских учреждений в Кемеровской области.

Учитывая совокупность имеющихся в деле доказательств, в частности: совместную подготовку АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» заявок на участие в Аукционах; подачу заявок и ценовых предложений при участии в Аукционах с одних IP-адресов, выделенных <Ф> и ООО «ФАРГО»; использование единой инфраструктуры при подготовке и участии в Аукционах; использование АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» определённой модели поведения на торгах при проведении Аукционов – в случае допуска к участию в аукционе по результатам рассмотрения первых частей заявок обоих участников и при отказе в допуске либо отсутствии других участников, одно из ценовых предложений делал представитель АО «Фармакон» либо ООО «ФАРГО», второй снижал цену на 1 % и становился победителем закупки, либо больше не делал ценовых предложений и победителем становился участник, сделавший первое ценовое предложение и снизивший цену на 0,5 %, при этом в случае участия в иных торгах, в которых принимали участие иные хозяйствующие

субъекты помимо АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО», а также на электронных аукционах, в которых АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» участвовали отдельно друг от друга, но с наличием иных участников, снижение НМЦ в таких торгах достигало существенных значений, а АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» делали ценовые предложения значительно снижающие НМЦ (т.е. реально вели конкурентную борьбу на торгах); наличие тесных и устойчивых связей между АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО», в том числе тот факт, что ООО «ФАРГО» являлось для АО «Фармакон» поставщиком лекарственных средств, медикаментов и медицинских изделий в период проведения торгов на Аукционах, руководитель Кемеровского УФАС России приходит к выводу о наличии между ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон» соглашения, заключенного данными хозяйствующими субъектами в устной форме, с целью поддержания цен на Аукционах, что противоречит требованиям пункта 2 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

Ответственность за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести, в том числе, к поддержанию цен на торгах, предусмотрена частью 2 статьи 14.32 КоАП.

Руководитель Кемеровского УФАС России считает доводы, изложенные в письменных объяснениях ООО «ФАРГО» исх. № 53-06/17 от 05.06.2017 несостоятельными, в связи с тем, что <Ф> не соответствует требованиям, предъявляемым частью 8 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, к лицу, под контролем которого находятся хозяйствующие субъекты – ООО «ФАРГО» и АО «Фармакон».

По мнению руководителя Кемеровского УФАС России имеются в результате действий ООО «ФАРГО» имеются негативные последствия – отсутствие экономии бюджетных средств заказчиками Аукционов, на которое они могли рассчитывать при наличии реальной конкурентной борьбы на данных торгах.

При принятии решения по настоящему делу руководитель Кемеровского УФАС России учитывает, что вменяемое правонарушение совершено ООО «ФАРГО» впервые, а также наличие у ООО «ФАРГО» статуса субъекта малого и среднего предпринимательства.

Основания учитывать сложное финансовое положение ООО «ФАРГО» у руководителя Кемеровского УФАС России отсутствуют, поскольку ООО «ФАРГО» не представлено соответствующих доказательств данному факту.

По мнению руководителя Кемеровского УФАС России отсутствуют основания для применения части 3.2 статьи 4.1 КоАП, поскольку ООО «ФАРГО» не представлено доказательств наличия исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением ООО «ФАРГО».

Согласно части 1 статьи 2.1. КоАП административным правонарушением

признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Исходя из смысла данной нормы, юридическое лицо не подлежит ответственности в том случае, если будет доказано, что соблюдение норм и правил было невозможно в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые данное лицо не могло ни предвидеть, ни предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

Юридическое лицо признаётся виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП или законами субъекта РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В данном случае у ООО «ФАРГО» имелась возможность для соблюдения предусмотренных законом требований при участии в Аукционах, тем не менее, данным хозяйствующим субъектом всех зависящих от него мер по соблюдению законодательства РФ предпринято не было.

ООО «ФАРГО» документально не подтвердило наличие чрезвычайных обстоятельств, не позволивших выполнить требования пункта 2 части 1 статьи 11 ФЗ № 135-ФЗ, а также то, что им были предприняты все необходимые и возможные меры к неукоснительному и точному исполнению требований законодательства РФ.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Состав рассматриваемого административного правонарушения является формальным, следовательно, наличие (отсутствие) существенной угрозы охраняемым общественным отношением может быть оценено только с точки зрения степени вреда (угрозы вреда), причиненного непосредственно установленному публично-правовому порядку деятельности. В частности, существенная степень угрозы охраняемым общественным отношениям имеет место в случае пренебрежительного отношения лица к установленным правовым требованиям и предписаниям (публичным правовым обязанностям). В данном случае пренебрежительного отношения к правилам, установленным при проведении торгов и запретам, установленным антимонопольным законодательством.

ООО «ФАРГО» не представило доказательств, подтверждающих наличие исключительных обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности правонарушения. Осуществление действий, направленных на поддержание цен при проведении торгов свидетельствует о пренебрежительном отношении ООО «ФАРГО» к установленным законодательством РФ требованиям.

Негативные последствия действий ООО «ФАРГО» выразились в следующем: целью проведения процедуры торгов является выявление лица, которое может предложить наилучшую (наименьшую) цену за предлагаемый к поставке товар, т.е. экономии бюджетных средств. Данная цель при проведении Аукционов не

достигнута, поскольку указанные торги прошли в отсутствие конкурентной борьбы со стороны их участников (АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО») и с минимальным снижением НМЦ, что не приводит к экономии бюджетных средств.

Учитывая изложенное, руководитель Кемеровского УФАС России считает, что основания для применения статьи 2.9 КоАП отсутствуют.

Факт совершения административного правонарушения ООО «ФАРГО» подтверждается протоколом по делу № 243/05-АДМ-2017 об административном правонарушении от 06.06.2017 г., а также другими материалами дела.

Срок давности привлечения ООО «ФАРГО» к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП за нарушение антимонопольного законодательства, на момент вынесения настоящего постановления не истёк.

Решая вопрос о виде и размере административного наказания, руководитель Кемеровского УФАС России учитывает характер совершённого административного правонарушения, а также наличие отягчающего и смягчающего административную ответственность обстоятельств.

В силу пункта 4 примечания к статье 14.32 КоАП отягчающим административную ответственность обстоятельством является совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год.

С учётом положений части 2 статьи 4.2 КоАП руководитель Кемеровского УФАС России считает возможным признать в качестве обстоятельства, смягчающего вину ООО «ФАРГО», совершение административного правонарушения впервые.

Оценивая собранные по делу доказательства, руководитель Кемеровского УФАС России находит вину ООО «ФАРГО» доказанной, а действия верно квалифицированными по части 2 статьи 14.32 КоАП.

В соответствии с частью 2 статьи 14.32 КоАП административное наказание за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, влечёт наложение административного штрафа на юридических лиц - от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Сумма начальных максимальных цен Аукционов, при проведении которых между АО «Фармакон» и ООО «ФАРГО» было заключено устное соглашение, реализация которого привела к поддержанию цен на данных торгах, составила 56 749 764,88 рублей. Следовательно, административный штраф должен составлять:

от $56\,749\,764,88 * 0,1 = 5\,674\,976,488$ рублей

до $56\,749\,764,88 * 1/2 = 28\,374\,882,44$ рубля.

В силу примечания 4 к статье 14.31 КоАП за совершение административного

правонарушения, предусмотренного, в том числе, статьей 14.32 настоящего Кодекса, при отсутствии обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, административный штраф налагается на юридическое лицо в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и половины разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения. При наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, за исключением обстоятельств, предусмотренных пунктами 5 и 6 части 1 статьи 4.2 настоящего Кодекса, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит уменьшению за каждое такое обстоятельство на одну восьмую разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

Учитывая наличие одного смягчающего и одного отягчающего обстоятельства, размер административного штрафа должен составлять:

$$5\,674\,976,488 + (28\,374\,882,44 - 5\,674\,976,488)/2 = 17\,024\,929,464 \text{ руб.}$$

Вместе с тем, согласно информации, представленной ИФНС России по г. Кемерово, совокупный размер суммы выручки ООО «ФАРГО» за 2016 г. составил 88 319 000 рублей. Следовательно, административный штраф для ООО «ФАРГО» не может составлять более:

$$88\,319\,000 / 25 = 3\,532\,760 \text{ рублей}$$

Учитывая тот факт, что совокупный размер суммы выручки ООО «ФАРГО» за 2016 г. составил 88 319 000 рублей, руководитель Кемеровского УФАС России считает возможным назначить ООО «ФАРГО» административное наказание в размере одной двадцать пятой совокупного размера суммы данной выручки.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, а также частью 2 статьи 14.32 КоАП руководитель Кемеровского УФАС России,

ПОСТАНОВИЛА:

Признать общество с ограниченной ответственностью «ФАРГО» (ИНН 4205141828, ОГРН 1074205022220, дата регистрации: 13.11.2007 г., юридический адрес: 650003, г. Кемерово, ул. Марковцева, 20Б), виновным в совершении административного правонарушения ответственность за которое предусмотрена частью 2 статьи 14.32 КоАП и назначить ему наказание в виде административного штрафа в размере 3 532 760 (три миллиона пятьсот тридцать две тысячи семьсот шестьдесят) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки,

предусмотренных статьей 31.5 КоАП.

Согласно части 5 статьи 3.5 КоАП сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Реквизиты для уплаты административного штрафа:

Получатель: ИНН 4207012419 КПП 420501001, ОГРН 001034205025799,

ОКТМО: 32701000

Кемеровское УФАС России л/сч 04391522470 в УФК по Кемеровской области

р/с 40101810400000010007, отделение КЕМЕРОВО

БИК 043207001 КБК: 161 116 02010 01 6000 140

Назначение платежа: административный штраф по делу № 243/05-АДМ-2017

Копию документа, подтверждающего уплату административного штрафа, лицо, привлечённое к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление, по факсу 36-77-83 либо электронной почтой по адресу: to42@fas.gov.ru.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статьи 31.1 КоАП постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.