

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «24» марта 2020 года.

В полном объеме решение изготовлено «31» марта 2020 года.

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

в присутствии (посредством видео-конференц-связи): от АО НПК «Катрен» "<...>"; от Новосибирского УФАС России: "<...>",

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО НПК «Катрен» на решение Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019 (далее также соответственно — Решение, Дело) (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 «НПК «Катрен» на решение Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019.

Решением Новосибирского УФАС России АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» признаны нарушившими статью 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о

защите конкуренции), путем заключения 2 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 24.09.2018 № 3511-РЛ2018 и № 3512-РЛ 2018 без проведения конкурентных процедур по определению поставщика, что привело или могло привести к ограничению конкуренции на рынке лекарственных препаратов для медицинского применения. Также Новосибирским УФАС России АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» было выдано предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019 (далее также — Предписание) о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, а также представлении к 29.12.2019 в Новосибирское УФАС России сведений о контрактах, заключённых между вышеуказанными лицами за период 2019 года (в форме закупки у единственного поставщика (исполнителя)).

АО НПК «Катрен» с вынесенным решением Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019 не согласно, просит решение пересмотреть.

Доводы ОАО НПК «Катрен» изложены в жалобе. В частности, АО НПК «Катрен» указывает, что при заключении рассматриваемых в деле контрактов АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» действовали в полном соответствии с действовавшим на тот момент законодательством, в том числе Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ).

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

В адрес Новосибирского УФАС России поступило обращение Контрольно-счетной палаты Новосибирской области (вх. № 6383 от 02.07.2019г.), указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» при заключении контрактов на поставку товаров.

В заявлении указывается, что Контрольно-счетной палатой Новосибирской области (далее также – КСП НСО) в соответствии с пунктом 1.7 Годового плана работы Контрольно-счетной палатой Новосибирской области на 2019 год проведен аудит в сфере закупок лекарственных средств, осуществленных для государственных нужд Новосибирской области в 2018 году в отношении ГКУ НСО «Новосибоблфарм».

В ходе аудита в сфере закупок КСП НСО установлены случаи

«дробления закупок» - заключение заказчиком нескольких контрактов (договоров) в соответствии с пунктом 4 статьи 93 Закона № 44-ФЗ на сумму до 100 000 рублей с одинаковым предметом и поставщиком.

В рамках рассмотрения Дела Новосибирским УФАС России было установлено, в том числе, следующее.

24.09.2018 между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» (заказчик) и АО НПК «Катрен» (поставщик) было заключено 2 контракта:

- № 3511-РЛ 2018, цена контракта 71 914 рублей (окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 25 упаковок, цена за единицу без НДС- 1 336 рублей);
- № 3512-РЛ 2018, цена контракта 99 992 рубля (окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50, 68 упаковок, цена за единицу без НДС - 1 336 рублей).

Таким образом, на дату 24.09.2018 заказчик испытывал нужду в поставке товара окскарбазепин/трилептал, таблетки, покрытые плёночной оболочкой 600 мг. № 50 на сумму более 100 000 рублей.

Заказчиком в рамках рассмотрения Дела в качестве нормативно-правового обоснования заключения указанных контактов был указан пункт 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ.

Согласно пункту 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ в редакции, действовавшей на момент заключения контрактов, закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) может осуществляться заказчиком, в том числе в случае осуществления закупки товара, работы или услуги на сумму, не превышающую трехсот тысяч рублей. При этом годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей. Указанные ограничения годового объема закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не применяются в отношении закупок, осуществляемых заказчиками для обеспечения муниципальных нужд сельских поселений. На заказчиков, осуществляющих деятельность на территории иностранного государства, при осуществлении закупок в соответствии с настоящим пунктом не распространяются ограничения в части установления цены контракта, не превышающей трехсот тысяч рублей. В отношении федерального органа исполнительной власти, осуществляющего закупки для обеспечения федеральных нужд государственных органов,

образованных для обеспечения деятельности Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, расчет указанных ограничений годового объема закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, производится отдельно для такого федерального органа исполнительной власти и каждого такого государственного органа.

В Решении Новосибирское УФАС России приходит к следующим выводам.

Формальное соблюдение требований статьи 93 Закона о контрактной системе само по себе не свидетельствует об отсутствии угрозы нарушения, ограничения, недопущения конкуренции на соответствующем товарном рынке и не освобождают заказчика от обязанности соблюдения иных требований действующего законодательства, в том числе касающихся обеспечения конкуренции.

Проведение публичных процедур способствует развитию конкуренции за обладание правом исполнения договора путем создания условий для выбора контрагента, предлагающего наилучшие условия, что обеспечивает равный доступ к исполнению договора всех заинтересованных лиц.

Непроведение публичных процедур, когда это необходимо в силу закона, свидетельствует о предоставлении необоснованных преимуществ при осуществлении хозяйственной деятельности исполнителю и как следствие о достижении соглашения, направленного на ограничение конкуренции.

При этом Новосибирским УФАС России в Решении также отмечено отсутствие какой-либо объективной обусловленности не проведения конкурентных процедур, а также что, по мнению Новосибирского УФАС России, заказчик располагал достаточным количеством времени для проведения закупки с использованием конкурентных процедур.

На основании изложенного, Новосибирское УФАС России в Решении пришло к выводу о наличии в действиях АО НПК «Катрен» и ГКУ НСО «Новосибоблфарм» нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции, путем заключения 2 контрактов на поставку лекарственных препаратов от 24.09.2018 № 3511-РЛ2018 и № 3512-РЛ 2018 без проведения конкурентных процедур по определению поставщика, что привело или могло привести к ограничению конкуренции на рынке лекарственных препаратов для медицинского применения.

**По результатам рассмотрения жалобы АО «НПК «Катрен» на решение Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении**

**антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019,  
Апелляционная коллегия установила следующее.**

Статьей 16 Закона о защите конкуренции запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

В соответствии с Разъяснениями № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденными протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3, факт заключения ограничивающего конкуренцию 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», утвержденному Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016, факт заключения хозяйствующими субъектами ограничивающего соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

По мнению Новосибирского УФАС России, отраженному в Решении, заключение нескольких контрактов на сумму до 100 тыс. рублей в один день, (от 24.09.2018) с единственным поставщиком (АО НПК «Катрен») и оплаченных платежными поручениями от одной даты является намеренным уходом от конкурентных процедур и противоречит требованиям статьи 16 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем, по мнению Апелляционной коллегии, сам факт заключения договоров между ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен» без проведения конкурентных процедур не может использоваться в качестве единственного доказательства нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции. Данные обстоятельства могут быть положены в основу доказательства наличия антиконкурентного соглашения только в

совокупности с другими доказательствами, подтверждающими факт сговора.

Указанная позиция также находит отражение в судебной практике, например, в Постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 суд указал, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности».

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. Применительно к статье 16 Закона о защите конкуренции — органа власти (организации, осуществляющий функции органов власти) и хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов).

Так, данный вывод подтверждается постановлением Арбитражного суда Московского округа от 25.12.2019 № Ф05-19097/2019 по делу № А40-258627/18-92-2830, в котором указано, что соглашение (исходя из пункта 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции) является согласованным волеизъявлением двух или более участников.

Однако Новосибирским УФАС России не доказан факт наличия волеизъявления второй стороны соглашения - АО НПК «Катрен».

Кроме того, как уже было указано выше, одной из сторон антиконкурентного соглашения, квалифицируемого по статье 16 Закона о защите конкуренции, должен является орган власти, либо организация, осуществляющая функции органа власти.

В Решении Новосибирским УФАС России указано, что в соответствии с уставом ГКУ НСО «Новосибоблфарм» создано для оказания государственных услуг, выполнения работ и (или) исполнения государственных функций в целях обеспечения реализации предусмотренных законодательством Российской Федерации полномочий органов государственной власти Новосибирской области в сфере здравоохранения и осуществляет в том числе закупку, получение, хранение, отпуск в медицинские организации Новосибирской области лекарственных препаратов для медицинского применения, медицинских иммунобиологических препаратов, диагностических средств, расходных

материалов, дополнительного детского питания, медицинских изделий, специализированных продуктов лечебного питания в рамках мероприятий государственной программы «Развитие здравоохранения Новосибирской области на 2013 - 2020 годы».

На основании изложенного, Новосибирским УФАС России в Решении сделан вывод о том, что ГКУ НСО «Новосибоблфарм» является субъектом (заказчиком), действующим в соответствии с Законом № 44-ФЗ.

Вместе с тем Новосибирским УФАС России не исследован вопрос о том, является ли в рассматриваемой ситуации деятельность по закупке ГКУ НСО «Новосибоблфарм» лекарственных препаратов осуществлением функции органа власти, что является необходимым условием для возможности квалификации действий указанного лица по статье 16 Закона о защите конкуренции.

Указанная позиция подтверждается судебной практикой: определение Верховного Суда Российской Федерации от 11.03.2020 № 301-ЭС20-1622 по делу № А11-9723/2018; определение Верховного Суда Российской Федерации от 22.01.2018 № 305-КГ17-20689 по делу № А40-228874/2016.

Таким образом, по мнению Апелляционной коллегии, в рамках рассмотрения Дела Новосибирским УФАС России в недостаточном объеме исследованы рассматриваемые в Деле обстоятельства, в связи с чем имеющихся в Деле и описанных в Решении фактов недостаточно для признания нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции в рассматриваемых действиях ГКУ НСО «Новосибоблфарм» и АО НПК «Катрен».

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что решение и предписание Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019 нарушают единообразие практики применения антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе: оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа; изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 1 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

## РЕШИЛА:

отменить решение и предписание Новосибирского УФАС России от 16.12.2019 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 054/01/16-1896/2019.

"<...>"

"<...>"

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.