

**ВТОРОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****610007, г. Киров, ул. Хлыновская, 3, <http://2aas.arbitr.ru>****ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда апелляционной инстанции**

г. Киров

28 августа 2013 года

Дело № А82-240/2013

Резолютивная часть постановления объявлена 27 августа 2013 года.

Полный текст постановления изготовлен 28 августа 2013 года.

Второй арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Ившиной Г.Г.,
судей Буториной Г.Г., Караваевой А.В.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания
Шестаковой М.О.,

без участия сторон и третьих лиц,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу общества с
ограниченной ответственностью «Рифарм М»
на решение Арбитражного суда Ярославской области от 30.04.2013 по делу
№А82-240/2013, принятое судом в составе судьи Суровой М.В.,

по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Рифарм М» (ИНН:
7718770714, ОГРН: 1097746427294)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области
(ИНН: 7604009440, ОГРН: 1027600695154),

третьи лица: государственное учреждение здравоохранения Ярославской
области Городская больница № 2 им. Н.И. Пирогова, департамент
государственного заказа Ярославской области,

о признании незаконным решения от 05.10.2012 по делу о нарушении
законодательства о размещении заказов № 05-02/175Ж,

установил:

общество с ограниченной ответственностью «Рифарм М» (далее –
заявитель, ООО «Рифарм М», Общество) обратилось в Арбитражный суд
Ярославской области с заявлением о признании незаконным решения
Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области
(далее – ответчик, Управление, УФАС, антимонопольный орган) от 05.10.2012
по делу о нарушении законодательства о размещении заказов № 05-02/175Ж, в
соответствии с которым жалоба Общества на действия заказчика –

государственного учреждения здравоохранения Ярославской области Городская больница № 2 им. Н.И. Пирогова при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения контракта на поставку медикаментов была признана необоснованной.

Определением суда от 14.03.2013 в соответствии со статьей 51 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены государственное учреждение здравоохранения Ярославской области Городская больница № 2 им. Н.И. Пирогова (далее – заказчик, ГУЗ ЯО Городская больница № 2) и департамент государственного заказа Ярославской области (далее – уполномоченный орган).

Решением Арбитражного суда Ярославской области от 30.04.2013 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, считая его незаконным и необоснованным, Общество обратилось во Второй арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить.

По мнению заявителя, право заказчика, связанное с формированием потребности и установлением требований к поставляемому товару, не должно входить в противоречие с общими принципами законодательства в сфере размещения заказов в части обеспечения потенциальным поставщикам гарантий по реализации их права на участие в торгах. Общество считает, что суд, делая вывод о том, что установление заказчиком требования к упаковке, вмещающей 10 единиц товара, не нарушает требования закона и показывает потребности заказчика, который вправе заказать ту упаковку лекарственного препарата, которая для него более удобна в применении, неправильно истолковал нормы Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 94-ФЗ). Количество упаковок не является конкретным показателем качества товара, не сказывается на функциональных характеристиках и не изменяет его потребительских свойств. В этой связи перерасчет упаковок по количеству без изменения количества поставляемого товара и цены не является основанием для отклонения заявки по пункту 2 части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ. ООО «Рифарм М» отмечает, что указанная позиция отражена в решениях территориальных органов Федеральной антимонопольной службы.

Также основанным на неверном толковании норм права заявитель считает и вывод суда первой инстанции о том, что обеспечение возможности как можно большему числу поставщиков товара принять участие в торгах не является приоритетной функцией государственного заказчика.

Кроме того, полагает, что мотивировочная и резолютивная часть решения суда противоречат друг другу, не отвечают критерию полноты судебного акта, который должен быть ясным и понятным.

Антимонопольный орган в отзыве на апелляционную жалобу опроверг доводы жалобы.

Заказчик и уполномоченный орган письменные отзывы на апелляционную жалобу Общества не представили.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, явку представителей в судебное заседание апелляционного суда не обеспечили. УФАС просит рассмотреть жалобу в отсутствие представителя. В соответствии со статьей 156 АПК РФ дело рассматривается в отсутствие представителей сторон и третьих лиц.

Законность решения Арбитражного суда Ярославской области проверена Вторым арбитражным апелляционным судом в порядке, установленном статьями 258, 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, 26.09.2012 в УФАС поступила жалоба ООО «Рифарм М» на действия аукционной комиссии при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения контракта на поставку медикаментов, выразившиеся в неправомерном отклонении первой части заявки данного участника размещения заказа (том 1 л.д. 13-16).

В ходе ее рассмотрения комиссия Управления установила, что департаментом государственного заказа Ярославской области в порядке, предусмотренном Законом № 94-ФЗ, был организован и проведен открытый аукцион в электронной форме на право заключения государственного контракта на поставку медикаментов для ГУЗ Ярославской области Городской больницы №2 в 7 лотах по каждому лекарственному препарату.

06.09.2012 на официальном сайте Российской Федерации в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг размещено извещение о проведении названного открытого аукциона в электронной форме на право заключения государственного контракта на поставку медикаментов (том 1 л.д. 163).

Согласно технической части аукционной документации по лоту № 2 предполагалась поставка меропенема (международное непатентованное наименование) – порошка для приготовления раствора для внутривенного введения, совместимого с гепарином, 1 г. Упаковка: флакон (№ 10) – пачка картонная, 50 упаковок (том 1 л.д. 176).

Для участия в аукционе по данному лоту было поданы 9 заявок, в том числе заявка ООО «Рифарм М» (том 2 л.д. 4-5).

Протоколом рассмотрения заявок от 19.09.2012 все 9 заявок, в том числе и заявка заявителя, были отклонены аукционной комиссией со ссылкой на пункт 1 части 4 статьи 41.9 Закона по одному и тому же основанию: непредставление сведений либо представление недостоверных сведений о совместимости препарата с гепарином (том 1 л.д. 187-196).

Заявка Общества также была отклонена со ссылкой на пункт 2 части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ по тому основанию, что данным участником предложена иная упаковка – 500 пачек по 1 флакону в каждой вместо указанных в аукционной документации 50 пачек по 10 флаконов в каждой.

03.10.2012 комиссия УФАС приняла решение (в полном объеме изготовлено 05.10.2012), в котором ответчик пришел к выводу о том, что установленные заказчиком требования к упаковке и совместимости меропенема с гепарином не являются нарушением части 2 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Кроме того, было признано, что критерий совместимости препарата с гепарином имеет важное фармакологическое значение, в связи с чем жалоба Общества на действия

заказчика при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения контракта на поставку медикаментов была признана необоснованной (том 1 л.д. 9-12).

Не согласившись с указанным решением, ООО «Рифарм М» обратилось в Арбитражный суд Ярославской области с требованием о признании его незаконным.

Судом первой инстанции требования заказчика о поставке меропенема, совместимого с гепарином, были признаны не соответствующими законодательству о размещении заказов, поскольку в процессе рассмотрения дела ни ответчику, ни третьим лицам не удалось доказать, что такая функциональная характеристика меропенема, как совместимость с гепарином, указана хоть в какой-либо инструкции по применению. В то же время требования аукционной документации к упаковке товара и выводы аукционной комиссии о несоответствии предложенной к поставке Обществом упаковки требованиям документации признаны соответствующими Закону № 94-ФЗ. Суд счел мотивировочную часть решения антимонопольного органа обоснованной в указанной части, а резолютивную часть – обоснованной полностью, в связи с чем отказал в удовлетворении требований заявителя о признании незаконным оспариваемого решения.

Исследовав материалы дела, изучив доводы апелляционной жалобы и отзыва на нее, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения решения суда исходя из следующего.

В силу части 1 статьи 198 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.

Согласно части 4 статьи 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, для признания недействительным ненормативного акта органа, осуществляющего публичные полномочия, необходимо наличие совокупности двух обстоятельств: несоответствие ненормативного акта требованиям закона и иных нормативных правовых актов и нарушение прав и законных интересов заявителя в результате принятия оспариваемого акта.

Отношения, связанные с размещением заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений регулируются Законом № 94-ФЗ.

Согласно части 1 статьи 1 Закона № 94-ФЗ единый порядок размещения заказов устанавливается им в целях расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия, эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов и иных целях.

В силу части 1 статьи 10 Закона № 94-ФЗ размещение заказа может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме, а также без проведения торгов (запрос котировок, у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на товарных биржах).

Размещение заказов путем проведения открытого аукциона в электронной форме регулируется главой 3.1 Закона № 94-ФЗ.

Под открытым аукционом в электронной форме на право заключить контракт понимается открытый аукцион, проведение которого обеспечивается оператором электронной площадки на сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет в порядке, установленном названной главой (часть 1 статьи 41.1 Закона № 94-ФЗ).

В пункте 1 части 3 статьи 41.6 Закона № 94-ФЗ установлено, что документация об открытом аукционе в электронной форме должна содержать требования к содержанию и составу заявки на участие в открытом аукционе в электронной форме в соответствии с частями 4 и 6 статьи 41.8 данного Закона и инструкцию по ее заполнению.

Пунктом 1 части 4 статьи 41.6 Закона № 94-ФЗ также установлено, что документация об открытом аукционе в электронной форме наряду с предусмотренными частью 3 данной статьи сведениями должна содержать требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика.

Согласно части 1 статьи 41.8 Закона № 94-ФЗ для участия в открытом аукционе в электронной форме участник размещения заказа, получивший аккредитацию на электронной площадке, подает заявку на участие в открытом аукционе в электронной форме.

В силу пункта 4 части 1 статьи 12 Закона № 94-ФЗ при рассмотрении заявок на участие в конкурсе или заявок на участие в аукционе участник размещения заказа не допускается конкурсной или аукционной комиссией к участию в конкурсе или аукционе в случае несоответствия заявки на участие в конкурсе или заявки на участие в аукционе требованиям конкурсной документации либо документации об аукционе.

На основании результатов рассмотрения первых частей заявок на участие в открытом аукционе в электронной форме, содержащих сведения, предусмотренные частью 4 статьи 41.8 данного Федерального закона,

аукционной комиссией принимается решение о допуске к участию в открытом аукционе в электронной форме участника размещения заказа и о признании участника размещения заказа, подавшего заявку на участие в открытом аукционе, участником открытого аукциона или об отказе в допуске такого участника размещения заказа к участию в открытом аукционе в порядке и по основаниям, которые предусмотрены настоящей статьей (часть 3 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ).

При этом согласно части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ участник размещения заказа не допускается к участию в открытом аукционе в электронной форме в случае: 1) непредоставления сведений, предусмотренных частью 4 статьи 41.8 данного Федерального закона, или предоставления недостоверных сведений; 2) несоответствия сведений, предусмотренных частью 4 статьи 41.8 данного Федерального закона, требованиям документации об открытом аукционе в электронной форме.

Заявка ООО «Рифарм М» была отклонена аукционной комиссией на основании пункта 1 части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ (участником размещения заказа не указана характеристика «совместимый с гепарином»), а также на основании пункта 2 части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ (участник размещения заказа указал характеристику «флакон № 1 – пачка картонная» в то время, как требовался к поставке товар с характеристикой «упаковка: флакон №10 – пачка картонная»).

Поскольку в материалы дела ответчиком с учетом возложенного на него в силу статьи 65 и части 5 статьи 200 АПК РФ брени доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия решения, не представлено доказательств того, что такая характеристика, как «совместимость с гепарином» указана хоть в одной инструкции по применению подлежащего поставке препарата, суд пришел к выводу о том, что требования заказчика в части поставки меропенема с данной характеристикой не соответствуют требованиям Закона № 94-ФЗ. Данный вывод суда Обществом и иными участвующими в деле лицами не оспаривается, мотивировочная часть оспариваемого решения УФАС в данной части является необоснованной.

Относительно выводов УФАС об обоснованности требований к упаковке товара и правомерности действий заказчика по включению в аукционную документацию таких условий апелляционный суд отмечает следующее.

В технической части аукционной документации заказчик указал, что все подлежащие поставке медикаменты должны удовлетворять критериям эффективности, безопасности, полностью соответствовать заявленной лекарственной форме выпуска и дозировке. По лоту № 2 (меропенем) были установлены конкретные требования к упаковке – флакон № 10, пачка – картонная, 50 упаковок. Таким образом, потребность ГУЗ ЯО Городская больница № 2 выражалась в поставке 50 упаковок препарата по 10 флаконов в каждой упаковке.

В апелляционной жалобе Общество отмечает, что количество упаковок не является конкретным показателем качества товара, не сказывается на функциональных характеристиках и не изменяет его потребительских свойств, в связи с чем считает, что перерасчет упаковок по количеству без изменения количества поставляемого товара и цены не является основанием для отклонения заявки по пункту 2 части 4 статьи 41.9 Закона № 94-ФЗ. По

указанным соображениям к поставке заявителем было предложено 500 упаковок по 1 флакону препарата в каждой.

В соответствии с частью 1 статьи 34 Закона № 94-ФЗ документация об аукционе разрабатывается заказчиком, уполномоченным органом, специализированной организацией и утверждается заказчиком, уполномоченным органом.

В силу части 2 названной статьи 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.

Соответственно, государственный заказчик, уполномоченный орган вправе включить в документацию об аукционе такие требования к характеристикам, размерам, упаковке товаров, которые отвечают его потребностям и необходимы для выполнения соответствующих государственных или муниципальных функций. При этом заказчик вправе в необходимой степени детализировать предмет закупок.

Законом № 94-ФЗ не предусмотрено ограничений по включению в документацию об аукционе требований к товару, являющихся значимыми для заказчика; не предусмотрена и обязанность заказчика обосновывать свои потребности при установлении требований к поставляемому товару.

Более того, указание в документации об аукционе требований к размерам и упаковке поставляемого товара предусмотрено законом и не влечет нарушение антимонопольного законодательства и законодательства о размещении заказов, в связи с чем соответствующие доводы апелляционной жалобы относительно определения в документации об аукционе количества флаконов в каждой из упаковок отклоняются.

Суд апелляционной инстанции отмечает, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов, что также отражено в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.12.2010 № 11017/10.

Закон № 94-ФЗ не обязывает заказчика при формировании лотов, а также при предъявлении конкретных требований к необходимому к поставке товару, в том числе к его упаковке, учитывать субъективные возможности (связанные с особенностями осуществления хозяйственной деятельности конкретного субъекта) участия в том или ином аукционе всех потенциальных участников размещения заказа.

Обстоятельств, свидетельствующих о том, что спорные требования к упаковке, включенные в документацию об аукционе, создали одним участникам преимущество перед другими, являлись объективно непреодолимыми для кого-либо из участников размещения заказа или повлекли ограничение количества

участников и ограничение конкуренции, в материалах дела не имеется.

Доводы апелляционной жалобы об обратном, а также о несогласии с выводом суда, что обеспечение возможности как можно большему числу поставщиков товара принять участие в торгах не является приоритетной функцией государственного заказчика, основаны на неверном толковании положений законодательства в сфере размещения заказов.

Ссылки ООО «Рифарм М» на конкретные решения территориальных органов Федеральной антимонопольной службы не могут быть приняты во внимание, поскольку приведенные в жалобе решения приняты с учетом обстоятельств конкретных дел, отличных от рассматриваемого.

Выводы территориальных органов Федеральной антимонопольной службы по иным делам не являются обязательными для суда и не могут иметь преюдициального значения для рассматриваемого спора.

Согласно заявлению ООО «Рифарм М», рассмотренному Арбитражным судом Ярославской области, Общество просило признать незаконным и отменить оспариваемое решение УФАС. Суд первой инстанции в рамках заявленных требований оценил выводы антимонопольного органа на предмет их соответствия требованиям Закона № 94-ФЗ и сделал вывод о том, что мотивировочная часть решения в части является необоснованной. В то же время, установив, что участником размещения заказа при подаче заявки на участие в открытом аукционе не были соблюдены требования аукционной документации и Закона № 94-ФЗ, суд пришел к выводу о том, что решение Управления, которым жалоба заявителя на действия аукционной комиссии была признана необоснованной, по названному основанию является законным и обоснованным. Оснований для отмены оспариваемого решения не имелось. Ошибочный вывод антимонопольного органа о правомерности установления в аукционной документации требования о поставке меропенема, совместимого с гепарином, не свидетельствует об обоснованности жалобы Общества с учетом иных обстоятельств дела и не привел к принятию неправильного решения.

Согласно части 3 статьи 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Поскольку оспариваемое решение УФАС не отвечает совокупности предусмотренных статьями 198, 201 АПК РФ условий, необходимых для признания его незаконным, суд первой инстанции пришел к правильному выводу об отказе в удовлетворении заявленных требований, на что указал в резолютивной части решения. Противоречия содержащихся в мотивировочной и резолютивной части обжалуемого судебного акта выводов апелляционным судом не усматривается.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают выводов Арбитражного суда Ярославской области и не свидетельствуют о правомерности позиции заявителя, в связи с чем отклоняются как не влияющие на правильность принятого судебного акта.

Нормы материального и процессуального права судом первой инстанции применены правильно.

При таких обстоятельствах решение Арбитражного суда Ярославской области от 30.04.2013 следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу ООО «Рифарм М» – без удовлетворения.

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных в части 4 статьи 270 АПК РФ и являющихся безусловными основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Согласно пункту 15 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 25.05.2005 № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации» при обжаловании судебных актов по делам о признании ненормативного правового акта недействительным и о признании решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц незаконными государственная пошлина уплачивается юридическими лицами в размере 1000 рублей и в соответствии со статьей 110 АПК РФ относится на заявителя.

При подаче апелляционной жалобы Общество по платежному поручению от 27.06.2013 № 40708 уплатило государственную пошлину в размере 2000 рублей, в связи с чем на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации излишне уплаченная государственная пошлина в сумме 1000 рублей подлежит возврату из федерального бюджета.

Руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Второй арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Ярославской области от 30.04.2013 по делу №А82-240/2013 оставить без изменения, а апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Рифарм М» – без удовлетворения.

Возвратить обществу с ограниченной ответственностью «Рифарм М» (ИНН: 7718770714, ОГРН: 1097746427294) из федерального бюджета государственную пошлину в размере 1000 (одной тысячи) рублей 00 копеек, излишне уплаченную по платежному поручению от 27.06.2013 № 40708.

Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в случаях и в порядке, установленных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Председательствующий

Г.Г. Ившина

Судьи

Г.Г. Буторина

А.В. Караваева