

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-6834/2024 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

29.05.2024 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

Председательствующего:

<...>

при участии посредством видеоконференцсвязи представителя <...>

рассмотрев жалобу <...> (далее — Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 1194/ОАЭ-ДКСС/24 на право заключения договора поставки оборудования железнодорожной автоматики и телемеханики на объекты капитального строительства <...> (реестровый № 32413557368, закупочная процедура опубликована на официальном сайте <https://223.rts-tender.ru/supplier/auction/Trade/View.aspx?Id=3074718&sso=1&code=-5>, далее — Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи

заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов; акты и (или) действия (бездействие) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, могут быть обжалованы юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, права или законные интересы которых, по их мнению, нарушены при осуществлении мероприятий по реализации проекта по строительству объекта капитального строительства либо при предъявлении требования осуществить мероприятия по реализации проекта по строительству объекта капитального строительства, не предусмотренные статьей 5.2 Градостроительного кодекса Российской Федерации, и (или) получить документы, сведения, материалы, согласования, не включенные в предусмотренный законодательством Российской Федерации о градостроительной деятельности реестр документов, сведений, материалов, согласований, необходимых для реализации проекта по строительству объекта капитального строительства (далее в настоящей статье - заявитель).

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам жалобы нарушения со стороны Заказчика выразились в ненадлежащем формировании документации.

В частности, Заявитель не согласен с объединением в 1 лот аппаратного и специализированного прикладного программного обеспечения, а также установления совокупности характеристик, которым отвечает только товар единственного производителя.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы, запрошенные антимонопольным органом.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

При проведении Закупки Заказчик руководствовался нормами Закона о закупках и Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд <...>, утвержденным советом директоров <...> от 28.06.2018 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Комиссией установлено, что 26.04.2024 Заказчик в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 06.03.2022 № 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры», на официальном сайте Оператора ЭТП (<https://www.rts-tender.ru/>) разместил информацию о проведении Закупки.

Начальная (максимальная) цена договора: 17 475 206,03 рублей.

Дата подачи заявок: 26.04.2024.

Дата и время окончания подачи заявок: 22.05.2024 в 11:00.

Дата подведения итогов: 07.06.2024.

Согласно части 9 статьи 3.2 Закона о закупках для осуществления конкурентной закупки заказчик разрабатывает и утверждает документацию о закупке (за исключением проведения запроса котировок в электронной форме), которая размещается в единой информационной системе вместе с извещением об осуществлении закупки и включает в себя сведения, предусмотренные в том числе частью 10 статьи 4 настоящего Федерального закона.

В соответствии с частью 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика. Если заказчиком в документации о закупке не используются установленные в соответствии с законодательством Российской Федерации

Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

1. Относительно правомерности объединения товаров в один лот Комиссия установила следующее.

Заявитель указывает, что Заказчиком в составе единого лота фактически предлагается осуществить поставку как аппаратного обеспечения (например, различные реле, светофоры, клеммы), так и специализированного прикладного программного обеспечения (позиция 17 Технического задания).

При этом Заявитель отмечает, что программное обеспечение в силу действующего законодательства является объектом интеллектуальной собственности, гражданский оборот которого осуществляется с учётом особого правового режима, установленного частью 4 Гражданского кодекса РФ. Иные лица, за исключением Правообладателя, вправе использовать принадлежащий последнему результат интеллектуальной деятельности – в том числе, программу для ЭВМ, - исключительно с согласия Правообладателя путём заключения с ним лицензионного договора, в связи с чем, по мнению Заявителя, возможность поставки программного обеспечения в рамках оспариваемой Закупки зависит исключительно от воли Правообладателя. Вместе с тем подобные ограничения в отношении подлежащего поставке аппаратного обеспечения отсутствуют, в связи с чем такое аппаратное обеспечение может быть поставлено широким кругом лиц путём приобретения на свободном рынке.

В свою очередь Заказчик пояснил, что пунктом 82 Положения предусмотрено, что при формировании лота не допускается ограничение конкуренции между участниками путем включения в один лот товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом конкурентной закупки, за исключением случаев, когда такое включение обусловлено необходимостью выполнения комплекса работ, оказания комплекса услуг, комплексной поставки товаров, и/или случаев, когда включение таких товаров, работ, услуг позволит сократить издержки заказчика, эффективно расходовать денежные средства.

В оспариваемой Закупке Заказчик закупает оборудование железнодорожной автоматики и телемеханики (далее – ЖАТ) на объекты строительства для комплексной поставки товаров и ввода объектов в эксплуатацию. Оборудование ЖАТ представляет собой совокупность технических средств, используемых для регулирования и обеспечения безопасности движения поездов, используется для предотвращения столкновений, сходов с рельсов и других происшествий. Работа указанного оборудования является комплексной, оно обеспечивает постоянный обмен информацией и данными в процессе работы, в том числе сигналами, передающимися между участками железнодорожного пути, привязанными к движению конкретного подвижного состава.

Заказчик указывает, что все поставляемое по итогам Закупки оборудование относится к одной категории товаров и используется для устройства систем железнодорожной автоматики и телемеханики объектов строительства, составляющих единую цельную систему железнодорожной инфраструктуры, функционально взаимосвязано по своему основному назначению, имеет единое целевое использование, а закупка этих товаров в рамках одного лота обусловлена их применением в едином комплексе. Несвоевременное и неполное исполнение договора в части поставки данного оборудования, для комплексного оснащения объектов капитального строительства, повлечет за собой срыв ввода объектов в эксплуатацию, и неисполнение инвестиционной программы <...>в целом.

Закупка сформирована из оборудования железнодорожной автоматики и телемеханики, необходимого для реализации инвестиционной программы «Развитие железнодорожной инфраструктуры Центрального транспортного узла» и необходимых в связи с реализацией этой программы изменений, реализуемых в инвестиционной программе. В связи с этим всё оборудование (ЖАТ) по комплекту № 3 необходимо поставить комплексно на объект ОАО <...> Этап 13. «Реконструкция станции Лобня. II этап организации движения» для своевременного комплексного оснащения данного объекта. Объединение всех позиций товара одной группы гарантирует Заказчику единовременную поставку как аппаратных средств, так и программных средств для выполнения всех этапов работ, и в конечном итоге комплексное оснащение объектов строительства. В условиях сжатых сроков строительства Заказчику нецелесообразно разделять поставку аппаратных и программных средств на отдельные процедуры.

Объединение закупаемого оборудования в одну закупку также позволяет Заказчику обеспечить эффективность расходования денежных средств, выделенных на закупку, сократить операционные расходы, обеспечить объект строительства необходимым оборудованием:

1. Комплексные поставки товара, позволяют снизить транспортные расходы Заказчика (оплата стоимости доставки не входит в стоимость товара, оплачивается заказчиком отдельно), оптимизировать логистические процессы, связанные с доставкой оборудования, своевременно обеспечить объекты строительства комплектами оборудования для дальнейшего выполнения строительно-монтажных и пусконаладочных работ, и, соответственно, своевременно осуществить ввод объектов в эксплуатацию.
2. Поставка закупаемых товаров одним поставщиком способствует унификации оборудования на объектах строительства.
3. Поставка оборудования одним поставщиком сокращает трудозатраты Заказчика (в части осуществления приемки товара, контроля его количества, качества и комплектности и подписания первичной документации).

Прикладное (технологическое) программное обеспечение системы МПЦ-ЭЛ предназначено для автоматизации процессов контроля и управления движением поездов на железнодорожных станциях и перегонах при обеспечении безопасности движения, повышения уровня интеграции с другими автоматизированными системами и устройствами ЖАТ. Любой выход из строя элементов системы по причине неисправности контрафактного оборудования приводит к сбою в движении поездов, срыву графиков доставки грузов,

опозданию пассажирских поездов, что, в свою очередь, выливается в серьезные штрафные санкции для <...>

В свою очередь Комиссия отмечает, что согласно пункту 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки.

Требования к закупаемым товарам установлены в Техническом задании.

Вместе с тем объединение в рамках одного лота технологически и функционально не связанных товаров, а именно прикладного программного обеспечения и аппаратного оборудования, ведет к укрупнению предмета закупки путем возложения на поставщиков аппаратного оборудования обязанности по поставке, а также по поиску программного обеспечения, что приводит к увеличению НМЦД, суммы обеспечения заявки, обеспечения исполнения договора и влечет ограничение количества участников закупки, что, в свою очередь, налагает на них дополнительную финансовую нагрузку.

Согласно Техническому заданию Заказчиком в рамках одного лота закупается аппаратное оборудование и специальное прикладное программное обеспечение, что приводит к ограничению количества участников закупки, не обладающих правом его поставки, но при этом имеющих возможность поставки аппаратного оборудования.

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что действия Заказчика нарушают пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

2. Относительно установления совокупности характеристик, которым отвечает только товар единственного производителя Комиссия установила следующее.

В Техническом задании установлены требуемые характеристики к закупаемому оборудованию.

На заседании Комиссии Заявитель указал, что правообладателем и разработчиком данного объекта интеллектуальной собственности – программного обеспечения МПЦ-ЭЛ является <...> принадлежит патент № RU 2 692 739 С1 на изобретение - Микропроцессорную систему централизации МПЦ-ЭЛ.

Таким образом, по мнению Заявителя, принять участие в обжалуемой закупочной процедуре и поставить позицию 17 Технического задания способно исключительно <...> и/или его организации-дилеры.

Также Заявитель указал, что в ответ на его обращение о возможности поставки <...> письмом от 14.05.2024 г. № 08/3199 отказало О<...> в предоставлении права поставки данного товара.

В свою очередь Заказчик пояснил, что требование о наличии права поставки на Прикладное программное обеспечение существенно снижает риски невыполнения обязательств контрагентом, и возможность поставки некачественного и/или контрафактного оборудования.

Объекты выполнения работ (объекты ЖАТ), требуют четкого соблюдения технологии содержания, норм производственной, пожарной и санитарной техники безопасности.

Кроме того Заказчик предоставляет участникам право подтвердить возможность поставки и законность происхождения поставляемого товара различными способами.

Довод Заявителя относительно отказа <...> в предоставлении права поставки, по мнению Заказчика, является несостоятельным, поскольку в ответ на письмо <...> указывает, что для того чтобы стать дилером и получить право поставки, необходимо прохождение аккредитации, но так как от Заявителя не поступало обращения на участие в аккредитации, Производитель предлагает обратиться за приобретением продукции к организациям-дилерам, которые прошли аккредитацию. Перечень организаций прошедшие процедуру аккредитации имеется в свободном доступе на сайте <...>

Предметом закупки является поставка оборудования, а не его производство, у Заявителя была возможность как пройти процедуру аккредитации для участия в поставках продукции ОАО <...>, так и обратиться в дилерские сети для приобретения данного Программного обеспечения, для его последующей поставки по договору, но участник не воспользовался этим правом.

В свою очередь, Комиссия отмечает, что описание предмета такой закупки должно быть осуществлено в соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках (пункт 15 части 10 статьи 4 Закона о закупках).

Согласно части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться следующими правилами:

1) в описании предмета закупки указываются функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки;

2) в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование страны происхождения товара, требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки;

3) в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «(или эквивалент)», за исключением случаев:

а) несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком;

б) закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на

указанные машины и оборудование;

в) закупок товаров, необходимых для исполнения государственного или муниципального контракта;

г) закупок с указанием конкретных товарных знаков, знаков обслуживания, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, места происхождения товара, изготовителя товара, если это предусмотрено условиями международных договоров Российской Федерации или условиями договоров юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона, в целях исполнения этими юридическими лицами обязательств по заключенным договорам с юридическими лицами, в том числе иностранными юридическими лицами.

Заказчик должен доказать соответствие документации вышеуказанной норме, так как закупка товара конкретного производителя возможна строго в случаях, предусмотренных в пункте 3 части 6.1. статьи 3 Закона о закупках.

Согласно пункту 17 Технического задания к поставке требуется:

17	Прикладное (технологическое) программное обеспечение системы МПЦ-ЭЛ на ст. Лобня Московская ж.д. (корректировка в связи с переустройством РПЦ)	4740.XIII/471819-13/265819-МПЦ.ПО2Д	компл	1	7 565 683,00	7 565 683,00	9 078 819,60	9 078 819,60	Да	Московская ж.д., Московская область, город Лобня
----	--	-------------------------------------	-------	---	--------------	--------------	--------------	--------------	----	--

Комиссия считает необходимым отметить, что формальное отсутствие в закупочной документации указания на конкретного производителя в отсутствие действительной возможности поставки эквивалентной продукции, а формирование Заказчиком Закупочной документации способом, не позволяющим предложить эквивалентный товар, направлено лишь на придание своим действиям видимости соблюдения требований действующего законодательства о закупках.

Таким образом, из документации по спорной закупке, а именно Технического задания, следует, что Заказчиком предъявлены требования к объекту закупки, которые может удовлетворить только товар одного производителя, что не оспаривается Заказчиком.

Как следует из письма от 14.05.2024 г. № 08/3199, не каждый потенциальный участник Закупки может заключить с <...> лицензионное соглашение. Таким образом, участие в Закупке ставится в зависимость от волеизъявления третьего лица, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Согласно пункту 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не

имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки; описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков (в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «или эквивалент»).

Таким образом, в отношении конкурентных закупок упомянутым законом введен специальный режим регулирования, который обязывает заказчиков безальтернативно предусматривать в закупочной документации возможность использования эквивалентного товара.

При этом согласно пункту 8 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.05.2018, установление заказчиком невыполнимых требований для участников закупки ограничивает конкуренцию и противоречит положениям Закона о закупках.

В подобных случаях характеристики товара определяются с учетом необходимости расширения круга лиц путем стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции.

Кроме того, из Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» следует, что закупка конкретного товара недопустима в отсутствие специфики его использования. В настоящем случае Заказчиком не доказана такая специфика, а потому никаких правовых и фактических оснований закупать такой товар у него не имелось.

Комиссия полагает необходимым отметить, что подобные рычаги воздействия на ход проведения конкурентной процедуры являются недопустимыми, поскольку документация не должна являться инструментом манипулирования заказчиком итогами процедуры.

Более того, подобное использование Заказчиком представленных ему прав по самостоятельному формированию документации является ничем иным как злоупотребление правом.

Таким образом, действия Заказчика могут быть оценены не иначе как противоречащие нормам Закона о закупках, так как подобные действия носят антиконкурентный характер, поскольку именно из-за действий Заказчика существенно затрудняется исполнение целей, установленных Законом о закупках.

В свою очередь, Заказчик как инициатор закупочной процедуры, обязательной к проведению в силу требования действующего законодательства, формируя закупочную документацию, обязан проверить ее на соответствие требованиям законодательства в сфере закупок, поскольку именно как инициатор несет ответственность за ее содержание. В этой связи, Заказчик обязан убедиться в реальной возможности поставки эквивалентного товара, и, как следствие, доказать это контрольному органу. В противном же случае требование закона об обязательной возможности поставки эквивалентного товара нивелируется простой фразой о возможности поставки эквивалента без действительной такой возможности.

Во исполнение ранее упомянутых принципов закупочной деятельности согласно части 1 статьи 3 Закона о закупках, Заказчик при формировании и утверждении документации о закупке должен располагать сведениями о реальной возможности поставки эквивалентной продукции и действительном ее наличии на соответствующем рынке, что и должно быть доказано и документально подтверждено контрольному органу. Обратное же приводит к нарушению Заказчиком требований Закона о закупках.

Комиссия также принимает во внимание, что при формировании НМЦД Заказчиком получено 3 коммерческих предложения, а также на участие в Закупке подано 2 заявки, согласно которым потенциальные поставщики предлагают к поставке товар чертежа 4740.XIII/471819-13/265819-МПЦ.ПО2Д, производителя <...>

Таким образом, Заказчиком не представлено надлежащих доказательств того, что на рынке присутствуют несколько производителей, чья продукция подходит под требования Технического задания.

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что действия Заказчика нарушают пункт 2 части 1 статьи 3, пункт 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу <...> при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенного нарушения.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.