

## РЕШЕНИЕ

по делу № 167/2011-3/2 о нарушении законодательства о размещении заказов

31 мая 2011 г.

Резолютивная часть решения оглашена 30 мая 2011 г.

Комиссия Рязанского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, созданная приказом Рязанского УФАС России № 22 от 11.02.2011г. (далее – Комиссия) в составе Ерошиной Я.А., заместителя руководителя управления, заместителя председателя Комиссии, Агафонова А.А., начальника отдела контроля размещения государственного заказа, заместителя председателя Комиссии, членов комиссии: Евсикова А.А., заместителя начальника отдела контроля размещения государственного заказа, Дорофеева А.Н., специалиста-эксперта отдела контроля размещения государственного заказа, Молостова И.Н., специалиста-эксперта отдела контроля финансовых рынков, при участии представителей ГУЗ «Рязанский областной клинический наркологический диспансер» <...>, представителя Министерства имущественных и земельных отношений Рязанской области <...>, представителя ЗАО «БИОКАД» <...>, рассмотрев жалобу ЗАО «БИОКАД» (далее – Заявитель) № 725 от 19.05.2011г. (вх. от 23.05.2011г №1717) на действия ГУЗ «Рязанский областной клинический онкологический диспансер» (далее – Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на поставку препаратов для лечения злокачественных образований, предназначенных для бесплатного обеспечения граждан с онкологическими заболеваниями согласно ч. 1 ст. 5 Закона Рязанской области от 24.04.2008г. № 49-ОЗ «О лекарственном обеспечении населения Рязанской области», с последующим их отпуском по льготным рецептам и проведя внеплановую проверку представленных документов ,

у с т а н о в и л а :

ГУЗ «Рязанский областной клинический онкологический диспансер» (далее – Заказчик) была инициирована процедура размещения заказа путем проведения открытого аукциона в электронной форме на поставку препаратов для лечения злокачественных образований, предназначенных для бесплатного обеспечения граждан с онкологическими заболеваниями согласно ч. 1 ст. 5 Закона Рязанской области от 24.04.2008г. № 49-ОЗ «О лекарственном обеспечении населения Рязанской области», с последующим их отпуском по льготным рецептам (далее – Открытый аукцион).

3 мая 2011г. на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о размещении заказов ГУЗ РОКОД было опубликовано извещение о проведении аукциона № 0159200001211000282.

По мнению Заявителя, Заказчиком допущены следующие нарушения:

1. Части 3.1. статьи 34 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);
2. части 1 и части 3 статьи 17 Федерального закона от 27.06.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

В соответствии с документацией об аукционе (Техническое задание) в одном лоте к поставке заявлены лекарственные средства (далее-ЛС), которые должны быть выделены заказчиком в отдельные лоты на основании нижеследующего.

1. В соответствии с Совместным письмом Минэкономразвития РФ № 16811-АП/Д04, Мицздравсоцразвития РФ № 8035-ВС, ФАС РФ № ИА/20555 от 31.10.2007 г. «О применении норм Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ (далее - Письмо N 16811-АП/Д04) при формировании лотов на поставку лекарственных средств заказчик должен исходить из следующего.

а) Любое объединение различных ЛС в один лот потенциально ведет к снижению количества участников торгов, следовательно, необходимо избегать укрупнения лотов.

В результате объединения в один лот ЛС, указанных в документации об аукционе, ЗАО «БИОКАД» лишено возможности участвовать в торгах на поставку производимых им ЛС, поскольку в один лот включены также иные ЛС, которые ЗАО «БИОКАД» не производит, и соответственно не имеет право их продавать. В торгах могут принять участие только лица, осуществляющие продажу сразу всех ЛС (организации, занимающиеся оптовой торговлей), что приводит также к тому, что государство закупает лекарства по завышенным ценам.

Таким образом, лот подлежит разукрупнению путем внесения изменений в документацию об аукционе.

б) При формировании лотов не следует объединять в один лот ЛС, входящие в различные группы в соответствии с Перечнем лекарственных средств, отпускаемых по рецептам врача (фельдшера) при оказании дополнительной бесплатной помощи отдельным категориям граждан, имеющим право на получение государственной социальной помощи, утвержденным Приказом Минздравсоцразвития России от 18.09.2006 N 665 (далее - Приказ N 665).

Так, например, лекарственные средства «Летрозол», «Ломустин», «Флутамид», «Ципротерон», «Этопозид» входят в XVIII группу Перечня, а ЛС «Паклитаксел», «Бевацизумаб», «Гозерелин», «Золедроновая кислота», «Капецитабин», «Трастузумаб» и др. - в XXX группу Перечня.

Таким образом, данные ЛС не могли быть включены Заказчиком в один лот.

в) В случае размещения заказа на поставку лекарственного средства, которое в соответствии с Перечнем, утвержденным Приказом N 665, относится к группе XXX "Средства, применяемые по решению врачебной комиссии, утвержденному главным врачом лечебно-профилактического учреждения" либо к группам "Прочие...", по каждому международному непатентованному наименованию формируется отдельный лот.

Как указывалось, ЛС «Паклитаксел», «Золедроновая кислота» входят в XXX группу Перечня. Таким образом, они должны быть выделены Заказчиком в отдельные лоты.

г) Не следует объединять ЛС в один лот с другими ЛС, в случае если по его МНН зарегистрировано только 1 торговое наименование.

Так, по МНН зарегистрировано одно торговое наименование у ЛС: Капецитабин (Кселода), Трастузумаб (Герцептин), Гозерелин. Соответственно данные ЛС не могли быть включены Заказчиком в один лот.

Кроме того, ЗАО «БИОКАД» обращалось в ФАС России с официальным письмом о даче разъяснений по вопросу применения вышеуказанного Совместного письма (обращение от 15.03.11 г. исх. № 284).

В ответ на обращение из ФАС России ЗАО «БИОКАД» был получен ответ от 08.04.11 г. № АК/12989 о том, что до настоящего времени Совместное письмо не подлежало изменению, а также не было признано утратившим силу, в связи с чем, ФАС России сообщает, что при формировании предмета торгов (лота) при поставке ЛС с целью недопущения ограничения количества участников размещения заказа необходимо руководствоваться содержащимися в Совместном письме разъяснениями.

В ходе заседания Комиссии представитель Заявителя поддержала первый довод жалобы, уточнив при этом требование рассмотреть второй довод жалобы в рамках нарушения части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

В своем возражении на жалобу от 23.05.2011 г. № 1482 (вх. от 25.05.2011 г. №1746) Заказчик считает жалобу необоснованной по следующим основаниям.

1. Лекарственные средства объединены в предмет аукциона ГУЗ РОКОД правомерно, такое объединение не влечёт за собой ограничение количества участников размещения заказа. В соответствии с приказом Министерства экономического развития РФ от 01.12.2010 г. № 601 «Об утверждении номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков», лекарственные средства, являющиеся предметом аукциона, объединены в 53 группу номенклатуры с наименованием «Препараты для лечения злокачественных образований», и кодом классификации по ОКДП 2423656, так как являются препаратами для лечения злокачественных образований.

2. «Отпуск лекарственных средств льготным категориям граждан, страдающим онкологическими заболеваниями, функционально и технологически взаимосвязан с поставкой, поскольку и отпуск и поставка являются цельным процессом лекарственного обеспечения льготных категорий граждан.

Льготное лекарственное обеспечение онкологических больных, имеющих право на такое обеспечение, осуществляется по следующей схеме. Для получения бесплатного лекарственного обеспечения гражданину, обратившемуся в поликлинику ГУЗ РОКОД, врачом-онкологом выписывается рецептурный бланк на лекарственное средство, который больной предъявляет в аптечное учреждение, имеющее право на розничную торговлю лекарственными средствами, взамен получая требуемый лекарственный препарат бесплатно.

Таким образом, размещая заказ на поставку с последующим отпуском, заказчик гарантирует больному получение жизненно необходимого препарата непосредственно при обращении. Раздельное же размещение поставки и отпуска, вопреки жалобе ЗАО «БИОКАД», будет являться нарушением действующего законодательства по следующим причинам.

Во-первых, в приказе Министерства экономического развития РФ от 01.12.2010 г. № 601 «Об утверждении номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков» и ОКДП отсутствует вид деятельности «Отпуск лекарственных средств льготным категориям граждан». При отсутствии кода ОКДП разместить заказ корректно не представляется возможным.

Во-вторых, при раздельном размещении заказов могут возникнуть следующие ситуации, планировать и учитывать которые ГУЗ РОКОД, как заказчик, обязан:

- аукцион на поставку лекарственных средств состоялся, контракт заключен, а аукцион на отпуск лекарственных средств не состоялся, в результате обеспечение жизненно необходимыми препаратами онкобольных не представляется возможным (нарушение статьи 2 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 г. № 5487-1), при этом возникает проблема хранения лекарственных средств;

- аукцион на поставку лекарственных средств не состоялся, а аукцион на отпуск лекарственных средств состоялся, контракт заключен, в результате обеспечение жизненно необходимыми препаратами онкобольных не представляется возможным (нарушение статьи 2 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 г. № 5487-1).

Также следует отметить, что пункт 5 статьи 2 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан предусматривает ответственность учреждений и организаций независимо от формы собственности, и должностных лиц за обеспечение прав граждан в области охраны здоровья.

В-третьих, согласно пункту 3 статьи 2 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, статье 2 закона Рязанской области от 24.04.2008 г. № 49-03 «О лекарственном обеспечении населения Рязанской области» принципом охраны здоровья граждан и лекарственного обеспечения является их доступность. Доступность в данном случае обеспечивается благоприятным территориальным расположением отпускающего льготные препараты аптечного учреждения на территории главного лечебного корпуса и поликлиники ГУЗ РОКОД. ГУЗ РОКОД принимает пациентов со всей Рязанской области. Пациенты, имеющие право на льготное обеспечение - инвалиды, часть из которых имеют ограниченные способности к передвижению. «Доступность» в данном случае - это возможность пациента получить препарат непосредственно в месте выписки рецептурного бланка, не передвигаясь по городу, области, стране. При размещении заказа на отпуск лекарственных средств отдельно от поставки, с одной стороны, будет иметь место нарушение принципа доступности, поскольку принять участие в таком аукционе сможет ЛЮБОЙ аптечный пункт, расположенный на территории всей Российской Федерации, с другой

стороны, проводить аукцион только среди трёх аптек, которые арендуют площади на территории ГУЗ РОКОД, следуя принципу доступности, ГУЗ РОКОД не вправе, такое размещение существенно ограничивает количество участников размещения заказа. При этом в случае проведения аукциона на поставку с последующим отпуском лекарственных средств ограничения конкуренции не происходит, поскольку любой поставщик, имеющий лицензию на фармацевтическую деятельность, может заключить договор с аптечным учреждением, находящимся на территории ГУЗ РОКОД, на отпуск лекарственных средств. Такое положение действующему законодательству не противоречит.

Кроме того следует отметить, что в цену договора входит и стоимость поставленных лекарственных средств, стоимость их отпуска, а также все возможные расходы поставщика, что позволяет заказчику экономить бюджетные средства и обеспечить лекарственными средствами большее количество граждан, не превышая при этом предельные цены на ЖНВАС.

Таким образом, ГУЗ РОКОД как заказчик, в полной мере учёл при размещении данного заказа требования действующего законодательства об охране здоровья граждан, размещении заказов и защите конкуренции.

В ходе заседания Комиссии представители Заказчика поддержали доводы, изложенные в возражении на жалобу и дополнительно сообщили, что отбор нескольких победителей по лотам, установленным по торговым наименованиям, может привести к срыву обеспечения онкологических больных лекарственными средствами.

При этом, представитель Заказчика отметил, что поставка ЛС различными поставщиками (победителями по различным лотам), не приведет к каким-либо негативным последствиям.

Представитель Министерства имущественных и земельных отношений Рязанской области сообщила, что у электронной торговой площадки ЗАО «Сбербанк-АСТ» не имеется технической возможности проведения открытого аукциона в электронной форме с несколькими лотами.

Изучив представленные документы, связанные с размещением данного заказа, Комиссия пришла к выводу об обоснованности доводов жалобы по следующим основаниям.

В соответствии с частью 3.1. статьи 34 Закона о размещении заказов, документация не может содержать требования к товару, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа.

Совместным письмом Минэкономразвития России, Минздравсоцразвития России, ФАС России от 31.10.2007г. №16811-АП/Д04/8035-ВС/ИА/20555 «О применении норм Закона о размещении заказов в рамках программы дополнительного социального обеспечения (далее – Совместное письмо) определены принципы формирования лотов при размещении заказов на поставку лекарственных средств.

Указанная позиция подтверждается письмом Минэкономразвития РФ от 10.08.2009г. № Д05-3985.

В соответствии с пунктом 6.3. «Положения о Федеральной антимонопольной службе», утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2007г. №331, ФАС России имеет право давать юридическим и физическим лицам разъяснения по вопросам, отнесенным к компетенции службы.

Согласно пункту 1 Положения о Министерстве экономического развития Российской Федерации от 05.06.2008г. №437, Министерство экономического развития Российской Федерации является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с пунктом 1 Положения о Министерстве здравоохранения и социального развития Российской Федерации, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004г. № 321, Министерство здравоохранения и социального развития Российской Федерации является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере здравоохранения, обращения лекарственных средств для медицинского применения.

Согласно вышеуказанным письмам, при формировании лотов, в связи с тем, что любое объединение различных лекарственных средств в один лот потенциально ведет к снижению количества участников торгов, предложено их разукрупнить.

Заказчиком укрупнен лот, в состав которого включены 33 вида лекарственных средств, производимых различными организациями, которые в силу действующего законодательства имеют право на реализацию только собственных препаратов.

Такие действия Заказчика влекут ограничение числа участников размещения заказа.

Комиссия сделала вывод, что действия Заказчика нарушают требования части 1 статьи 41.6. и части 3.1. статьи 34 Закона о размещении заказов.

Вывод Комиссии подтверждается Решением Арбитражного суда Челябинской области от 21.04.2011г. по делу № А76-24633/2010.

Комиссия констатировала, что Приказ Министерства экономического развития Российской Федерации № 601 от 01.12.2010г. «Об утверждении номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков» не может быть основанием для объединения 33 наименований лекарственных средств в один лот, как считает Заказчик, поскольку он направлен исключительно на ограничение сумм закупки одноименных товаров в течение квартала – на сумму свыше 100 тысяч рублей – способом запроса котировок, на сумму превышающую 500 тысяч рублей – путем проведения открытого аукциона в электронной форме.

Комиссия отметила, что она не наделена полномочиями по рассмотрению нарушений Федерального закона от 26.07.2006г № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Внеплановой проверкой, проведенной в соответствии с частью 5 статьи 17 Закона о размещении заказов и пунктом 3.1.2 приказа ФАС России от 14.11.2007 г. № 379 иных нарушений законодательства о размещении заказов не выявлено.

На основании изложенного, руководствуясь частями 5 и 9 статьи 17, частью 6 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», Комиссия Рязанского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов

р е ш и л а:

1. Признать жалобу ЗАО «БИОКАД» обоснованной.
2. Признать ГУЗ «Рязанский областной клинический онкологический диспансер» нарушившим часть 1 статьи 41.6. (часть 3.1. статьи 34) Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».
3. Выдать ГУЗ «Рязанский областной клинический онкологический диспансер» предписание об устранении нарушений законодательства о размещении заказов.
4. В соответствии с пунктом 2 Указа Президента Российской Федерации от 03.03.1998г. № 224 «Об обеспечении взаимодействия государственных органов в борьбе с правонарушениями в сфере экономики» направить материалы рассмотрения жалобы в прокуратуру Рязанской области.
5. Направить материалы дела руководителю Рязанского УФАС России для рассмотрения вопроса о нарушении антимонопольного законодательства.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

П Р Е Д П И С А Н И Е № 167/2011-3/2

31 мая 2011 г

Комиссия Рязанского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, созданная приказом Рязанского УФАС России № 22 от 11.02.2011г. (далее – Комиссия) в составе Ерошиной Я.А., заместителя руководителя управления, заместителя председателя Комиссии, Агафонова А.А., начальника отдела контроля размещения государственного заказа, заместителя председателя Комиссии, членов комиссии: Евсикова А.А., заместителя начальника отдела контроля размещения государственного заказа, Дорофеева А.Н., специалиста-эксперта отдела контроля размещения государственного заказа, Молостова И.Н., специалиста-эксперта отдела контроля финансовых рынков, на основании своего решения по делу № 167/2011-3/2 от 31.05.2011г. предписывает ГУЗ «Рязанский областной клинический онкологический диспансер»:

1. Аннулировать размещение заказа, проводимое в форме открытого аукциона в электронной форме на поставку препаратов для лечения злокачественных образований, предназначенных для бесплатного обеспечения граждан с онкологическими заболеваниями согласно ч. 1 ст. 5 Закона Рязанской области от 24.04.2008г. № 49-ОЗ «О лекарственном обеспечении населения Рязанской области», с последующим их отпуском по льготным рецептам
2. Об исполнении настоящего Предписания сообщить в трехдневный срок с момента его получения и представить доказательства исполнения.

Невыполнение в установленный срок предписания Рязанского УФАС России влечёт за собой привлечение к административной ответственности, предусмотренной частью 7 статьи 19.5. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Настоящее предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.