



ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22, www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Омск

26 мая 2010 года

Дело № А70-13412/2009

Резолютивная часть постановления объявлена 19 мая 2010 года

Постановление изготовлено в полном объеме 26 мая 2010 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Ивановой Н.Е.,

судей Киричѐк Ю.Н., Рыжикова О.Ю.,

при ведении протокола судебного заседания: секретарем судебного заседания

Михайловой Н.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-2389/2010) общества с ограниченной ответственностью Аптека

«Никофарм» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 01.02.2010 по делу № А70-13412/2009 (судья Крюкова Л.А.), принятое по заявлению

общества с ограниченной ответственностью Аптека «Никофарм»

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области

о признании незаконным решения от 21.10.2009 по делу № К 09/172,

при участии в судебном заседании представителей:

от общества с ограниченной ответственностью Аптека «Никофарм» - Герб Е.О. (паспорт, доверенность № 18 от 14.05.2010 сроком действия 6 месяцев); Крутень А.Д.

(паспорт, доверенность № Д/4 от 22.01.2010 сроком действия 6 месяцев);

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области -

представитель не явился, лицо о времени и месте судебного заседания извещено

надлежащим образом;

установил:

Общество с ограниченной ответственностью Аптека «Никофарм» (далее - ООО Аптека «Никофарм», общество) обратилось в Арбитражный суд Тюменской области к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России, антимонопольный орган) с заявлением о признании незаконным решения от 21.10.2009 по делу К 09/172.

Решением от 01.02.2010 по делу № А70-13412/2009 Арбитражный суд Тюменской области отказал в удовлетворении заявленного ООО Аптека «Никофарм» требования.

При принятии обжалуемого решения арбитражный суд исходил из того, что правовые основания для удовлетворения заявленных ООО Аптека «Никофарм» требований отсутствуют, поскольку материалами дела подтверждается факт совершения ООО Аптека «Никофарм» нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Не согласившись с принятым судебным актом, ООО Аптека «Никофарм» обратилось с апелляционной жалобой в Восьмой арбитражный апелляционный суд.

В апелляционной жалобе ООО Аптека «Никофарм» просит решение арбитражного суда отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных обществом требований.

По мнению подателя апелляционной жалобы, включение ООО Аптеки «Никофарм» в состав хозяйствующих субъектов исследуемых в аналитическом отчете Тюменского УФАС России, где продуктовые границы товарного рынка определены как услуга розничной торговли лекарственными средствами, не правомерно в силу пункта 5 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», поскольку данная деятельность должна приносить доход. Кроме того, в аналитическом отчете Тюменского УФАС России также необоснованно применение расчета объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на основании товарооборота лекарственных средств тогда как продуктовые границы товарного рынка в данном отчете определены как услуга розничной торговли лекарственными средствами.

Податель жалобы указывает на то, что антимонопольным органом нарушен пункт 5 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службой от 25.04.2006 № 108.

Общество отмечает, что антимонопольным органом в нарушение пункта 20 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службой от 25.04.2006 № 108 не было проведено исследование взаимозаменяемости лекарственных средств.

Так же ООО Аптека «Никофарм» считает выводы Тюменского УФАС России о том, что товар, приобретаемый на рынке лекарственных средств, может быть заменен на другой товар исключительно по назначению врача в силу пункта 2.1 Приказа Министерством здравоохранения и социального развития РФ от 14.12.2005 № 785 «О порядке отпуска лекарственных средств» ошибочными.

По утверждению общества, анализ состояния конкурентной среды на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме следовало проводить за период 2009 год.

По мнению подателя жалобы, антимонопольным органом при проведении проверки нарушен подпункт «б» пункта 31 Порядка от 25.04.2006 № 108 путем включения в состав хозяйствующих субъектов действующих на товарном рынке ОАО «Фармация» с лицензией, выданной Федеральной службой по надзору в сфере здравоохранения и социального развития.

Судом первой инстанции, по убеждению общества, необоснованно не принят во внимание довод о необходимости учета при определении географических границ рынка розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме территории с. Стрехнино Ишимского района.

Податель апелляционной жалобы также указывает, что суд первой инстанции при принятии решения не оценил должным образом доводы общества о неправомерном исключении ответчиком при определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме, ветеринарных аптек и иных аптечных учреждений, действующих на территории г. Ишима.

В представленном письменном отзыве на апелляционную жалобу Тюменское УФАС России, заявленные в апелляционной жалобе требования отклонило по основаниям, изложенным в отзыве, просит решение арбитражного суда оставить без изменения как законное и обоснованное, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Тюменское УФАС России, надлежащим образом извещенное о времени и месте судебного заседания, явку своего представителя в судебное заседание не обеспечило, ходатайств об отложении слушания по делу не заявило, в связи с чем суд апелляционной инстанции полагает возможным рассмотреть жалобу в отсутствие представителя антимонопольного органа.

Рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, отзыв на нее, заслушав представителей общества, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

25.11.2004 ООО Аптека «Никофарм» выдана лицензия № 99-02-001589 на осуществление фармацевтической деятельности, в том числе на территории г. Ишима (т. 1, л.д. 146).

Тюменское УФАС России в порядке пункта 1 статьи 22 Федерального закона от 27.06.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пункта 5.3.1. Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331, проведены мероприятия по контролю за соблюдением хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства при установлении розничных цен на лекарственные средства, изделия медицинского назначения и сопутствующие товары в границах отдельных муниципальных образований, в ходе которых установлен факт совершения заявителем, занимающим доминирующее положение на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишима, действий, выразившихся в нарушении установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Приказом от 05.10.2009 № 501 Тюменским УФАС России в соответствии с частью 4 статьи 44 Федерального закона от 27.06.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в отношении ООО Аптека «Никофарм» возбуждено дело № К 09/172 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (л.д. 93).

По результатам рассмотрения дела № К 09/172 должностным лицом Тюменского УФАС России принято решение от 21.10.2009 о признании в действиях ООО Аптека «Никофарм» нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в злоупотреблении доминирующим

положением в форме нарушения порядка ценообразования, установленного нормативно- правовыми актами, что привело к продаже лекарственных средств по завышенным ценам и ущемлению интересов других лиц - населения.

Пунктом 2 решения от 21.10.2009 по делу К 09/172 антимонопольным органом решено выдать обществу обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (л.д. 41).

Посчитав, что решение от 21.10.2009 по делу К 09/172 является незаконным, ООО Аптека «Никофарм» обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с соответствующим заявлением.

01.02.2010 Арбитражным судом Тюменской области принято обжалуемое решение об отказе в удовлетворении заявленных ООО Аптека «Никофарм» требований.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его отмены, исходя из следующего.

Согласно части 1, пункту 2 части 2 статьи 39 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган в случае нарушения антимонопольного законодательства в пределах своих полномочий по заявлению юридического или физического лица возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В силу частей 2, 4 статьи 41 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган принимает решение и на его основании выдает нарушителю предписание.

При рассмотрении дела в арбитражном суде первой инстанции суд пришел к выводу о наличии оснований для вынесения Тюменским УФАС России оспариваемого решения ввиду нарушения ООО Аптека «Никофарм» требований пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Указанный вывод арбитражного суда первой инстанции соответствует фактическим обстоятельствам дела и объему представленных лицами, участвующими в деле, доказательств.

Согласно пункту 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «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, в том числе следующие действия (бездействие): навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования).

Согласно части 1 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «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):

1) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим;

2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

В силу части 2 указанной статьи не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает тридцать пять процентов, за исключением указанных в частях 3 и 6 настоящей статьи случаев.

Частью 3 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлено, что доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или

приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Судом первой инстанции установлено и из материалов дела следует, что Тюменским УФАС России проведен анализ и оценка состояния конкурентной среды на рынке розничной торговли лекарственными средствами в городе Ишиме в 2008 году в целях выявления доминирующего положения.

Согласно пункту 10 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» к исключительным полномочиям антимонопольного органа отнесено установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

В силу статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» определение географических границ товарного рынка основывается на экономической возможности покупателя приобрести товар на территории Российской Федерации или ее части и отсутствии этой возможности за ее пределами.

Из материалов рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства следует, что на основании проведенного анализа антимонопольным органом установлено коллективное доминирование пяти хозяйствующих субъектов: ООО «Виола» (33%), ООО «Аптека «Никофарм» (16%), ОАО «Фармация (15%), ООО «Здоровье» (15%), ООО «Витос» (10%), совокупная доля которых составляет 89%. Положение каждого из указанных хозяйствующих субъектов на рынке розничной торговли лекарственными средствами в городе Ишиме в соответствии с частью 5 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» является доминирующим (т. 1, л.д. 44-51).

Как следует из аналитического отчета по установлению доминирующего положения хозяйствующих субъектов на товарном рынке в расчете доли участвовали данные о товарообороте только лекарственных средств (т. 1, л.д. 44-51, 102, 104, 106, 110, 112, 114, 118).

Оценив представленные доказательства в порядке статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд первой инстанции указал, что анализ и оценка состояния конкурентной среды на рынке розничной торговли лекарственными средствами в городе Ишиме в 2008 году проведен антимонопольным

органом в соответствии с приказом ФАС РФ от 25.04.2006 № 108 «Об утверждении Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» (далее - Порядок от 25.04.2006 № 108), временной интервал исследования товарного рынка, продуктовые и географические границы товарного рынка, состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, определены верно. Расчет долей хозяйствующих субъектов на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме определен в соответствии сданными, предоставленными антимонопольному органу (т. 1, л.д. 103-121, т. 2, л.д. 7).

При определении временного интервала исследования товарного рынка Тюменским УФАС России обоснованно в порядке пункта 10 Порядка от 25.04.2006 № 108 проведен ретроспективный анализ состояния конкурентной среды на товарном рынке, поскольку целью исследования антимонопольного органа являлось изучение сложившихся характеристик рынка лекарственных средств в г. Ишиме.

Довод общества о том, что анализ состояния конкурентной среды на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме следовало проводить за период 2009 год, обоснованно отклонен судом первой инстанции в обжалуемом решении, поскольку в соответствии с пунктом 10 Порядка от 25.04.2006 № 108 перспективный анализ состояния конкурентной среды проводится с целью учета условий, которые сложатся на рассматриваемом товарном рынке после совершения действий, за которыми осуществляется государственный антимонопольный контроль, то есть для целей, отличных от целей исследования, проведенных ответчиком.

Не влияет на законность принятого судом первой инстанции решения и довод подателя жалобы о необходимости учета при определении географических границ рынка розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме территории с. Стрехнино Ишимского района (т. 1, л.д. 129, 134, 135), поскольку данный довод общества заявлен без учета требования пункта 26 Порядка от 25.04.2006 № 108, устанавливающего, что при выявлении условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара покупателем (покупателями), учитываются требования к условиям транспортировки товара, организационно-транспортные схемы приобретения товара покупателями, наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения рассматриваемого товара

(покупателя рассматриваемого товара); расходы, связанные с поиском и приобретением товара, а также транспортные расходы.

Кроме того, в соответствии с пунктом 25 Порядка от 25.04.2006 № 108 местный (локальный рынок) не выходит за границы муниципального образования.

В соответствии со статьями 9, 23 Закона Тюменской области от 05.11.2004 № 263 «Об установлении границ муниципальных образований Тюменской области и наделении их статусом муниципального района, городского округа и сельского поселения» Стрехнинское сельское поселение, Ишимский муниципальный район и Муниципальное образование город Ишим являются самостоятельными муниципальными образованиями, а, следовательно, рынок розничной торговли лекарственными средствами в каждом из данных муниципальных образований имеет свои географические границы.

Довод подателя жалобы о том, что ООО «Витос» не могло быть включено в список хозяйствующих субъектов по причине того, что расположено в с. Стрехнино, судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку ООО «Витос» была представлена информация по аптечным учреждениям, расположенным в г. Ишиме (т. 1, л.д. 110).

Обоснованно отклонен судом первой инстанции довод общества о неправомерном исключении антимонопольным органом при определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме, ветеринарных аптек и иных аптечных учреждений, действующих на территории г. Ишима (т. 1, л.д. 26).

Так, в соответствии с пунктом 31 Порядка от 25.04.2006 № 108 в состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются хозяйствующие субъекты, постоянно продающие (производящие) в его границах рассматриваемый товар в пределах определенного временного интервала. В состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом рынке, могут быть включены:

а) физические и юридические лица, которые в течение краткосрочного периода (не более года) могут при обычных условиях оборота, отсутствии нарушений законодательства Российской Федерации и без дополнительных издержек (издержки окупаются в течение года при уровне цен, отличающемся не более чем на 10 процентов

от сложившейся средневзвешенной рыночной цены) войти на данный товарный рынок (далее - потенциальные продавцы);

б) продавцы товаров, взаимозаменяемых с данным товаром по производству.

Согласно подпункту 47 пункта 1 статьи 17 Федерального закона от 08.08.2001 № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» фармацевтическая деятельность подлежит обязательному лицензированию.

В силу изложенного, суд апелляционной инстанции поддерживает вывод суда первой инстанции о том, что при определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме, необходимо учитывать лишь те аптечные учреждения, которые действуют в соответствии с законодательством - на основании лицензии. Иное противоречило бы положениям подпункта «а» пункта 31 Порядка от 25.04.2006 № 108.

Антимонопольным органом в материалы дела представлена информация из реестра лицензий об аптечных учреждениях, имеющих лицензии на фармацевтическую деятельность, в соответствии с которой на территории г. Ишима действует 7 (семь) юридических лиц, занимающихся фармацевтической деятельностью (т. 1, л.д. 138, 141, 146, 147), доли участия которых и были учтены при проведении анализа.

Юридические лица, осуществляющие фармацевтическую деятельность в области ветеринарии, в соответствии с подпунктом «б» пункта 31 Порядка от 25.04.2006 № 108 не подлежат учету при определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке лекарственных средств в г. Ишиме, поскольку ветеринарные лекарственные средства не являются взаимозаменяемым с лекарственными средствами, предназначенными для человека, по их производству и категории потребителя.

Кроме того, при анализе состояния конкурентной среды Тюменским УФАС России правомерно учитывались лекарственные средства, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, разработанный и утвержденный Распоряжением Правительства РФ от 29.03.2007 № 376-р., в который не включаются ветеринарные препараты.

Суд первой инстанции, соглашаясь с антимонопольным органом указал, что доступ на рынок розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме затруднен, поскольку существуют административные ограничения, выражающиеся в том, что для осуществления фармацевтической деятельности необходима лицензия,

условия получения которой в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 06.07.2006 № 416 «Об утверждении Положения о лицензировании фармацевтической деятельности» требуют осуществления значительных первоначальных капитальных вложений (наличие у соискателя лицензии (лицензиата) принадлежащих ему на праве собственности или на ином законном основании помещений и оборудования, необходимых для осуществления фармацевтической деятельности и соответствующих установленным к ним требованиям), а также наличия в штате соискателя лицензии работников, имеющих соответствующее образование.

Как уже отмечалось выше, решением от 21.10.2009 по делу К 09/172 действия ООО Аптека «Никофарм» признаны нарушающими пункт 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившиеся в действиях занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта в нарушении установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования, установленного нормативно-правовыми актами путем продажи лекарственных средств по завышенным ценам

В соответствии с пунктом 5 части 1 статьи 5 Федерального закона от 22.06.1998 № 86-ФЗ «О лекарственных средствах» государственное регулирование отношений, возникающих в сфере обращения лекарственных средств, осуществляется, в том числе путем государственного регулирования цен на лекарственные средства.

Распоряжением Правительства РФ от 29.03.2007 № 376-р (действующим в период проведения ответчиком проверки и вынесения оспариваемого решения) утвержден перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств.

Постановлением Правительства РФ от 09.11.2001 № 782 «О государственном регулировании цен на лекарственные средства» утверждено Положение о государственном регулировании цен на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные средства, а также установлено, что государственное регулирование цен на лекарственные средства, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, утверждаемый Правительством Российской Федерации, осуществляется путем обязательной государственной регистрации предельных отпускных цен российских и иностранных организаций - производителей (далее - производители) на лекарственные средства, установления предельных оптовых

и предельных розничных надбавок к фактическим отпускным ценам производителей на лекарственные средства.

Согласно пунктам 14, 18 Положения о государственном регулировании цен на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные средства розничные надбавки к ценам на лекарственные средства, реализуемые на территории субъектов Российской Федерации через аптечные учреждения, устанавливаются органами исполнительной власти данных субъектов Российской Федерации в виде предельных величин, выраженных в процентах и дифференцированных в зависимости от стоимости лекарственных средств и с учетом географической удаленности, транспортной доступности и других особенностей.

Размер розничной надбавки аптечного учреждения, осуществляющего реализацию лекарственного средства на территории субъекта Российской Федерации, не должен превышать размер соответствующей предельной розничной надбавки, установленный органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

В соответствии с Постановлениями Правительства РФ от 09.11.2001 № 782 Распоряжением Губернатора Тюменской области от 27.01.2003 № 27-р утвержден размер торговых надбавок на лекарственные средства и изделия медицинского назначения.

Согласно пункту 1.2. Распоряжения Губернатора Тюменской области от 27.01.2003 № 27-р для предприятий (организаций), независимо от их организационно-правовой формы и ведомственной принадлежности, осуществляющих розничную торговлю лекарственными средствами, размеры торговых надбавок к ценам на лекарственные средства, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, утверждаемый Правительством Российской Федерации, предельная торговая надбавка к фактической отпускной цене отечественного производителя лекарственных средств (без НДС) - не должна превышать 35% от зарегистрированной предельной отпускной цены производителя; предельная торговая надбавка к контрактной цене иностранного производителя лекарственных средств (без НДС) при их прямых закупках - не должна превышать 30% от зарегистрированной предельной отпускной цены производителя в валюте, пересчитанной в рубли по курсу Центрального банка Российской Федерации на дату ее государственной регистрации. Розничная надбавка исчисляется как разность между торговой и оптовой надбавками.

Судом первой инстанции установлено и материалами дела подтверждается, что у ООО Аптека «Никофарм» на реализации находились лекарственные средства: натрия хлорид (ампулы 0,9% 5 мл), феназепам (таблетки 1 мг), витамин Е (капсулы), арбидол (таблетки, покрытые оболочкой, 50 мг), включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств (т.1 л.д.39, т.2 л.д. 9- 61).

В ходе проведенной проверки антимонопольным органом в адрес общества представлены документы, свидетельствующие об установлении розничной надбавки при реализации лекарственных средств (натрия хлорид, феназепам, витамин Е, арбидол), превышающей размер соответствующей предельной розничной надбавки, установленный Распоряжением Губернатора Тюменской области от 27.01.2003 № 27-р (т. 2, л.д. 9- 61).

Факт превышения размера соответствующей предельной розничной надбавки при реализации натрия хлорида, феназепама, витамина Е и арбидола обществом не оспаривается.

Учитывая, что факт превышения размера соответствующей предельной розничной надбавки при реализации натрия хлорида, феназепама, витамина Е и арбидола подтвержден материалами дела, суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о том, что ООО Аптека «Никофарм» при реализации лекарственных средств, включенных в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, допущено нарушение требований Распоряжения Губернатора Тюменской области от 27.01.2003 № 27-р.

Ценообразование - это процесс расчета и установления регулируемых цен, применяемых при расчетах за определенный товар. Понятие «порядка» раскрыто в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 31.07.2002 № 132пв-02. В соответствии с данным Постановлением под порядком следует понимать систематизированный набор правил.

Таким образом, под порядком ценообразования понимается процесс расчета и установления ценовых ставок за товар, а также систематизированный набор правил расчета и установления регулируемой цены за товар, в частности лекарственные средства.

Суд первой инстанции, исходя из вышеизложенных правовых норм, правомерно пришел к выводу о том, что ООО Аптека «Никофарм» при реализации лекарственных

средств, включенных в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств (натрия хлорид, феназепам, витамин Е и арбидол), допущено нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Как правомерно отмечено Тюменским УФАС России, товар, приобретаемый на рынке лекарственных средств (натрия хлорид, феназепам, витамин Е и арбидол) не может быть заменен другим товаром при потреблении, поскольку каждое лекарственное средство как вещество, применяемое для профилактики, диагностики, лечения болезни, предотвращения беременности, полученное из крови, плазмы крови, а также органов, тканей человека или животного, растений, минералов, методами синтеза или с применением биологических технологий, имеет специфическое функциональное назначение, применение, качественные и технические характеристики, может быть заменено на другой товар только в определенных случаях и исключительно по назначению врача.

Более того, представителем общества в ходе рассмотрения дела в суде апелляционной инстанции подтверждено (протокол судебного заседания от 19.05.2010) и из представленной обществом в материалы дела справки следует, что натрия хлорид, феназепам, витамин Е и арбидол не имеют заменителей (графа 5, т. 1 л.д. 21, 25), в связи с чем доводы общества в данной части нельзя признать состоятельными, так как они опровергаются фактическими материалами дела.

Имеющиеся материалы дела свидетельствуют о том, что рост цены на лекарственные средства (натрия хлорид, феназепам, витамин Е и арбидол) не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар (т. 1, л.д. 14, 16, 18, 19).

В силу части 1 статьи 426 Гражданского кодекса Российской Федерации договора, заключаемые при розничной продаже лекарственных средств, являются публичными договорами, а, следовательно, информация о цене, об условиях реализации или приобретения лекарственных средств на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме доступна неопределенному кругу лиц.

Согласно разъяснениям Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, данным в пункте 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», в

отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

В силу изложенного, суд апелляционной инстанции поддерживает вывод суда первой инстанции о наличии в действиях ООО Аптека «Никофарм» нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в злоупотреблении заявителем своим доминирующим положением на рынке розничной торговли лекарственными средствами в г. Ишиме, допущенном при реализации лекарственных средств, включенных в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных средств, в форме нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования, что является ущемлением интересов потребителей.

В апелляционной жалобе ООО Аптека «Никофарм» приведены следующие доводы: включение ООО Аптеки «Никофарм» в состав хозяйствующий субъектов исследуемых в аналитическом отчете Тюменского УФАС России, где продуктовые границы товарного рынка определены как услуга розничной торговли лекарственными средствами, не правомерно в силу пункта 5 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», поскольку данная деятельность должна приносить доход; в аналитическом отчете Тюменского УФАС России также необоснованно применение расчета объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на основании товарооборота лекарственных средств тогда как продуктовые границы товарного рынка в данном отчете определены, как услуга розничной торговли лекарственными средствами; антимонопольным органом нарушен пункт 5 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службой от 25.04.2006 № 108; антимонопольным органом при проведении проверки нарушен подпункт «б» пункта 31 Порядка от 25.04.2006 № 108 путем включение в состав хозяйствующих субъектов действующих на товарном рынке ОАО «Фармация» с лицензией выданной Федеральной службой по надзору в сфере здравоохранения и социального развития.

Вместе с тем, как видно из материалов дела и обществом не опровергнуто (протокол судебного заседания от 19.05.2010), в суде первой инстанции обществом

указанные доводы не заявлялись, в связи с чем не были предметом исследования и оценки суда первой инстанции.

В соответствии с пунктом 1 статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации истец вправе при рассмотрении дела в арбитражном суде первой инстанции до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований.

Согласно пункту 3 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в арбитражном суде апелляционной инстанции не применяются правила о соединении и разъединении нескольких требований, об изменении предмета или основания иска, об изменении размера исковых требований, о предъявлении встречного иска, о замене ненадлежащего ответчика, о привлечении к участию в деле третьих лиц, а также иные правила, установленные настоящим Кодексом только для рассмотрения дела в арбитражном суде первой инстанции.

На основании вышеизложенных норм судом апелляционной инстанции не принимаются вышеозначенные доводы общества, поскольку данные доводы не рассматривались в суде первой инстанции, а в соответствии с пунктом 3 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в апелляционной жалобе не могут быть заявлены новые основания, которые не рассматривались в арбитражном суде первой инстанции.

Проанализировав нормы материального права во взаимосвязи с имеющимися в деле доказательствами, суд апелляционной инстанции поддерживает вывод суда первой инстанции о том, что решение от 21.10.2009 по делу К 09/172 являются законным и обоснованным.

Таким образом, отказав в удовлетворении заявленных ООО Аптека «Никофарм» требований, суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение. Нормы материального права применены Арбитражным судом Тюменской области правильно. Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в любом случае основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

С учетом изложенного, оснований для отмены обжалуемого решения арбитражного суда не имеется, в связи с чем апелляционная жалоба ООО Аптека «Никофарм» удовлетворению не подлежит.

Судебные расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение апелляционной жалобы в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации относятся на ООО Аптека «Никофарм».

Руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 01.02.2010 по делу № А70-13412/2009 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий

Н.Е. Иванова

Судьи

Ю.Н. Киричѐк

О.Ю. Рыжиков