

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «11» марта 2021 года

В полном объеме решение изготовлено «18» марта 2021 года

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: председателя Апелляционной коллегии: «<...>» ; заместителя председателя Апелляционной коллегии: «<...>»; членов Апелляционной коллегии: «<...>», «<...>»,

при участии посредством видео-конференц-связи: представителей ООО «САВ-МЕД»: «<...>» (по доверенности), «<...>» (по доверенности); представителя ООО «САВ-ФАРМ»: «<...>» (по доверенности); представителя ООО ТД «ВИАЛ»: «<...>» (по доверенности); представителей ООО «Верофарм»: «<...>» (по доверенности), «<...>» (по доверенности); представителей Свердловского УФАС России: «<...>» – заместителя руководителя Свердловского УФАС России, «<...>» – начальника отдела по борьбе с картелями Свердловского УФАС России, «<...>» – главного специалиста-эксперта отдела по борьбе с картелями Свердловского УФАС России,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» на решение Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 (уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы размещено на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

УСТАНОВИЛА:

на рассмотрение Апелляционной коллегии в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) поступила жалоба ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» (далее — Заявители, Общества) на решение Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 (далее также — жалоба, Решение).

Решением Комиссии Свердловского УФАС России (далее - Комиссия) от 31.12.2020 ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, путем необоснованного поддержания цены при участии в аукционе № 0162200011819001111 на поставку лекарственного препарата «Паклитаксел» (с торговыми наименованиями «Таксакад») для нужд ГАУЗ СО «Свердловский областной онкологический диспансер» (далее - ГАУЗ СО «СООД»).

Заявители с вынесенным решением Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 не согласны и просят его отменить.

Доводы заявителей изложены в жалобе, в частности заявители указывают, что косвенные доказательства, установленные Свердловским УФАС России, не свидетельствуют о заключении ограничивающего конкуренцию соглашения.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

Дело о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 (далее - Дело) было возбуждено Свердловским УФАС России в связи с обнаружением признаков нарушения антимонопольного законодательства по итогам рассмотрения заявления ООО «Сеть городских порталов» (вх. № 01-4455 от 19.02.2020), содержащего информацию о заключении между ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед», ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «АВК-Альянс» соглашения (картеля), запрещенного пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, направленного на поддержание цены при участии в торгах на поставку в 2019 году лекарственных препаратов для онкобольных для нужд лечебно-профилактических учреждений Свердловской области, проводимых в рамках 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).

В ходе рассмотрения Дела Свердловским УФАС России установлено следующее.

Департаментом государственных закупок Свердловской области на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок zakupki.gov.ru (далее - ЕИС) 30.04.2019 было опубликовано извещение о проведении торгов в форме открытого аукциона № 0162200011819001111 на поставку лекарственного препарата «Паклитаксел» с начальной максимальной ценой контракта (далее – НМЦК) 85 156 684,02 руб.

27.05.2019 в ЕИС был опубликован протокол проведения аукциона от 27.05.2019 № 0162200011819001111-2, согласно которому поступило 5 заявок на участие в указанном аукционе от ООО «АВК-Альянс», ООО «Верофарм», ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-Мед», ООО ТД «ВИАЛ». По итогам указанного аукциона ООО «Аптека «Вербена-Фарма» было признано победителем.

При этом 22.05.2019 Свердловским УФАС России ГАУЗ СО «СООД» (заказчику), уполномоченному органу в лице Департамента государственных закупок Свердловской области было выдано предписание от 22.05.2019 № 066/06/33-948/2019 об устранении в срок до 14.06.2019 нарушения Закона о контрактной системе, допущенные при проведении электронного аукциона № 0162200011819001111, в связи с чем 29.05.2019 в ЕИС была опубликована информация об отмене протокола проведения аукциона от 27.05.2019 № 0162200011819001111.

24.06.2019 в ходе повторного проведения аукциона № 0162200011819001111 в нем приняли участие ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед», ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО ТД «ВИАЛ», ООО «Верофарм». Первым ценовое предложение сделало ООО ТД «ВИАЛ» со снижением НМЦК на 425 783 рубля, то есть на 0,5 %.

ООО «Аптека «Вербена-Фарма» и ООО «САВ-Мед» подали ценовые предложения со снижением НМЦК на 1 копейку. ООО «САВ-Фарм» снизило НМЦК на 2 копейки, заведомо зная, что к данным торгам, по отношению к ООО ТД «ВИАЛ» будет применено положение установленное пунктом 1 постановления Правительства Российской Федерации от 30.11.2015 № 1289 «Об ограничениях и условиях допуска, происходящих из иностранных государств лекарственных препаратов, включенных в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Постановление Правительства РФ № 1289), согласно которому для целей осуществления закупок лекарственного препарата, включенного в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов (далее - лекарственный препарат), для обеспечения государственных и муниципальных нужд (с одним международным непатентованным наименованием или при отсутствии такого наименования - с химическим или группировочным наименованием), являющегося предметом одного контракта (одного лота), заказчик отклоняет все заявки (окончательные предложения), содержащие предложения о поставке лекарственных препаратов, происходящих из иностранных государств (за исключением государств - членов Евразийского экономического союза), в том числе о поставке 2 и более лекарственных препаратов, страной происхождения хотя бы одного из

которых не является государство - член Евразийского экономического союза, за исключением заявок (окончательных предложений), которые содержат предложения о поставке оригинальных или референтных лекарственных препаратов по перечню согласно приложению, при условии, что на участие в определении поставщика подано не менее 2 заявок (окончательных предложений), которые удовлетворяют требованиям извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке и которые одновременно.

В результате проведения указанных торгов ООО «САВ-Фарм» было признано победителем, после чего ГБУЗ СО «СООД» с ООО «САВ-Фарм» был заключен контракт от 09.07.2019 № 0162200011819001111 на сумму 85 156 684 рубля.

В рамках рассмотрения Дела Свердловским УФАС России было также установлено, что на момент проведения рассматриваемого в Деле аукциона ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма»: были фактически расположены по одному адресу (г. Екатеринбург, площадь 1-й Пятилетки, б/н склад цеха 61); использовали единую инфраструктуру (мобильные номера телефонов: 8-922-133-38-11, 8-343-382-25-34, адреса электронных почт: sekr@raduga-forma.ru, sysadmin@raduga-forma.ru, сайта в сети «Интернет»: <http://raduga-ural.ru>); имели общих сотрудников, также состоящих в родственных связях; имели устойчивые хозяйственные связи.

На основании изложенного, Свердловское УФАС России пришло к выводу о наличии в действиях ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции при участии в открытом аукционе в электронной форме на поставку лекарственного препарата «Паклитаксел».

По результатам рассмотрения жалобы ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» на решение Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 Апелляционная коллегия установила следующее.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

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.

При этом факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств (указанная позиция также отражена в Разъяснениях Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3).

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.

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 рамках рассмотрения Дела Свердловским УФАС России была установлена следующая совокупность косвенных доказательств заключения ограничивающего конкуренцию соглашения между ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма»:

- фактическое расположение ответчиков по одному адресу (г.

Екатеринбург, площадь 1-й Пятилетки, б/н склад цеха 61);

- оформление участниками торгов сертификатов электронных цифровых подписей на одних физических лиц: «<...>», являющегося поверенным ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма», а также сотрудником ООО «САВ-Фарм»; «<...>», являющегося поверенным ООО «САВ-Фарм» и ООО «САВ-Мед»;

- формирование заявок ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма» на участие в аукционе одним лицом - «<...>»;

- использование ответчиками единой инфраструктуры (мобильных номеров телефонов: 8-922-133-38-11, 8-343-382-25-34, адресов электронных почт: sekr@raduga-forma.ru, sysadmin@raduga-forma.ru, сайта в сети «Интернет»: <http://raduga-ural.ru>);

- наличие у ответчиков общих сотрудников, также состоящих в родственных связях;

- наличие устойчивых хозяйственных связей между ответчиками (согласно ответу МИФНС № 24 по Свердловской области от 20.04.2020 № 10/14-16149@ ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма» закупали друг у друга лекарственные препараты);

- поставка участниками торгов № 0162200011819001111 ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед» и ООО «Аптека «Вербена-Фарма» друг другу медицинских препаратов (наличие отношений поставщик – покупатель);

- цена за единицу товара («Паклитаксел») в торгах № 0162200011819001111, определённая в результате отказа от ценовой конкуренции ООО «САВ-Фарм», ООО «САВ-Мед», ООО «Аптека «Вербена-Фарма» была существенно выше (на 35-80%), чем в аналогичных торгах, в которых участвовали Общества в тот же период времени;

- фактическая реализация хозяйствующими субъектами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), выразившаяся в поддержании цены на торгах.

По мнению Апелляционной коллегии, при данных обстоятельствах Свердловское УФАС России обоснованно пришло к выводу о наличии в действиях ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции путем необоснованного поддержания цены при участии в аукционе № 0162200011819001111 на поставку лекарственного препарата «Паклитаксел» (с торговыми наименованиями «Таксакад») для нужд ГАУЗ

СО «СООД».

Апелляционная коллегия также отклоняет довод жалобы о нахождении ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ», ООО «САВ-МЕД» в группе лиц, подконтрольной «<...>», в связи со следующим.

Согласно части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции положения указанной статьи не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

При этом в пункте 28 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее — Постановление Пленума ВС РФ от 04.04.2021 № 2) указано, что контроль должен осуществляться в одной из форм, указанных в части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Частью 8 Закона о защите конкуренции установлено, что под контролем в статьях 11, 11.1 и 32 Закона о защите конкуренции понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1. распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
2. осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

При этом Свердловским УФАС России в Решении было установлено и подтверждается материалами Дела, в том числе выписками из Единого государственного реестра юридических лиц, что в период проведения рассматриваемого в Деле аукциона учредителем ООО «САВ-Фарм» являлся «<...>» (100 %), директором ООО «САВ-Фарм» - «<...>»; учредителем ООО «САВ-Мед» являлся «<...>» (100%), директором ООО «САВ-Мед» - «<...>»; учредителем ООО «Аптека «Вербена-Фарма» являлся «<...>» (100%), директором ООО «Аптека «Вербена-Фарма» являлся «<...>».

Кроме того, вхождение в группу лиц по основаниям, отличным от указанных в части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в том числе корпоративное, экономическое, территориальное и структурное единство, не освобождает хозяйствующих субъектов от соблюдения запретов, установленных частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции (постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29.05.2019 по делу № А45-12373/2018, оставленное в силе определением Верховного Суда Российской Федерации от 19.08.2019 № 304-ЭС19-14085).

Так, согласно пункту 7 Постановления Пленума ВС РФ от 04.04.2020 № 2 в тех случаях, когда Закон о защите конкуренции устанавливает специальные правила применения антимонопольных запретов при наличии группы лиц, в частности освобождение группы лиц от действия запрета на участие в соглашениях, ограничивающих конкуренцию, в соответствии с частью 7 статьи 11 Закона, применению подлежат указанные специальные правила.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия соглашается с выводом Свердловского УФАС России, о том, что Заявители не входили на момент проведения рассматриваемого в деле аукциона в подконтрольную группу лиц в соответствии с частью 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в связи с чем у антимонопольного органа отсутствовали основания для применения исключения, предусмотренного частью 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, решение Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 не нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно пункту 2 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции Апелляционная коллегия по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе, в том числе отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

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

РЕШИЛА:

оставить жалобу ООО «Аптека «Вербена-Фарма», ООО «САВ-ФАРМ»,

ООО «САВ-МЕД» на решение Свердловского УФАС России от 31.12.2020 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 066/01/11-2042/2020 без удовлетворения.

Председатель
Апелляционной коллегии: _____ «<...>»

Заместитель председателя

Апелляционной коллегии: _____ «<...>»

Члены

Апелляционной коллегии: _____ «<...>»

_____ «<...>»

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.