

РЕШЕНИЕ №326/11-ГЗ/Ж

28 ноября 2011 года

г. Смоленск

Комиссия Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, в составе <...>

в целях осуществления возложенных на Комиссию Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов (приказ Смоленского УФАС России от 03.10.2011 № 155) функций по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд и во исполнение положений статьи 60 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов), рассмотрев поступившую в адрес Смоленского УФАС России жалобу ОАО «Смоленск-Фармация» (вх. №4583/03 от 22.11.2011) на действия государственного заказчика – ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» и уполномоченного органа – Главного управления государственного заказа Смоленской области при проведении открытого аукциона в электронной форме (4102аэф) на право заключить гражданско-правовой договор на поставку препаратов для лечения инфекционных заболеваний для нужд ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» во 2-ом полугодии 2011 г. (извещение № 0163200000311005128),

УСТАНОВИЛА:

В жалобе ОАО «Смоленск-Фармация» (далее – Заявитель, Общество), озвученной в ходе заседания Комиссии Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов (далее также – Комиссия) членом комиссии <...>, указано на нарушение аукционной комиссией, состоящей из представителей государственного заказчика и уполномоченного органа, законодательства в сфере размещения заказов.

Извещение о проведении открытого аукциона № 0163200000311005128 и аукционная документация 02.11.2011 размещены на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов <http://zakupki.gov.ru>.

Предметом аукциона является поставка препаратов для лечения инфекционных

заболеваний для нужд ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» во 2-ом полугодии 2011 г.

В соответствии с пунктом 4 Информационной карты в первой части заявки участника размещения заказа должны быть указаны конкретные показатели, соответствующие значениям, установленным в Приложении №1 к Информационной карте и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого к поставке товара с указанием страны происхождения поставляемого товара.

Приложение №1 к Информационной карте содержит 32 наименования лекарственных средств, в том числе «Эртапенем» (см. таблицу ниже).

№№	МНН	Форма выпуска, дозировка	Ед. изм.	Кол-во
55	Эртапенем	Лиофилизат д/приготовления раствора д/инъекций 1 г 20мл флаконы №1	уп	100

Заявитель считает, что объединение в один лот вышеуказанного препарата с другими является нарушением антимонопольного законодательства и законодательства о размещении заказов по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна соответствовать требованиям, предусмотренным частями 1 - 3.2, 4.1 - 6 статьи 34 Закона о размещении заказов.

Согласно части 3.1 статьи 34 Закона о размещении заказов документация об аукционе не может содержать указание на знаки обслуживания, фирменные наименования, патенты, полезные модели, промышленные образцы, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товару, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа.

Порядок формирования лотов на закупку лекарственных средств разъяснен письмом Минэкономразвития РФ № 16811-АП/Д04, Минздравсоцразвития РФ № 8035-ВС, ФАС РФ № ИА/20555 от 31.10.2007 "О применении норм Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения" (далее – Письмо №16811-АП/Д04).

В Письме №16811-АП/Д04 указывается на то, что не следует объединять лекарственное средство в один лот с другим лекарственным средством, в случае если по его международному непатентованному наименованию зарегистрировано только одно торговое наименование.

Федеральная антимонопольная служба в письме № АК/12989 от 08.04.2011

пояснила, что в Письме №16811-АП/Д04 даны разъяснения законодательства о размещении заказов, в том числе по вопросу установления основных принципов формирования предмета торгов (лота) при поставке лекарственных средств независимо от программы лекарственного обеспечения, в рамках которой осуществляется размещение заказа.

Заявитель обращает внимание Комиссии на то, что указанное письмо не признано утратившим силу, а следовательно, с целью недопущения ограничения количества участников размещения заказа необходимо руководствоваться содержащимися в нем разъяснениями.

Лекарственное средство с международным непатентованным наименованием (далее – МНН) «Эртапенем» имеет, согласно Государственному реестру лекарственных средств, одно торговое наименование – «Инванз» (производитель: Мерк Шарп и Доум; Франция).

Таким образом, государственный заказчик не должен был объединять в рамках одного аукциона вышеуказанное лекарственное средство с другими лекарственными средствами, так как это нарушает положение Письма №16811-АП/Д04 и, как следствие, статей 34, 41.6 Закона о размещении заказов.

Кроме того, в соответствии со статьей 17 Федерального закона 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Данная статья содержит перечень нарушений, который не является исчерпывающим. Следовательно, для квалификации действий по организации и проведению торгов как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений Закона о размещении заказов, Закона о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду.

Таким образом, государственный заказчик, объединив в рамках одного аукциона «Эртапенем» с другими лекарственными средствами, нарушил требования Закона о размещении заказов и Закона о защите конкуренции, что может повлиять на эффективность использования бюджетных средств, развитие добросовестной конкуренции, а также привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении торгов.

В связи с изложенным Заявитель просит Комиссию Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов рассмотреть жалобу по существу, обязать государственного заказчика устранить нарушения законодательства путем приведения документации об открытом аукционе в электронной форме в соответствие с требованиями Закона о размещении заказов.

Представитель уполномоченного органа по сути жалобы пояснила следующее.

Главное управление государственного заказа по Смоленской области проводило размещение заказа на право заключить гражданско-правовой договор на поставку препаратов для лечения инфекционных заболеваний для нужд ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» во 2-ом полугодии 2011 г.

(извещение № 0163200000311005128).

02.11.2011 на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов <http://zakupki.gov.ru> были размещены извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме и аукционная документация.

Срок окончания подачи заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме – 23.11.2011 в 9 часов 00 минут.

В жалобе ОАО «Смоленск-Фармация» указывает на нарушение государственным заказчиком положений Письма №16811-АП/Д04, однако данное письмо не является нормативно-правовым актом и не носит обязательного характера, на что указывает Минэкономразвития России в письме от 10.08.2009 № Д05-3985.

Кроме того, Письмо №16811-АП/Д04 содержит разъяснения по отдельным вопросам применения Закона о размещении заказов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения. В то же время, поставка лекарственных препаратов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения не является предметом аукциона.

Письмо ФАС России от 08.04.2011 №АК/12989, на которое ссылается Заявитель, не зарегистрировано в Минюсте РФ и официально не опубликовано, следовательно, его применение противоречит Указу Президента РФ от 23.05.1996 №763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента РФ, Правительства РФ и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти», в пункте 10 которого указано, что нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, кроме актов и отдельных их положений, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, или сведения конфиденциального характера, не прошедшие государственную регистрацию, а также зарегистрированные, но не опубликованные в установленном порядке, не влекут правовых последствий, как не вступившие в силу, и не могут служить основанием для регулирования соответствующих правоотношений, применения санкций к гражданам, должностным лицам и организациям за невыполнение содержащихся в них предписаний. На указанные акты нельзя ссылаться при разрешении споров.

Согласно пункту 2 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 №1009, нормативные правовые акты издаются федеральными органами исполнительной власти в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений. Издание нормативных правовых актов в виде писем и телеграмм не допускается.

Таким образом, государственный заказчик и уполномоченный орган при разработке документации об открытом аукционе в электронной форме не были обязаны руководствоваться положениями Письма №16811-АП/Д04 и письма ФАС России от 08.04.2011 №АК/12989, следовательно, в их действиях отсутствуют нарушения норм антимонопольного законодательства и законодательства о размещении заказов.

В связи с вышеизложенным, Представитель уполномоченного органа просит

Комиссию Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов признать жалобу ОАО «Смоленск-Фармация» необоснованной.

Представитель государственного заказчика пояснила, что в Письме №16811-АП/Д04 разъясняются отдельные вопросы применения норм Закона о размещении заказов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения отдельных категорий граждан, в частности по порядку формирования лотов на закупку лекарственных средств в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения отдельных категорий граждан. В данном письме указывается, что формирование лотов должно производиться с учетом Перечня лекарственных средств, отпускаемых по рецептам врача (фельдшера) при оказании дополнительной бесплатной медицинской помощи отдельным категориям граждан, имеющим право на получение государственной социальной помощи.

В Приказе Минздравсоцразвития РФ от 18.09.2006 №665 «Об утверждении Перечня лекарственных средств, отпускаемых по рецептам врача (фельдшера) при оказании дополнительной бесплатной медицинской помощи отдельным категориям граждан, имеющим право на получение государственной социальной помощи» определено, что данный Перечень утвержден в соответствии со статьей 6.2 Федерального закона 17.07.1999 № 178-ФЗ "О государственной социальной помощи" (далее – Закон о государственной социальной помощи) в целях обеспечения граждан, имеющих право на получение государственной социальной помощи в виде обеспечения необходимыми лекарственными средствами при оказании дополнительной бесплатной медицинской помощи.

В соответствии с частью 6.2 Закона о государственной социальной помощи в состав предоставляемого набора социальных услуг включается обеспечение в соответствии со стандартами медицинской помощи по рецептам врача (фельдшера) необходимыми лекарственными препаратами.

ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» не осуществляет дополнительную бесплатную помощь в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения отдельным категориям граждан, следовательно, при разработке документации не было обязано руководствоваться положениями Письма №16811-АП/Д04, а также письма ФАС России от 08.04.2011 №АК/12989.

Таким образом, Представитель государственного заказчика считает аукционную документацию соответствующей законодательству о размещении заказов, а доводы Заявителя – несостоятельными, в связи с чем просит Комиссию Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов признать жалобу необоснованной.

В ходе рассмотрения жалобы ООО «Смоленск-Фармация» на действия государственного заказчика – ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» и уполномоченного органа – Главного управления государственного заказа Смоленской области при проведении открытого аукциона в электронной форме (4102аэф) на право заключить гражданско-правовой договор на поставку препаратов для лечения инфекционных заболеваний для нужд ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» во 2-ом полугодии 2011 г. (извещение № 0163200000311005128), и проведенной в соответствии с частью 5 статьи 17 Закона о размещении заказов внеплановой проверки соблюдения

законодательства в сфере размещения заказов при размещении заказа, являющегося предметом рассмотрения жалобы, Комиссией Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов установлено, что размещение вышеуказанного заказа было осуществлено путем проведения открытого аукциона в электронной форме, что соответствует требованиям Закона о размещении заказов.

Согласно части 1 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна соответствовать требованиям, предусмотренным частями 1 - 3.2, 4.1 - 6 статьи 34 Закона.

В соответствии с частью 2 статьи 34 Закона о размещении заказов документация об аукционе должна содержать требования, установленные заказчиком, уполномоченным органом, к качеству, техническим характеристикам товара, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика.

Пунктом 4 Информационной карты установлены требования к содержанию первой части заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме: конкретные показатели, соответствующие значениям, установленным в Приложении №1 к Информационной карте, карте и указание на товарный знак (его словесное обозначение) (при его наличии) предлагаемого к поставке товара с указанием страны происхождения поставляемого товара.

Приложение №1 к Информационной карте «Требования к качеству, техническим и функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара и иные показатели» оформлено в виде таблицы с графами:

1. порядковый номер,
2. международное непатентованное наименование,
3. форма выпуска, дозировка,
4. единицы измерения,
5. количество.

Таблица содержит 32 наименования, препарат с порядковым номером 5 имеет МНН «Эртапенем».

В соответствии с частью 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции, технологически и функционально не связанной с товарами, поставки, которых являются предметом торгов.

В рассматриваемом случае все наименования закупаемого товара, указанные в Приложении №1 к Информационной карте являются лекарственными препаратами, относящимися к группе антибиотиков (код 2423470 «Антибиотики прочие (включая синтетические)» Общероссийского классификатора видов экономической деятельности, продукции и услуг 004-93), следовательно не могут быть признаны технологически и функционально не связанными товарами.

Письмом № 16811-АП/Д04 разъясняется, что заказчик самостоятельно принимает решение при формировании лотов на поставки лекарственных средств, в том числе в отношении предмета размещаемого заказа, включая форму выпуска лекарственных средств (ампулы, таблетки и т.д.), начальной (максимальной) цены контракта, сроков и иных условий поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг, с учетом ограничений, установленных законодательством.

Тем же письмом рекомендовано при формировании лотов на поставку лекарственных средств по программе дополнительного лекарственного обеспечения в 2008 году не объединять лекарственное средство в один лот с другим лекарственным средством, в случае если по его международному непатентованному наименованию зарегистрировано только одно торговое наименование.

В то же время, Письмо № 16811-АП/Д04, письмо ФАС России № АК/12989 от 08.04.2011 не являются нормативными правовыми актами и не носят обязательного характера, однако выражают согласованное мнение федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных на проведение государственной политики, нормативно-правовое регулирование и проведение контроля в соответствующих сферах деятельности по вопросу применения норм Закона о размещении заказов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения.

Таким образом, учитывая положения пункта 2 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 №1009 государственный заказчик, уполномоченный орган при составлении документации об открытом аукционе в электронной форме могут, но не обязаны соблюдать рекомендации, оформленные в виде писем федеральных органов исполнительной власти ввиду их ненормативного характера.

Кроме того, данная аукционная документация не ограничивает конкуренцию между участниками размещения заказа, так как предметом открытого аукциона в электронной форме является поставка товара, находящегося в свободной продаже.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия Смоленского УФАС по Смоленской области по контролю в сфере размещения заказов пришла к выводу о необоснованности доводов Заявителя о нарушении государственным заказчиком, уполномоченным органом антимонопольного законодательства и законодательства в сфере размещения заказов путем объединения лекарственного препарата «Эртапенем», имеющего одно торговое наименование, в один аукцион с другими лекарственными препаратами.

Изучив все материалы по жалобе, руководствуясь частью 6 статьи 60 Закона о размещении заказов Комиссия Смоленского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов,

РЕШИЛА:

Признать жалобу ООО «Смоленск-Фармация» на действия государственного заказчика – ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» и уполномоченного органа – Главного управления государственного заказа Смоленской области при проведении открытого аукциона в электронной форме (4102аэф) на право заключить гражданско-правовой договор на поставку препаратов для лечения инфекционных заболеваний для нужд ОГБУЗ «Клиническая больница скорой медицинской помощи» во 2-ом полугодии 2011 г. (извещение № 0163200000311005128), необоснованной.

В соответствии с частью 9 статьи 60 Закона о размещении заказов решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы на действия (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.