



АРБИТРАЖНЫЙ СУД КОСТРОМСКОЙ ОБЛАСТИ

156961, г. Кострома, ул. Долматова, д. 2

E-mail: info@kostroma.arbitr.ru

<http://kostroma.arbitr.ru>

Именем Российской Федерации

Р Е Ш Е Н И Е

Дело № А31-7300/2015

г. Кострома

01 декабря 2015 года

Резолютивная часть решения объявлена 25 ноября 2015 года.

Полный текст решения изготовлен 01 декабря 2015 года.

Судья Арбитражного суда Костромской области Максименко Любовь Алексеевна при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Балакиревым А.С.

с участием представителей сторон:

от заявителя: не явился (извещен в надлежащем порядке);

от ответчика: Белов Д.Ю., доверенность от 12.01.2015 № 01/12, удостоверение № 1169;

от третьего лиц: от Территориального органа Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения по Костромской области – Родина Л.Н., доверенность от 09.01.2015, удостоверение от 10.12.2013 № 31, от областного государственного бюджетного учреждения здравоохранения «Костромской противотуберкулезный диспансер», общества с ограниченной ответственностью «МИЛГА»- не явились (извещены в надлежащем порядке),

рассмотрев заявление индивидуального предпринимателя Выборновой Юлии Владимировны, г. Астрахань, к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области, г. Кострома, третьи лица:

областное государственное бюджетное учреждение здравоохранения «Костромской противотуберкулезный диспансер», г. Кострома, общество с ограниченной ответственностью «МИЛГА», г. Кострома, Территориальный орган Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения по Костромской области, г. Кострома, о признании незаконным решения от 09.07.2015 года № 12-10-89/288, установил:

Индивидуальный предприниматель Выборнова Юлия Владимировна (далее – заявитель, ИП Выборнова Ю.В., предприниматель), г. Астрахань, обратилась в суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Костромской области о признании недействительным решения от 09.07.2015 № 12-10-89/288.

ИП Выборнова Ю.В., извещенная надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, в суд не явилась, представила ходатайство о рассмотрении дела в ее отсутствие. Суд, руководствуясь частью 2 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) рассматривает дело в отсутствие заявителя.

Для участия в деле в качестве третьего лица привлечены областное государственное бюджетное учреждение здравоохранения «Костромской противотуберкулезный диспансер» и ООО «МИЛГА», г. Кострома. Указанные лица, извещенные о месте и времени судебного заседания, в суд не явились. Дело рассмотрено в их отсутствие в соответствии с частью 2 статьи 200 АПК РФ.

Также для участия в деле в качестве третьего лица привлечен Территориальный орган Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения по Костромской области.

В судебном заседании установлены следующие обстоятельства.

06.07.2015 в УФАС России по Костромской области ИП Выборновой Ю.В. подана жалоба на действия Заказчика – областное государственное бюджетное учреждение здравоохранения «Костромской

противотуберкулезный диспансер» в связи с размещением 29.06.2015 на официальном сайте в сети «Интерне» извещения № 0341200019015000064 и документации о проведении аукциона в электронной форме на право заключения контракта на поставку лекарственных средств для нужд ОГБУЗ «Костромской противотуберкулезный диспансер».

По мнению заявителя, аукционная документация содержит требования, которые влекут за собой ограничение количества участников закупки, что нарушает положения пунктов 1, 6 части 1 статьи 33 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-ФЗ). В документации об Аукционе содержится требование к участникам закупки о наличии лицензии на право осуществления фармацевтической деятельности в части оптовой торговли или лицензии на право производства лекарственных препаратов, что, как полагает предприниматель, приводит к ограничению конкуренции при проведении закупки, так как исключается возможность участия субъектов розничной торговли лекарственными препаратами для медицинского применения. Также в соответствии с техническим заданием Заказчика заявлен к поставке № п/п 40 МНН «Лидокаин+Феназон» Ушные капли 16 г, имеющий в государственном реестре лекарственных средств одного производителя и не имеющего аналогичных по лекарственной форме и дозировке лекарственных средств.

По результатам рассмотрения жалобы Костромским УФАС России 09.07.2015 принято решение № 12-10-89/288 о признании жалобы ИП Выборновой Ю.В. необоснованной.

Предприниматель обратилась в суд с заявлением о признании указанного решения недействительным. Свою позицию обосновала тем, что лицензированию подлежат фармацевтическая деятельность, а не оптовая торговля лекарственными средствами либо розничная торговля лекарственными средствами. Целью разграничения на оптовую и розничную

торговлю является оценка цели дальнейшего использования товара. Закупка препаратов по условиям Аукциона осуществляется для целей, не связанных с предпринимательскими, то есть дальнейшая реализация препаратов не допускается и, следовательно, установление заказчиком требования по наличию лицензии с правом оптовой торговли незаконно и не обоснованно.

Антимонопольный орган и Территориальный орган Росздравнадзора по Костромской области полагают в указанной части позицию заявителя неправомерной, поскольку реализация лекарственных средств поставщиком-продавцом по договору поставки является оптовой торговлей и, следовательно, поставку лекарственных средств в медицинские учреждения могут осуществлять производители лекарственных средств и организации оптовой торговли. Лечебное учреждение приобретает лекарственные средства для обеспечения своей уставной деятельности на основании заключенных контрактов, содержащих признаки договора поставки.

Изучив представленные доказательства, выслушав мнение антимонопольного органа, представителя Территориального органа Росздравнадзора по Костромской области, суд считает заявленные требования не подлежащими удовлетворению.

В силу части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение 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.

Для признания ненормативного акта недействительным, решения и действия (бездействия) незаконными необходимо наличие одновременно двух условий: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности, что также отражено в пункте 6 постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 N 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Отсутствие предусмотренной статьей 198 АПК РФ совокупности условий, необходимой для оспаривания ненормативного правового акта, действия, решения, влечет в силу части 3 статьи 201 АПК РФ отказ в удовлетворении заявленных требований.

Отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок, регулируются Законом N 44-ФЗ.

Заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) (часть 1 статьи 24 Закона № 44-ФЗ).

Конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений (часть 2 статьи 24 Закона № 44-ФЗ).

На основании части 1 статьи 59 Закона № 44-ФЗ под аукционом в электронной форме (электронным аукционом) понимается аукцион, при котором информация о закупке сообщается заказчиком неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении такого аукциона и документации о нем, к участникам закупки предъявляются единые требования и дополнительные требования, проведение такого аукциона обеспечивается на электронной площадке ее оператором.

В силу пункта 1 части 1 статьи 64 Закона № 44-ФЗ документация об электронном аукционе должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со статьей 33 настоящего Федерального закона, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта.

В пункте 1 части 1 статьи 33 указанного закона предусмотрено, что описание объекта закупки должно носить объективный характер. В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики, эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). В описание объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. Документация о закупке может содержать указание на товарные знаки в случае, если при выполнении работ, оказании услуг предполагается использовать товары, поставки которых не являются предметом контракта. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются

другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

На основании пункта 6 части 1 статьи 33 Закона № 44-ФЗ, документация о закупке должна 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 пунктом 7 части 2 статьи 83 Закона № 44-ФЗ 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.

Документация о закупке в соответствии с требованиями, указанными в части 1 настоящей статьи, должна содержать показатели, позволяющие определить соответствие закупаемого товара, работы, услуги установленным заказчиком требованиям.

Исходя из смысла пунктов 1, 6 части 1 статьи 33 Закона № 44-ФЗ потребности заказчика являются определяющим фактором при установлении им соответствующих требований. При этом заказчик вправе в необходимой степени детализировать объект закупки, определяя такие характеристики закупаемого товара, которые будут иметь существенное значение для последующего использования товара при оказании соответствующих услуг.

Указание в документации об электронном аукционе требований к функциональным, техническим и качественным характеристикам объектам закупки прямо предусмотрено положениями Закона № 44-ФЗ. Для удовлетворения потребностей Заказчика закупаемое лекарственное средство должно обладать определенными характеристиками.

В судебном заседании установлено, что установленному в техническом задании требованию Заказчика о поставке лекарственного препарата № п/п 40 МНН «Лидокаин-Феназон» Ушные капли 16 г соответствует один зарегистрированный в государственном реестре лекарственных средств препарат, имеющий одного производителя.

По мнению суда, действие Заказчика не противоречит требованиям закона, указано МНН лекарственного средства, требуемого к поставке, что не ограничило потенциальных участников закупки. Любой участник, желающий поучаствовать в данной закупке, обладая необходимой лицензией, мог приобрести данный препарат, свободно обращающийся на фармацевтическом рынке, в соответствии с установленными требованиями аукционной документации. Заявителем в нарушение части 2 статьи 106, частей 8, 9 статьи 105 Закона № 44-ФЗ не представлено доказательств наличия каких-либо объективных препятствий в приобретении данного препарата.

Согласно пункту 2 части 5 статьи 66 Закона № 44-ФЗ вторая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать документы, подтверждающие соответствие участника такого аукциона требованиям, установленным пунктом 1 части 1, частями 2 и 2.1 статьи 31 (при наличии

таких требований) настоящего Федерального закона, или копии этих документов.

Согласно пункту 34 статьи 4 Федерального закона от 12.04.2010 N 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее - Закон об обращении лекарственных средств) организация оптовой торговли лекарственными средствами - организация, осуществляющая оптовую торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку в соответствии с требованиями Закона об обращении лекарственных средств.

Согласно части 1 статьи 52 Закона об обращении лекарственных средств фармацевтическая деятельность осуществляется организациями оптовой торговли лекарственными средствами, 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 населенных пунктах, в которых отсутствуют аптечные организации, и ветеринарными организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность.

В соответствии со статьей 54 Закона об обращении лекарственных средств оптовая продажа лекарственных средств может осуществляться только производителями лекарственных средств и организациями оптовой торговли лекарственными средствами по правилам, утвержденным соответствующими уполномоченными федеральными органами исполнительной власти.

Также 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, в том числе и медицинским организациям.

Порядок розничной торговли установлен статьей 55 Закона об обращении лекарственных средств, в соответствии с которым розничная торговля лекарственными препаратами в количествах, необходимых для выполнения врачебных (фельдшерских) назначений или назначений специалистов в области ветеринарии, осуществляется аптечными организациями, ветеринарными аптечными организациями, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, медицинскими организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность.

Согласно пункту 1 статьи 492 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) по договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

В соответствии со статьей 493 ГК РФ договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара.

При реализации товаров оптом оформляется договор поставки или иной договор гражданско-правового характера, содержащий признаки договора поставки.

В соответствии со статьей 506 ГК РФ по договору поставки поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Таким образом, так как объектом закупки является поставка лекарственных средств для нужд лечебного учреждения, Заказчик правомерно установил требование к участникам закупки о соответствии законодательству Российской Федерации, а именно о наличии у организации оптовой торговли лицензии на фармацевтическую деятельность с указанием «оптовая торговля лекарственными средствами».

Довод заявителя о том, что поставка препаратов в больницу в силу положений статьи 55 Закона об обращении лекарственных средств является розничной торговлей судом не принимается, поскольку указание в названной статье о том, что «розничная торговля представляет собой обеспечение лекарственными препаратами в количествах, необходимых для выполнения врачебных (фельдшерских) назначений» не свидетельствует о том, что такому обеспечению подлежат именно лечебные учреждения. Из контекста названной нормы усматривается, что обеспечение препаратами в количествах, необходимых для выполнения врачебных (фельдшерских) назначений осуществляется медицинскими организациями, аптечными организациями, а не наоборот.

Следовательно, названное законоположение определяет розничную торговлю как обеспечение препаратами в количествах, необходимых для выполнения врачебных (фельдшерских) назначений, осуществляемое медицинскими организациями, аптечными организациями не для целей, установленных статьей 53 названного закона (оптовая торговля), в том числе не для целей обеспечения деятельности медицинских организаций.

Таким образом, суд приходит к выводу о том, что обеспечение деятельности медицинских организаций препаратами не является розничной торговлей.

Следовательно, с учетом предмета аукциона - право на поставку лекарственного препарата медицинской организации, субъектов экономической деятельности, которые могут осуществлять данный вид деятельности - производители лекарственных средств либо оптовые

поставщики лекарственных средств, заказчик правомерно установил в документации об аукционе требования о предоставлении лицензии на производство или оптовую продажу лекарственных средств, не включая субъектов розничной торговли лекарственными средствами.

В соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы, связанные с уплатой государственной пошлины, относятся на заявителя.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 167-170, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

Р Е Ш И Л:

В удовлетворении заявленных требований отказать.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд апелляционной инстанции в течение месячного срока со дня его принятия или в арбитражный суд кассационной инстанции, если такое решение было предметом рассмотрения в арбитражном суде апелляционной инстанции, через арбитражный суд Костромской области в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления решения в законную силу.

Судья

Л.А.Максименко