

РЕШЕНИЕ

по делу № 42/А-17-2011

г. Кемерово

Резолютивная часть решения оглашена «19» октября 2011г.

В полном объеме решение изготовлено «02» ноября 2011г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Председателя комиссии:	Кухарской Н.Е. -	руководителя Кемеровского УФАС России;
Членов комиссии:	Клостер Е.А. -	заместителя руководителя Кемеровского УФАС России;
	Стельмах С.В. -	заместителя руководителя Кемеровского УФАС России;
	Федотовой О.А. -	старшего государственного инспектора отдела государственного и муниципального заказа;
	Щегловой Н.В. -	ведущего специалиста-эксперта отдела финансовых рынков и социальной сферы;

в присутствии:

- <...> – представителя Территориального Фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области, по доверенности,

рассмотрев дело № 42/А-17-2011 о нарушении антимонопольного законодательства Территориальным Фондом обязательного медицинского страхования Кемеровской области при размещении заказа в форме открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» (лот №8),

**установила:**

21.04.2011 г. в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило письмо ФАС России № АК/14663 от 20.04.2011 г. о нарушениях при закупках инсулинов.

На основании указанного обращения Кемеровским УФАС России была проведена проверка деятельности Территориального Фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области при проведении открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» (лот №8) на предмет соответствия положениям Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ № 135-ФЗ).

Приказом Кемеровского УФАС России от 06.06.2011г. № 169 в отношении Территориального Фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области было возбуждено дело № 42/А-17-2011 по признакам нарушения ч. 1 ст. 17 ФЗ № 135-ФЗ, выразившегося во включении в состав одного лота при проведении открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» (лот №8) различных торговых наименований инсулинов, что ограничивает количество участников размещения заказа.

Определением от 06.06.2011г. рассмотрение дела № 42/А-17-2011 о нарушении антимонопольного законодательства было назначено на 11.07.2011г.

11.07.2011г. Территориальным Фондом обязательного медицинского страхования Кемеровской области были представлены пояснения по делу № 42/А-17-2011, согласно которым ответчик включил в состав лота № 8 «Поставка инсулинов» открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» торговые наименования четырех инсулинов двух производителей для расширения потенциального круга участников размещения заказа и исключения сговора между официальными дистрибьюторами производителей инсулинов и (или) посредников, занимающихся поставками товаров данной группы. При этом, по мнению ответчика, не было нарушено ни одного из предусмотренных статьей 17 ФЗ № 135-ФЗ требований к торгам. На участие в аукционе было подано 3 заявки и все они были допущены к участию в аукционе.

По мнению Территориального Фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области, указание в документации о проведении аукциона конкретного торгового наименования инсулина является нарушением действующего законодательства только в том случае, если это приводит к ограничению количества участников размещения заказа. Однако, предметом открытого аукциона являлась поставка лекарственных средств, в том числе по лоту № 8-инсулинов, поставкой которых занимаются многочисленные поставщики, имеющие возможность приобретать любые лекарственные средства у любых производителей или их официальных дистрибьюторов, а также у многочисленных посредников, имеющих лицензию на осуществление фармацевтической деятельности.

Территориальный Фонд обязательного медицинского страхования Кемеровской области считает, что совместное письмо Минэкономразвития РФ №16811-АП/Д04,

Минздравсоцразвития РФ №8035-ВС, ФАС РФ №ИА/20555 от 31.10.2007, на котором основана позиция антимонопольного органа относительно формирования лотов на закупку лекарственных средств, разъясняет порядок применения норм Федерального закона от 21.07.2005 № 94 – ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - ФЗ № 94-ФЗ) применительно к реализации программы дополнительного лекарственного обеспечения. Источником же финансирования поставок лекарственных средств по всем лотам открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА являются средства Территориального фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области (внебюджетные средства), а не программа дополнительного лекарственного обеспечения, средства на реализацию которой закладываются в бюджете соответствующего уровня.

Кроме того, совместное письмо не имеет расширительного толкования, так как разъясняет порядок применения норм Федерального закона №94-ФЗ только в отношении размещения заказов на поставку лекарственных средств по программе дополнительного лекарственного обеспечения, законодательно не устанавливает ограничений при размещении заказа на поставку лекарственных средств, и представляет собой не изложение общих правил, распространяющих свое действие на неопределенный круг лиц, а является мнением Минэкономразвития, Минсоцразвития и ФАС России по нескольким частным вопросам, возникающим в деятельности указанных министерств, изложенным в режиме «Вопрос-ответ».

Более подробно позиция Территориального Фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области изложена в пояснениях № 4864 от 11.07.2011 г.

11.07.2011 г. при рассмотрении дела № 42/А-17-2011 Комиссия пришла к выводу, что для полного, объективного и всестороннего рассмотрения дела №42/А-17-2011 необходимо истребование дополнительных доказательств. Определением от 11.07.2011 г. рассмотрение дела было отложено до 11.08.2011 г.

11.08.2011 г. при рассмотрении дела № 42/А-17-2011 возникла необходимость получения дополнительных доказательств. Определением от 11.08.2011 г. рассмотрение дела было отложено до 02.09.2011 г.

Кемеровским УФАС России были направлены запросы в адрес аптек Кемеровской области о поставщиках инсулинов, в адрес Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» о даче пояснения по факту неявки ООО Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» на участие в открытом аукционе № Ц00-0633-10-ОА на поставку лекарственных средств по лоту №8 «Поставка инсулинов», в адрес ЗАО фирма «Центр внедрения «Протек» о даче пояснений по факту отсутствия ценовых предложений со стороны ЗАО фирма «Центр внедрения «Протек» при участии в открытом аукционе № Ц00-0633-10-ОА на поставку лекарственных средств по лоту №8 «Поставка инсулинов».

Уведомлением от 30.08.2011 г. рассмотрение дела № 42/А-17-2011, назначенное на 02.09.2011 г. было перенесено на 19.10.2011 г. Срок рассмотрения был продлен до 06.03.2011 г.

19.10.2011 г. состоялось рассмотрение дела № 42/А-17-2011.

Изучив материалы дела, заслушав представителя ответчика, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

21.12.2010 г. уполномоченным органом – Управлением государственного заказа Кемеровской области на официальном сайте Кемеровской области размещено извещение о проведении открытого аукциона № Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» (21 лот).

Аукционная документация утверждена исполнительным директором Территориального фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области <...>, начальником управления государственного заказа Кемеровской области <...>.

На участие в открытом аукционе были поданы заявки следующих юридических лиц:

- 1.) ООО «Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» по лоту №8;
- 2.) ЗАО «Лекрус» по лотам №№ 4,9,12,13,16;
- 3.) ООО «Компания «Северная звезда» по лотам №№2,13;
- 4.) ЗАО «Компания «Интермедсервис» по лоту №21;
- 5.) ЗАО «Фармакон» по лотам №№ 12,13;
- 6.) ЗАО «Научно-производственная компания «Катрен» по лотам №№ 2,3,4,6,7,9,11,13,16,20;
- 7.) ООО «Рифарм Урал» по лотам №№ 2,6,9,13,16,18;
- 8.) ОАО «Кузбассфарма» по лотам №№ 5,8,9,10,11,13,16,19,21;
- 9.) ГП КО «Кузбассфарммед» по лоту №17;
- 10.) ЗАО «РОСТА» по лотам №№ 9,10,16,19,20;
- 11.) ЗАО фирма «Центр внедрения «Протек» по лотам №№ 2,3,4,7,8,9,14,16,17,20;
- 12.) ЗАО «Р-Фарм» по лоту №2.

26.01.2011 г. состоялась процедура рассмотрения заявок на участие в открытом аукционе, в результате которой единой комиссией уполномоченного органа – Управления государственного заказа Кемеровской области было принято решение о допуске к участию в открытом аукционе ООО «Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» по лоту №8, ЗАО «Лекрус» по лотам №№ 4,9,12,13, ООО «Рифарм Урал» по лотам №№ 16,18, ООО «Компания «Северная звезда» по лоту №2, ЗАО «Фармакон» по лотам №№ 12,13, ЗАО «Научно-производственная компания «Катрен» по лотам №№ 2,3,4,6,7,9,11,13,16,20, ОАО «Кузбассфарма» по лотам №№ 5,8,9,10,13,16,19, ГП КО «Кузбассфарммед» по лоту №17, ЗАО «РОСТА» по лотам №№ 9,10,16,19,20, ЗАО фирма «Центр внедрения «Протек» по лотам №№ 2,3,4,7,8,9,14,16,17,20, ЗАО «Р-Фарм» по лоту №2, и об отказе в допуске к участию в аукционе ООО «Компания «Северная звезда» по лоту №13,

ОАО «Кузбассфарма» по лотам №№ 11,21, ООО «Рифарм Урал» по лотам №№ 2,6,9,13, ЗАО «Компания «Интермедсервис» по лоту №21, ЗАО «Лекрус» по лоту №16.

По лотам №№ 5,6,11,14,18 открытый аукцион был признан несостоявшимся, заказчику рекомендовано заключить контракты с ОАО «Кузбассфарма» по лоту №5, с ЗАО «Научно-производственная компания «Катрен» по лотам №№6,11, с ЗАО фирма «Центр внедрения «Протек» по лоту №14, с ООО «Рифарм Урал» по лоту №18.

27.01.2011 г. состоялся открытый аукцион, в результате которого победителями были признаны по лоту №2 ЗАО «Р-Фарм», по лотам №№ 3,7,13,20 ЗАО «Научно-производственная компания «Катрен», по лотам №№ 4,9,12 ЗАО «Лекрус», по лотам №№ 8,10,19 ОАО «Кузбассфарма», по лоту №16 ЗАО «РОСТА».

Согласно требованиям аукционной документации открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА предметом по лоту № 8 является поставка инсулинов, а именно:

- Протофан НМ (торговое наименование);
- Хумулин НПХ (торговое наименование);
- Актрапид НМ (торговое наименование);
- Хумулин Регуляр (торговое наименование).

Согласно части 2.1 статьи 10 ФЗ № 94-ФЗ при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг путем проведения торгов могут выделяться лоты, в отношении которых в извещении о проведении аукциона, в документации об аукционе отдельно указываются предмет, начальная (максимальная) цена, сроки и иные условия поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг.

Частью 3.1. статьи 34 ФЗ № 94-ФЗ предусмотрено, что 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.

В соответствии с частью 1 статьи 17 ФЗ № 135-ФЗ при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Совместным письмом от 31.10.2007 г. Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации № 16811-АП/Д04, Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации № 8035-ВС, Федеральной антимонопольной службы № ИА/20555 «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» даны разъяснения законодательства о размещении заказов, в том числе по вопросу установления основных принципов формирования предмета торгов (лота) при поставке лекарственных средств.

Как следует из указанного выше письма при размещении на поставку инсулинов и циклоспоринов необходимо формировать отдельный лот по каждому торговому наименованию.

Включение заказчиком – Территориальным фондом обязательного медицинского страхования Кемеровской области в состав одного лота при проведении открытого аукциона №Ц00-0633-10-ОА «Поставка лекарственных средств» различных торговых наименований инсулинов разных производителей ограничивает конкуренцию на торгах, так как влечет невозможность производителей, а также большего числа дистрибьюторов и поставщиков инсулинов участвовать в данном аукционе.

Указанное обстоятельство подтверждается следующим:

В соответствии с пояснениями ООО Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» по факту неявки на участие в открытом аукционе №Ц00-0674-10-ОА на поставку лекарственных средств и специализированных продуктов лечебного питания по лоту №1 «Поставка гормонов и препаратов, влияющих на эндокринную систему», в открытом аукционе № Ц00-0633-10-ОА на поставку лекарственных средств по лоту №8 «Поставка инсулинов», проводимого 27.01.2011 г., полученными в ответ на запрос Кемеровского УФАС России, **причиной неявки явилось включение в один лот при проведении данных аукционов торговых наименований инсулинов разных производителей**, в то время как ООО Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» является официальным дистрибьютором одного производителя инсулинов, а поданные на запрос ООО Производственно-коммерческая фирма «Фортуна плюс ИНК» коммерческие предложения дистрибьюторов инсулинов других производителей были неконкурентны.

Также в соответствии с информацией, полученной от производителей инсулинов, являющихся предметом размещенного заказа, данные производители имеют разное количество официальных дистрибьюторов, а именно: производитель Протофана НМ, Актрапида НМ - Ново Нордиск А/С, Дания – имеет 6 официальных дистрибьюторов, производитель Хумулина НПХ, Хумулина Регуляра - Эли Лили энд Компани, США – 14 официальных дистрибьюторов, при этом **ни одна из компаний не является официальным дистрибьютором обоих производителей**.

Таким образом, утверждение Территориального фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области об отсутствии ограничения конкуренции при включении различных торговых наименований инсулинов в один лот не может быть признано обоснованным.

Мнение Территориального фонда обязательного медицинского страхования Кемеровской области о том, что разъяснения, изложенные в совместном письме от 31.10.2007 г. Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации № 16811-АП/Д04, Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации № 8035-ВС, Федеральной антимонопольной службы № ИА/20555 «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» применимы только в случае

размещения заказов в рамках программы дополнительного лекарственного обеспечения, также не может быть признано обоснованным, поскольку в данном письмом разъясняются общие принципы формирования лотов при закупках лекарственных средств.

Кроме того, при рассмотрении дела № 42/А-17-2011 включение в состав одного лота различных торговых наименований инсулинов было рассмотрено на предмет соответствия требованиям действующего законодательства о размещении заказов и о защите конкуренции, а не положениям вышеуказанного совместного письма.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 41, 49, 50 Федерального Закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

**РЕШИЛА:**

Признать Территориальный Фонд обязательного медицинского страхования Кемеровской области нарушившим требования части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его вынесения.

Председатель комиссии

Н.Е. Кухарская

Члены Комиссии

Е.А. Клостер

С.В. Стельмах

О.А. Федотова

Н.В. Щеглова