

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-400/23

по результатам рассмотрения жалобы <...> на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

17.10.2023 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия ФАС России) в составе:

ведущего заседание Комиссии ФАС России – <...>,

членов Комиссии ФАС России:

<...>,

<...>,

при участии представителей:

<...>: <...>,

<...>: <...>,

представители <...> на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы посредством системы видео-конференц-связи уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу <...> от 09.10.2023 б/н на действия (бездействие) заказчика <...> при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку лекарственных средств, детского и лечебного питания (извещение № 32312807843), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России поступила жалоба <...> (далее – Заявитель) от 09.10.2023 б/н на действия (бездействие) заказчика <...> (далее – Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку лекарственных средств, детского и лечебного питания (извещение № 32312807843) (далее – Аукцион, Жалоба).

Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ,

услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Законом о закупках.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

Частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что по результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений принимает решение о необходимости выдачи предписания.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется положением о закупках товаров, работ и услуг <...>, утвержденным приказом генерального директора от 17.03.2023 № П-21 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки в единой информационной системе, на

официальном сайте, за исключением случаев, предусмотренных Законом о закупках, размещаются извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в такие извещение и документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые при осуществлении закупки, итоговый протокол, иная дополнительная информация, предусмотренная в соответствии с частью 6 статьи 4 Закона о закупках.

В соответствии с извещением о проведении Аукциона (далее – Извещение), закупочной документацией (далее – Документация):

1. Извещение размещено на официальном сайте единой информационной системы в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) – 28.09.2023;
2. Начальная (максимальная) цена договора по лоту № 1 – 10 000 000 руб., по лоту № 2 – 1 278 564 100 руб., по лоту № 3 – 69 602 500 руб., по лоту № 4 – 8 394 580 руб., по лоту № 5 – 23 000 000 руб., по лоту № 6 – 27 755 420 руб., по лоту № 7 – 50 051 990,40 руб., по лоту № 8 – 4 834 000 руб.;
3. Дата окончания срока подачи заявок – 16.10.2023;
4. Дата рассмотрения заявок – 17.10.2023;
5. Дата подачи ценовых предложений – 19.10.2023;
6. Дата подведения итогов – 20.10.2023.

В ходе заседания 16.10.2023 Комиссией ФАС России с целью изучения представленных материалов срок рассмотрения Жалобы продлен до 17.10.2023.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Из Жалобы следует, что Заказчиком нарушены права и законные

интересы Заявителя, поскольку Заказчиком в Документации ненадлежащим образом осуществлено описание предмета закупки по лоту № 2 Аукциона.

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба Заявителя содержит основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

На основании пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются установленными в Законе о закупках принципами, в том числе принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с пунктом «в» части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться правилами, предусмотренными частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках, в том числе в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «(или эквивалент)», за исключением закупок товаров, необходимых для исполнения государственного или муниципального контракта.

Федеральным законом от 04.08.2023 № 444-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 444-ФЗ) внесены изменения в Закон о закупках, в том числе в части дополнения статьи 8 Закона о закупках частью 16, а также в Федеральный закон 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), в том числе в части дополнения статьи 112 Закона о контрактной системе частью 76.

Статьей 4 Закона № 444-ФЗ установлено, что вышеуказанные положения Закона № 444-ФЗ вступают в силу с 04.08.2024.

Частью 16 статьи 8 Закона о закупках установлено, что до 30.06.2024 включительно государственные унитарные предприятия субъекта Российской Федерации, на которые законодательными актами соответствующего субъекта Российской Федерации возложены полномочия по поставке лекарственных средств, специализированных продуктов лечебного питания, медицинских изделий, расходных материалов, средств для дезинфекции, а также услуг по хранению и доставке соответствующих товаров, работ по ремонту и техническому обслуживанию медицинских изделий, осуществляют закупки для целей исполнения обязательств по контрактам, заключенным на основании части 76 статьи 112 Закона о контрактной системе, руководствуясь положениями нормативных правовых актов, принятых Правительством Российской Федерации в соответствии с частью 3 статьи 14, частью 6 статьи 23, пунктом 6 части 1 и частью 5 статьи 33, пунктом 2 части 29 статьи 34 Закона о контрактной системе.

Согласно части 76 статьи 112 Закона о контрактной системе до 30.06.2024 включительно органы исполнительной власти субъекта Российской Федерации, государственные учреждения субъекта Российской Федерации (муниципальные учреждения муниципальных образований, входящих в состав субъекта Российской Федерации) вправе осуществлять закупки лекарственных средств, специализированных продуктов лечебного питания, медицинских изделий, расходных материалов, средств для дезинфекции, а также услуг по хранению и доставке соответствующих товаров, работ по ремонту и техническому обслуживанию медицинских изделий у государственного унитарного предприятия соответствующего субъекта Российской Федерации, если законодательными актами соответствующего субъекта Российской Федерации на такое предприятие возложены полномочия по поставке таких товаров, оказанию таких услуг, выполнению таких работ для нужд этих заказчиков.

Пунктом 6 части 1 статьи 33 Закона о контрактной системе установлено, что описание объекта закупки должно содержать указание на международные непатентованные наименования лекарственных средств или при отсутствии таких наименований химические, группировочные наименования, если объектом закупки являются лекарственные средства. Заказчик при осуществлении закупки лекарственных средств, входящих в перечень лекарственных средств, закупка которых осуществляется в соответствии с их торговыми наименованиями, а также

при осуществлении закупки лекарственных препаратов в соответствии с подпунктом «г» пункта 2 части 10 статьи 24 Закона о контрактной системе вправе указывать торговые наименования этих лекарственных средств. Указанный перечень и порядок его формирования утверждаются

Правительством Российской Федерации. В случае, если объектом закупки являются лекарственные средства, предметом одного контракта (одного лота) не могут быть лекарственные средства с различными международными непатентованными наименованиями или при отсутствии таких наименований с химическими, группировочными наименованиями при условии, что начальная (максимальная) цена контракта (цена лота) превышает предельное значение, установленное Правительством Российской Федерации, а также лекарственные средства с международными непатентованными наименованиями (при отсутствии таких наименований с химическими, группировочными наименованиями) и торговыми наименованиями.

Вместе с тем в соответствии с частью 5 статьи 33 Закона о контрактной системе особенности описания отдельных видов объектов закупок могут устанавливаться Правительством Российской Федерации.

Пунктом 7 постановления Правительства Российской Федерации от 15.11.2017 № 1380 «Об особенностях описания лекарственных препаратов для медицинского применения, являющихся объектом закупки для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Постановление № 1380) установлено, что при описании лекарственных препаратов, не включенных в перечень лекарственных средств, закупка которых осуществляется в соответствии с их торговыми наименованиями, в описании объекта закупки используется информация о взаимозаменяемости лекарственных препаратов для медицинского применения, содержащаяся в перечне взаимозаменяемых лекарственных препаратов, размещенном на официальном сайте Министерства здравоохранения Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Согласно пункту 8 Документации предложение участника закупки составляется в соответствии с приложением № 1 к Документации (далее – Спецификация).

Кроме того, в соответствии с вышеуказанными положениями Документации предложение эквивалентного товара недопустимо, поскольку закупка осуществляется для исполнения обязательств по заключенным контрактам, в связи с чем Заказчик формирует описание объекта закупки на основании и в соответствии с заявками медицинских учреждений Нижнего Новгорода и Нижегородской области.

В соответствии со спецификацией Заказчиком по лоту № 2 Аукциона закупается лекарственный препарат «Китруда конц. д/р-ра д/инф. 25мг/мл фл. 4 мл № 1 пачк. Карт.» с наименованием производителя и страной происхождения товара – «МСД Интернэшнл ГмбХ, торгующая

как МСД Ирландия (Карлоу) (Ирландия)».

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заявителя пояснил, что Заказчиком в нарушение части 16 статьи 8 Закона о закупках ненадлежащим образом осуществлено описание предмета закупки по лоту № 2 Аукциона, что не соответствует положениям Закона о контрактной системе, а именно Заказчиком не указана взаимозаменяемость лекарственного препарата, закупаемого в рамках Аукциона.

Представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России сообщил, что требование о невозможности поставки эквивалентного товара установлено Заказчиком в силу положений пункта «в» части 6.1 статьи 3 Закона о закупках, поскольку Аукцион проводится во исполнение контрактов, заключенных Заказчиком на основании пункта 6 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе (например, контракты от 20.06.2023 № 19/23-25, от 23.06.2023 № 90/23-25, от 19.06.2023 № 40/23-25).

Кроме того, контракты, во исполнение которых проводится Аукцион, заключены Заказчиком до внесения в Закон о контрактной системе, Закон о закупках соответствующих изменений, предусмотренных Законом № 444-ФЗ, в связи с чем, по мнению Заказчика, правила части 16 статьи 8 Закона о закупках не применимы при проведении Аукциона.

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения представителей Заказчика, Заявителя, Комиссия ФАС России установила, что предметом контрактов, во исполнение которых проводится Аукцион, является оказание услуг по обеспечению лекарственными препаратами и медицинскими изделиями для нужд государственных учреждений субъекта Российской Федерации (муниципальных учреждений муниципальных образований, входящих в состав субъекта Российской Федерации), что соответствует отношениям, регулируемым частью 76 статьи 112 Закона о контрактной системе, в связи с чем закупочная процедура, проводимая во исполнение таких контрактов, по мнению Комиссии ФАС России, должна быть проведена в соответствии с правилами, установленными частью 16 статьи 8 Закона о закупках.

Кроме того, Комиссией ФАС России установлено, что в **соответствии с пунктом 2 статьи 3 Федерального закона от 27.12.2019 № 475-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» и Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» размещен обновленный (дополненный) перечень взаимозаменяемых лекарственных препаратов, согласно которому международному непатентованному или**

группировочному или химическому наименованию – «Пембролизумаб» соответствуют лекарственные препараты с торговыми наименованиями: «Китруда» и «Пемброриа».

Учитывая изложенное, Заказчиком в нарушение положений пункта 7 Постановления № 1380 при описании предмета закупки по лоту № 2 Аукциона

не указана информация о взаимозаменяемости закупаемого лекарственного препарата, в связи с чем установление в Документации требования об отсутствии возможности поставки эквивалентного товара неправомерно.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, при описании предмета Аукциона по лоту № 2, противоречат положениям пункта 7 Постановления № 1380 и, как следствие, части 5 статьи 33 Закона о контрактной системе, нарушают положения части 1 статьи 2, части 16 статьи 8 Закона о закупках, а также содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленного нарушения. На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу <...> (<...>) от 09.10.2023 б/н на действия (бездействие) заказчика <...> (<...>) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку лекарственных средств, детского и лечебного питания (извещение № 32312807843) обоснованной.

2. Признать <...> нарушившим часть 1 статьи 2, часть 16 статьи 8 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать <...>, <...> обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленного нарушения, в соответствии с принятым решением от 17.10.2023 по делу № 223ФЗ-400/23.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы от

17.10.2023 № 223ФЗ-400/23 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его вынесения.

<...>

Ведущий заседание Комиссии ФАС России:

<...>

Члены Комиссии ФАС России:

<...>