Комиссия Удмуртского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председатель комиссии – <…> –руководитель Управления;

Члены комиссии:

<…> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля,

<…> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля,

рассмотрев дело №ММ06-06/2018-10 по признакам нарушения ГУП УР «Фармация» пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального Закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон «О защите конкуренции»),

УСТАНОВИЛА:

В Удмуртское УФАС России поступило заявление БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» (вх. № 154 от 12.01.2018 г.) в отношении действий ГУП УР «Фармация» по понуждению к заключению договора на поставку наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров с формированием цены, включающей оптовую и розничную надбавку.

В целях рассмотрения указанного заявления Удмуртским УФАС России были направлены запросы информации в адрес ГУП УР «Фармация», БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» и Министерства здравоохранения Удмуртской Республики.

Рассмотрев представленную информацию, Удмуртское УФАС России установило следующее.

Согласно пункту 10 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции», запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе нарушение установленными нормативными актами порядка ценообразования.

В соответствии с Федеральным законом от 8 января 1998 года № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», постановлением Правительства Российской Федерации от 26 июля 2010 года № 558 «О порядке распределения, отпуска и реализации наркотических средств и психотропных веществ», приказа Министерства здравоохранения Российской Федерации от 12 ноября 1997 года № 330 «О мерах по улучшению учета, хранения, выписывания и использования наркотических средств и психотропных веществ», Приказа Министерства Здравоохранения Удмуртской Республики от 2 ноября 2010 г. № 544 «О распределении наркотических средств и психотропных веществ» ГУП УР «Фармация» определено уполномоченной организацией по распределению наркотических средств и психотропных веществ, включенных в перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в Удмуртской Республике.

Согласно заявлению БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР», ГУП УР «Фармация» не участвует в конкурентных закупках и отказывается заключить договора по оптовой отпускной цене за единицу лекарственного препарата.

Так, БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» проводило следующие закупки (размещены извещения):

1. Извещение о проведении запроса котировок было размещено на официальном сайте www.zakupki.gov.ru (Извещение о проведении запроса котировок №0313300135417000231 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106360012120000 на поставку лекарственного препарата МНН: Фентанил).

Процедурой проведения вскрытия конвертов, открытия доступа к электронным документам заявок участников проведенной 30.10.2017 года, запрос котировок признан несостоявшимся в следствии отсутствия заявок на участие в запросе котировок.

2. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000235 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106350012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Кетамин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.

3. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000234 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106340012120000 на поставку лекарственного

препарата МНН:Тримеперин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки;

4. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000233 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106330012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Диазепам. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки;

5. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000232 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106320012120000 на поставку лекарственного препарата МНН:Натрия оксибутират. Извещение о проведении электронного аукциона №0313300135417000236 от 20.10.2017 ИКЗ 172182600051018410100106310012120000 на поставку лекарственного препарата МНН: Морфин. На момент окончания даты и срока подачи заявок не поступило ни одной заявки.

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

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

включенных в перечень ЖНВЛП от 12.12.2017 года.

БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» представило в адрес Удмуртского УФАС России договоры поставки ЖНВЛП №№ 18П-3/4, 18П-3/5, 18П-3/3, 18П-3/1, 18П-3/2, 18П-3/6 от 01.01.2018 г., заключенные с ГУП УР «Фармация» по ценам, включающим и оптовую и розничную наценку.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 5 Закона «О защите конкуренции», доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов.

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

По результатам анализа состояния конкуренции на рынках реализации и отпуску наркотических средств и психотропных веществ и их прекурсоров в географических границах Удмуртской Республики (в разрезе городов и муниципальных районов) за 2017 г., Удмуртским УФАС России установлено, что ГУП УР «Фармация» занимает доминирующее положение на рынке реализации наркотических средств и психотропных веществ и их прекурсоров в границах г. Ижевска с долей 100%.

Пунктом 2 статьи 2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее - Закон № 381-ФЗ) установлено, что оптовая торговля - вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в

предпринимательской деятельности (в том числе для перепродажи) или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

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

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

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

Вместе с тем при реализации товаров оптом оформляется договор поставки или иной договор гражданско-правового характера, содержащий признаки договора поставки. В главе 30 ГК РФ приведены данные, которые должен содержать такой договор: стороны сделки, ассортимент товаров, порядок и форма расчетов, момент перехода права собственности на товар.

В соответствии со статьей 506 ГК РФ по договору поставки поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые, или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Принимая во внимание, что поставка осуществляется в медицинскую организацию для осуществления медицинской, в том числе, лечебной деятельности, не связанной с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием, а также с учетом требования статей 53,

54 Закона № 61-ФЗ реализация лекарственных средств медицинским организациям может осуществляться только производителями лекарственных средств и организациями оптовой торговли лекарственными средствами по правилам, утвержденным соответствующими уполномоченными федеральными органами исполнительной власти.

Данная позиция Удмуртского УФАС России подтверждена решениями арбитражных судов трех инстанций по делу № А71-9110/2015.

С учетом изложенного, исходя из понятия реализации наркотических средств, психотропных веществ, определения оптовой торговли, ГК РФ, поставка лекарственных препаратов по заключенным между БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» и ГУП УР «Фармация» договорам должна осуществляться по оптовым надбавкам, без применения розничных надбавок.

Постановлением РЭК УР от 09.11.2012 № 14/8 «О предельных размерах оптовых и предельных размерах розничных надбавок на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные препараты», установлены предельные размеры оптовых и предельные размеры розничных надбавок к фактическим отпускным ценам производителей на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов. Для наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, включенных в утвержденный Правительством Российской Федерации перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, установлены предельная оптовая надбавка – 55%, предельная розничная надбавка – 60%.

Действия ГУП УР «Фармация» содержат признаки нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции», что выразилось в нарушении субъектом занимающим доминирующее положение на товарном рынке установленного порядка ценообразования при осуществлении оптовой поставки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров путем применения одновременно оптовой и розничной торговой надбавки, что не предусмотрено действующим законодательством, и приводит к ущемлению интересов БУЗ УР «ГКБ № 6 МЗ УР» в сфере предпринимательской деятельности и ущемлению интересов неопределенного круга потребителей – конечных получателей

лекарственных средств.

В соответствии с частью 1 статьи 42.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Привлечь к участию в рассмотрении дела №ММ06-06/2018-10 в качестве лица, располагающих сведениями о рассматриваемых Комиссией обстоятельствах, Министерство здравоохранения Удмуртской Республики.

2. Представителю Минздрава УР необходимо явиться на заседание Комиссии **16 мая 2018 г. в 09 часов 30 минут** в помещении Удмуртского УФАС России по адресу: ул. Ухтомского, дом 24, 3 этаж, каб. 301, для дачи пояснений по обстоятельствам дела.

3. Минздраву УР в срок **до 16:00 07.05.2018** необходимо представить следующие документы и информацию:

3.1. Письменные пояснения (возражения, дополнения) по поводу сведений, указанных в настоящем определении, с приложением копий подтверждающих документов, нормативно-правовым обоснованием.

3.2. Письменные пояснения о том, может ли ГУП УР «Фармация», по мнению Министерства, применять розничную торговую надбавку при поставке наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, с приложением копий подтверждающих документов, нормативно-правовым обоснованием.

3.3. Письменные пояснения о результатах рассмотрения Минздравом УР заявления БУЗ УР «ГКБ №6 МЗ УР» о понуждении со стороны ГУП УР «Фармация» к заключению договоров на поставку наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров (заявление было изначально направлено в Минстрой УР, перенаправлено письмом Минстроя УР от 14.03.2018 исх.№13-05/01/2370), с приложением копий подтверждающих документов (копий решений, постановлений, вынесенных по результату рассмотрения заявления).

3.4. Иные документы и сведения, способствующие рассмотрению дела (по усмотрению).

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии <…> <…>