

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «18» декабря 2019 года.

В полном объеме решение изготовлено «25» декабря 2019 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия) в составе: «<...>»,

в присутствии по доверенности: от ОАО «Фармимэкс»: «<...>»; от Пензенского УФАС России: «<...>»,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ОАО «Фармацевтический импорт, экспорт» на решение и предписание Пензенского УФАС России от 09.09.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России [www.fas.gov.ru](http://www.fas.gov.ru) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

### УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «Фармацевтический импорт, экспорт» (далее также – АО «Фармимэкс», Общество) на решение и предписание Пензенского УФАС России от 09.09.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018 (далее также – Решение и Предписание соответственно).

Решением Пензенского УФАС России ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» и АО «Фармимэкс» признаны нарушившими пункт 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, путем заключения и участия в устном соглашении между заказчиком и участником аукционов, которое привело (могло

привести) к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для АО «Фармимэкс».

Также Пензенским УФАС России по итогам рассмотрения дела ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» и АО «Фармимэкс» были выданы обязательные для исполнения предписания. Так АО «Фармимэкс» было выдано предписание от 09.09.2019 № 3486-2, в том числе о необходимости не допускать нарушение пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, путем заключения и реализации антиконкурентного соглашения с АО «Фармимэкс».

Общество с вынесенными решением и предписанием Пензенского УФАС России не согласно, считает, что они нарушают единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Доводы общества изложены в жалобе, в частности, АО «Фармимэкс» утверждает, в решении отсутствуют необходимые элементы доказывания, анализ состояния конкуренции проведён в недостаточном объёме, Пензенским УФАС России не учтено, что АО «Фармимэкс» фактически является единственным поставщиком лекарственных средств по рассматриваемым в деле аукционам.

### **В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.**

В Пензенское УФАС России поступила информация из Следственного управления Следственного комитета России по Пензенской области, содержащая признаки нарушения антимонопольного законодательства в действиях АО «Фармимэкс» и ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» при заключении государственных контрактов на поставку лекарственных препаратов.

Из материалов дела и Решения Пензенского УФАС России следует, что в период 2016-2018 гг. АО «Фармимэкс» являлось участником и победителем по результатам проведения ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» аукционов на поставку лекарственных препаратов (проведено 10 аукционов по 3 лекарственным препаратам: «солирис» («Экулизумаб»), «инлита» («Акситиниб»), «афинитор» («Эверолимус»), применяемым при лечении онкологических заболеваний). Общая стоимость заключенных Обществом контрактов составила 146 853 694,75 руб.

За период 2016-2018 год ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» через уполномоченный орган на осуществление закупок

- Управление по регулированию контрактной системы и закупкам Пензенской области, проведены следующие закупки на поставку лекарственного препарата «Экулизумаб»:

Номер аукциона	Дата размещения извещения	НМЦ (рублей)	Участники	Цена Контракта (рублей)
0155200002216000050	29.02.2016	22 249 989,00	АО «Фармимэкс»	22 249 989,00
0155200002216000209	27.05.2016	22 020 930,00	АО «Фармимэкс»	22 020 930,00
0155200002216000425	07.11.2016	8 969 191,00	АО «Фармимэкс»	8 969 191,00
0155200002217000010	27.02.2017	9 784 548,00	АО «Фармимэкс»	9 784 548,00
0155200002217000024	13.03.2017	9 784 572,00	АО «Фармимэкс»	9 784 572,00
0155200002217000189	30.05.2017	9 784 572,00	АО «Фармимэкс»	9 784 572,00
0155200002217000316	28.07.2017	33 838 228,50	АО «Фармимэкс»	34 245 918,00
0155200002218000090	14.03.2018	28 546 350,00	АО «Фармимэкс»; ООО «Протезно-ортопедический центр»	26 405 373,75

30.06.2017 размещено извещение о проведении электронного аукциона № 0855200000517001175 на лекарственного препарата «Акситиниб». Начальная максимальная цена составила 1 720 500,00 рублей. В соответствии с протоколом рассмотрения единственной заявки на участие в электронном аукционе от 25.07.2017 № 0855200000517001175-0172103-02 победителем было признано АО «Фармимэкс».

26.07.2017 размещено извещение о проведении электронного аукциона № 0855200000517001490 на поставку лекарственного препарата «Эверолимус». Начальная максимальная цена составила 1 888 100,00 рублей. В соответствии с протоколом рассмотрения

единственной заявки на участие в электронном аукционе от 04.08.2017 № 0855200000517001490-01 победителем было признано АО «Фармимэкс».

Пензенским УФАС России исследованы и в решении по делу отражены следующие доказательства заключения и участия ГБУЗ и Общества в антиконкурентном соглашении:

1) материалы уголовного дела, по которому в отношении «<...>» принято обвинительное заключение и судом вынесен обвинительный приговор;

2) направление ГБУЗ запросов коммерческих предложений с электронного адреса ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» в адрес АО «Фармимэкс»;

3) направление с электронного адреса АО «Фармимэкс» коммерческих предложений АО «Фармимэкс», ООО «Солюс», ООО «Биотехмед» с незначительными различиями в цене препаратов, на основании которых ГБУЗ формировало НМЦ. Пензенским УФАС России установлено, что АО «Фармимэкс», направляя коммерческие предложения от имени нескольких хозяйствующих субъектов, фактически само формировало цену аукционов.

4) «<...>»;

5) информирование со стороны ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» о планируемом проведении аукциона путем представления Обществу соответствующей информации заведующим аптекой ГБУЗ, что подтверждается материалами уголовного дела.

Из Решения Пензенского УФАС России следует, что благодаря достигнутым договоренностям между ГБУЗ и АО «Фармимэкс», последнее имело возможность заблаговременно согласовать с поставщиками объемы поставки и получить данные лекарственные препараты для обеспечения возможности своевременного исполнения контрактов с ГБУЗ, в результате чего АО «Фармимэкс» были предоставлены преимущественные условия, в том числе, путем доступа к информации в приоритетном порядке, что также позволило заключать контракты по максимальной цене.

Пензенское УФАС России в Решении пришло к выводу о том, что АО «Фармимэкс», заранее обладающее информацией (о требованиях к участникам и препаратам, об объемах и сроках

поставки), могло приобретать необоснованные конкурентные преимущества по отношению к другим участникам, не располагающим такими сведениями. В данном случае, по мнению антимонопольного органа, ограничивалась или могла быть ограничена возможность иных потенциальных участников претендовать на право заключения контракта по итогам торгов на равных условиях.

Кроме того, как следует из протокола допроса «<...>», имеющегося в материалах уголовного дела, «<...>»

На основании изложенного, Пензенское УФАС России пришло к выводу о достижении и реализации между ГБУЗ и Обществом антиконкурентного соглашения, запрет на которое установлен пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

**По результатам рассмотрения жалобы ОАО «Фармацевтический импорт, экспорт» на решение и предписание Пензенского УФАС России от 09.09.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018 Апелляционная коллегия установила следующее.**

Согласно пункту 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Признаки ограничения конкуренции определены в пункте 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции, соглашение — это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме. Следовательно, при квалификации тех или иных действий хозяйствующих субъектов в качестве соглашения, обязательным является наличие и доказанность волеизъявления всех сторон соглашения.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок), запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том

числе координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также **заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников**, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации.

Из содержания указанной нормы следует, что установленные в ней запреты не являются безусловными, и состав нарушения не является формальным, следовательно, для квалификации действий, совершенных в рамках закупочной деятельности, в целях установления нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу необходимо доказывать последствия нарушения (в том числе возможные) в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников.

Таким образом, факт наступления или возможности наступления в результате заключенного соглашения негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников входят в предмет доказывания при рассмотрении дел о нарушении пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

При этом из смысла пункта 1 части 1 статьи 17 и пункта 8 статьи 4 Закона о защите конкуренции под преимущественными условиями понимаются такие условия, при которых хозяйствующий субъект поставлен в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия отмечает, что при установлении наступления или возможности наступления последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников в первую очередь должно быть установлено наличие конкуренции, негативное влияние на которую осуществляется в результате совершения оцениваемых действий (заключения соглашения).

Необходимость установления и оценки последствий тех или иных нарушений специального законодательства, регламентирующего

порядок проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений и закупок, и Закона о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду подтверждается также судебной практикой (например, постановление Президиума ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10, Определение ВАС РФ от 26.06.2013 № ВАС-8306/13 по делу № А65-26521/2011, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.03.2015 № Ф10-482/2015 по делу № А14-2212/2014).

При этом в Решении указано, что ввоз препарата «солирис» («Экулизумаб»), производство которого осуществляет компания «Патеон» (Италия), на территорию Российской Федерации осуществляло только АО «Фармимэкс».

Иных обстоятельств наличия или отсутствия конкуренции на рынке лекарственного препарата «солирис» («Экулизумаб») в решении не содержится, равно как и не содержится доказательств негативного влияния действий (соглашения) ответчиков по делу на конкуренцию на данном рынке.

В рамках рассмотрения жалобы Пензенским УФАС России также была представлена информация, которая свидетельствует о том, что поставка препарата «солирис» («Экулизумаб») в других регионах Российской Федерации по результатам проведения закупочных процедур осуществлялась иными хозяйствующими субъектами в различных субъектах Российской Федерации, в том числе и ООО «Салюс», ООО «Базис», ООО «Биотехмед», коммерческие предложения которых АО «Фармимэкс» представляло для формирования ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» начальной максимальной цены контрактов.

Однако, данные обстоятельства не получили указанной оценки при рассмотрении Пензенским УФАС России дела и принятии Решения.

Кроме того, Апелляционной коллегией, исходя из материалов дела, также установлено, что ввоз на территорию Российской Федерации препарата «инлита» («Акситиниб») осуществляло ООО «Пфайзер» (г. Москва) на основании договора поставки №31-PF-INV/2016 от 01.12.2015 (срок действия договора до 31.12.2019), заключенного с АО «Фармимэкс», а ввоз на территорию Российской Федерации препарата «афинитор» («Эверолимус») осуществляло ООО «Новартис Фарма» (г. Москва) на основании договора поставки №372-КД от 21.12.2016 (срок действия договора до 31.12.2019), заключенного с АО «Фармимэкс».

Вместе с тем указанные обстоятельства также не были исследованы Пензенским УФАС России в рамках рассмотрения дела и не отражены в Решении. Оценка негативного влияния на конкуренцию на рынках указанных препаратов или возможность такого влияния также не дана и не доказана.

Таким образом, Пензенским УФАС России не были установлены и исследованы надлежащим образом все обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела и установления факта нарушения, запрет на которое установлен пунктом 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

При этом из материалов дела следует, что в рассматриваемом случае имело место заключение между ГБУЗ и ОАО «Фармимэкс» соглашения, что подтверждается, в том числе, материалами уголовного дела. Так, из протокола допроса «<...>».

Указанные обстоятельства также свидетельствуют о наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства, которые при рассмотрении дела необходимо было соотнести с доказательствами негативного влияния или возможности такого влияния на конкуренцию.

При этом в соответствии с Разъяснениями Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденными 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.

Кроме того, согласно «Обзору по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере», утвержденным Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016, факт заключения хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия отмечает, что в отсутствие совокупности доказательств как заключения соглашения, так и его негативного влияния (возможности такого влияния) на конкуренцию действиями ответчиков по делу не могут быть



квалифицированы по пункту 1 части 1 статьи 17 закона о защите конкуренции.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что решение Пензенского УФАС России от 09.09.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018 нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства, в связи с чем решение и предписание Пензенского УФАС России подлежат отмене, а дело № 3-09/77-2018 направлению на новое рассмотрение.

Вместе с тем, учитывая наличие в материалах дела доказательств, свидетельствующих о признаках нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции в действиях рассматриваемых лиц, Апелляционная коллегия считает необходимым обеспечить рассмотрение дела с учетом указанных обстоятельств.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

#### **РЕШИЛА:**

1. Отменить решение и предписание Пензенского УФАС России от 09.09.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018.

2. Направить дело о нарушении антимонопольного законодательства № 3-09/77-2018 в Пензенское УФАС России на новое рассмотрение с учетом наличия в действиях АО «Фармимэкс» и ГБУЗ «Областной онкологический диспансер» признаков нарушения антимонопольного законодательства.

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 по итогам рассмотрения 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.