



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД  
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12  
адрес электронной почты: [info@mail.9aas.ru](mailto:info@mail.9aas.ru)  
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ  
№ 09АП-15883/2013  
№ 09АП-18339/2013

г. Москва  
01 августа 2013 года

Дело № А40-92025/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 25 июля 2013 года  
Постановление изготовлено в полном объеме 01 августа 2013 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:  
председательствующего судьи Мухина С.М.,  
судей: Попова В.И., Яковлевой Л.Г.,  
при ведении протокола секретарем судебного заседания Жеренковой Ю.Г.,  
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы Федеральной  
антимонопольной службы, ООО «Медикал лизинг-консалтинг»  
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.03.2013 по делу № А40-92025/2012,  
принятое судьей Блинниковой И.А. (120-895)  
по заявлениям: 1) ЗАО «Р-Фарм», 2) ЗАО «Аптека-Холдинг», 3) ООО «Медикал  
лизинг-консалтинг», 4) ООО «Виренд Интернейшнл», 5) ООО «МАНАС МЕД», 6) ООО  
«Эдвансд Трейдинг», 7) ОАО «Фармасинтез»  
к Федеральной антимонопольной службе  
3-и лица: 1) ЗАО «КОРАЛ-МЕД»; 2) ООО «Росресурс»; 3) ЗАО «Шрея  
Корпорэйшнл»; 4) Министерство здравоохранения РФ; 5) ООО «ДиМедика»  
о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы,  
при участии:  
от заявителя: 1) Рожков Д.Л., Курьянова О.Н., по доверенности 07.09.2011;  
2) Бекешенко Э.А., Суббот А.В., по доверенности от 01.08.2012  
№135;  
3) Локшин Б.И. - ордер №235 от 26.03.2013;  
4) не явился, извещен;  
5) Филатова Н.В., по доверенности от 06.07.2012 №06/2;  
6) Гололобова Т.М.. по 08.07.2013;  
7) Бахаева М.В., по доверенности от 10.01.2012; Федоров Д.В. по  
доверенности от 23.09.2011;  
от ответчика: Алешин К.Н., по доверенности от 15.07.2013 №ИА/27282/13;  
Зайцева Н.Н., по доверенности от 17.06.2013 №ИА/23365/13;  
Абакумова Ю.И. по доверенности от 29.08.2012 № ИА/28064;  
Козлов Е.В. по доверенности от 13.08.2012 № ИА/26032;  
от третьих лиц: 1) не явился, извещен;  
2) не явился, извещен;  
3) не явился, извещен;

- 4) не явился, извещен;
- 5) не явился, извещен;

#### У С Т А Н О В И Л:

ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Аптека-Холдинг», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Виренд Интернейшнл», ООО «МАНАС МЕД», ООО «Эдвансд Трейдинг», ОАО «Фармасинтез» (далее – Заявители) обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлениями о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы от 12.04.2012 № АЦ/11369 по делу № 1 11/159-10 в части признания заявителей нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) путем заключения и реализации соглашения, которое могло привести к поддержанию цен на торгах аукциона № 090316/001550/93 по лотам №№ 1, 3, 6-8, 10, 12-14, 17.

Решением от 26.03.2013 суд заявленные требования ЗАО «Р-Фарм» удовлетворены, заявленные требования ООО «Медикал лизинг-консалтинг» о признании недействительным решения ФАС России от 12.04.2012 № АЦ/11369 по делу № 1 11/159-10 в части признания ООО «Медикал лизинг-консалтинг» и ООО «ДиМедика» нарушившим п.2 ч.1 ст. 11 Закона о защите конкуренции оставлены без удовлетворения, в при этом суд первой инстанции пришел к выводу о незаконности и необоснованности оспариваемого решения ФАС России в части признания ЗАО «Аптека-Холдинг», ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «МАНАС МЕД», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Росресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез» и «Эдвансд Трейдинг» хозяйствующими субъектами, нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, принятого антимонопольным органом с нарушением норм действующего законодательства Российской Федерации и нарушающего права и законные интересы заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, причинившего ущерб их деловой репутации

Не согласившись с решением суда первой инстанции, ФАС России (ответчик) и ООО «Медикал лизинг-консалтинг» (заявитель №3) обратились с апелляционными жалобами, в которой ФАС России просит отменить решение суда в части признания недействительным пункта 1 резолютивной части решения ФАС России от 12.04.2012 по делу № 1 11/159-10 о нарушении антимонопольного законодательства и принять по делу новый судебный акт об отказе заявителям в удовлетворении их требований, а ООО «Медикал лизинг-консалтинг» просил решение суда изменить в части признания ООО «Медикал лизинг-консалтинг» и ООО «ДиМедика» нарушившим п.2 ч.1 ст. 11 Закона о защите конкуренции по Соглашению №2, указывая на неправильное применение норм материального и процессуального права.

В судебном заседании представители ответчика поддержали доводы апелляционной жалобы, просили отменить решение суда первой инстанции, поскольку считают его незаконным и необоснованным по основаниям, изложенным в апелляционной жалобе.

В судебном заседании представители заявителей поддержали решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласились, считают жалобу необоснованной, просили решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционных жалоб отказать.

Представители заявителя №4 - ООО «Виренд Интернейшнл» и третьих лиц, надлежащим образом извещенные о времени и месте судебного разбирательства, в судебное заседание суда апелляционной инстанции не явились, в связи с чем, суд счел возможным рассмотреть дело в их отсутствие в порядке ст. ст. 123, 156 АПК РФ.

При указанных обстоятельствах, с учетом своевременного размещения информации о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы на официальном сайте арбитражного суда в сети Интернет, суд апелляционной инстанции, руководствуясь ст.ст. 121, 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в том числе разъяснений, данных в п. 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

от 17.02.2011г. №12 «О некоторых вопросах применения АПК РФ в редакции Федерального закона от 27.07.2010г. № 228-ФЗ «О внесении изменений в АПК РФ», рассмотрел дело в отсутствие представителей, надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного заседания.

Проверив законность и обоснованность принятого решения в порядке ст. ст. 266, 268 АПК РФ, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, изучив доводы апелляционной жалобы, заслушав представителей сторон, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного решения в связи со следующим.

Как установлено в судебном заседании и следует из материалов дела, Приказом ФАС России от 22.10.2010 было возбуждено дело № 1 11/159-10 по признакам нарушения заявителей пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Основанием для возбуждения данного дела послужило поручение Генеральной Прокуратуры Российской Федерации (вх. № 046762 ДСП от 29.09.2010), направленное в ФАС России по результатам проверки Министерства здравоохранения и социального развития России, предметом которой являлось соблюдение данным министерством законодательства Российской Федерации при проведении им в 2008 - 2009 годах аукционов по закупке лекарственных средств для государственных нужд.

Из оспариваемого решения следует, что одновременно Следственным комитетом при Министерстве внутренних дел Российской Федерации 04.02.2011 возбуждено уголовное дело № 678509 по признакам преступления, предусмотренного пунктом "в" части 2 статьи 178 Уголовного кодекса Российской Федерации, по факту ограничения конкуренции при проведении Минздравсоцразвития России аукционов № 081010/001550/45 от 10.10.2008, № 090316/0011550/93 от 16.03.2009, № 090428/001550/106 от 28.04.2009, № 091009/001550/284 05.11.2009, № 091127/001550/312 от 25.12.2009 на поставку лекарственных средств для государственных нужд, причинившего особо крупный ущерб государству.

В соответствии с пунктом 14 аукционной документации открытого аукциона №090316/001550/93, участникам размещения заказа, заявки на участие в аукционе которых содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, предоставлялись преференции (согласно пункту 4 Приказа Минэкономразвития России от 5 декабря 2008г. № 427 «Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей размещения заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд», при размещении заказов на поставки товаров для государственных или муниципальных нужд путем проведения аукциона в случае, если победителем аукциона представлена заявка на участие в аукционе, которая содержит предложение о поставке товара, происходящего из иностранных государств, государственный (муниципальный) контракт с таким победителем аукциона заключается по цене, предложенной участником аукциона, сниженной на 15 процентов от предложенной цены государственного (муниципального) контракта).

Согласно Протоколам открытого аукциона №090316/001550/93 торги были признаны состоявшимися по лотам №№ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19.

При этом по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14 было сделано единственное ценовое предложение.

Торги по лоту №9 были признаны несостоявшимися в соответствии с частью 11 статьи 35 Федерального закона 21.07.2005г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о размещении госзаказов) в связи с отсутствием заявок.

Торги по лотам №№ 11 и 20 были признаны несостоявшимися в соответствии с частями 12 и 13 статьи 37 Закона о размещении госзаказов по причине явки на торги единственного участника, с которым был заключен государственный контракт по начальной (максимальной) цене.

Торги по лоту №15 не состоялись в связи с тем, что была подана одна заявка. Государственный контракт в соответствии с частью 5 статьи 36 Закона о размещении

госзаказов был заключен с единственным участником размещения заказа, который подал заявку на участие в аукционе.

Комиссия рассмотрела материалы дела № 1 11/159-10 установила, что участники рассматриваемых торгов до их начала заключили, а затем, в том числе, 15.04.2009 в ходе торгов реализовали два устных соглашения (далее - Соглашение 1, Соглашение 2).

Участниками Соглашения 1 являлись: ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ», ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «Манас Мед», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез», ООО «Эдвансд Трейдинг», предмет Соглашения 1 - поддержание цен на торгах по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 открытого аукциона № 090316/001550/93.

Участниками Соглашения 2 являлись ООО «ДиМедика» и ООО «Медикал лизинг-консалтинг», предмет Соглашения 2 - поддержание цен на торгах по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона № 090316/001550/93.

По Соглашению 1 ФАС России установлено:

ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ», ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «Манас Мед», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез», ООО «Эдвансд Трейдинг» при участии в торгах по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 открытого аукциона № 090316/001550/93 совместно реализовывали стратегию поведения, целью которой являлась не конкуренция между ними в ходе торгов, а достижение для участников Соглашения взаимовыгодного результата.

Реализация этой стратегии по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14 и 17 открытого аукциона № 090316/001550/93 вышеперечисленными хозяйствующими субъектами выглядела следующим образом: подав заявку, внося денежные средства по её обеспечению в размере 5% начальной (максимальной) цены контракта, они являлись на торги по данным лотам, но поочередно отказывались от конкурентной борьбы, не делая ценовых предложений. При этом действия каждого из участников торгов были обусловлены действиями другого участника торгов, поскольку пассивное поведение одного из участников аукциона по одному лоту (а именно неподача ценовых предложений), было вызвано пассивным поведением другого участника по другому лоту.

Так, ЗАО «Р-Фарм» не делало предложений на торгах по лотам №№ 3, 6, 7, 12, 17, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лоту № 1. Не явившись на торги по лоту № 14, ЗАО «Р-Фарм» фактически отказалось от конкурентной борьбы, что повлияло на результат этих торгов (ООО «МАНАС МЕД» стало победителем, сделав единственное ценовое предложение).

ООО «Медикал лизинг-консалтинг» не делало предложений на аукционных торгах по лотам №№ 1, 3, 14, 17, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лотам №№ 6, 7.

ЗАО «Шрея Корпорэйшнл» не делало предложений на аукционных торгах по лотам №№ 1, 3, 10, 12, 14, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лотам №№ 8, 13.

ЗАО «КОРАЛ-МЕД» не делало предложений на аукционных торгах по лотам № 3, 10, 13, 17, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лоту № 12.

ООО «МАНАС МЕД» не делало предложений на аукционных торгах по лотам №№ 1, 3, 12, 13, 17, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лоту № 14.

ООО «Русресурс» не делало предложений на аукционных торгах по лотам №№ 12, 13, но сделало единственное и последнее предложение на торгах по лоту № 3.

ООО «Виренд Интернейшнл» не делало предложений на аукционных торгах по лоту № 3, но сделало последнее предложение на торгах по лоту № 17. При этом на результат оказал влияние факт неявки на торги ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», которое фактически отказалось от конкурентной борьбы, что позволило ООО «Виренд Интернейшнл» стать победителем торгов по данному лоту с лекарственным препаратом того же производителя, что и в заявке ЗАО «Шрея Корпорэйшнл».

ЗАО «Аптека-Холдинг» явилось на торги по лотам №№ 8, 10, 12, 13, но не сделало на данных торгах ни одного ценового предложения.

ОАО «Фармасинтез» явилось на торги по лотам №№ 3, 5, 8, 10, 12, 13, 17, 19, но не сделало на данных торгах ни одного ценового предложения.

ООО «Эдвансд Трейдинг» явилось на торги по лотам №№ 1, 2, 3, 4, 14, 16, 17, 18, но не сделало на данных торгах ни одного ценового предложения.

При этом, как уже было сказано выше, по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14 было сделано только одно ценовое предложение, снижение составило всего 0,5% от начальной цены. ФАС России считает, что указанные действия вышеперечисленных хозяйствующих субъектов стали возможны только благодаря тому, что они, являясь участниками Соглашения 1, были осведомлены о действиях друг друга, например, о том кто и по каким лотам будет подавать ценовые предложения. Это позволило ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «МАНАС МЕД», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл» поочередно стать победителями в аукционных торгах по одному из лотов №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 открытого аукциона №090316/001550/93 с правом заключить государственный контракт с минимальным снижением начальной цены.

Вместе с тем, в ходе открытого аукциона №090316/001550/93 имели место торги, на которые не распространялось действие Соглашения 1, - торги по лоту № 2. Эти торги прошли по иному сценарию, в условиях жесткой конкуренции, в результате чего цена была снижена на 86% (с 26 583 040 рублей до 3 721 625 руб. 60 коп.), экономия бюджетных средств составила 22 861 414 руб. 40 коп.

Таким образом, антимонопольный орган пришел к выводу, что поведение участников ЗАО «Аптека-Холдинг», ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «МАНАС МЕД», ООО «Медикал лизинг консалтинг», ЗАО «Р-Фарм», ООО «РУСРЕСУРС», ОАО «Фармасинтез», ЗАО «Шрея Корпорейшнл», ООО «Эдвансд Трейдинг», аномально. С экономической точки зрения действия этих участников могут быть рационально интерпретированы лишь в том случае, если предположить, что между ними были достигнуты (заключены) соглашения, приводящие к поддержанию цен на торгах, что участники не имели цели победы в аукционе по всем лотам, на которые участник подал заявки, а были нацелены на другой экономический результат - получение выигрыша по отдельным лотам по цене, близкой к максимальной. Соответствующее соглашение (устное или письменное) позволило участникам группы уверенно проводить стратегию, которая в условиях неопределённости и отсутствия такого сговора была бы заведомо проигрышной.

Кроме того, в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства ФАС России пришел к выводу, что участники открытого аукциона №090316/001550/93 по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 не смогли дать убедительных ответов о причинах своего поведения в ходе торгов, в частности, об отказах от участия в аукционе путем неподачи ценовых предложений по ряду лотов.

По Соглашению 2 ФАС России установил:

В соответствии с аукционной документацией по лоту № 11 для поставки по государственному контракту требовалось 10434 упаковки противотуберкулезного лекарственного препарата Рифампицин, лиофилизат для приготовления раствора для инфузий 600 мг № 10.

В соответствии с аукционной документацией по лоту № 20 для поставки по государственному контракту требовалось 1330 упаковок противотуберкулезного лекарственного препарата Аминосалициловая кислота, лиофилизат для приготовления раствора для инфузий, 11,82 г № 10.

ООО «ДиМедика» и ООО «Медикал лизинг-консалтинг» при участии в торгах по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона № 090316/001550/93, заключив соглашение, направленное на поддержание максимальных цен на данных торгах, реализовывали стратегию поведения, целью которой являлась не конкуренция между ними в ходе торгов, а достижение ими, как участниками Соглашения, взаимовыгодного результата.

Реализация этой стратегии по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона №090316/001550/93 вышеперечисленными хозяйствующими субъектами выглядела следующим образом: подав заявку, внося денежные средства по её обеспечению в размере 5% начальной (максимальной) цены контракта, ООО «ДиМедика», не явилось на торги по данным лотам, тем самым фактически отказалось от конкурентной борьбы на этих торгах, что дало ООО «Медикал лизинг-консалтинг» право на заключение госконтрактов по начальной (максимальной) цене на общую сумму 258 714 000 руб. 00 коп.

При этом после проведения торгов ООО «ДиМедика» продало имеющееся у него лекарственное средство, являвшееся предметом торгов, своему конкуренту по торгам - ООО «Медикал лизинг-консалтинг», что подтверждается письмом ООО «Медикал лизинг-консалтинг» (вх.№67632 от 30.12.2010) по запросу ФАС России АЦ/43734 от 08.12.2010, которым общество представило копии договоров, действовавших на дату проведения аукциона. Среди них - договор поставки №5 от 08.05.2009, заключенный с ООО «ДиМедика», на 4 листах. Из пояснений ООО «Медикал лизинг-консалтинг» следует, что это договор на поставку препаратов Эрэмфат (МНН: Рифампицин) лиофилизат для приготовления инфузий и Аминосалициловая кислота лиофилизат для приготовления раствора для инфузий, 11,82г№10 (торговое наименование - ПАС-Фатол Н).

Указанные действия вышеперечисленных хозяйствующих субъектов, по мнению ФАС России, стали возможны только благодаря тому, что они, являясь участниками Соглашения 2, были осведомлены о действиях друг друга, в том числе, о том, что ООО «ДиМедика», имевшая в своем распоряжении лекарственные средства, являвшиеся предметом торгов, не явится на торги.

Участники открытого аукциона №090316/001550/93 по лотам №№ 11 и 20 не смогли дать убедительных ответов о причинах своего поведения в ходе торгов, в частности, о причинах неявки на торги.

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, ФАС России принято во внимание, что на момент вынесения оспариваемого решения все заключенные хозяйствующими субъектами и Минздравсоцразвития России госконтракты исполнены, а реализация Соглашений 1 и 2 между хозяйствующими субъектами - конкурентами, направленных на поддержание цен на торгах открытого аукциона №090316/001550/93 по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17 и 20 завершена путем перечисления госзаказчиком последних платежей денежных средств в рамках исполнения обязательств по заключенным госконтрактам.

Участники торгов по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14 открытого аукциона №090316/001550/93, сделавшие единственное ценовое предложение на торгах по указанным лотам, участники торгов по лотам №№ 10 и 17, сделавшие последние предложения на торгах, а также участник торгов по лотам №№ 11 и 20, признанный победителем торгов в связи с неявкой другого участника, в результате победы на торгах и заключения государственных контрактов получили следующий доход:

- ООО «Виренд Интернейшнл» (победитель по лоту №17) - 1 749 535 руб. 20 коп.;
- ЗАО «КОРАЛ-МЕД» (победитель по лоту №12) - 953 667 руб. 00 коп.;
- ООО «МАНАС МЕД» (победитель по лоту №14) - 20 783 849 руб. 79 коп.;
- ООО «Медикал лизинг-консалтинг» (победитель по лотам №№ 6, 7, 11 и 20) - 296 691 337 руб. 50 коп.;
- ЗАО «Р-Фарм» (победитель по лоту № 1) - 49 188 919 руб. 50 коп.;
- ООО «Русресурс» (победитель по лоту № 3) - 1 372 702 руб. 50 коп.;
- ЗАО «Шрея Корпорэйшнл» (победитель по лотам №№ 8, 10 и 13) - 5 292 373 руб. 57 коп.

На основании установленных в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства сведений и полученных доказательств, 12.04.2012 № АЦ/11369 по делу № 1 11/159-10 Комиссией ФАС России принято решение, частью 1 которого ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ», ООО «Виренд Интернейшнл», ЗАО «КОРАЛ-МЕД», ООО «Манас Мед», ООО «Медикал лизинг-консалтинг», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм»,

ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез», ООО «Эдвансд Трейдинг» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 открытого аукциона № 090316/001550/93. В соответствии с частью 2 решения ООО «ДиМедика» и ООО «Медикал лизинг-консалтинг» признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем заключения и реализации соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона № 090316/001550/93.

Не согласившись с указанным решением Федеральной антимонопольной службы от 12.04.2012 № АЦ/11369 по делу № 1 11/159-10 как не соответствующим действующему законодательству, в том числе Закону о размещении заказов и Закона о защите конкуренции, Заявители обратились с настоящим заявлением в арбитражный суд.

Суд, первой инстанции, рассмотрев доводы подателей жалоб о допущенных при рассмотрении дела Комиссией ФАС России нарушениях, пришел к обоснованному выводу о том, что оспариваемое решение является незаконным в его первой части, в то время как заключение антиконкурентного соглашения между ООО «Медикал лизинг-консалтинг» и ООО «ДиМедика» подтверждено.

Апелляционная коллегия соглашается с выводом суда первой инстанции о том, что ФАС России не доказал наличия между ЗАО «Аптека-Холдинг», ООО «Виренд Ннтернейшнл», ЗАО «Корал-Мед», ООО «Манас Мед», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез», ООО «Эдвансд Трейдинг» антиконкурентного соглашения, по следующим основаниям.

Антимонопольным органом при рассмотрении дела были установлены следующие фактические обстоятельства. Информация об аукционе № 090316/001550/93 (далее - Аукцион) была размещена Минздравсоцразвития России на сайте [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) 17.04.2009.

Согласно аукционной документации предметом торгов явилось заключение государственного контракта на поставку противотуберкулезных лекарственных препаратов в рамках программы «Туберкулез» федеральной целевой программы «Предупреждение и борьба с социально значимыми заболеваниями (2007-2011 годы)», проведенной Минздравсоцразвития России 15.04.2009

Проведение торгов было назначено на 15.04.2009. Срок подачи заявок - с 06.04.2009 по 13.04.2009.

Заявители при участии в названных аукционах реализовывали единую стратегию поведения.

Пунктом 1 резолютивной части решения ФАС России по делу о нарушении антимонопольного законодательства от 12.04.2012 № 1 11/159-10 десять ответчиков (указанное решение было оспорено семью участниками посредством индивидуального обращения каждого участника с отдельным заявлением об оспаривании в арбитражный суд) были признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона "О защите конкуренции" путем заключения и участия в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах по десяти лотам в открытых аукционах в электронной форме от 17.04.2009 № 090316/001550/93.

В соответствии с ч. 1 ст. 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

В ст. 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" указано, что основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативного акта государственного органа или органа местного самоуправления недействительным, является, одновременно, как его несоответствие закону или иному нормативно-правовому акту, так, и нарушение указанным актом гражданских прав и охраняемых законом интересов граждан или юридических лиц, обратившихся в суд с соответствующим требованием.

Наличие у антимонопольного органа полномочий на принятие оспариваемых ненормативных правовых актов следует из норм ст. ст. 22, 23 Федерального закона "О защите конкуренции" и Положения "О Федеральной антимонопольной службе" (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 331).

Судом первой инстанции вопреки доводам подателей апелляционных жалоб полно и всесторонне исследованы обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения спора, и с учетом норм права, регулирующих возникшие правоотношения, сделан обоснованный вывод по существу спора.

При этом ссылка заявителей на исследование судом не всех доказательств, имеющих значение для дела, отклоняется судом апелляционной инстанции по следующим основаниям.

До момента проведения торгов по лотам № 1 и № 14 ЗАО «Р-Фарм» получило от поставщика - ОАО «Валента Фармацевтика» - подтверждение возможности закупки лишь в отношении не более 150 000 упаковок препарата Каприцин, предлагавшегося к поставке по указанным лотам. ЗАО «Р-Фарм» было признано победителем по лоту № 1, и получило право на поставку 147 000 упаковок, в связи с чем у ЗАО «Р-Фарм» не было возможности принятия участия в лоте № 14, в связи с отсутствием в наличии необходимого количества препарата.

На торгах по лотам №№ 3, 6, 7, 12, 17. ЗАО «Р-Фарм» не подавало ценовых предложений в связи с тем, что, с учетом цены закупки соответствующих лекарственных препаратов, экономически целесообразным для ЗАО «Р-Фарм» было лишь заключение государственных контрактов по начальной (максимальной) цене или цене, являющейся ниже начальной цены не более, чем на 0,5 % (соответственно).

Утверждение ответчика о том, что по лоту № 3 ЗАО «Р-Фарм» могло получить прибыль в размере 2 рубля 64 копейки судебной коллегией отклоняется, поскольку данная прибыль не может быть учтена без исследования иных экономических факторов, связанных исполнением государственного контракта (хранение, страхование и транспортировка лекарств).

Таким образом, ФАС России не исследовал и не установил объективную сторону вмененного ЗАО «Р-Фарм» правонарушения - фактические действия по соглашению, которое привело к поддержанию цены на торгах Аукциона по лотам №№ 1, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17.

Ответчик не указал, в связи с чем представленные ЗАО «Р-Фарм» доказательства не сочтены убедительными, и не исследовал их.

ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» не победило ни по одному из десяти лотов, в отношении которых ему вменяется участие в Соглашения 1, в связи с чем не усматривает экономической заинтересованности участия в соглашении. Кроме того, ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» одержало только одну победу по лоту № 19, который не охватывался Соглашением 1, со снижением начальной (максимальной) цены в 7,5%, т.е. в результате реальной конкурентной борьбы.

Причины отсутствия ценовых предложений Общества «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» по лотам №№ 8, 10, 12 и 13 мотивированы следующим.



ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» не выдвигало ценовые предложения по лотам 8, 10, 12, 13, поскольку победа по этим лотами даже по начальной (максимальной) цене была бы для него убыточной без победы по лоту № 5, который Общество проиграло в связи с существенным снижением начальной цены на 17%. Расчеты убыточности содержатся в объяснениях ЗАО «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» от 11.05.2011 г. (т.д. 19; л.д. 2-5) и от 27.06.2011 г. (т.д. 18; л.д. 24-27).

При проведении торгов начальная цена лота № 5 снизилась на 17%, что почти в два раза превысило предельно допустимый уровень снижения (8.95%), при прохождении которого исполнение государственного контракта по данному лоту для Общества «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» было бы убыточным. Поскольку лоты №8, 10, 12, 13 разыгрывались после лота № 5, выдвигать ценовые предложения по этим (заведомо нерентабельным) лотам для Общества «АПТЕКА-ХОЛДИНГ» уже не имело никакого экономического смысла.

ООО «Виренд Интернейшнл» допущено к участию по лотам № 3, № 5, № 17 и было признано победителем по лоту № 17.

При проведении аукциона по лоту № 3 ООО «Виренд Интернейшнл» присутствовало, но не делало ценовых предложений. В ходе торгов по лоту № 5 ООО «Виренд Интернейшнл» делало ценовые предложения, однако эти предложения не были ни предпоследними, ни последними.

Факт неподачи ценовых предложений по лоту № 3 был вызван отсутствием на складе общества достаточного для участия в торгах по данному лоту количества лекарственных препаратов и письменных гарантий от поставщика, подтверждающих поставку необходимого количества лекарства к определенной дате.

При этом необходимо отметить, что, не имея подтверждения поставки лекарственного препарата на условиях, изложенных в аукционной документации, общество, участвуя в торгах и став их победителем, рисковал оказаться в ситуации, когда он не смог бы выполнить условия контракта.

Вывод ФАС России об участии ООО «Виренд Интернейшнл» в Соглашении по лотам № № 1, 6, 7, 8, 10, 12, 13 и 14 сделан без всяких оснований, поскольку Заявитель не подавал заявок на участие в этих лотах.

ООО «МАНАС МЕД» заявил свое участие всего по 6 лотам.

ООО «МАНАС МЕД» является дистрибьютером иностранных производителей и зависит от подтвержденных объемов возможных к поставке.

На момент проведения торгов по лоту 1 и 14 у ООО «МАНАС МЕД» было только достаточное количество препарата по 14 лоту, в связи с этим ООО «МАНАС МЕД» не участвовало по 1 лоту.

По лоту № 3 ООО «МАНАС МЕД» дало объяснение о том, что рыночная цена лекарственного средства была максимально приближена к цене контракта, и заключение такой сделки принесло бы обществу убытки.

Доводы ФАС о том, что необходимо было изначально просчитать экономическую целесообразность подачи лота и не платить финансовое обеспечение в размере 5% от стоимости лота, является безосновательным и незаконным на основании того, что общество согласно пункта 2 статьи 1 ГК РФ может свободно осуществлять свои права (в том числе и в отношении расходования прибыли общества после оплаты налогов), особенно учитывая, что стоимости лотов № 3,17 были одними из самых низких и общество не понесло серьезных финансовых потерь.

В отношении лота № 12,13 ФАС РФ не дала правовой оценки объяснению ООО «МАНАС МЕД» в отношении взаимосвязи компаний «Лайка Лэбс Лимитед» (Индия) и «Лайка БДР Интернейшнл Лимитед», хотя ООО «МАНАС МЕД» представляло письмо от 25 июня 2008 года о том, что «Лайка БДР Интернейшнл Лимитед» является дочерней компанией «Лайка Лэбс Лимитед» и назначено поставщиком в Россию лекарственных препаратов для ООО «МАНАС МЕД»(Приложение №2-1 лист). Представленное письмо с обращением о запросе - подтверждении возможности поставки в срок до 01.08.2009 года

препаратов по лотам 12, 13 в ФАС было предоставлено, но не учтено ФАС при рассмотрении дела.

Соответственно производитель, перенаправив запрос дочерней компании, не преследовал целью препятствовать ООО «МАНАС МЕД» участвовать в торгах, однако, четкие сроки поставки соблности не могло, в связи с чем, ООО «МАНАС МЕД» было вынуждено отказаться от борьбы за лоты 12,13.

Как следует из вышеизложенного, по каждому лоту в аукционе принимали участие разные хозяйствующие субъекты и указанные действия участников аукциона не повлекли за собой заключение каждым из них контракта или иного положительного для них результата.

В отношении ООО «Эдвансд Трейдинг» судом также установлено отсутствие доказательств заключения и реализации ООО «Эдвансд Трейдинг» устного соглашения, направленного на поддержании цен на торгах по лотам №1, №3, № 6, №7, №8, №10, №12, №13 №14, №17.

В отношении указанного лица ФАС России отмечается, что, с одной стороны, участники аукциона «поочередно отказывались от конкурентной борьбы, не делая ценовых предложений», что «действия каждого из участников торгов были обусловлены действиями другого участника торгов, поскольку пассивное поведение одного из участников аукциона по одному лоту (а именно неподача ценовых предложений), было вызвано пассивным поведением другого участника по другому лоту» (абзац 1 страница 12 Решения); с другой стороны, констатируется, что ООО «Эдвансд Трейдинг» «не сделало на торгах ни одного ценового предложения» (абзац последний страница 12 Решения), т.е. в терминологии ФАС - вело себя одинаково пассивно во всех лотах.

Фактически речь идет о том, что участник вел себя пассивно по одному лоту, обеспечивая победу другому участнику, а в обмен получали пассивное поведение такого участника по «своему» лоту.

Несмотря на предоставленные ООО «Эдвансд Трейдинг» объяснения Комиссия ФАС не исследовала объективных причин поведения ООО «Эдвансд Трейдинг» как участника аукциона на указанных торгах, в том числе следующие.

Перед началом аукциона ООО «Эдвансд Трейдинг»:

1) не имело на складе продукции, необходимой для поставки в случае победы на аукционе по лотам №1, №3, №14, №17;

2) имело подтверждение от официального дистрибьютора о ценовых показателях сделок по приобретению лекарственных препаратов в рамках аукциона №090316/001550/93 по лотам №1, №3, №14, №17, которые позволяли играть на аукционе на понижение только в случае, если на лот не будут представлены заявки с лекарственными препаратами российского происхождения, так как в противном случае, даже снижение ООО «Эдвансд Трейдинг» начальной (максимальной) цены лота на 0,5% означало фактическое снижение цены до 15,5%, что, безусловно, делало бы данную сделку заведомо убыточной для компании;

3) имело информацию о том, что по лотам № 1, №3, №14, №17 к участию в аукционе допущены участники, предлагающие к поставке препараты российского производства.

Однако, после объявления о том, что в рамках лотов №1, №3, №14, №17 на аукционе предоставляются преференции, очевидным, что любое поднятие карточки означает заключение заведомо убыточной сделки для организации.

Таким образом, поведение представителей ООО «Эдвансд Трейдинг» базировалось на объективных причинах, не обусловленных действиями других участников размещения заказа.

ОАО «Фармасинтез» признано участником соглашения 1 о поддержании цен на торгах по лотам №№ 1,3,6,7,8,10,12,13,14,17.

По лотам №1, 6, 7, 14 ОАО «Фармасинтез» не подавало заявки на участие в торгах.

Каких-либо пояснений, каким образом ОАО «Фармасинтез», не участвуя в розыгрыше вышеуказанных лотов, не подавая заявку на участие в торгах по этим лотам,

было нацелено и получило выгоду от реализации данной «стратегии», комиссия ФАС не приводит.

В отношении остальных лотов (№№ 3, 5, 8, 10, 12, 13, 17, 19) согласно решению признание ОАО «Фармасинтез» участником соглашения 1 обусловлено фактом явки ОАО «Фармасинтез» на торги по данным лотам и отсутствием со стороны заявителя на данных торгах ценовых предложений.

Отсутствие предложений о снижении начальной (максимальной) цены со стороны ОАО «Фармасинтез» вызвано объективными причинами.

ОАО «Фармасинтез», являясь производителем ряда препаратов, не имеет собственных транспортных и трудовых ресурсов для самостоятельной организации доставки препаратов, поэтому необходимость осуществления транспортных расходов по доставке товара большому количеству получателей существенно влияет на заинтересованность общества в победе по лоту.

Суд первой инстанции обоснованно не принял во внимание Аналитические материалы РАГС (экспертное заключение), в связи с тем, что в нем не приняты во внимание все необходимые обстоятельства проведения аукциона (наличие экономической взаимосвязи между разными лотами, которая была обусловлена экономией расходов на доставку препаратов, являющихся предметом разных лотов, при совпадении регионов грузополучателей, а также скидками, предоставляемыми производителями данных препаратов при приобретении большего объема; необходимость проявления сговора на торгах с самого начала и его выражения в стабильности цен; необходимость исследования рентабельности того или иного лота для того или иного участника).

Ответчик, признавая заявителей виновными в заключении и реализации соглашения, указывает, что данное соглашение привело к поддержанию цен на торгах. При этом, Комиссией ФАС не учтено то обстоятельство, что по лотам № 3, 14 и 17 экономия на аукционе составила более 15%.

При указанных обстоятельствах судом первой инстанции правильно установлено, что ФАС России не доказал наличия между ЗАО «Аптека-Холдинг», ООО «Виренд Ннтернейшнл», ЗАО «Корал-Мед», ООО «Манас Мед», ООО «Русресурс», ЗАО «Р-Фарм», ЗАО «Шрея Корпорэйшнл», ОАО «Фармасинтез», ООО «Эдвансд Трейдинг» антиконкурентного соглашения.

Суд апелляционной инстанции полагает необходимым отметить, что ФАС России, придя к выводу о наличии именно антиконкурентного соглашения, освободил себя от необходимости проведения анализа товарного рынка, его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов.

Апелляционный суд считает, что в рассматриваемом случае анализ рынка лекарственных препаратов, его специфики должен быть проведен именно в обоснование выводов антимонопольного органа о наличии устного антиконкурентного соглашения.

При оценке действий заявителей ФАС России в ходе рассмотрения дела не были исследованы фактические обстоятельства, связанные с взаимоотношениями участников торгов между собой, их взаимоотношений с поставщиками лекарственных препаратов, условий оборота этого товара на рынке Российской Федерации.

Относительно Соглашения 2 судом установлена правомерность выводов антимонопольного органа и их документальная подтвержденность.

В соответствии с аукционной документацией по лоту № 11 для поставки по государственному контракту требовалось 10434 упаковки противотуберкулезного лекарственного препарата Рифампицин, лиофилизат для приготовления раствора для инфузий 600 мг № 10.

В соответствии с аукционной документацией по лоту № 20 для поставки по государственному контракту требовалось 1330 упаковок противотуберкулезного лекарственного препарата Аминосалициловая кислота, лиофилизат для приготовления раствора для инфузий, 11,82 г № 10.

ООО «ДиМедика» и ООО «Медикал лизинг-консалтинг» при участии в торгах по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона № 090316/001550/93, заключив соглашение, направленное на поддержание максимальных цен на данных торгах, реализовывали стратегию поведения, целью которой являлась не конкуренция между ними в ходе торгов, а достижение ими, как участниками Соглашения, взаимовыгодного результата.

Реализация этой стратегии по лотам №№ 11 и 20 открытого аукциона №090316/001550/93 вышеперечисленными хозяйствующими субъектами выглядела следующим образом: подав заявку, внося денежные средства по её обеспечению в размере 5% начальной (максимальной) цены контракта, ООО «ДиМедика», не явилось на торги по данным лотам, тем самым фактически отказалось от конкурентной борьбы на этих торгах, что дало ООО «Медикал лизинг-консалтинг» право на заключение госконтрактов по начальной (максимальной) цене на общую сумму 258 714 000,00 рублей.

При этом после проведения торгов ООО «ДиМедика» продало имеющееся у него лекарственное средство, являвшееся предметом торгов, своему конкуренту по торгам -ООО «Медикал лизинг-консалтинг».

Это подтверждается, в частности, письмом ООО «Медикал лизинг-консалтинг» (вх.№67632 от 30.12.2010) по запросу ФАС России АЦ/43734 от 08.12.2010, которым общество представило копии договоров, действовавших на дату проведения аукциона. Среди них - договор поставки №5 от 08.05.2009, заключенный с ООО «ДиМедика». Из пояснений ООО «Медикал лизинг-консалтинг» следует, что это договор на поставку препаратов Эремфат (МНН: Рифампицин) лиофилизат для приготовления инфузий и Аминосалициловая кислота лиофилизат для приготовления раствора для инфузий, 11,82г№10 (торговое наименование - ПАС-Фатол Н).

Суд соглашается с выводом антимонопольного органа о том, что указанные действия вышеперечисленных хозяйствующих субъектов стали возможны только благодаря тому, что они, являясь участниками Соглашения 2, были осведомлены о действиях друг друга, в том числе, о том, что ООО «ДиМедика», имевшая в своем распоряжении лекарственные средства, являвшиеся предметом торгов, не явится на торги.

ООО «ДиМедика» было допущено по 2 лотам на участие в аукционе, но ни разу не явилось на торги, при этом по лоту 11 и лоту 20 оно отказалось от борьбы, заведомо передавая право заключения государственных контрактов своему конкуренту - участнику ООО «Медикал лизинг консалтинг». С экономической точки зрения действия этих участников могут быть рационально интерпретированы лишь в том случае, если предположить, что между ними были достигнуты (заключены) соглашения, приводящие к поддержанию цен на торгах, что участники не имели цели победы в аукционе по всем лотам, на которые участник подал заявки, а были нацелены на другой экономический результат - получение выигрыша по отдельным лотам по цене, близкой к максимальной. Соответствующее соглашение (устное или письменное) позволило участникам группы уверенно проводить стратегию, которая в условиях неопределённости и отсутствия такого сговора была бы заведомо проигрышной».

Судом также принят во внимание тот факт, что участники открытого аукциона №090316/001550/93 по лотам №№ 11 и 20 не смогли дать убедительных ответов о причинах своего поведения в ходе торгов, в частности, о причинах неявки на торги.

Так, например, ООО «ДиМедика» (вх. №021778 от 25.11.2011) в обоснование причины неучастия в открытом аукционе №090316/001550/93 по лотам № 11 и 20 пояснило, что в протоколе рассмотрения заявок содержатся сведения об отказе Минздравсоцразвития России в допуске ООО «ДиМедика» к торгам.

Однако в соответствии с Протоколом рассмотрения заявок от 13.04.2009, ООО «ДиМедика» было допущено к участию в торгах по лоту №11, а в соответствии с Уточнениями к протоколу рассмотрения заявок от 13.04.2009 данный хозяйствующий субъект также был допущен к торгам по лоту №20 указанного аукциона.

Следовательно, в данном случае, антимонопольным органом подтверждено, что в действительности действия общества по подаче заявки на участие в аукционе по лотам № 11

и 20 и его последующий отказ принимать участие на торгах, а также подача только двух заявок по лоту, привели к тому, что заказчик был вынужден заключить договор с единственным участником размещения заказа, явившимся на торги, по максимально возможной цене (часть 1 статьи 32, части 12 и 13 статьи 37 Закона о размещении заказов).

Данные объективно выраженные действия участников торгов по лоту № 26 уже сами по себе свидетельствуют о наличии устного соглашения между ними, направленного на поддержание цены по контракту, что о наличии такого соглашения показывает и анализ поведения участников размещения заказа в период проведения торгов, а также после их завершения.

Судебной коллегией исследованы все доводы, указанные в апелляционных жалобах, которые признаются основанными на ином толковании правовых норм, отличном от суда первой инстанции, а также судебной практики без учета индивидуальной особенности правоотношений рассматриваемых в каждом конкретном деле и не свидетельствуют о наличии оснований для изменения (отмены) оспариваемого судебного акта.

Исходя из вышесказанного, суд первой инстанции полно и всесторонне исследовал обстоятельства дела, что установлено при рассмотрении спора и в апелляционном суде, поскольку в обоснование жалобы ее податель указывает доводы, которые были предметом рассмотрения в суде первой инстанции и получили надлежащую оценку в судебном решении.

Таким образом, апелляционный суд считает решение суда по настоящему делу законным и обоснованным, поскольку оно принято по представленному и рассмотренному заявлению, с учетом фактических обстоятельств, материалов дела и действующего законодательства.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта, судебной коллегией не установлено.

Руководствуясь ст. ст. 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятый арбитражный апелляционный суд

#### ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г.Москвы от 26.03.2013 по делу № А40-92025/2012 оставить без изменения, апелляционные жалобы – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральный арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья:

С.М. Мухин

Судьи:

В.И. Попов

Л.Г. Яковлева

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.