

## РЕШЕНИЕ № 36

Резолютивная часть решения оглашена 29 июня 2011 года. В полном объеме решение изготовлено 05 июля 2011 года. Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в присутствии представителей Министерства здравоохранения Хабаровского края, ХКГУП «Фармация»; ЗАО «Роста» - представители не явились, рассмотрев дело № 8-01/117 по признакам нарушения Министерством здравоохранения Хабаровского края статьи 17 Федерального Закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

### УСТАНОВИЛА:

В Хабаровское УФАС России поступило поручение ФАС России провести проверку размещенного Министерством здравоохранения Хабаровского края государственного заказа на право заключения государственных контрактов на оказание услуги по обеспечению лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и специализированными продуктами лечебного питания для детей отдельных категорий граждан Хабаровского края, имеющих право на получение государственной социальной помощи и имеющих право на бесплатное или со скидкой получение лекарственных средств, изделий медицинского назначения и специализированных продуктов лечебного питания для детей за счет средств краевого бюджета во II полугодии 2011 года на предмет соблюдения положений антимонопольного законодательства.

В ходе проведенной проверки Хабаровским УФАС России установлено, что государственным заказчиком в предмете государственного заказа совмещены следующие услуги:

- закупка товара, являющегося предметом аукциона;
- распределение закупленного товара в аптечные учреждения исполнителя (либо арендованные исполнителем), находящиеся в городских округах и муниципальных районах края в соответствии с распределением объема товара по муниципальным образованиям края, предусмотренным аукционной документацией, и распределением объема товара, представленным по учреждениям здравоохранения края, в соответствии с распоряжением министерства здравоохранения края от 17.02.2010 № 151-р;
- поставка товара в пункты отпуска исполнителя (либо арендованные исполнителем), с соблюдением лицензионных требований и условий при осуществлении фармацевтической деятельности, а также требований Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»;
- прием товара в пунктах отпуска в соответствии с действующими требованиями входного контроля по качеству, количеству, срокам годности, упаковке, маркировке и ассортименту товара, предусмотренному в распределении по пунктам отпуска;
- хранение лекарственных средств с соблюдением надлежащего температурного режима и иных требований, установленных действующими нормативными правовыми актами;
- ведение автоматизированного учета поступления, отпуска товара,

персонифицированной базы данных обслуживания рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика;

- организация отпуска товара по рецептам через аптечные учреждения (пункты отпуска), в соответствии с требованиями приказа Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 14.12.2005 № 785;

- перераспределение товара между аптечными учреждениями края в соответствии с распоряжениями министерства здравоохранения Хабаровского края от 02.07.2008 № 325-р, от 17.02.2010 № 151-р;

- организация отсроченного обеспечения рецептов в соответствии с требованиями приказа Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 14.12.2005 № 785.

Учитывая, что объединение в предмете аукциона поименованных услуг существенным образом ограничивает доступ к участию в торгах, ведет к сокращению количества участников торгов, Хабаровским УФАС России в действия государственного заказчика усмотрены признаки нарушения статьи 17 Закона о защите конкуренции. Помимо указанного, в ходе проверки установлено, что государственным заказчиком в состав 24 лота включены торговые наименования инсулинов разных производителей, что влечет невозможность производителей и поставщиков инсулинов, а также достаточно большого числа дистрибьюторов участвовать в аукционе. В данной связи Хабаровским УФАС России возбуждено настоящее дело.

Министерством здравоохранения Хабаровского края представлено письменное пояснение по делу (письмо от 05.05.2011 № 05.4-4549) из которого следует, заказчик самостоятельно разрабатывает и утверждает предмет и условия аукциона. Предметом указанного аукциона, в том числе по лоту № 24, является не поставка товара, а оказание исполнителем услуг по обеспечению лекарственными средствами отдельных категорий граждан края, включающих в себя закупку товара, распределение товара в пункты отпуска исполнителя, прием, хранение товара в пунктах отпуска, ведение автоматизированного учета поступления, отпуска товара, персонифицированной базы данных обслуженных рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика, организация отпуска товара по рецептам через пункты отпуска, перераспределение товара, организация отсроченного обеспечения рецептов. Также указали, со ссылкой на письмо ФАС России от 16.10.2007 № АЦ/190810, что размещение заказа на поставку инсулинов может производиться с указанием торговых наименований без сопровождения их словами «или эквивалент». В составе лота заказчиком объединены технологически и функционально связанные между собой последовательные действия исполнителя для достижения конечного результата по обеспечению конкретных жителей края жизненно необходимыми препаратами.

В заседании Комиссии представители министерства изложенную в письменном отзыве позицию поддержали в полном объеме, пояснив, что подобная схема оказания услуг в рамках государственного заказа практикуется на территории края три года. Данная схема зарекомендовала себя и показала свою эффективность, в связи с чем, министерство не видит необходимости ее менять. Кроме того, на сегодняшний день, заключенный по результатам указанного аукциона государственный контракт находится в стадии исполнения, часть товара уже поставлена, распределена по аптечным учреждениям и осуществляется его реализация (в материалы дела представлены соответствующие документы). В

обоснование своей позиции представители министерства сослались на ряд писем ФАС России.

Представителем ХКГУП «Фармация» поддержаны доводы министерства. В соответствии с позицией ЗАО «Роста», изложенной в отзыве по делу, общество полагает, что в действиях министерства отсутствуют какие-либо нарушения законодательства, так как статьей 531 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено право государственного заказчика указать в аукционной документации на обязанность исполнителя поставить товар определенному лицу. Считает, что в предмете аукциона совмещены технологически и функционально взаимосвязанные услуги, при этом, включением в предмет контракта обязанности по отпуску лекарственных средств не ограничивает круг участников аукциона, поскольку хранение и отпуск лекарственных средств не требуют наличия дополнительных разрешительных документов, кроме лицензии на осуществление фармацевтической деятельности. В целях исполнения государственного контракта победитель аукциона вправе за счет собственных средств привлекать соисполнителей.

Комиссия Хабаровского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, рассмотрев материалы дела, пришла к следующему выводу. Порядок размещения заказов для государственных и муниципальных нужд установлен Федеральным законом 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).

31.12.2010 Министерством здравоохранения объявлено о проведении поименованного аукциона (номер извещения на официальном сайте в сети «Интернет» 19023), при этом в соответствии с содержащимися в аукционной документации условиями предметом торгов являются услуги по обеспечению определенными товарами отдельных категорий граждан края за счет средств краевого бюджета во II полугодии 2011 года.

Оказание услуг по обеспечению товарами включает в себя:

- закупка товара;
- распределение закупленного товара в аптечные учреждения исполнителя (либо арендованные исполнителем), находящиеся в городских округах и муниципальных районах края;
- поставка товара в пункты отпуска исполнителя (либо арендованные исполнителем);
- прием товара в пунктах отпуска;
- хранение лекарственных средств;
- ведение автоматизированного учета поступления, отпуска товара, персонифицированной базы данных обслуживания рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика;
- организация отпуска товара по рецептам через аптечные учреждения (пункты отпуска);
- перераспределение товара между аптечными учреждениями края;
- организация отсроченного обеспечения рецептов.

Аукционной документацией (приложение 3) предусмотрена поставка

лекарственных средств, наркотических средств и психотропных веществ, внесенных в Список II в соответствии с Федеральным законом от 08.01.1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», а также поставка изделий медицинского назначения и специализированных продуктов лечебного питания для детей.

В соответствии с пунктами 47, 53 части 1 статьи 17 Федерального закона от 08.08.2001 № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» фармацевтическая деятельность и деятельность, связанная с оборотом наркотических средств и психотропных веществ (разработка, производство, изготовление, переработка, хранение, перевозки, отпуск, реализация, распределение, приобретение, использование, уничтожение), внесенных в Список II в соответствии с Федеральным законом от 08.01.1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» являются самостоятельными лицензируемыми видами деятельности.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 06.07.2006 № 416 утверждено Положение о лицензировании фармацевтической деятельности, которым установлены лицензионные требования и условия при осуществлении фармацевтической деятельности. В частности, к соискателям лицензии (лицензиатам) предъявляется требование о наличии определенных помещений и оборудования, требование о наличии профессионального образования, опыта работы, квалифицированного персонала, требование о соблюдении лицензиатом, осуществляющим оптовую либо розничную торговлю лекарственными средствами для медицинского применения положений нормативных правовых актов в сфере обращения лекарственных средств и иных нормативных правовых актов, устанавливающих правила изготовления, продажи, хранения, отпуска лекарственных препаратов для медицинского применения и т.д.

При этом, Комиссия полагает необходимым отметить, что требования к организациям, осуществляющим оптовую и организациям, осуществляющим розничную торговлю, лекарственными средствами (препаратами) для медицинского применения, их хранение также различны (пункт 4 Положения о лицензировании, статьи 53, 54, 55 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств», правила оптовой торговли лекарственными средствами для медицинского применения и установленных предельных оптовых надбавок к фактическим отпускным ценам производителей на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные препараты, правила отпуска лекарственных препаратов для медицинского применения аптечными организациями, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на осуществление фармацевтической деятельности, правила отпуска наркотических средств и психотропных веществ, зарегистрированных в качестве лекарственных препаратов, лекарственных препаратов, содержащих наркотические средства и психотропные вещества, правила отпуска лекарственных препаратов для медицинского применения медицинскими организациями и обособленными подразделениями медицинских организаций, правила хранения лекарственных средств для медицинского применения).

Постановлением Правительства Российской Федерации от 04.11.2006 № 648 утверждено Положение о лицензировании деятельности, связанной с оборотом наркотических средств и психотропных веществ, внесенных в Список II в

соответствии с Федеральным законом «О наркотических средствах и психотропных веществах», которым установлены лицензионные требования и условия при осуществлении такой деятельности.

К соискателю лицензии (лицензиату), осуществляющего деятельность, связанную с оборотом наркотических средств и психотропных веществ, предъявляется требование о наличии соответствующих помещений и оборудования, требование о наличии квалифицированного персонала, требование о соблюдении положений Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах», Правил хранения наркотических средств и психотропных веществ, порядка перевозки наркотических средств и психотропных веществ на территории Российской Федерации, а также оформления необходимых для этого документов, порядка дальнейшего использования или уничтожения наркотических средств и психотропных веществ, которые были конфискованы или изъяты из незаконного оборота либо дальнейшее использование которых признано нецелесообразным, требований по допуску лиц к работе с наркотическими средствами и психотропными веществами, установленных Правительством Российской Федерации и иных нормативных актов.

Кроме того, в целях исполнения государственного контракта исполнитель должен иметь собственную сеть аптечных учреждений, либо заключить договоры с сетью аптечных учреждений, либо с аптеками, расположенными на территории городских и муниципальных районов края в соответствии с приложением 5 к аукционной документации, использовать программный продукт заказчика для осуществления учета поступления, отпуска товара. В ходе рассмотрения дела Комиссией установлено, что на участие в аукционе поданы заявки двумя хозяйствующими субъектами: ХКГУП «Фармация» - лоты №№ 1-5, ЗАО «Роста» - лоты №№ 6-33, которые допущены к участию в аукционе, но в связи с отсутствием иных претендентов аукцион признан несостоявшимся и государственные контракты заключены с единственными участниками (протокол рассмотрения заявок на участие в аукционе от 04.02.2011 № 11). В свою очередь ЗАО «Роста» и ХКГУП «Фармация» заключили договоры от 29.12.2010 № ФП/27/АО-1, от 29.12.2010 № РП/27/АО-1, в соответствии с которыми ХКГУП «Фармация» за вознаграждение обязуется оказать ЗАО «Роста» следующие услуги:

- распределение поставленного ЗАО товара в свои аптечные учреждения, находящиеся в городских округах и муниципальных районах края (пункты отпуска);
- прием товара в пунктах отпуска;
- хранение лекарственных средств;
- ведение автоматизированного учета поступления, отпуска товара, персонифицированной базы данных обслуживания рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика;
- организация отпуска товара по рецептам через аптечные учреждения (пункты отпуска);
- перераспределение товара между аптечными учреждениями края;
- организация отсроченного обеспечения рецептов.

Таким образом, в рамках исполнения государственного контракта (от 24.02.2011 № 77-к) ЗАО «Роста» оказывает только услуги по закупке товара и его поставке ХКГУП «Фармация». Исходя из сложившейся ситуации Комиссии приходит к выводу, что укрупнение предмета проведенного Министерством здравоохранения Хабаровского края аукциона не только необоснованно ограничивает доступ к

участию в таком аукционе хозяйствующих субъектов, которые осуществляют производство лекарственных средств, изделий медицинского назначения, продуктов лечебного питания, оптовую торговлю лекарственными средствами, розничную торговлю лекарственными средствами, торговлю изделиями медицинского назначения, продуктами лечебного питания, но и фактически привело к ограничению доступа к участию в аукционе.

Помимо указанного Комиссия также усматривает нарушение антимонопольного законодательства в действиях государственного заказчика при формировании лота № 24, в который включены следующие торговые наименования инсулинов: Актрапид НМ, Биосулин Н, Биосулин Р, Инсуман Базал ГТ, Инсуман Рапид ГТ, Лантус, Левемир, Новомикс30, Новорапид, Протафан НМ, Хумалог, Хумулин М3, Хумулин НПХ, Хумулин Регуляр. Совместным письмом от 31.10.2007 Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации № 16811-АП/Д04, Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации № 8035-ВС и Федеральной антимонопольной службы № ИА/20555 даны разъяснения применения Закона о размещении заказов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения по вопросу установления основных принципов формирования предмета торгов при поставке лекарственных средств.

Из разъяснения следует, что при формировании лотов на поставку лекарственных средств по торговым наименованиям на поставку инсулинов и циклоспоринов следует формировать отдельный лот по каждому торговому наименованию. Включение в один лот инсулинов с различными торговыми наименованиями разных производителей ограничивает конкуренцию на торгах, так как влечет невозможность производителей и поставщиков инсулинов, а также большего числа дистрибьюторов участвовать в таких аукционах.

В соответствии с частью 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.

Частью 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлен запрет на непредусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, если организаторами или заказчиками торгов являются федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, а также при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

При указанных обстоятельствах Комиссия приходит к выводу о наличии в действиях Министерства здравоохранения Хабаровского края нарушения части 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции. Комиссия отклоняет доводы представителя министерства со ссылками на различные письма ФАС России, Хабаровского УФАС России, так как такие письма не имеют отношения к существу рассматриваемого дела и не являются нормативными правовыми актами.

Комиссией учтено, что по результатам аукциона между государственным заказчиком и ЗАО «Роста» заключен контракт на оказание услуг по предмету аукциона. Контракт на день рассмотрения Комиссией дела о нарушении антимонопольного законодательства находится в стадии исполнения, по контракту производится поставка определенного товара. Также Комиссией учтено, что в данном случае расторжение указанного контракта возможно по соглашению сторон либо в судебном порядке.

Совершение должностным лицом государственного органа исполнительной власти запрещенных антимонопольным законодательством действия образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. На основании изложенного, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

#### РЕШИЛА:

1. Признать действия Министерства здравоохранения Хабаровского края, выразившиеся:

- в объединении в предмете аукциона на право заключения государственных контрактов на оказание услуги по обеспечению лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и специализированными продуктами лечебного питания для детей отдельных категорий граждан Хабаровского края, имеющих право на получение государственной социальной помощи и имеющих право на бесплатное или со скидкой получение лекарственных средств, изделий медицинского назначения и специализированных продуктов лечебного питания для детей за счет средств краевого бюджета во II полугодии 2011 года услуг по закупке товара, являющегося предметом аукциона; услуг по распределению закупленного товара в аптечные учреждения исполнителя (либо арендованные исполнителем), находящиеся в городских округах и муниципальных районах края; услуг по поставке товара в пункты отпуска исполнителя (либо арендованные исполнителем); услуг по приемке товара в пунктах отпуска в соответствии с действующими требованиями входного контроля по качеству, количеству, срокам годности, упаковке, маркировке и ассортименту товара, предусмотренному в распределении по пунктам отпуска; услуг по хранению лекарственных средств; услуг по ведению автоматизированного учета поступления, отпуска товара, персонифицированной базы данных обслуживания рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика; услуг по организации отпуска товара по рецептам через аптечные учреждения (пункты отпуска); услуг по перераспределению товара между аптечными учреждениями края; услуг по организации отсроченного обеспечения рецептов,

- в объединении в составе лота № 24 указанного аукциона различных торговых наименований инсулинов, нарушением части 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

2. Выдать Министерству здравоохранения предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Хабаровского УФАС России для решения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.9 Кодекса Российской

Федерации об административных правонарушениях.

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

#### ПРЕДПИСАНИЕ №15

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) на основании своего решения от 05.07.2011 № 30 по делу № 8-01/117 о нарушении Министерством здравоохранения Хабаровского края части 2 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

#### ПРЕДПИСЫВАЕТ:

Министерству здравоохранения Хабаровского края со дня вступления в силу решения от 05.07.2011 № 36 Комиссии Хабаровского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (с 05.07.2011) прекратить нарушение части 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции, выразившееся - в объединении в предмете аукциона на право заключения государственных контрактов на оказание услуги по обеспечению лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и специализированными продуктами лечебного питания для детей отдельных категорий граждан Хабаровского края, имеющих право на получение государственной социальной помощи и имеющих право на бесплатное или со скидкой получение лекарственных средств, изделий медицинского назначения и специализированных продуктов лечебного питания для детей за счет средств краевого бюджета во II полугодии 2011 года услуг по закупке товара, являющегося предметом аукциона; услуг по распределению закупленного товара в аптечные учреждения исполнителя (либо арендованные исполнителем), находящиеся в городских округах и муниципальных районах края; услуг по поставке товара в пункты отпуска исполнителя (либо арендованные исполнителем); услуг по приемке товара в пунктах отпуска в соответствии с действующими требованиями входного контроля по качеству, количеству, срокам годности, упаковке, маркировке и ассортименту товара, предусмотренному в распределении по пунктам отпуска; услуг по хранению лекарственных средств; услуг по ведению автоматизированного учета поступления, отпуска товара, персонифицированной базы данных обслуживания рецептов и отпущенного по ним товара в программном продукте заказчика; услуг по организации отпуска товара по рецептам через аптечные учреждения (пункты отпуска); услуг по перераспределению товара между аптечными учреждениями края; услуг по организации отсроченного обеспечения рецептов; - в объединении в составе лота № 24 указанного аукциона различных торговых наименований инсулинов, с целью чего не допускать при проведении подобных аукционов объединения в одном предмете указанных услуг, а также не допускать включения в состав одного лота различных торговых наименований инсулинов.

Об исполнении настоящего предписания сообщить в Хабаровское УФАС России не позднее пяти дней с даты его выполнения (с приложением подтверждающих документов). Предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его выдачи.