



**ЧЕТЫРНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ  
АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

ул. Батюшкова, д.12, г. Вологда, 160001

<http://14aas.arbitr.ru>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

16 февраля 2012 года

г. Вологда

Дело № А05-9767/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 09 февраля 2012 года.

В полном объеме постановление изготовлено 16 февраля 2012 года.

Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе председательствующего Смирнова В.И., судей Мурахиной Н.В. и Рогатенко Л.Н.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Твороговой И.В.,

при участии представителя заявителя Качанова А.Е. по доверенности от 06.02.2012,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Ненецкому автономному округу на решение Арбитражного суда Архангельской области от 28 ноября 2011 года по делу № А05-9767/2011 (судья Шишова Л.В.),

**у с т а н о в и л:**

Комитет государственного заказа Ненецкого автономного округа (ОГРН 1068383002016, Ненецкий автономный округ, г. Нарьян-Мар; далее - комитет) обратился в Арбитражный суд Архангельской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ненецкому автономному округу (ОГРН 1088383000530, Ненецкий автономный округ, г. Нарьян-Мар; далее – УФАС, управление) о признании недействительным пункта 2 решения от 02.08.2011, вынесенного по результатам рассмотрения дела № 04-02/11-2011 (с учетом уточнения заявленных требований), при участии третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора: Управления здравоохранения и социальной защиты населения Ненецкого автономного округа (ОГРН 1038302270731, Ненецкий автономный округ, г. Нарьян-Мар; далее – управление здравоохранения), общества с ограниченной ответственностью «ТОПХАН» (ОГРН 1084205023583, г. Кемерово; далее – ООО «ТОПХАН», общество).

Решением Арбитражного суда Архангельской области от 28 ноября 2011 года требования комитета удовлетворены: решение управления в оспариваемой части признано недействительным; на УФАС возложена обязанность устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителя.

Управление с данным судебным актом не согласилось и обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение Арбитражного суда Архангельской области от 28 ноября 2011 года отменить в полном объеме. В обоснование жалобы ссылается на нарушение судом норм материального права; на законность и обоснованность принятого им решения, в частности на то, что наличие лицензии на право оптовой торговли не предусматривает возможность осуществления такой организацией отпуска и изготовления лекарственных средств, на объединение в предмете аукциона различных лотов на поставку и на отпуск лекарственных средств, на соответствие своих действий письму Федеральной антимонопольной службы, на существование в Ненецком автономном округе только одной организации с лицензией на поставку, хранение и отпуск лекарственных средств, в связи с чем действия комитета направлены на ограничение конкуренции.

Комитет в отзыве отклонил доводы, приведенные в жалобе, просил оставить требования апелляционной жалобы без удовлетворения, так как по условиям аукциона его участники должны были иметь любого рода лицензию как на оптовую, так и на розничную торговлю лекарственными средствами.

Управление здравоохранения и общество свои отзывы не представили.

В судебном заседании апелляционной инстанции представитель комитета поддержал доводы отзыва на апелляционную жалобу.

Комитет, УФАС, управление здравоохранения, общество, будучи надлежащим образом извещены о времени и месте заседания, своих представителей в суд не направили, в связи с чем дело рассмотрено в их отсутствие в соответствии со статьями 156, 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

Заслушав объяснения представителя комитета, исследовав представленные доказательства, проверив законность и обоснованность обжалуемого судебного акта, суд апелляционной инстанции не находит оснований для удовлетворения апелляционной жалобы.

Как видно из материалов дела, 13.07.2011 комитетом на официальном сайте в сети Интернет в соответствии с распоряжением от 12.07.2011 № 135 размещено извещение № 0184200000611000080 о проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственных контрактов на оказание услуг по осуществлению организационных мероприятий по обеспечению отдельных категорий граждан препаратами, действующими на сердечно-сосудистую систему, отпускаемыми по рецептам врачей бесплатно или со скидкой. Государственным заказчиком выступало управление здравоохранения (далее – заказчик), уполномоченным органом – комитет. Одновременно размещена конкурсная документация. В извещении определен срок окончания подачи заявок на участие в аукционе – 03.08.2011.

Извещением от 29.07.2011 внесены изменения в документацию об аукционе, согласно данному извещению окончание срока подачи заявок изменено на 15.08.2011.

Извещением от 30.07.2011 заказчик информировал об отказе от размещения заказа.

ООО «ТОПХАН» обратилось в УФАС с жалобой на действия заказчика.

По результатам рассмотрения жалобы управлением проведена внеплановая проверка и принято решение от 02.08.2011. Названным решением жалоба общества признана необоснованной (пункт 1 решения); уполномоченный орган – комитет – признан нарушившим положения части 2.1 статьи 10, части 3.1 статьи 34, части 1 статьи 41.6 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон № 94-ФЗ) (пункт 2); определено предписание в отношении комитета не выдавать, поскольку на момент рассмотрения жалобы размещение заказа было отменено (пункт 3 решения); установлено материалы дела № 04-02/11-2011 передать соответствующему должностному лицу управления для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях (пункт 4 решения).

Не согласившись с пунктом 2 указанного решения УФАС, комитет обратился в суд с заявлением, уточненным в порядке статьи 49 АПК РФ, о признании его недействительным.

Судом первой инстанции принято решение об удовлетворении заявленных требований в полном объеме.

Апелляционная инстанция находит данный судебный акт законным и обоснованным по следующим основаниям.

Из части 1 статьи 198 АПК РФ следует, что для признания ненормативного правового акта государственного органа недействительным необходимо наличие двух факторов: несоответствия оспариваемого акта действующему законодательству и нарушения в результате его принятия прав и законных интересов заявителя.

На основании части 1 статьи 65, части 5 статьи 200 названного Кодекса обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами оспариваемых актов, решений, возлагается на соответствующие органы.

В силу части 1 статьи 1 Закона № 94-ФЗ настоящий Закон регулирует отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений (далее - размещение заказа), в том числе устанавливает единый порядок размещения заказов, 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.

В статье 10 названного Закона определено, что размещение заказа может осуществляться:

1) путем проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме;

2) без проведения торгов (запрос котировок, у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на товарных биржах).

Из части 2.1 статьи 10 Закона № 94-ФЗ следует, что при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг путем проведения торгов могут выделяться лоты, в отношении которых в извещении о проведении конкурса или аукциона, в конкурсной документации, документации об аукционе отдельно указываются предмет, начальная (максимальная) цена, сроки и иные условия поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг. Участник размещения заказа подает заявку на участие в конкурсе или аукционе в отношении определенного лота. В отношении каждого лота заключается отдельный контракт.

В данном случае в пункте 1.3.1 раздела 1.3 информационной карты аукциона указано, что под организационными мероприятиями в рамках государственного контракта понимаются действия исполнителя по приобретению товара, транспортировке товара, доставке товара (в т.ч. доставке до пунктов его отпуска), хранению товаров; ведению учета товаров, предоставлению отчетности, контролю качества товаров, отпуску товаров гражданам в течение определенного срока по выписанным рецептам.

По мнению ООО «ТОПХАН», изложенному в жалобе, совмещение в одном лоте вышеуказанных услуг является нарушением Закона № 94-ФЗ, что приводит или может привести к ограничению конкуренции или количества участников аукциона, нарушает требования действующего законодательства и не соответствует антимонопольным требованиям к проводимым торгам.

В оспариваемом решении, вынесенном по результатам проверки данной жалобы, управление ссылалось на письмо Федеральной антимонопольной службы от 14.02.2011 «О разъяснении Федерального закона от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» в части соблюдения законодательства о размещении заказов Российской Федерации при проведении закупок на оказание услуг по обеспечению отдельных категорий граждан лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения».

Согласно данному письму в целях недопущения ограничения количества участников торгов не следует объединять в один лот услуги по поставке, хранению и отпуску лекарственных средств (изделий медицинского назначения) отдельным категориям граждан. ФАС России отмечает, что оказание услуг по поставке лекарственных средств (изделий медицинского назначения) осуществляется поставщиком в установленное заказчиком место поставки товара. При этом складское хранение, а также отпуск лекарственных средств (изделий медицинского назначения) отдельным категориям граждан осуществляется организацией независимо от конкретного поставщика.

С учетом этого УФАС пришло к выводу о том, что объединение в один лот услуг по приобретению, транспортировке (доставке) товара (в том числе по доставке до пунктов его отпуска), хранению, ведению учёта, предоставлению отчетности, контролю качества и отпуску товара гражданам в течение определенного срока по выписанным рецептам при проведении данного

аукциона является нарушением части 2.1 статьи 10 Закона № 94-ФЗ и ограничивает круг потенциальных участников аукциона.

Между тем письмо Федеральной антимонопольной службы от 14.02.2011 «О разъяснении Федерального закона от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» в части соблюдения законодательства о размещении заказов Российской Федерации при проведении закупок на оказание услуг по обеспечению отдельных категорий граждан лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения» носит разъяснительный, а не нормативный характер, поскольку официально не опубликовано, в Минюсте России не зарегистрировано.

В части 3 статьи 10 Закона установлено, что решение о способе размещения заказа принимается заказчиком, уполномоченным органом в соответствии с положениями настоящего Закона.

По смыслу приведенных нормативных положений (с учетом взаимосвязанных целей антимонопольного регулирования и регулирования размещения заказов) при размещении заказа заказчик наделен правом самостоятельного выделения отдельных лотов (по группам, классам, видам и иным единицам), правом выставления предмета торгов единым лотом, а также правом определения его содержания (с обязательным указанием отдельных условий поставки товаров, выполнения работ, оказания соответствующих услуг).

Документация об аукционе разрабатывается заказчиком и утверждается им исходя из своих потребностей.

Действующее законодательство не предусматривает запрета выставлять единым лотом предмет торгов, который в силу своей специфики может быть объединен в один лот.

Такой правовой подход суда первой инстанции апелляционная коллегия находит обоснованным и соответствующим позиции Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа, изложенной в постановлении от 23.05.2011 по делу № А05-12550/2010.

УФАС не представлено доказательств того, что такие виды деятельности как поставка, хранение и обеспечение лекарственными средствами льготных категорий граждан Ненецкого автономного округа, технологически и функционально не связаны между собой.

Как обоснованно отмечено судом, объединение таких видов деятельности, как поставка, хранение и обеспечение лекарственными средствами льготных категорий граждан, в один лот позволит не только обеспечить их качественное выполнение, но и рационально расходовать бюджетные средства, тем самым достичь целей правового регулирования (часть 1 статьи 1 Закона № 94-ФЗ).

Помимо этого, управление здравоохранения в письме от 23.11.2011 № 7661 указало на то, что проблема несвоевременной поставки лекарственных препаратов стала очень острой с момента разделения аукционов на «поставку» и на «хранение и отпуск». Поставщики, заключающие контракты на поставку лекарственных препаратов, осуществляют поставку частями, не учитывают и не

имеют представления о сложностях, связанных с своевременной доставкой груза и сохранением во время доставки качества лекарственных препаратов, особенно термолабильных, требующих определенных температурных режимов при хранении. При заключении государственных контрактов на оказание услуги по организации лекарственного обеспечения, что включало в себя поставку, хранение и отпуск населению лекарственных препаратов, исполнителем контракта создавался определенный запас лекарственных препаратов в аптечном учреждении, что позволяло осуществлять бесперебойный отпуск лекарственных препаратов населению. По мнению заказчика, экономия бюджетных финансовых средств на этапе проведения открытых аукционов по закупке не оправдывает расходы окружного бюджета на всех последующих этапах исполнения государственных контрактов.

Указанные пояснения свидетельствуют о неэффективности выделения отдельных лотов в рамках осуществления организационных мероприятий по обеспечению отдельных категорий граждан лекарственными препаратами.

Далее, оспариваемым решением управления действия комитета признаны нарушившими положения части 3.1 статьи 34, части 1 статьи 41.6 Закона № 94-ФЗ.

Согласно частям 1, 2, 3 статьи 34 этого Закона документация об аукционе разрабатывается заказчиком, уполномоченным органом, специализированной организацией и утверждается заказчиком, уполномоченным органом.

Документация об аукционе должна содержать требования, установленные заказчиком, уполномоченным органом, к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика.

Документация об аукционе может содержать указание на товарные знаки.

В силу части 3.1 статьи 10 Закона № 94-ФЗ 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.

На основании части 1 статьи 41.6 указанного Закона документация об открытом аукционе в электронной форме должна соответствовать требованиям, предусмотренным частями 1 - 3.2, 4.1 - 6 статьи 34 настоящего Закона.

В данном случае ООО «ТОПХАН» в жалобе указало на то, что в пункте 1.3.2 раздела 1.3 информационной карты аукциона указан перечень населенных пунктов, в которых либо отсутствуют аптечные учреждения, либо присутствуют ФАП, не имеющие соответствующих лицензий для реализации лекарственных средств. Кроме того, в условиях проекта государственного контракта необоснованно отсутствует перечень населенных пунктов с аптечными организациями и их подразделениями, в которые будут производиться поставки лекарственных средств; в пунктах 1.6.3.1, 3.2.3.2

раздела 1.3 информационной карты аукциона приведены требования, установленные к участникам размещения заказа, а именно: наличие у участника размещения заказа лицензии на осуществление фармацевтической деятельности. При этом заказчик не указал, какие именно лицензии должны быть у участников размещения заказа (на оптовую или розничную торговлю или одновременно сразу на оптовую и розничную торговлю лекарственными средствами). С учетом того, что участники размещения заказа имеют разные виды лицензий на осуществление фармацевтической деятельности, во избежание нарушений статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон № 135-ФЗ) ему следовало конкретизировать данное условие документации об аукционе и указывать, наличие какой именно лицензии на осуществление фармацевтической деятельности требуется от участников размещения заказа.

По мнению управления, уполномоченным органом нарушены положения части 3.1 статьи 34, части 1 статьи 41.6 Закона № 94-ФЗ.

Данный вывод управления является ошибочным по следующим основаниям.

Согласно пункту 3.2.3.2 документации об аукционе вторая часть заявки на участие в аукционе должна содержать копии документов, подтверждающих соответствие участника размещения заказа требованию, установленному пунктом 1.6.3.1, в том случае, если в соответствии с законодательством Российской Федерации установлены требования к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, которые являются предметом аукциона, и такие требования предусмотрены в информационной карте аукциона.

На основании пункта 1.6.3.1 информационной карты аукциона заказчиком установлено требование к участникам размещения заказа о наличии у них документа, подтверждающего соответствие участника размещения заказа установленным требованиям и условиям допуска к участию в аукционе, - «лицензии на осуществление фармацевтической деятельности».

В подпункте 47 пункта 1 статьи 17 Федерального закона от 08.08.2001 № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» определено, что фармацевтическая деятельность подлежит лицензированию.

Из пункта 33 статьи 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – Закон № 61-ФЗ) следует, что фармацевтическая деятельность представляет собой деятельность, включающую в себя оптовую торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку и (или) розничную торговлю лекарственными препаратами, их отпуск, хранение, перевозку, изготовление лекарственных препаратов.

В статье 53 названного Закона установлено, что организации оптовой торговли лекарственными средствами могут осуществлять продажу лекарственных средств или передавать их в установленном законодательством Российской Федерации порядке в том числе другим организациям оптовой торговли лекарственными средствами, аптечным организациям,

индивидуальным предпринимателям, имеющим лицензию на фармацевтическую деятельность или лицензию на медицинскую деятельность.

В статье 55 Закона № 61-ФЗ определен порядок розничной торговли лекарственными средствами, в соответствии с которым розничная торговля лекарственными препаратами осуществляется аптечными организациями, индивидуальными предпринимателями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, медицинскими организациями, имеющими лицензию на фармацевтическую деятельность, и их обособленными подразделениями.

Таким образом, лицензия на осуществление фармацевтической деятельности может быть выдана как на осуществление оптовой торговли лекарственными средствами, так и на осуществление розничной торговли лекарственными препаратами.

В документации об аукционе не указан конкретный вид лицензии (на оптовую или розничную торговлю лекарственными средствами), которой должен обладать участник размещения заказа.

Между тем с учетом пункта 9.2 проекта государственного контракта, в силу которого исполнитель имеет право без согласования с заказчиком привлекать третьих лиц к выполнению своих обязательств при условии, что исполнитель в полной мере продолжает отвечать перед заказчиком за выполнение условий настоящего контракта, судом правомерно отмечено, что исполнителем контракта может быть как лицо, имеющее лицензию на осуществление фармацевтической деятельности на осуществление оптовой торговли лекарственными средствами, так и лицо, имеющее лицензию на осуществление фармацевтической деятельности на осуществление розничной торговли лекарственными препаратами.

При этом при отсутствии необходимой лицензии исполнитель вправе, как установлено условиями контракта, привлечь к исполнению своих обязанностей третьих лиц, то есть лиц, имеющих необходимую лицензию.

Таким образом, заказчиком предоставлено поставщику право по своему усмотрению либо осуществлять обеспечение льготополучателей лекарственными средствами через собственную аптечную сеть, либо через сторонние аптеки на основании заключенного с ними контракта.

Следовательно, вышеназванными положениями аукционной документации не ограничивается, а увеличивается круг потенциальных участников размещения заказа.

При таких обстоятельствах является правильной ссылка комитета на то, что требование о наличии лицензии на осуществление фармацевтической деятельности (без уточнения «оптовая» и/или «розничная») не является фактором, ограничивающим конкуренцию.

С учетом этого подлежит отклонению указание в апелляционной жалобе управления на то, что в Ненецком автономном округе находится лишь одна организация, имеющая фармацевтические аптечные пункты для отпуска лекарственных средств населению – государственное унитарное предприятие Ненецкого автономного округа «Ненецкая фармация».



Довод управления о том, что исходя из предмета аукциона участие в нем могла принять лишь организация, имеющая фармацевтическую лицензию на осуществление розничной торговли лекарственными средствами, является предположительным и не основанным на конкретных положениях аукционной документации.

Ссылка подателя жалобы на то, что право на привлечение третьих лиц и, соответственно, возможность предоставить лицензию возникает только после заключения контракта по результатам аукциона, не принимается во внимание, поскольку аукционной документацией, требования к представлению документов которой должен соблюдать каждый участник аукциона, четко не обозначен вид требуемой лицензии на осуществление фармацевтической деятельности.

Таким образом, оснований для отмены или изменения решения суда не имеется.

Процессуальных нарушений, допущенных судом первой инстанции при вынесении решения и влекущих безусловную его отмену, апелляционной инстанцией не установлено.

Жалоба управления удовлетворению не подлежит.

Обязанность по устранению допущенных нарушений прав и законных интересов заявителя возложена на управление в соответствии с пунктом 3 части 5 статьи 201 АПК РФ.

Поскольку в удовлетворении апелляционной жалобы управлению отказано, однако в соответствии с подпунктом 1.1 пункта 1 статьи 333.37 Налогового кодекса Российской Федерации оно освобождено от уплаты госпошлины в качестве истца и ответчика при обращении в арбитражный суд, госпошлина не взыскивается.

Руководствуясь статьями 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд

**п о с т а н о в и л :**

решение Арбитражного суда Архангельской области от 28 ноября 2011 года по делу № А05-9767/2011 оставить без изменения, апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Ненецкому автономному округу – без удовлетворения.

Председательствующий

В.И. Смирнов

Судьи

Н.В. Мурахина

Л.Н. Рогатенко