

121471, Москва г, Рябиновая ул, д. 43

ОАО «Фирма Медполимер»

195279, Санкт-Петербург, шоссе Революции, 69

АО «ЕЭТП»

117312, г. Москва, пр. 60-я Октября, д. 9

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-13399/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.08.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия) в составе:

рассмотрев жалобу ОАО «Фирма Медполимер» (далее – заявитель, общество) на действия ФГУП «МБА» (далее – заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения гражданско-правового договора на поставку лекарственных препаратов (реестровый № 32009353168),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба заявителя на действия заказчика при проведении закупки на положения закупочной документации. Жалоба поступила до окончания срока подачи заявок на участие в закупке.

Действия (бездействие) заказчиков, комиссии по осуществлению закупок по основаниям, предусмотренным п. п. 1, 4 - 6 ч. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках), обжалуются в порядке, предусмотренном ст. 18.1. Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Частью 10 ст. 3 Закона о закупках предусмотрены основания, позволяющие участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) заказчика при осуществлении закупок товаров, работ, услуг.

К числу основных принципов закупочной деятельности названный закон относит информационную открытость закупки, равноправие, справедливость, отсутствие

дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика, отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки (ч. 1 ст. 3 Закона о закупках).

В этой связи предметом обжалования в антимонопольном органе, помимо случаев, предусмотренных п. п. 3-6 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках, могут являться любые отступления заказчика (организатора торгов) от установленных названным законом принципов закупочной деятельности, то есть, по существу такие действия, которые осуществлены вразрез с целями и положениями Закона о закупках и нарушают права участника. Соблюдение заказчиком основных принципов Закона о закупках предполагает неукоснительное соблюдение прав участников в любой сфере правоотношений, в том числе при формировании документации, при допуске заявок, при их оценке, при заключении договора.

Соответственно, антимонопольный орган вправе установить в действиях заказчика любые нарушения, связанные с отступлением от упомянутых принципов.

Таки образом, доводы подателя жалобы о нарушении заказчиком принципов Закона о закупках отвечают требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, а жалоба заявителя подлежит рассмотрению в административном порядке.

Как следует из материалов дела, заказчиком в ЕИС размещено извещение о проведении закупки на право заключения договора на поставку лекарственных препаратов.

Заявитель в жалобе указывает, что в описании объекта закупки приведены следующие требования к объекту закупки:

№ МНН	Торговое наименование, форма выпуска, дозировка в соответствии с регистрационным удостоверением лекарственного препарата	Производитель, страна	Ед. изм.	Количество
Декстроза	Глюкоза р-р д/инф. 10% фл. 250 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак	300
Декстроза	Глюкоза р-р д/инф. 10% фл. 500 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак	200
Декстроза	Глюкоза р-р д/инф. 5% фл. 250 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак	2500
Декстроза	Глюкоза р-р д/инф. 5% фл. 500 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак	2000
Цетривидин	Цетривидин р-р д/инф. 0,05% фл. 250 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак	2000

натрия хлорид	натрия хлорид р-р д/инф. 0.9% фл. 250 мл №10	«Гематек», Россия	упак 65000
Натрия хлорид	Натрия хлорид р-р д/инф. 0.9% фл. 500 мл №10	ООО «Гематек», Россия	упак 15000

Согласно пункту 15 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должно быть указано, в том числе, описание предмета такой закупки в соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках.

Частью 6.1 ст. 3 Закона о закупках установлены правила, которыми должен руководствоваться заказчик при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки.

В рассматриваемом случае заказчик объявил конкурентную процедуру. Соответственно, при проведении закупочной процедуры заказчик обязан соблюдать все требования и запреты, предусмотренные Законом о закупках.

В соответствии с ч. 1 ст. 8 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

Согласно п. 2 ч. 6.1 ст. 3 Закона о закупках в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки; описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков (в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «или эквивалент».

Таким образом, в отношении конкурентных закупок упомянутым законом введен специальный режим регулирования, который обязывает заказчиков безальтернативно предусматривать в закупочной документации возможность использования эквивалентного товара.

При этом положениями ч. 3 ст. 6.1. Закона о закупках определены следующие исключения:

- а) несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком;
- б) закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование;
- в) закупок товаров, необходимых для исполнения государственного или

муниципального контракта;

г) закупок с указанием конкретных товарных знаков, знаков обслуживания, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, места происхождения товара, изготовителя товара, если это предусмотрено условиями международных договоров Российской Федерации или условиями договоров юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона, в целях исполнения этими юридическими лицами обязательств по заключенным договорам с юридическими лицами, в том числе иностранными юридическими лицами.

К конкурентной закупочной процедуре применяются все ограничения, предусмотренные Законом о закупках, в том числе и об обязательности предоставления возможности поставки (использования) эквивалентного товара. Вместе с тем, включение в документацию о закупке требований к закупаемому товару, которые свидетельствуют о его конкретном производителе, является безусловным ограничением конкуренции. В противном случае, заказчик должен доказать возможность закупки товара конкретного производителя товара со ссылками на основания, предусмотренные ч. 3 ст. 6.1. Закона о закупках.

Таким образом, заказчиком закупается товар конкретного производителя без возможности поставки эквивалента.

В свою очередь, закупка ЛС должна осуществляться исключительно по международному непатентованному наименованию (МНН).

Пунктом 12.3 ст. 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – 61-ФЗ) введено понятие взаимозаменяемости лекарственных препаратов, основными показателями которой является качественный состав и количественный состав действующих веществ, состав вспомогательных веществ, лекарственная форма и способ введения.

Взаимозаменяемость препаратов с одним МНН подтверждается и тем, что в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов такие препараты включаются по международному непатентованному, а не по торговому наименованию (ч. 1 ст. 60 Федерального закона 61-ФЗ). При этом медицинским и фармацевтическим работникам прямо запрещается скрывать сведения о наличии в обращении аналогичных лекарственных препаратов, искажать информацию о наличии лекарственных препаратов, имеющих одинаковое МНН (п. 4 ч. 1, п. 4 ч. 2 ст. 74 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), что также подтверждает тождественность лекарственных препаратов с одним МНН.

Таким образом, основными «техническими характеристиками» лекарственного препарата являются МНН, лекарственная форма (форма выпуска) и дозировка препарата.

Из единого государственного реестра лекарственных средств следует, что МНН Декстрозы выпускают несколько производителей, не только ООО «Гематек», в связи с чем указание на производителя лекарственного препарата является ограничением конкуренции.

ОАО «Фирма Медполимер» (имеет лицензию на изготовление лекарственных

средствами в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 06.07.2012 N 686 «Об утверждении Положения о лицензировании производства лекарственных средств», включающую в себя также хранение и реализацию лекарственных средств) в связи с установлением в документации, помимо требований к самому лекарственному средству, избыточных и необоснованных обязательных требований к упаковке, характеристики которых не могут быть изменены, лишается права производителя, на реализацию изготовленной продукции, а действия Заказчика приводят к грубому нарушению основным норм и принципов Закона о закупках.

В соответствии с пунктом 2 Особенности описания лекарственных препаратов при описании в документации о закупке заказчик помимо МНН лекарственного препарата (или при отсутствии таких наименований химического, группировочного наименования) указывают лекарственную форму препарата, включая в том числе эквивалентные лекарственные формы, дозировку лекарственного препарата с возможностью поставки лекарственного препарата в кратной дозировке и двойном количестве и остаточный срок годности лекарственного препарата, выраженный в единицах измерения времени.

В соответствии с подпунктом «в» пункта 5 Особенности описания лекарственных препаратов при описании объекта закупки не допускается указывать объем наполнения первичной упаковки лекарственного препарата, за исключением растворов для инфузий.

В письме Федеральной антимонопольной службы от 15 июня 2018 № АК/44328/18 «О формировании документации на закупку лекарственных препаратов с МНН «Натрия хлорид» указано, что в соответствии со сведениями государственного реестра лекарственных средств, ведение которого предусмотрено статьей 33 Федерального закона от 12.04.2010 N 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств», на территории Российской Федерации в рамках МНН «Натрия хлорид» зарегистрировано более 20 лекарственных препаратов в лекарственной форме «раствор для инфузий» в дозировке 0,9 % (9 мг/мл) в формах выпуска «флакон», «контейнер», «контейнер полимерный», «бутылка» (стеклянная и полиэтиленовая) объемом наполнения 50 мл, 100 мл, 150 мл, 200 мл, 250 мл, 300 мл, 350 мл, 400 мл, 450 мл, 500 мл, 600 мл, 800 мл, 1000 мл, 1500 мл, 2000 мл, 2500 мл, 3000 мл, 3500 мл, 4000 мл, 4500 мл, 5000 мл.

Таким образом, при закупке лекарственных препаратов с МНН «Натрия хлорид» в лекарственной форме «раствор для инфузий» в дозировке 0,9 % (9 мг/мл) в различных формах выпуска в соответствии с подпунктом «в» пункта 5 Особенности описания лекарственных препаратов допускается указывать объем наполнения первичной упаковки лекарственного препарата.

Также ФАС России в данном письме отмечает, что в соответствии с подпунктом «е» пункта 5 Особенности описания лекарственных препаратов не допускается указывать форму выпуска (первичной упаковки) лекарственного препарата (например, «ампула», «флакон», «блистер» и др.).

ФАС России дополнительно сообщает, что пунктом «б» пункта 5 Особенности описания лекарственных препаратов предусмотрен запрет на указание дозировки лекарственного препарата в определенных единицах измерения при возможности конвертирования в иные единицы измерения (например, «МЕ» (международная

единица) может быть конвертирована в «мг» или «процент» может быть конвертирован в «мг/мл» и т. д.). В соответствии с инструкциями по медицинскому применению лекарственных препаратов с МНН «Натрия хлорид» дозировки 0,9 % и 9 мг/мл являются эквивалентными. Следовательно, при формировании документации о закупке не допускается указывать определенные единицы дозировки лекарственных препаратов с МНН «Натрия хлорид» (проценты или мг/мл) без указания эквивалентных единиц дозировки (мг/мл или проценты соответственно).

На основании изложенного, Комиссия соглашается с заявителем о недопустимости указания в документации конкретного производителя товара, а также требований к упаковке, ограничивающих конкуренцию на торгах.

В связи с изложенным, на заседании Комиссии заказчик не обосновал необходимость закупки товара без указаний слов на возможность поставки эквивалента.

Указание на конкретный товарный знак или предъявление требований к закупаемому товару (который может поставить лишь конкретный производитель) приводит к созданию необоснованных препятствий для участников закупки, влечет сокращение их количества.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В свою очередь, включение в документацию требований о поставке товара конкретного производителя нарушает требования ст.ст. 1 и 3 Закона о закупках в части обеспечения добросовестной конкуренции, равноправия, справедливости, предотвращения коррупции и других злоупотреблений.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у заказчика объективной необходимости в установлении такого требования последним не представлено.

Вместе с тем, оценивая подобное основание для установления спорного требования, следует признать, что критериям объективности и нормативности оно не соответствует. При этом сам по себе предмет торгов не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов: исходя из предусмотренного ст. 1 ГК РФ принципа равенства участников гражданских правоотношений, статус заказчика, сфера его деятельности, а равно особенности предмета закупки, не могут обуславливать введение ограничивающих конкуренцию требований.

В связи с чем Комиссия Управления признает жалобу заявителя обоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите

конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ОАО «Фирма Медполимер» на действия ФГУП «МБА» при проведении закупки обоснованной.
2. Установить в действиях заказчика нарушение пункта 2 части 6.1 статьи 3, пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать заказчику обязательное к исполнению предписание.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его получения лицами, участвовавшими в деле.