



Оптовые и розничные надбавки в торгах на ЖНВЛП: ценовое регулирование и госзакупки

VEGASLEX.RU

VEGAS LEX

ФЕВРАЛЬ 2015

ГДЕ СТАЛКИВАЮТСЯ НОРМЫ ПРАВА?

Федеральный закон от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ) впервые закрепил в федеральном законодательстве специальные нормы, регулирующие закупку жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов (ЖНВЛП). Тем не менее уже в первый год применения данные нормы породили противоречивые толкования со стороны государственных заказчиков, регулирующих органов и участников торгов. В частности, формулировки нового закона вызвали споры в отношении возможности применения оптовых и розничных надбавок при формировании начальной максимальной цены контракта (НМЦК) на препараты, включенные в перечень ЖНВЛП.

Так, часть 10 статьи 31 Закона № 44-ФЗ говорит о том, что заказчик при осуществлении закупок препаратов из перечня ЖНВЛП вправе отказаться от заключения контракта с победителем, если предлагаемая цена закупаемых препаратов превышает их «предельную отпускную цену» и от снижения предлагаемой цены участник отказывается. При этом понятие «предельная отпускная цена» в действующих нормативно-правовых актах не используется, а Федеральный закон от 12 апреля 2010 года № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее — Закон № 61-ФЗ) оперирует термином «установленная производителем предельная отпускная цена».

В соответствии с Законом № 61-ФЗ производители, выводя на рынок препарат, входящий в перечень ЖНВЛП, обязаны зарегистрировать его цену в Государственном реестре предельных отпускных цен производителей. Фармацевтические дистрибьюторы при этом рассчитывают отпускную цену на препарат исходя из фактической отпускной цены производителя (которая не может превышать зареги-

стрированную) и региональной надбавки, размер которой регулируется. С помощью надбавки дистрибьюторы имеют возможность возместить затраты, связанные, в частности, с доставкой и транспортировкой препаратов в регионы России.

Тем не менее действующие формулировки Закона № 44-ФЗ прямо не указывают на то, что заказчик вправе учитывать размер регулируемой надбавки при формировании НМЦК на препарат, включенный в перечень ЖНВЛП. Это привело к ограничительному толкованию закона, нашедшему отражение, в частности в Письме Минэкономразвития России от 23 апреля 2014 года № Д28п-548, в соответствии с которым заказчик не вправе формировать НМЦК с учетом величины региональной ценовой надбавки.

Наличие противоречивой формулировки в части 10 статьи 31 Закона № 44-ФЗ, допускающей двойное толкование, равно как и существование ограничительных (хоть и не носящих характера нормативно-правового акта) разъяснений привело к формированию противоречивой правоприменительной практики по рассматриваемому вопросу.

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА: БОЛЬШЕ ВОПРОСОВ, ЧЕМ ОТВЕТОВ

22 октября 2014 года Кемеровское УФАС вынесло решение по делу № 337/3-2014, в котором поддержало требование заказчика о снижении фармацевтическим дистрибьютором, победившим на аукционе, предложенной им цены контракта до уровня предельной зарегистрированной цены производителя. При этом Кемеровское УФАС следующим образом разъяснило порядок расчета НМЦК заказчиком: «Ценовое предложение участника закупки, являющегося плательщиком НДС, состоит из «цены лекарственных препаратов» (это фактически отпускная цена + региональная надбавка) и суммы НДС, предъявляемой к оплате покупателю дополнительно к цене лекарственных препаратов. Таким

образом, при применении Закона № 44-ФЗ заказчик должен вычесть из ценового предложения участника закупки сумму НДС (за исключением случая, если заказчику стало известно, что участник закупки не является плательщиком НДС), после чего сравнить оставшуюся часть ценового предложения участника закупки с зарегистрированной предельной отпускной ценой лекарственного препарата. Если цена лекарственных препаратов (фактически отпускная цена + надбавка) превышает зарегистрированную предельную цену производителя, то участник обязан снизить свою цену (скорее всего отказавшись от региональной надбавки). Если цена лекарственного препарата (фактически отпускная цена + региональная надбавка) не превышает предельно зарегистрированную цену, то контракт заключается по цене победителя и региональные надбавки в этом случае сохраняются».

Тем не менее 27 ноября 2014 года Кемеровское УФАС России вынесло отличающееся от предыдущего решение¹ по аналогичному вопросу. По итогам проведенной проверки антимонопольный орган установил, что аукционная документация содержала указание на право заказчика снизить предложенную участником цену до уровня предельной отпускной цены производителя. Впрочем, в этом случае Кемеровское УФАС пришло к выводу, что заказчик не имеет правовых оснований производить снижение цены на препарат

из перечня ЖНВЛП до уровня предельной отпускной цены, так как часть 10 статьи 31 Закона № 44-ФЗ содержит иной регуляторный механизм².

В то же время в правоприменительной практике можно встретить и иные подходы к толкованию норм Закона № 44-ФЗ³.

Так, 22 сентября 2014 года прокурор вынес региональному Министерству здравоохранения представление об устранении нарушений законодательства о контрактной системе. При проведении торгов в регионе заказчик определял начальную цену торгов без учета оптовых надбавок, что привело к срыву более 20 закупок лекарственных препаратов, так как потенциальные участники отказывались выходить на убыточные для них торги. В своем представлении прокурор прямо указал, что цель оптовых надбавок — компенсировать поставщикам расходы на доставку и транспортировку препаратов. Исходя из этого, представление содержит следующую логику формирования НМЦК. Если цена контракта определяется без учета надбавок, тогда место доставки должно определяться не местом нахождения заказчика, а местом нахождения производителя лекарственных препаратов. В таком случае заказчику необходимо заключить дополнительный контракт на транспортировку и доставку лекарственных препаратов до места нахождения заказчика. Если же доставка производится в место нахождения заказчика, то в цену контракта

¹ Решение Кемеровского УФАС от 27 ноября 2014 год по делу № 403/3-2014.

² В частности, позволяющий заказчику отказаться от заключения контракта с победителем, если предлагаемая им цена препаратов превышает их предельную отпускную цену и от её снижения участник отказывается (при этом в указанной норме отсутствует прямая формулировка, допускающая снижение цены заказчиком).

³ На практике встречается расширительное толкование понятия "предельная отпускная цена" и следующее обоснование необходимости учитывать размер надбавок при формировании НМЦК. В соответствии с требованиями статьи 22 Закона № 44-ФЗ для обоснования НМЦК используется, в том числе тарифный метод. Тарифный метод подлежит применению, если в соответствии с законодательством РФ цены закупаемых товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд подлежат государственному регулированию или установлены муниципальными правовыми актами. В этом случае НМЦК определяется по регулируемым ценам (тарифам) на товары, работы, услуги. В свою очередь, цены на лекарственные препараты регулируются в соответствии с Законом № 61-ФЗ (такое регулирование подразумевает необходимость регистрации предельной отпускной цены производителя и установления на уровне субъектов федерации предельных размеров оптовых и розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями). В этой связи НМЦК формируется в соответствии с ценами, зарегистрированными в Государственном реестре предельных отпускных цен <http://grls.rosminzdrav.ru/pricelims.aspx> (статья 60 Закона № 61-ФЗ), с учетом НДС (10%), установленной пунктом 2 статьи 164 части II НК РФ, и предельных надбавок к фактической отпускной цене производителя согласно региональным нормативно-правовым актам, принятым в соответствующем субъекте РФ. (Нам не удалось найти примеров разбирательств, в которых бы оспаривался такой порядок определения НМЦК. Тем не менее, до тех пор, пока действующее регулирование допускает различные толкования, мы не можем исключить риск возникновения подобных разбирательств).

должны быть включены предельные надбавки для покрытия транспортных и иных расходов поставщиков.

О возможности учета надбавок при формировании НМЦК косвенно свидетельствует и Решение УФАС по Ульяновской области от 5 декабря 2014 года по делу № 11645/03-2014. Объектом закупки в этом случае, однако, являлась не поставка лекарственных средств, а оказание услуги по обеспечению отдельных категорий граждан лекарственными препаратами и медицинскими изделиями⁴. Такая услуга включала в себя не только закупку лекарственных средств, но и их приемку, хранение, доставку в аптечные учреждения и отпуск гражданам по рецептам. Заказчик произвел анализ рынка методом сопоставимых рыночных цен посредством направления запросов о предоставлении ценовой информации исполнителям, обладающим опытом оказания соответствующих услуг. Коммерческие предложения поступили от трёх исполнителей и учитывали размер надбавок к предельным ценам производителей препаратов из перечня ЖНВЛП. При этом заказчиком для обоснования НМЦК было принято минимальное значение предложенной надбавки, что было признано УФАС по Ульяновской области правомерным.

Выводы

На сегодняшний день коллизия в правовом регулировании закупок препаратов, входящих в перечень ЖНВЛП, является очевидной и уже создает негативные последствия для рынка. Так, те заказчики, которые хотят избежать рисков и придерживаются буквы закона, могут столкнуться со срывом торгов и невозможностью обеспечить пациентов необходимыми лекарственными средствами. В свою очередь, участники рынка, которые побеждают на торгах, могут столкнуться с принудительным снижением предложенной ими цены контракта.

Каким будет дальнейший вектор, определяющий формирование правоприменительной практики, пока сложно однозначно спрогнозировать. В этой связи оптимальным способом исключения описанных выше рисков является внесение изменений в Закон № 44-ФЗ. Альтернативным вариантом может быть издание профильными ведомствами (в частности, Минэкономразвития России, ФАС России и Минздравом России) официального информационного письма, содержащего расширительное толкование действующих норм закона.

⁴ При закупках комплекса услуг по обеспечению отдельных категорий граждан лекарственными средствами (что включает в себя не только поставку, но и хранение и отпуск препаратов, а также отсроченное обслуживание населения) правоприменительная практика, как правило, допускает отступления от жестких норм, которые применяются при заключении государственных контрактов, предметом которых является только поставка лекарственных препаратов.

Контакты



АЛЕКСАНДР СИТНИКОВ
Управляющий партнер

sitnikov@vegaslex.ru



МАРИЯ БОРЗОВА
Руководитель проектов
Фармацевтического
направления

borzova@vegaslex.ru

Подробную информацию о услугах VEGAS LEX Вы можете узнать на сайте www.vegaslex.ru

К изложенному материалу следует относиться как к информации для сведения, а не как к профессиональной рекомендации.

В случае необходимости VEGAS LEX рекомендует обратиться за профессиональной консультацией.