

РЕШЕНИЕ
по делу № 12-10-19/325 о нарушении законодательства
в сфере размещения заказов
(извлечение)

"14" апреля 2011 г.

г. Кострома

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

в присутствии <...>

рассмотрев жалобу ГУП «Брянскфармация» на действия государственного заказчика — департамента здравоохранения Костромской области, уполномоченного органа - департамента экономического развития, промышленности и торговли Костромской области при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на отпуск лекарственных средств (6 наименований) отдельным категориям граждан по рецептам врачей аптечными организациями Костромской области, и в результате проведения внеплановой проверки в соответствии с частью 5 статьи 17 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о размещении заказов),

УСТАНОВИЛА:

Согласно представленным материалам 29.03.2011 г. на официальном сайте в сети «Интернет» для размещения информации о размещении заказов <http://www.zakupki.gov.ru> размещено извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на отпуск лекарственных средств (6 наименований) отдельным категориям граждан по рецептам врачей аптечными организациями Костромской области.

Участник размещения заказа - ГУП «Брянскфармация» (далее – заявитель) в своей жалобе обжалует действия государственного заказчика и уполномоченного органа, которые, по мнению заявителя, в документации об открытом аукционе в электронной форме установили незаконные требования к участнику размещения заказа, которые ограничивают доступ к участию в аукционе, а также неправомерно включили одновременно в один лот товары (услуги), технологически и функционально не связанные с товарами (услугами), выполнение, оказание, которых является предметом торгов.

По мнению ГУП «Брянскфармация», в документации об открытом аукционе в электронной форме предметом торгов предусмотрена поставка лекарственных препаратов и оказание услуг по их хранению, отпуску отдельным категориям граждан, что влечет необходимость для участника размещения заказа иметь, как лицензию на розничную торговлю лекарственными препаратами, так и лицензию на оптовую торговлю лекарственными препаратами, что значительно сокращает число возможных участников размещения заказа. Указанное, по мнению заявителя, нарушает части 2.1, 3.1 статьи 34 Закона о размещении заказов, а также часть 2 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Также заявитель ссылается на Письмо ФАС России от 14.02.2011 г. № АЦ/4619, в соответствии с которым государственным заказчиком рекомендовано в целях недопущения ограничения количества участников торгов не объединять в один лот услуги по поставке, хранению и отпуску лекарственных средств (изделий медицинского назначения) отдельным категориям граждан. ФАС России отмечает, что оказание услуг по поставке лекарственных средств (изделий медицинского назначения) осуществляется поставщиком в установленном Заказчиком месте поставки товара. При этом складское хранение, а также отпуск лекарственных средств (изделий медицинского назначения) отдельным категориям граждан осуществляется организацией независимо от конкретного поставщика. Кроме того, указанным письмом ФАС России обращает внимание, что при размещении заказов заказчиком целесообразно осуществлять размещение заказа на поставку лекарственных средств (изделий медицинского назначения) после того как размещен заказ на оказание услуг по хранению лекарственных средств (изделий медицинского назначения) и определен победитель.

ГУП «Брянскфармация» также указывает, что государственным заказчиком, уполномоченным органом допущено нарушение части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, выразившееся во включении в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов. Предметом открытого аукциона в электронной форме является отпуск лекарственных препаратов отдельным категориям граждан. По мнению заявителя, поставка лекарственных средств и организация отпуска лекарственных средств являются технологически разными услугами, требующими различной квалификации и различных лицензий, в связи с чем должны быть выделены в отдельные лоты.

Представители государственного заказчика с доводами, указанными в жалобе ГУП «Брянскфармация», не согласны.

В результате рассмотрения жалобы и проведения в соответствии с частью 5 статьи 17 Закона о размещении заказов внеплановой проверки Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов установлено следующее:

1. Документация об аукционе в электронной форме на право заключения государственного контракта на отпуск лекарственных средств (6 наименований) отдельным категориям граждан по рецептам врачей аптечными организациями Костромской области утверждена директором департамента здравоохранения Костромской области.

Предметом открытого аукциона в электронной форме является — отпуск лекарственных препаратов (6 наименований) отдельным категориям граждан по рецептам врачей аптечными организациями Костромской области.

В пункте 13 документации об открытом аукционе в электронной форме установлены сведения об услуге, на оказание которой размещается заказ, а именно исполнитель в процессе реализации государственного контракта, заключаемого по итогам аукциона, должен осуществлять следующие функции:

- самостоятельно, за счет собственных средств, приобретать лекарственные препараты, указанные в п.13.1 настоящей конкурсной документации;
- обеспечивать бесперебойное наличие указанных в настоящей конкурсной документации лекарственных препаратов в пунктах отпуска;
- осуществлять в пунктах отпуска хранение лекарственных препаратов, контроль их качества и сроков годности;
- осуществлять отпуск лекарственных препаратов по рецептам;

- осуществлять персонифицированный учет обеспеченных и не обеспеченных рецептов;
- осуществлять предметно-количественный учет лекарственных препаратов;
- предъявлять обеспеченные рецепты к оплате;
- осуществлять информационное взаимодействие с заказчиком, лечебно-профилактическими учреждениями и пунктами отпуска;
- предоставлять отчетность, утвержденную или запрашиваемую заказчиком.

В том числе в пункте 13.1 документации об открытом аукционе в электронной форме установлено, что «исполнитель должен обеспечить отпуск лекарственных препаратов, указанных в настоящей документации через собственные и/или привлеченные на договорной основе пункты отпуска отдельным категориям граждан, имеющим право на государственную социальную помощь».

Как пояснили представители государственного заказчика, открытый аукцион в электронной форме объявлен на отпуск лекарственных препаратов отдельным категориям граждан, т.е. на оказание услуги по обеспечению граждан таким препаратом по рецептам врачей. Кроме того, «предметом рассматриваемого аукциона являются не торговые операции с лекарственными препаратами, подразумевающие куплю-продажу, а услуга по отпуску лекарств, включающая ряд взаимосвязанных действий (доставка до аптеки, прием, хранение, учет и отпуск). Поэтому и поставка, выполняемая в составе данной услуги, не является экономическим понятием в рамках предпринимательской деятельности, это не заключительный этап договора купли-продажи, на котором происходит возмездная передача товара продавцом покупателю, а звено в цепи действий по достижению конечной цели контракта в рамках государственной программы социальной помощи».

Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов установлено, что в соответствии со статьей 4.1 Федерального закона от 17.07.1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» полномочия по организации обеспечения граждан, имеющих право на получение государственной социальной помощи, лекарственными препаратами, изделиями медицинского назначения, а также специализированными продуктами лечебного питания для детей-инвалидов переданы для осуществления органам государственной власти субъектов Российской Федерации.

Согласно пункта 13 Положения о департаменте здравоохранения Костромской области, утвержденного постановлением губернатора Костромской области от 27.12.2007 г. № 546, департамент осуществляет защиту прав и свобод человека и гражданина в области охраны здоровья граждан.

Таким образом, департаментом здравоохранения Костромской области с целью реализации полномочий по организации обеспечения граждан, имеющих право на получение государственной социальной помощи, лекарственными препаратами объявлен открытый аукцион в электронной форме на оказание социальной услуги, а именно — на отпуск лекарственных препаратов (6 наименований) отдельным категориям граждан по рецептам врачей аптечными организациями Костромской области.

Кроме того, в соответствии с частью 1 статьи 34 Закона о размещении заказов документация об аукционе разрабатывается заказчиком, уполномоченным органом, специализированной организацией и утверждается заказчиком, уполномоченным органом.

Совместным письмом Министерства экономического развития и торговли РФ № 16811-АП/Д04, Министерства здравоохранения и социального развития РФ № 8035-ВС, ФАС России № ИА/20555 от 31 октября 2007 года «О применении норм

Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения» установлено (вопрос 3), 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.

Согласно документации об аукционе и условиям проекта государственного контракта Исполнитель обязан организовать через аптеки отпуск лекарственных препаратов, их приемку, хранение, осуществлять учет рецептов, устанавливать и сопровождать программно-информационно-технологическое обеспечение, осуществлять персонифицированный учет отпуска лекарственных средств, мониторинг состояния обеспечения лекарствами граждан. Как пояснили представители государственного заказчика, после изучения практики размещения аналогичных заказов, департамент принял решение о целесообразности размещения заказа на отпуск лекарственных препаратов отдельным категориям граждан данным способом, ввиду того, что вышеуказанные действия (отпуск, хранение, поставка лекарственных препаратов и др.) функционально связаны между собой, и в настоящее время отсутствует возможность размещения заказа иным путем. В том числе, отсутствует склад на территории Костромской области, позволяющий осуществить одновременно поставку значительного объема лекарственных препаратов для дальнейшего обеспечения потребности аптечных организаций при отпуске данных препаратов по рецептам врачей.

Таким образом, Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов нарушений требований Закона о размещении заказов, в части выбора предмета торгов (услуги по отпуску лекарственных препаратов), формирования лота со стороны государственного заказчика не установлено.

2. В пункте 1 документации об открытом аукционе в электронной форме среди требований, предъявляемых к содержанию и составу заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме, установлено, что вторая часть заявки должна содержать: «...2) копии документов, подтверждающих соответствие участника размещения заказа требованиям и условиям допуска, предъявляемым федеральным законодательством к лицам, осуществляющим оказание услуги, являющейся предметом торгов: - копию лицензии на право осуществления фармацевтической деятельности – розничной торговли лекарственными препаратами;».

При этом, в соответствии с пунктом 33 статьи 4 Федерального закона от 12.04.2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее — Закон об обращении лекарственных средств) фармацевтическая деятельность - деятельность, включающая в себя оптовую торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку и (или) розничную торговлю лекарственными препаратами, их отпуск, хранение, перевозку, изготовление лекарственных препаратов.

В соответствии со статьей 53 Закона об обращении лекарственных средств организации оптовой торговли лекарственными средствами могут осуществлять продажу лекарственных средств или передавать их в установленном законодательством Российской Федерации порядке, в т.ч. другим организациям оптовой торговли лекарственными средствами; аптечным организациям; индивидуальным предпринимателям, имеющим лицензию на фармацевтическую

деятельность или лицензию на медицинскую деятельность.

Согласно части 1 статьи 55 Закона об обращении лекарственных средств розничная торговля лекарственными препаратами осуществляется аптечными организациями, ветеринарными аптечными организациями, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, медицинскими организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, и их обособленными подразделениями (амбулаториями, фельдшерскими и фельдшерско-акушерскими пунктами, центрами (отделениями) общей врачебной (семейной) практики), расположенными в сельских поселениях, в которых отсутствуют аптечные организации, и ветеринарными организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность.

Таким образом, розничную торговлю лекарственными средствами осуществляют аптечные учреждения. Аптечная организация в силу статьи 4 Закона об обращении лекарственных средств признается организация, структурное подразделение медицинской организации, осуществляющие розничную торговлю лекарственными препаратами, хранение, изготовление и отпуск лекарственных препаратов для медицинского применения.

В соответствии с пунктом 47 части 1 статьи 17 Федерального закона от 08.08.2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» лицензированию подлежит фармацевтическая деятельность. Положением о лицензировании фармацевтической деятельности, утвержденным Постановлением Правительства от 06.07.2006 г. № 416 (далее - Положение), определен порядок лицензирования фармацевтической деятельности, осуществляемой юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, включая организации оптовой торговли лекарственными средствами, аптечные организации, ветеринарные аптечные организации, а также медицинские организации и их обособленные подразделения (центры (отделения) общей врачебной (семейной) практики, амбулатории, фельдшерские и фельдшерско-акушерские пункты), расположенные в сельских поселениях, в которых отсутствуют аптечные организации (далее - обособленные подразделения медицинских организаций), и ветеринарные организации.

Согласно пункту 4 Положения среди лицензионных требований выделяют 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 (за исключением медицинских организаций и обособленных подразделений медицинских организаций).

Таким образом, аптечным организациям для получения лицензии на право осуществления фармацевтической деятельности (розничной торговли лекарственными препаратами) необходимо наличие документа о праве собственности на помещение, в котором будет осуществляться такая деятельность, или иное законное основание использования помещения.

При этом, на территории Костромской области отсутствуют аптечные организации, имеющие лицензии на розничную торговлю лекарственными препаратами на всех пунктах отпуска, представленных в документации (27 наименований).

Как пояснили на заседании комиссии представители государственного заказчика, выходом из такой ситуации является предоставленное исполнителю право обеспечить отпуск лекарственных препаратов через собственные и/или привлеченные на договорной основе пункты отпуска отдельным категориям граждан, имеющим право на государственную социальную помощь.

Однако, в силу части 1 статьи 55 Закона об обращении лекарственных средств

розничная торговля лекарственными препаратами осуществляется аптечными организациями. Привлечение на договорной основе иных пунктов отпуска и необходимость поставить в такие пункты отпуска лекарственные препараты влечет за собой возникновение отношений по передаче и продаже лекарственных средств другим аптечным организациям, что в соответствии со статьей 53 Закона об обращении лекарственных средств могут осуществлять организации оптовой торговли лекарственными средствами, а следовательно, необходима лицензия на оптовую торговлю лекарственными средствами.

Таким образом, как установлено Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, государственным заказчиком не в полной мере установлены требования к составу заявки участника размещения заказа. В соответствии с частью 3 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать сведения, в т.ч. требования к содержанию и составу заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме в соответствии с частями 4 и 6 статьи 41.8 Закона о размещении заказов. Часть 6 статьи 41.8 Закона о размещении заказов определяет, что вторая часть заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме должна содержать, в т.ч. копии документов, подтверждающих соответствие участника размещения заказа требованию, установленному пунктом 1 части 1 статьи 11 Закона о размещении заказов, в случае, если в соответствии с законодательством Российской Федерации установлены требования к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые являются предметом открытого аукциона в электронной форме.

Как пояснила представитель ГУП «Брянскфармация», организация имеет лицензию на осуществление оптовой торговли лекарственными средствами. Заключение договоров с аптечными пунктами отпуска лекарственных препаратов отдельным категориям граждан, имеющим право на государственную социальную помощь, является возможным для ГУП, но потребует дополнительных временных и финансовых затрат, и возможно, повлечет нерентабельность участия в данном аукционе.

3. В соответствии с пунктом 7 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать сведения о товарах, работах, об услугах, соответственно на поставку, выполнение, оказание которых размещается заказ, и об условиях исполнения контракта, в т.ч. место, условия и сроки (периоды) поставки товара, выполнения работ, оказания услуг.

Государственным заказчиком в нарушение пункта 7 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов в пункте 13.1 документации об открытом аукционе в электронной форме в качестве места поставки товара, оказания услуг установлены не конкретные места, а перечислены населенные пункты.

4. В соответствии с пунктом 8 части 4 статьи 41.6 Закона о размещении заказов документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать сведения о товарах, работах, об услугах, соответственно на поставку, выполнение, оказание которых размещается заказ, и об условиях исполнения контракта, в т.ч. форма, сроки и порядок оплаты товара, работ, услуг.

В пункте 13.6 документации об открытом аукционе в электронной форме установлено, что «оплата расходов по отпуску отдельным категориям граждан лекарственных препаратов осуществляется, путем перечисления денежных средств на расчетный счет Исполнителя, в течение 60 календарных дней со дня получения заказчиком надлежаще оформленных документов, прошедших медико-экономический контроль».

Исполнитель ежемесячно, не позднее 10 дней после завершения отчетного периода должен предоставить заказчику в двух экземплярах надлежащим образом оформленные документы, подтверждающие отпуск лекарственных препаратов в том числе:

- счет на возмещение расходов за отпущенные лекарственные препараты;
- счет-фактура на возмещение расходов за отпущенные лекарственные препараты;
- реестр обеспеченных рецептов на бумажном и электронном носителях;
- реестр лекарственных препаратов, отпущенных отдельным категориям граждан на бумажном и электронном носителях;
- копии рецептов, сформированные в хронологическом порядке, согласно реестру обеспеченных рецептов, пронумерованные и прошнурованные.».

Из указанного, не представляется возможным установить точный и конкретный порядок оплаты исполнителю расходов по отпуску отдельным категориям граждан лекарственных препаратов, т.к. оплата ставится в зависимость от прохождения медико-экономического контроля, сроки которого не установлены.

5. В отношении доводов ГУП «Брянскфармация» о необходимости применения Письма ФАС России от 14.02.2011 г. № АЦ/4619, в соответствии с которым государственным заказчикам рекомендовано в целях недопущения ограничения количества участников торгов не объединять в один лот услуги по поставке, хранению и отпуску лекарственных средств (изделий медицинского назначения) отдельным категориям граждан, необходимо отметить, что в рамках проведения данного аукциона в электронной форме отсутствует возможность разместить поставленный товар на хранение на склад, в силу отсутствия такового на территории Костромской области. Аптечная организация в соответствии со статьей 4 Закона об обращении лекарственных средств вправе осуществлять розничную торговлю лекарственными препаратами, хранение, изготовление и отпуск лекарственных препаратов для медицинского применения. Предметом открытого аукциона в электронной форме является не поставка лекарственных препаратов, а - отпуск лекарственных препаратов. При этом, вышеуказанное письмо не заменяет собой закон и не обладает силой нормативного правового акта.

6. Довод заявителя о нарушении заказчиком части 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции, в части запрета ограничения конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, не принимается, в связи с тем, что, как установлено Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, государственным заказчиком объявлен открытый аукцион в электронной форме, предметом которого является оказание услуги по отпуску лекарственных препаратов отдельным категориям граждан в рамках реализации полномочий, переданных на основании статьи 4.1. Федерального закона от 17.07.1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи». Вместе с тем, заявителем не представлены документы, подтверждающие указанный довод жалобы, а также нарушенные права участника. Как уже установлено Комиссией Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, возможность поставки лекарственных препаратов, организации их отпуска, хранения и информационного обеспечения у ГУП «Брянскфармация» имеется, но это потребует дополнительного времени и затрат на заключение договоров с аптечными организациями Костромской области.

7. В отношении доводов заявителя, в части нарушений уполномоченного органа, следует отметить, что документация об открытом аукционе в электронной форме

уполномоченным органом не утверждалась. В соответствии с Постановлением Администрации Костромской области от 04.03.2010 г. № 56-а «Об уполномоченном органе по размещению заказов и утверждении Порядка взаимодействия уполномоченного исполнительного органа государственной власти Костромской области на осуществление функций по размещению заказов для государственных нужд Костромской области и государственных заказчиков», уполномоченным исполнительным органом государственной власти Костромской области по размещению заказов определен департамент экономического развития, промышленности и торговли Костромской области. Согласно указанному Порядку уполномоченный орган рассматривает поступившую заявку и далее публикует информацию о проведении заказа на официальном сайте.

Таким образом, в действиях уполномоченного органа — департамента экономического развития, промышленности и торговли Костромской области, нарушений требований Закона о размещении заказов не установлено.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 17, 57, 60 Закона о размещении заказов, Комиссия Костромского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов, РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ГУП «Брянскфармация» обоснованной, в части нарушений Закона о размещении заказов государственным заказчиком.
2. Признать факт нарушения государственным заказчиком — департаментом здравоохранения Костромской области части 3 статьи 41.6, пунктов 7, 8 части 4 статьи 41.6 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».
3. Выдать государственному заказчику - департаменту здравоохранения Костромской области предписание об устранении нарушений части 3 статьи 41.6, пунктов 7, 8 части 4 статьи 41.6 Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» путем аннулирования открытого аукциона в электронной форме.
4. Передать материалы настоящей жалобы уполномоченному должностному лицу Костромского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, в связи с выявленными нарушениями Федерального закона от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Решение может быть обжаловано заинтересованным лицом в арбитражный суд в течение трех месяцев в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.