

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>**Р Е Ш Е Н И Е**

Именем Российской Федерации

г. Москва

Дело № А40-37593/13  
119-364

28 мая 2013 г.

Резолютивная часть решения объявлена 22 мая 2013 года

Полный текст решения изготовлен 28 мая 2013 года

Арбитражный суд в составе судьи Быкова Ю. Л.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Кирилловой А.В.

рассмотрев в судебном заседании дело по исковому заявлению (заявлению) ООО "Герофарм"

к Федеральная антимонопольная служба России

с участием 3-х лиц: Комитет по здравоохранению Ленинградской области, Комитет Государственного заказа Ленинградской области, ОАО «Единая электронная торговая площадка».

о признании незаконным решение от 28.12.2012 по делу № К-2563/12.

при участии представителей согласно протокола

**УСТАНОВИЛ:**

ООО "Герофарм" обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением об оспаривании решения Федеральной антимонопольной службы от 28.12.2012 по делу № К-2563/12.

В обоснование заявленных требований заявитель указывает, что решение ФАС России не соответствует Федеральному закону от 21.07.2005г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» и нарушает права и законные интересы ООО "Герофарм".

Представитель ответчика возражал против удовлетворения заявленных требований со ссылками на законность и обоснованность оспариваемого решения.

Представитель третьего лица ОАО «Единая электронная торговая площадка» указал на то, что в настоящий момент заключен государственный контракт, оставив решение по данному заявлению на усмотрение суда.

Комитет по здравоохранению Ленинградской области, Комитет Государственного заказа Ленинградской области явку представителей не обеспечили, извещены надлежащим образом о месте и времени рассмотрения дела, представителя в судебное заседание не направил. Дело рассмотрено в порядке ст.ст.123, 156 АПК РФ.

От Комитета по здравоохранению Ленинградской области поступили письменные пояснения, в которых поддержана позиция антимонопольного органа, против удовлетворения требований заявителя Комитет возражает по основаниям, изложенным в письменном отзыве.

Суд, заслушав представителей присутствующих лиц, исследовав представленные в дело доказательства, обсудив и проверив доводы лиц, участвующих в деле, находит, что заявленные требования не подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

В соответствии со ст. 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных 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.

Как следует из материалов дела, 10 декабря 2012 г. на Официальном сайте Российской Федерации, было опубликовано извещение № 0145200000412001974 о проведении открытого аукциона в электронной форме на Поставку в 2013 году лекарственного препарата «Актрапид НМ Пенфилл» для обеспечения льготных категорий граждан за счет средств областного бюджета Ленинградской области.

Заявитель обжаловал в ФАС России положения конкурсной документации, указывая на нарушение при размещении заказа положений ч. 1 ст. 15, ст. 17 Федерального Закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ, которые носят императивный характер и содержат прямой запрет на совершение определенных действий; на нарушение требований ч.2.1 ст.41.6 Закона о размещении заказов, выразившихся в размещении заказа на поставку лекарственных средств по торговому наименованию товара, без указания в Документации об аукционе сопровождающих слов «или эквивалент».

Так, в технической части документации об аукционе № 0145200000412001974 Заказчиком были установлены требования к конкретно приобретаемому товару - лекарственному средству.

Решением ФАС России, было отказано в удовлетворении жалобы заявителя. Не согласившись с вынесенным решением, заявитель обратился в суд с настоящим требованием.

В соответствии с пунктом 1 постановления Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 №94 ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим контроль в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу, осуществляемых Федеральной службой по оборонному заказу в соответствии с указом Президента Российской Федерации.

Согласно положениям, содержащимся в статье 17 и главе 8 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд» на федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказов, возложена обязанность по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, при размещении заказа на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг для федеральных нужд.

В соответствии с частью 9 статьи 17 Закона о размещении заказов орган исполнительной власти Российской Федерации, уполномоченный на осуществление контроля в сфере размещения заказа (согласно пункту 1 постановления Правительства Российской Федерации от 20.02.2006 №94 данным органом является Федеральная антимонопольная служба) при выявлении в результате плановых и внеплановых проверок нарушений законодательства о размещении заказов вправе выдать заказчику, уполномоченному органу, специализированной организации, конкурсной, аукционной и котировочной комиссии обязательные для исполнения предписания об устранении

таких нарушений в соответствии с законодательством РФ, в том числе об аннулировании торгов, а также обратиться в суд, арбитражный суд с иском о признании размещенного заказа недействительным.

В соответствии с ч. 3 ст.34 Федерального закона от 21.07.2005г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», Документация об аукционе может содержать указание на товарные знаки. В случае, если в документации об аукционе содержится указание на товарные знаки в отношении товаров, происходящих из иностранного государства или группы иностранных государств, в документации об аукционе также должно содержаться указание на товарный знак в отношении товара российского происхождения (при наличии информации о товаре российского происхождения, являющемся эквивалентом товара, происходящего из иностранного государства или группы иностранных государств). При указании в документации об аукционе на товарные знаки они должны сопровождаться словами "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 размещения заказов на поставки запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование. Эквивалентность товаров определяется в соответствии с требованиями и показателями, устанавливаемыми в соответствии с [частью 2](#) настоящей статьи.

Согласно аукционной документации, предметом поставки является - лекарственный препарат «Актрапид НМ Пенфилл». При этом, суд приходит к выводу о том, что, в данном случае, имеет место факт несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком.

Так, формирование заявки на закупку препаратов инсулина осуществлялось в целях достижения максимального результата лечения заболеваний в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон).

Как указано заказчиком и не опровергнуто заявителем, различные торговые названия инсулинов не совместимы между собой и не взаимозаменяемы, ибо препараты инсулина различных производителей не являются эквивалентными из-за различной чувствительности пациента к инсулинам различных торговых марок. Соответственно, размещение заказа на закупку инсулинов может производиться по торговым наименованиям без сопровождения словами «или эквивалент».

Аукционная заявка на поставку в 2013 году лекарственного препарата Актрапид НМ Пенфилл раствор для инъекций 100 МЕ/мл, 3 мл - картриджи №5 (МНИ – Инсулин растворимый (человеческий генно-инженерный) (Торги № 0145200000412001989) сформирована в соответствии с потребностями конкретных пациентов Ленинградской области в препаратах инсулина. По состоянию на 01.01.2013 в Ленинградской области числятся 2 267 пациентов с диагнозом «Сахарный диабет» и нуждающихся в применении инсулина «Актрапид НМ Пенфилл». Данный лекарственный препарат закупается для пациентов Ленинградской области в течение последних лет и объем закупок рассчитан на обеспечение конкретных пациентов для продолжения дальнейшего лечения.

Как отмечено заказчиком, инсулин и его генно-инженерные аналоги являются лекарственными препаратами, содержащими белки, и соответственно, при их применении возможны непредсказуемые реакции на препарат у пациентов. Назначение препаратов инсулина производится только в условиях стационара, так как пациенту

необходимо подобрать соответствующий инсулин и его дозу, что возможно только под постоянным наблюдением врача.

Перевод с одного вида инсулина производится также в условиях стационара, так смена инсулина даже в пределах одного международного непатентованного наименования (МНИ) может повлечь изменение дозировки препарата как в сторону увеличения дозы, так и в сторону ее уменьшения.

При этом, суд не принимает во внимание доводы заявителя о том, что, антимонопольный орган не исследовал персонифицированный реестр граждан, не оценил на предмет соответствия действительности доводы заказчика, поскольку, в нарушение ст. 65 АПК РФ, суд, оценивая доводы заявителя, приходит к выводу, что, им не представлено ни одного доказательства, опровергающие доводы заказчика, в связи с чем, у суда нет оснований не доверять Комитету по здравоохранению Ленинградской области.

Таким образом, размещение заказа на лекарственный препарат «Актрапид НМ Пенфилл» нельзя рассматривать как ограничение участия в аукционных торгах ООО «Герофарм».

В связи с этим суд соглашается с выводами ответчика об отсутствии нарушений Закона о размещении заказов, в действиях заказчика.

Также, в силу положений п.1 Постановления Пленума ВС РФ от 01.07.1996 г. № 6 и Пленума ВАС РФ № 8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» если суд установит, что оспариваемый акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со статьей 13 ГК РФ он может признать такой акт недействительным.

Таким образом, из существа приведенных норм следует, что для признания недействительным обжалуемого заявителем решения ФАС России необходимо наличие двух обязательных условий, а именно, несоответствие его закону и наличие нарушения им прав и охраняемых законом интересов заявителя.

Согласно ч.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 названным Кодексом.

В соответствии со статьей 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается, как на основания своих требований и возражений.

Исходя из положений вышеназванных норм, общество должно доказать факт нарушения своих прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности оспариваемым решением.

Из фактических обстоятельств по делу судом установлено, что в настоящий момент заключен государственный контракт на поставку препарата. Следовательно, государственный заказ размещен, его повторное проведение невозможно, в связи с чем, даже удовлетворение требований истца не приведет к восстановлению его прав и законных интересов.

Таким образом, избранный способ защиты не приведет к восстановлению прав заявителя.

Судом рассмотрены все доводы заявителя, однако, они не могут служить основанием к удовлетворению заявленных требований ввиду отсутствия оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 201 АПК РФ.

Судебные расходы, связанные с оплатой государственной пошлины, подлежат распределению в соответствии со ст. 110 АПК РФ.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст. 64, 65, 71, 75, 110, 123, 156, 167 -170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ,

## РЕШИЛ:

Отказать в удовлетворении требований ООО "Герофарм" о признании незаконным и отмене решения от 28.12.2012 по делу № К-2563/12.

Проверено на соответствие ФЗ № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Решение может быть обжаловано в течение месяца со дня его вынесения в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

Ю.Л.Быкова