

Арбитражный суд Амурской области
675023, г. Благовещенск, ул. Ленина, д. 163
тел. (4162) 59-59-00, факс (4162) 51-83-48

е-mail: info@amuras.arbitr.ru; <http://www.amuras.arbitr.ru>

Именем Российской Федерации

РЕШЕНИЕ

г. Благовещенск

Дело № А04-8947/2011

27 – января 2012 года

25 – января 2012 года объявлена резолютивная часть

27 – января 2012 года решение изготовлено в полном объеме

арбитражный суд в составе судьи <...> при ведении протокола секретарем судебного заседания <...> рассмотрев в судебном заседании заявление Министерства здравоохранения Амурской области (ОГРН 1072801008994, ИНН 2801123720) к Управлению федеральной антимонопольной службы по Амурской области (ОГРН 1028800528233) о признании недействительными решения, предписания

третьи лица: Управление государственного заказа Амурской области (ОГРН 1082801011468, ИНН 2801138822), закрытое акционерное общество «БИОКАД» (ОГРН 102502867196, ИНН 5024048000)

при участии в заседании: от заявителя – <...>, по доверенности от 01.12.2011 №06-430, удостоверение; от ответчика – <...>, по доверенности 11.01.2011 №06-12, паспорт <...> от третьего лица Управления – <...>, по доверенности от 12.10.2011 №01-11/1888; от третьего лица ЗАО «БИОКАД» - представитель не явился, извещен, установил: Министерство здравоохранения Амурской области (далее по тексту – заявитель, Министерство) обратилось в Арбитражный суд Амурской области с заявлением о признании решения и предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области (далее по тексту – ответчик, УФАС по Амурской области) по делу №ЖС-133/2011 от 29.08.2011 недействительными.

Определением суда от 01.12.2011 на основании ст. 51 АПК РФ к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Управление государственного заказа Амурской области, ЗАО «БИОКАД».

В обоснование требований заявитель указал, что государственный заказчик при формировании лота на закупку противоопухолевых лекарственных препаратов для открытого аукциона в электронной форме № 0123200000311002161 руководствовался приказом Министерства

экономического развития РФ от 07.07.2011 № 273 «Об утверждении номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков». Лекарственные препараты, включенные в лот, относятся к группе «препараты для лечения злокачественных образований» код ОКДП 2423656. В лот включены 5 международных непатентованных наименований лекарственных препаратов одной

фармакологической группы препаратов для лечения злокачественных образований. Следовательно, объединение в один лот нескольких лекарственных препаратов не противоречит требованиям Закона о размещении заказов и не может ограничивать круг участников аукциона.

Ответчик указал на законность и обоснованность оспариваемых актов.

Представитель третьего лица Управления государственного заказа позицию заявителя поддержал.

Третье лицо ЗАО «БИОКАД» в отзыве на заявление поддержало позицию ответчика.

В судебном заседании представитель заявителя требования уточнил, просил признать незаконным решение Амурского УФАС России по делу № ЖС-133/2011 от 29.08.2011 в части п.1 и п.3.

Судом уточнение требований принято к рассмотрению.

В судебном заседании представители сторон, Управления государственного заказа настаивали на ранее изложенных позициях. Подробно доводы лиц, участвующих в деле, изложены в дополнениях к отзывам и возражениях на отзывы участников процесса. Представитель ЗАО «БИОКАД» письменно ходатайствовал о рассмотрении дела в его отсутствие. Суд счел возможным рассмотреть настоящее дело в его отсутствие в порядке, предусмотренном ст. 156 АПК РФ. Заслушав доводы лиц, участвующих в деле, исследовав материалы дела, судом установлены следующие обстоятельства. Решением комиссии управления ФАС по Амурской области от 29.08.2011 (п. 1, п. 3) жалоба ЗАО «Биокад» признана обоснованной, Министерство здравоохранения Амурской области – заказчик признано нарушившим ч. 1 ст. 41.6, ч. 2.1. ст. 34 Федерального закона о размещении заказов.

При вынесении данного решения антимонопольный орган пришел к следующим выводам:

Из совместного Письма Минэкономразвития РФ N 16811-АП/Д04, Минздравсоцразвития РФ N 8035-ВС, ФАС РФ N ИА/20555 от 31.10.2007 "О применении норм Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения" следует, что при формировании лотов на поставку лекарственных средств следует избегать укрупнения лотов в связи с тем, что любое объединение различных лекарственных средств в один лот потенциально ведет к снижению количества участников торгов. Не следует объединять в один лот лекарственные средства, 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 сентября 2006 г. N 665 (далее - Перечень). 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. В случае

размещения заказа на поставку лекарственного средства, которое согласно Перечню относится к группе ХХХ "Средства, применяемые по решению врачебной комиссии, утвержденному главным врачом лечебно-профилактического учреждения" либо к группам "Прочие...", по каждому МНН формируется отдельный лот.

Лекарственные средства, являющиеся предметом торгов включены в названный Перечень. Вместе с тем, согласно указанному приказу № 665 лекарственное средство «Тамоксифен» относится к ХVIII группе «Противоопухолевые, иммунодепрессивные и сопутствующие средства», лекарственные средства «Гозерелин», «Гефитиниб», «Золедроновая кислота» включены в группу ХХХ «Средства, применяемые по решению врачебной комиссии, утвержденному главным врачом лечебно-профилактического учреждения».

Таким образом, действия должностного лица уполномоченного органа и государственного заказчика нарушают ч.1 ст. 41.6, ч. 2.1. ст. 34 Федерального закона о размещении заказов, создают ограничение круга участников торгов и создают отдельным участникам торгов преимущественные условия участия, что влечет недопущение, ограничение конкуренции на торгах. Кроме того, такие действия могут способствовать поддержанию необоснованно высоких цен закупаемого товара и неэффективному расходованию бюджетных средств.

Не согласившись с таким решением, Министерство обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением (с учетом уточнений).

Оценив изложенные обстоятельства, суд счел требование неподлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 N 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.

Перечень нарушений, перечисленных в статье 17 Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим и для квалификации действий по организации и проведению аукционов как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений Закона о защите конкуренции и Закона о размещении заказов с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду в конкретном случае.

Федеральный закон 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) регулирует отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений в целях обеспечения единства экономического пространства на территории Российской Федерации при размещении заказов, эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, совершенствования деятельности органов

государственной власти и органов местного самоуправления в сфере размещения заказов, обеспечения гласности и прозрачности размещения заказов, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов (часть 1 статья 1 Закона о размещении заказов).

Федеральная антимонопольная служба России (далее - ФАС России) в соответствии со статьей 22 Закона о защите конкуренции обеспечивает государственный контроль за соблюдением антимонопольного

законодательства, предупреждает недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства и согласно постановлению Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 N 94 "О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд" является уполномоченным органом исполнительной власти, осуществляющим контроль в сфере размещения заказов.

Таким образом, Федеральная антимонопольная служба и ее территориальные органы осуществляют контроль за соблюдением законодательства о размещении заказов, в том числе за соблюдением требований о развитии добросовестной конкуренции, расширении возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулировании такого участия. В соответствии со статьей 3 Закона о размещении заказов под нуждами федеральных бюджетных учреждений и бюджетных учреждений субъектов Российской Федерации понимаются обеспечиваемые федеральными Бюджетными учреждениями, бюджетными учреждениями субъектов Российской Федерации (независимо от источников финансового обеспечения) потребности в товарах, работах, услугах соответствующих бюджетных учреждений. Согласно статье 4 Закона о размещении заказов заказчиками выступают бюджетные учреждения при размещении ими заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг независимо от источников финансового обеспечения их исполнения. Таким образом, бюджетные учреждения обязаны осуществлять размещение заказов в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации о размещении заказов. В силу 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 о размещении заказов.

В соответствии с ч.3.1 ст. 34 Закона о размещении заказов, документация об аукционе не может содержать требования к товару, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа.

Судом установлено и подтверждается материалами дела, что аукционная документация, подготовленная заказчиком, не соответствовала вышеуказанным

требованиям законодательства в части расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия и содержала требования, которые влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа, что не допускается согласно ст. 34 Закона о размещении заказов.

Как видно из материалов дела, ЗАО «БИОКАД» является производителем лекарственного средства с международным непатентованным наименованием «Золедроновая кислота» - торговое наименование «Золерикс».

Применительно к предписаниям Федерального закона № 61-ФЗ от 12.04.2010 «Об обращении лекарственных средств», Федерального закона от 08.08.2001 № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (в редакции на момент вынесения оспариваемого решения) для осуществления поставки лекарственных средств собственного производства производителям достаточно иметь лицензию на производство.

Судом установлено, что заявителем объединено в рамках 1 лота 5 различных лекарственных средств, имеющих уникальные МНН, и как следствие, разные характеристики и применение.

Инструкция по медицинскому применению лекарственного средства (далее ИМП) - официальный документ, утверждаемый Министерством здравоохранения и социального развития России (МЗ и СР РФ). Это основной документ, на который ориентируются специалисты здравоохранения при использовании того или иного лекарственного средства.

Так, согласно ИМП на лекарственные средства, помещенные в лот, МНН Тамоксифен относится к фармакотерапевтической группе - противоопухолевое средство, антиэстрогенное средство (группа Анатомико-терапевтическо-химической классификации, утвержденная ВОЗ (далее АТХ) - L02B01), МНН Гозерелин - к фармакотерапевтической группе - противоопухолевое средство, аналог гонадотропин-рилизинг гормона (группа АТХ - L02AE03), МНН Гефитиниб - к фармакотерапевтической группе - противоопухолевое средство, ингибиторы протеинкиназ (группа АТХ - L01XX31), МНН Анастрозол - к фармакотерапевтической группе - противоопухолевое средство, эстрогенов синтеза ингибитор (группа АТХ - L02BG03), МНН Золедроновая кислота - к фармакотерапевтической группе - ингибитор костной резорбции, бифосфонат (группа АТХ - M05BA08).

Таким образом, исходя из анализа показаний к применению на лекарственные средства, их принадлежности к той или иной группе лекарственных средств по фармакологическим признакам, а также учитывая то, что лекарственный препарат под одним МНН имеет одно функциональное назначение и применяется самостоятельно, не влияя на обеспечение работоспособности других лекарственных средств, суд пришел к выводу об отсутствии взаимосвязи лекарственных средств, помещенных в лот.

Кроме того, следует отметить, что в лот включены лекарственные средства, которые на территории РФ имеют 1 торговое наименование:

Гозерелин (торговое наименование «Золадекс», производства АстраЗенека ЮК Лимитед, Великобритания), Гефитиниб (торговое наименование «Пресса», производства АстраЗенека ЮК Лимитед, Великобритания).

Согласно ст. 4 Закона о защите конкуренции) под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается

возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В тех ситуациях, когда в рамках одного МНН в установленном порядке для целей обращения на территории РФ зарегистрировано несколько торговых наименований (то есть когда существует несколько лекарственных средств, характеризующихся одним активным веществом), такой рынок может признаваться конкурентным. Таким образом, конкуренцией на таком товарном рынке является соперничество производителей лекарственных средств с соответствующими торговыми наименованиями.

В тоже время, когда в рамках одного МНН зарегистрировано лишь одно лекарственное средство, производитель такого препарата фактически занимает доминирующее положение на таком товарном рынке (имеет возможность определять общие условия обращения товара).

Таким образом, при включении в состав одного лота взаимозаменяемых товаров (товаров-эквивалентов в рамках одного МНН) и уникального продукта, аналогов которому не существует, потенциальные участники торгов вынуждены закупать товар у производителя/дистрибьютора того уникального препарата, объем предложения по которому ограничен.

С учетом изложенного, суд признает обоснованными доводы ответчика и третьего лица - ЗАО «Биокад» о том, что аукционная документация содержала требования о поставке группы лекарственных средств, объединенных в один лот, что повлекло за собой ограничение количества участников размещения заказа, поскольку поставка отдельных лекарственных средств из указанных в лоте № 1, условиями аукционной документации не допускалась.

Объединение заказчиком в лот № 1 различных лекарственных средств повлекло за собой ограничение конкуренции при проведении аукциона ввиду сокращения числа хозяйствующих субъектов, которые могли принять участие в аукционе по отдельным товарам или группам таких товаров. Включение в один лот различных лекарственных средств ограничивает круг участников аукциона - производителей лекарственных средств только теми, кто является производителем всех лекарственных средств, объединенных в один лот, и/или тех, кто имеет лицензию на фармацевтическую деятельность, позволяющую осуществлять продажу лекарственных средств.

Таким образом, ЗАО «Биокад» не имело возможности участвовать в аукционе, поскольку аукционная документация содержала требования, которые препятствовали подаче заявки.

Доводы заявителя и Управления государственного заказа Амурской области о том, что указанные в лоте лекарственные средства являлись взаимосвязанными и подлежали поставке не по программе дополнительного лекарственного обеспечения, поэтому правила формирования лотов, предусмотренные письмом Минэкономразвития РФ N 16811-АП/Д04, Минздравсоцразвития РФ N 8035-ВС, ФАС РФ N ИА/20555 от 31.10.2007 "О применении норм Федерального закона от 21 июля 2005 года N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд",

применяться не могут, являются ошибочными.

Согласно указанному письму заказчику рекомендовано избегать укрупнения лотов в связи с тем, что любое объединение различных лекарственных средств в один лот потенциально ведет к снижению количества участников торгов. Данная рекомендация направлена на предупреждение нарушений, связанных с ограничением конкуренции при размещении государственных заказов по поставке лекарственных средств, поэтому ее толкование применительно только к программе дополнительного лекарственного обеспечения неправомерно, так как при проведении торгов (конкурсов) ограничение конкуренции действующим законодательством о размещении заказов не допускается.

Действительно, Закон о защите конкуренции не содержит требований к порядку формирования лотов (количеству позиций товара в одном лоте). Заказчик при подготовке условий аукциона самостоятельно принимает решение о формировании лотов на поставки лекарственных средств. Однако при формировании лотов он не должен игнорировать предмет и цели регулирования Закона о размещении заказов, направленные на развитие добросовестной конкуренции, и обязан соблюдать требования Закона о защите конкуренции, запрещающего совершение любых действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении аукциона на размещение заказа.

Материалами дела подтверждается, что заказчиком при подготовке аукционной документации требования вышеуказанных федеральных законов учтены не были, что привело к ограничению количества участников размещения заказа и лишило возможности ЗАО «Биокад» участвовать в аукционе.

Следовательно, Амурское УФАС России правомерно установило, что действия государственного заказчика нарушают ч.1 ст. 41.6, ч. 2.1. ст. 34 Федерального закона о размещении заказов, создают ограничение круга участников торгов и создают отдельным участникам торгов преимущественные условия участия, что влечет недопущение, ограничение конкуренции на торгах.

Также при вынесении решения суд учел следующее.

Согласно п. 1 ст. 4 АПК РФ заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в порядке, установленном АПК РФ.

В соответствии со ст.11 ГК РФ судебной защите подлежат оспоренные или нарушенные права.

Согласно части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают

на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности. Из смысла данной нормы следует, что ненормативный акт, решения и действия могут быть признаны недействительным (незаконными) при наличии совокупности следующих условий: его несоответствии закону или иному правовому акту, нарушении указанным актом гражданских прав и охраняемых законом интересов гражданина или юридического лица, возложении на незаконных обязанностей на лиц, обратившихся в суд с соответствующим требованием.

Министерство здравоохранения Амурской области не доказало суду, что оспариваемое решение нарушает его права и признание решения незаконным каким-либо образом повлечет восстановление прав заявителя. Оспариваемое решение ни коим образом не препятствует осуществлению деятельности Министерства здравоохранения Амурской области.

При таких обстоятельствах, суд не нашел правовых оснований для удовлетворения заявленного требования о признании незаконным решения по делу №ЖС-133/2011 от 29.08.2011 в части п. 1, п.3.

В удовлетворении остальной части требований следует отказать на основании ст. 49 АПК РФ в связи с их уточнением заявителем.

В силу положений подпункта 1.1 пункта 1 333.37 Налогового кодекса Российской Федерации государственная пошлина по настоящему делу взысканию не подлежит.

Руководствуясь ст.ст. 49, 110, 167-170, ст. 180, ст. 201 АПК РФ суд решил в удовлетворении заявления о признании незаконным решения Управления федеральной антимонопольной службы по Амурской области по делу №ЖС-133/2011 от 29.08.2011 в части п. 1, п.3 отказать.

В удовлетворении остальной части требований отказать.

Решение может быть обжаловано в течение месяца со дня его принятия в Шестой Арбитражный апелляционный суд (г. Хабаровск).

Судья

<...>