РЕШЕНИЕ

по делу № 1447-ФАС52-10/15

г. Нижний Новгород

Резолютивная часть решения оглашена: 12 апреля 2016 года

В полном объеме решение изготовлено: 26 апреля 2016 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области (далее – Нижегородское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председатель Комиссии:

заместитель руководителя Управления:

- заместитель руководителя управления;

Члены Комиссии:

- начальник отдела контроля органов государственной власти;
- ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов государственной власти;

рассмотрев дело № 1447-ФАС52-10/15 в открытом заседании с объявлением резолютивной части решения в отношении Министерства здравоохранения Нижегородской области (603005, г. Нижний Новгород, ул. Нестерова, д. 7) по признакам нарушения части 3 статьи 15 и части 3 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее – Закон о защите конкуренции), в присутствии:

- К. – представителя Министерства здравоохранения Нижегородской области по доверенности от 07.04.2016 № 315-02-01-14/14;

УСТАНОВИЛА:

10.06.2015 на официальном сайте www.zakupki.gov.ru размещено извещение № 0832200006615000330 0 об осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на право заключения контракта на оказание социальных услуг по обеспечению лекарственными препаратами граждан Нижегородской области.

Заказчиком данной закупки выступало Министерство здравоохранения Нижегородской области.

Описание объекта закупки определено в пункте 2 раздела II документации об электронном аукционе.

В силу Раздела 13 документации об электронном аукционе победитель аукциона обязуется оказывать социальные услуги по обеспечению лекарственными препаратами граждан Нижегородской области, имеющих право на получение государственной социальной помощи в виде набора социальных услуг в соответствии с Федеральным законом от 17.07.1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» (далее - Закон о социальной помощи), среди которых хранение, отпуск и так далее.

Согласно пункту 1.1.1 проекта контракта Исполнитель обязуется осуществить закупку лекарственных препаратов конкурентным способами на основании заявки Заказчика, содержащей наименования, количество и начальную цену лекарственных препаратов.

При этом отсутствует у него обязанность закупать лекарственные препараты в соответствии с требованиями Закона о контрактной системе.

Таким образом, включение в документацию положений о передаче победителю торгов полномочий по осуществлению закупки лекарственных средств, противоречит требованиям части 3 статьи 15 Закона о защите конкуренции, которым установлен запрет на совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов.

Кроме того, включение в закупку также лекарственных препаратов, в соответствии с Перечнем жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов на 2015 год, закрепленным Распоряжением Правительства Российской Федерации от 30.12.2014 №2782-р, также свидетельствует о признаках нарушения части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, поскольку данный перечень содержит также и наркотические препараты, поставка которых требует наличие дополнительной лицензии.

Таким образом, Нижегородским УФАС России возбуждено дело № 1447-ФАС52-10/15 по признакам нарушения Министерством здравоохранения Нижегородской области части 3 статьи 15 и части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

05 января 2016 года вступил в силу Федеральный закон от 05.10.2015 №275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции».

На основании части 1 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции перед окончанием рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при установлении в действиях (бездействии) ответчика по делу нарушения антимонопольного законодательства комиссия принимает заключение об обстоятельствах дела.

Согласно части 3 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции в случае принятия заключения об обстоятельствах дела дело о нарушении антимонопольного законодательства подлежит отложению.

В силу части 4 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции копия заключения об обстоятельствах дела направляется лицам, участвующим в деле, в течение пяти рабочих дней со дня вынесения определения об отложении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

На основании части 5 вышеуказанной статьи лица, участвующие в деле, вправе представить комиссии пояснения, доказательства и приводить доводы в письменной форме в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и оглашения резолютивной части решения по нему на заседании комиссии.

Определением от 22.12.2015 срок рассмотрения дела продлен до 30.03.2016.

02.02.2016 Комиссией Нижегородского УФАС России вынесено заключение об обстоятельствах дела, согласно которому действия Министерства здравоохранения Нижегородской области являются нарушением частей 1, 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

06.04.2016 Министерство здравоохранения Нижегородской области представило возражения по поводу выводов, изложенных в заключении, в которых ответчик не соглашается с выводами антимонопольного органа.

По мнению ответчика, заказчик вправе определять предмет аукциона (а также состав услуг и товаров, включаемых в состав единого лота) по своему усмотрению, кроме того, ответчик сообщает, что включенные в единый лот товары и услуги взаимосвязаны между собой.

Определением от 28.03.2016 срок рассмотрения дела продлен до 30.06.2016.

Рассмотрение дела по существу состоялось 12.04.2016.

Изучив материалы дела, заслушав выступления привлеченных по делу лиц, исследовав имеющиеся в деле доказательства, их взаимную связь, достаточность для принятия решения, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о защите конкуренции антимонопольное законодательство Российской Федерации основывается на Конституции Российской Федерации и Гражданском кодексе Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Частью 1 статьи 8 Конституции Российской Федерации установлено, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Конституционные принципы единого рынка и поддержки конкуренции как основы построения экономической системы Российской Федерации предопределяют наличие в антимонопольном законодательстве механизмов, устанавливающих пределы влияния органов исполнительной власти и органов местного самоуправления РФ на условия функционирования товарных рынков.

Положение о Федеральной антимонопольной службе утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331.

Согласно пунктам 1 и 2 названного Положения Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа), рекламы, контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд (за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение

работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу, а также в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, не относящихся к государственному оборонному заказу, сведения, о которых составляют государственную тайну).

Руководство деятельностью Федеральной антимонопольной службы осуществляет Правительство Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 4 Положения Федеральная антимонопольная служба осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями.

Нижегородское УФАС России осуществляет свою деятельность в рамках полномочий, определенных статьей 23 Закона о защите конкуренции и Положением о территориальном органе федеральной антимонопольной службы, утвержденным Приказом ФАС России от 23.07.2015 №649/15.

Статья 23 Закона о защите конкуренции закрепляет, что антимонопольный орган осуществляет полномочия по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства.

10.06.2015 на официальном сайте www.zakupki.gov.ru размещено извещение № 0832200006150003300 об осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на право заключения контракта на оказание социальных услуг по обеспечению лекарственными препаратами граждан Нижегородской области.

Заказчиком данной закупки выступало Министерство здравоохранения Нижегородской области.

Описание объекта закупки определено в пункте 2 раздела II документации об электронном аукционе.

В силу Раздела 13 документации об электронном аукционе победитель аукциона обязуется оказывать социальные услуги по обеспечению лекарственными препаратами граждан Нижегородской области, имеющих право на получение государственной социальной помощи в виде набора социальных услуг в соответствии с Федеральным законом от 17.07.1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи», среди которых хранение, отпуск и так далее.

При этом согласно пункту 1.1.1 проекта контракта Исполнитель обязуется осуществить закупку лекарственных препаратов конкурентным способами на основании заявки Заказчика, содержащей наименования, количество и начальную цену лекарственных препаратов.

В соответствии с пунктом 3.2 проекта контракта Исполнитель обязан осуществлять обеспечение лекарственными препаратами в соответствии с требованиями Заказчика. Исполнитель закупает лекарственные средства за

счёт собственных денежных средств в соответствии с законодательством на основании Заявки Заказчика, содержащей наименования, количество и начальную цену лекарственных препаратов.

Поставки лекарственных средств и услуги по хранению и отпуску лекарственных средств являются разными видами деятельности, осуществляемыми различными субъектами обращения лекарственных средств - организациями оптовой торговли лекарственными средствами и аптечными организациями.

В соответствии со статьей 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – Закон о лекарственных средствах) организация оптовой торговли лекарственными средствами – организация, осуществляющая оптовую торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку, а аптечная организация – организация, структурное подразделение медицинской организации, осуществляющие розничную торговлю лекарственными препаратами, хранение, изготовление и отпуск лекарственных препаратов для медицинского применения.

Оптовая торговля лекарственными средствами осуществляется под кодом ОКВЭД 51.46.1 «Оптовая торговля фармацевтическими и медицинскими товарами». Аптечные организации осуществляют розничную торговлю лекарственными препаратами, что соответствует ОКВЭД 52.31 «Розничная торговля фармацевтическими товарами».

В соответствии с пунктом 1 статьи 52 Закона о лекарственных средствах на территории Российской Федерации фармацевтическая деятельность осуществляется организациями оптовой торговли лекарственными средствами и аптечными организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность.

Таким образом, организации оптовой торговли лекарственными средствами и аптечные организации получают лицензии на различные виды деятельности в разных лицензирующих органах.

Рассматриваемые услуги должны иметь различные функциональные назначения и технические характеристики, следовательно объединение их в один лот является недопустимым, поскольку названные услуги и работы должны закупаться отдельно друг от друга. Включение в состав одного лота поставки лекарственных средств и услуг по хранению и отпуску лекарственных средств отдельным категориям граждан приводит к необоснованному ограничению конкуренции среди потенциальных участников закупки (необходимость наличия нескольких лицензий).

Следовательно, данные услуги не могут быть предметом одного лота в силу части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, которым запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов, участниками запроса котировок, участниками запроса предложений путем включения в состав лотов товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что действия Министерства здравоохранения Нижегородской области при осуществлении закупки путем проведения электронного аукциона на право заключения контракта на оказание социальных услуг по обеспечению лекарственными препаратами граждан Нижегородской области и объединении в один лот товаров и услуг (поставка лекарственных средств и хранение и отпуск лекарственных средств отдельным категориям граждан) имеющих различное функциональное назначение и технические характеристики, являются нарушением части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, что может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Вместе с тем пунктом 2 раздела II документации электронного аукциона и подпунктом 1.1.1. пункта 1 проекта контракта установлено, что закупка лекарственных препаратов осуществляется конкурентными способами (на торгах) (за счет собственных денежных средств или привлекаемых средств третьих лиц) в соответствии с законодательством, на основании заявки заказчика, содержащей наименования, количество и начальную цену лекарственных препаратов, то есть осуществляется исполнителем по договору самостоятельно. При этом отсутствует у него обязанность закупать лекарственные препараты в соответствии с требованиями Закона о контрактной системе.

08.02.2016 на основании статьи 39.1 Закона о защите конкуренции Нижегородское УФАС России направило Министерству здравоохранения Нижегородской области предупреждение о необходимости прекращения действий, нарушающих антимонопольное законодательство.

В связи с выявленной технической ошибкой в предупреждении о прекращении действий нарушающих антимонопольное законодательство, Определением от 24.02. 2016 внесены изменения в указанное предупреждение.

09.03.2016 Министерство здравоохранения Нижегородской области представило возражения на предупреждение о необходимости прекращения действий, нарушающих антимонопольное законодательство от 08.02.2016.

Согласно представленным возражениям ответчик не признает вменяемые антимонопольным органом нарушения.

Комиссией отклоняется довод Министерства здравоохранения Нижегородской области, изложенный в возражении на предупреждение (вх. №1259 от 09.03.2016) о том, что его позиция подтверждается судебной практикой, поскольку на момент принятия указанных ответчиком судебных актов по названному делу действовал Федеральный закон от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», который содержал иные положения, нежели Закон о контрактной системе, действующий в настоящее время и подлежащий применению при осуществлении государственных закупок.

Частью 3 статьи 15 Закона о защите конкуренции запрещается совмещение

функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральными законами, указами Президента Российской Федерации, постановлениями Правительства Российской Федерации, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора, если иное не установлено Федеральным законом от 30 октября 2007 года N 238-ФЗ "О Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта", Федеральным законом от 1 декабря 2007 года N 317-ФЗ "О Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом" и Федеральным законом "О Государственной корпорации по космической деятельности "Роскосмос".

Комиссией принимается довод ответчика о том, что предоставление по результатам закупки № 0832200006615000330 0 хозяйствующему субъекту права проводить закупку конкурентными способами (на торгах) не свидетельствует о наделение его функциями органа государственной власти.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что при дальнейшем проведении торгов победителем закупки в отношении отдельных видов товаров (лекарственных средств и изделий медицинского назначения) хозяйствующий субъект обязан руководствоваться Федеральным законом от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц". Однако, в случае если рассматриваемые виды работ и услуг не были бы объединены в единый лот, порядок проведения закупки в отношении них, регламентировался бы требованиями Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе).

Указанные обстоятельства свидетельствуют о нарушении части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, поскольку подменяется нормативная база проведения закупок, нарушается принцип открытости и прозрачности процедуры закупки.

Документация об аукционе предполагает проведение торгов победителем аукциона не в соответствии с процедурой, определенной Законом о контрактной системе, а в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц", т.е. путем произвольной закупки.

По результатам рассматриваемого аукциона заключен государственный контракт от 13.07.2015 № 26 с ООО «Поволжье-Фарм»; срок действия контракта установлен до 31.12.2015. Контракт является исполненным.

Таким образом, Комиссия, приходит к выводу о необходимости выдачи предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции и недопущения аналогичных нарушений в будущем.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьей 23, частями 1, 5

статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать Министерство здравоохранения Нижегородской области нарушившим части 1 и 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции.
2. Выдать Министерству здравоохранения Нижегородской области предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.
3. Передать материалы уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.9 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии:

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 1447-ФАС52-10/15

12 апреля 2016 года г. Нижний Новгород

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

Председатель Комиссии:

- заместитель руководителя Управления;

Члены Комиссии:

- начальник отдела контроля органов государственной власти;
- ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов государственной власти,

руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50

Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) на основании своего Решения от 12 апреля 2016 года по делу №1447-ФАС52-10/15 о нарушении Министерством здравоохранения Нижегородской области частей 1, 3 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции"

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

Министерству здравоохранения Нижегородской области прекратить нарушение частей 1, 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, а именно: **в срок до 16 мая 2016 года** провести разъяснительную работу среди должностных лиц Министерства здравоохранения Нижегородской области по порядку применения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции".

О выполнении настоящего Предписания сообщить в антимонопольный орган не позднее пяти дней со дня его выполнения.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии:

Предписание может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа частью 2 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.