

## РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена 14 сентября 2017 года  
Новосибирск

г.

Решение в полном объеме изготовлено 25 сентября 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - Новосибирское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Камнева Н.П. – заместитель руководителя управления, председатель Комиссии,

Долженкова Е.В. – начальник отдела контроля органов власти, член Комиссии;

Филатьева И.Е. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти, член Комиссии,

рассмотрев дело № 15, возбужденное 14.08.2017 по признакам нарушения Открытым акционерным обществом «Российские железные дороги» (ул. Басманная, д. 2, г. Москва, 107174, ОГРН 1037739877295 ИНН 7708503727 КПП 770801001) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в отсутствие представителей заявителя – ООО «Спец Транс Резерв», надлежащим образом уведомленного о времени и месте рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства,

в присутствии представителя ответчика – ОАО «РЖД»: <...> (по доверенности от 29.03.2016 года № 03-6/7),

### УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступила жалоба ООО «Спец Транс Резерв», направленная Федеральной антимонопольной службой (вх. № 5485 от 13.06.2017 года), на действия заказчика Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» (далее - ОАО «РЖД») при проведении закупки в форме открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5257/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году (извещение № 31705135375 на сайте <http://zakupki.gov.ru>).

По результатам анализа представленных материалов, выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, выразившиеся в следующем.

Пунктом 2.1. Аукционной документации по открытому аукциону № 5257/ОАЭ-РЖДС/177 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году (далее – Аукционная документация) установлено следующее квалификационное требование к участникам закупки: участник должен являться производителем либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем товаров либо

обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику.

Пунктом 3.2 Аукционной документации установлены требования к товарам, работам, услугам. Так, согласно данному пункту образцы предлагаемой продукции должны иметь бирку, на которой должно быть указано: наименование претендента, наименование производителя, наименование изделия, ГОСТ, ТУ, наименование или артикул ткани, состав сырья. Возврат образцов самовывозом.

В составе аукционной заявки участник должен представить Декларацию соответствия требованиям технического регламента Таможенного Союза - ТР ТС 019/2011.

Показатели безопасности защитных кремов должны соответствовать предъявляемым требованиям ТР ТС 019/2011:

- по микробиологии (п. 4.14, п.п. 8-11);

- по токсикологии (п. 4.14, п.п. 8-12);

- по клинике (п. 4.14, п.п. 13) и подтверждаться протоколами испытаний аккредитованных испытательных лабораторий, зарегистрированных в официальном реестре на сайте Росаккредитации и имеющих соответствующую область аккредитации.

Проведение закупки на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году регламентировано Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное

использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений (часть 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»).

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» 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).

Согласно части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами:

- 1) информационная открытость закупки;
- 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;
- 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика;
- 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Статьей 4 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» установлен перечень сведений, которые должны содержаться в извещении и документации о закупке, в том числе 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.

Аукционная документация содержит требования к участникам закупки о представлении организатору аукциона документов, выданных производителем или дилером закупаемого товара. В том числе участник должен представить образцы

товара, декларации, протоколы испытаний.

Документы, подтверждающие право поставки товаров, должны быть изготовлены производителем и/или дилером/поставщиком, следовательно, их наличие у претендента на участие в закупке зависит от волеизъявления третьих лиц, что ограничивает возможность участия в закупке.

Согласно статье 456 Гражданского кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (технический паспорт <...> сертификат качества, инструкцию по эксплуатации и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, согласно положениям гражданского законодательства заказчик не вправе требовать документы, подтверждающие соответствие товара, на момент проведения преддоговорных переговоров. Потенциальный участник на момент проведения закупки не может обладать данными документами, не приобретая товар.

Следовательно, предъявление пунктами 2.1, 3.2 Аукционной документации требований является избыточным, не способно обеспечить соблюдения принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, а также указывает на наличие в действиях заказчика признаков нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», согласно которой при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Данная позиция созвучна с позицией ФАС России (Решение от 21.03.2017 года № 223ФЗ-217-17) и судебной практикой (Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2016 года № Ф10-1486/2016).

ОАО «РЖД» представило следующие пояснения по существу дела.

1. Жалоба ООО «Спец Транс Резерв» подана на действия заказчика, экспертной группы по включению в аукционную документацию требований пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации (далее - Аукционная документация) при проведении открытого аукциона № 5257/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году (далее - Аукцион). В ней содержатся требования со ссылкой на статью 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»:

- признать жалобу обоснованной;
- признать конкурсную комиссию нарушившей требования законодательства;
- приостановить проведение открытого аукциона до рассмотрения настоящей жалобы по существу;

- обязать заказчика устранить нарушения законодательства и изменить аукционную документацию.

Лишь на странице 2 жалобы имеется упоминание о статье 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в разделе жалобы «Обжалуемые действия» в виде ограничения конкуренции при участии в открытом аукционе. Таким образом, в жалобе ООО «СпецТрансРезерв» отсутствуют какие-либо упоминания и (или) ссылки, характеризующие описание нарушения ОАО «РЖД» статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Федеральный закон от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, недопущения, ограничения, устранения конкуренции (часть 1 статьи 1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Для реализации указанной цели Федеральный закон от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» устанавливает запреты, в том числе на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, на недобросовестную конкуренцию.

Кроме того, для каждого из указанных запрещенных действий, Федеральный закон от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» устанавливает определенный перечень признаков, наличие которых позволяет антимонопольному органу сделать вывод о наличии/отсутствии в действиях лица нарушений антимонопольного законодательства.

При этом Федеральный закон от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» предусматривает специальный порядок принятия антимонопольным органом мер реагирования в отношении лиц, которыми указанные ранее запреты были нарушены. В частности, принятие мер реагирования возможно по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденного на основании заявления юридического лица (пункт 2 части 2 статьи 39 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Вместе с тем, статья 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» устанавливает требования к подаваемому в антимонопольный орган заявлению о признаках нарушения антимонопольного законодательства.

Порядок принятия антимонопольным органом обращения, материалов и прилагаемых к ним документов и сведений, осуществляется ФАС России в соответствии со статьей 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пунктом 3.6 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного приказом ФАС России от 25.05.2012 года № 339 (далее - Административный регламент № 339).

Следует отметить, что в соответствии с частью 1 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и с пунктом 3.6

Административного регламента № 339, заявление подается в письменной форме в антимонопольный орган и должно содержать следующие сведения:

- 1) сведения о заявителе (фамилия, имя, отчество и адрес места жительства для физического лица; наименование и место нахождения для юридического лица);
- 2) имеющиеся у заявителя сведения о лице, в отношении которого подано заявление;
- 3) описание нарушения антимонопольного законодательства;
- 4) существо требований, с которыми заявитель обращается;
- 5) перечень прилагаемых документов.

На основании части 3 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пункта 3.30 Административного регламента № 339 в случае отсутствия в заявлении или материалах сведений, предусмотренных частями 1 и 2 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пунктом 3.6 Административного регламента № 339, антимонопольный орган оставляет заявление или материалы без рассмотрения, о чем уведомляет в письменной форме заявителя в течение десяти рабочих дней со дня их поступления.

Эта правовая позиция также изложена в Информации ФАС России от 24.04.2014 года «Требования к содержанию и сроки рассмотрения заявления о нарушении антимонопольного законодательства РФ в ФАС России и ее территориальных органах» и официальных разъяснениях ФАС России от 11.07.2016 года № АЦ/46793/16.

В силу статей 25, 45 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в качестве доказательств при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольным органом рассматриваются документы, сведения, объяснения, информация в письменной и устной форме, включая служебную переписку в электронном виде.

Согласно части 2 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» к заявлению прилагаются документы, свидетельствующие о признаках нарушения антимонопольного законодательства (далее - документы).

В случае невозможности представления документов указывается причина невозможности их представления, а также предполагаемое лицо или орган, у которых документы могут быть получены.

Положениями частей 3, 5 и 8 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» предусмотрено, что по результатам рассмотрения заявления или материалов антимонопольный орган принимает одно из следующих решений:

- 1) о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства;
- 2) об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с отсутствием признаков его нарушения.

Решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган направляет заявителю в срок, установленный частью 1 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», с указанием мотивов принятия такого решения.

Как следует из материалов дела № 15, с которым 05.09.2017 года ознакомилось ОАО «РЖД», обращение ООО «Спец Транс Резерв» не содержит описания нарушения со стороны ОАО «РЖД» антимонопольного законодательства, в том числе описание в части признаков нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Также заявителем к обращению не были приложены документы, свидетельствующие о признаках нарушения антимонопольного законодательства со стороны ОАО «РЖД» в части недопущения, ограничения или устранения конкуренции со стороны ОАО «РЖД» на соответствующем товарном рынке.

Таким образом, жалоба (обращение) ООО «Спец Транс Резерв» не содержит описание нарушения антимонопольного законодательства, что не соответствует требованиям пункта 3.6 Административного регламента № 339 и пункту 3 части 1 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Следовательно, с учетом изложенного, жалоба ООО «Спец Транс Резерв» должна быть Новосибирским УФАС России оставлена без рассмотрения.

Указанная правовая позиция подтверждается выводами судебных актов, вступивших в законную силу - Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2017 года по делу № А40-213557/16, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.04.2016 года по делу № А40-226107/15.

При этом следует учесть, что законодатель в лице Государственной Думы РФ в статье 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не установил каких-либо исключений (критериев) и (или) перечней случаев для неприменения при возбуждении антимонопольным органом дел по признакам нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» как требований пунктов 3.26, 3.30 Административного регламента № 339. Законодатель лишь в части 5 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» указал, что положения части 1 настоящей статьи распространяются в том числе на все закупки товаров, работ, услуг, осуществляемые в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Таким образом, перенос (переквалификация) для ОАО «РЖД» антимонопольного правонарушения со статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» на часть 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и в результате этого возбуждение антимонопольного дела № 15 по признакам нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» однозначно возможно лишь при безусловном соблюдении со стороны Новосибирского УФАС России требований главы 9 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в том числе требований статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и

пунктов 3.26, 3.30 Административного регламента № 339.

Следовательно, рассмотрение письма ООО «Спец Транс Резерв» от 13.06.2017 года б/н (вх. Новосибирского УФАС России № 5485 от 13.06.2017 года), которое Новосибирское УФАС России называет в материалах дела № 15 по-разному (жалоба, обращение), по правилам (требованиям) статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а не по требованиям главы 9 и (или) статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», является неправомерным и противоречащим правовым нормам антимонопольного законодательства, в том числе правовым нормам Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Дополнительно ОАО «РЖД» обращает внимание Новосибирского УФАС России, что согласно правовой позиции, изложенной во вступившем в законную силу судебном акте - Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.07.2017 года по делу № А75-13243/2016, «...по результатам рассмотрения такой жалобы управлением принято решение о нарушении обществом частей 1, 5 статьи 17 Закона № 135-ФЗ.

Вместе с тем указанные нарушения подлежали установлению антимонопольным органом в рамках дела о нарушении антимонопольного законодательства по правилам главы 9 Закона № 135-ФЗ...

...При таких обстоятельствах суды правомерно удовлетворили заявленное обществом требование, признав незаконным оспариваемое решение управления...».

2. По результатам вскрытия Аукционных заявок ОАО «РЖД» установлено, что ООО «Спец Транс Резерв» заявку на участие в Конкурсе не подавало, что подтверждается протоколом рассмотрения Аукционных заявок от 18.07.2017 года № 5257/ОАЭ-РЖДС/17/1.

Учитывая данные обстоятельства, ООО «Спец Транс Резерв» не являлось участником Аукциона и не имело правовых оснований обжаловать действия заказчика по Аукциону.

Данные доводы подтверждаются судебной практикой - определение ВАС РФ от 24.01.2014 года по делу № А43-28737/2012, постановление ФАС МО от 23.07.2014 года по делу № А40-114328/2013, постановлением ФАС МО от 15.08.2015 года по делу № А40-66945/2014.

Следует также отметить, что ООО «Спец Транс Резерв» не направляло каких-либо запросов на разъяснения требований Аукционной документации, несмотря на то, что у любого участника имеется данное право в соответствии с требованиями как Положения о закупках ОАО «РЖД», так и Аукционной документации к Аукциону.

Факт того, что ООО «Спец Транс Резерв» не подавало заявку и не направляло запросов на разъяснение требований Аукционной документации, свидетельствует об отсутствии какой-либо заинтересованности в участии в Аукционе, что исключает ООО «Спец Транс Резерв» из числа потенциальных участников Аукциона и свидетельствует о том, что права или законные интересы ООО «Спец Транс Резерв» не могли быть ущемлены и не могли быть нарушены. Такое ограничение

субъектного состава предполагает также наличие у подателя жалобы действительного (а не мнимого) интереса и законных прав, подлежащих публичной (государственной) защите в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

При этом дополнительно следует учесть следующее. В статье 4 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» даны следующие понятия:

- товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами (пункт 4 статьи 4);

- конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке (пункт 7 статьи 4);

- признаки ограничения конкуренции - сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации (пункт 17 статьи 4).

Однако в связи с тем, что ООО «Спец Транс Резерв» не было участником Аукциона, следовательно, оно не выходило на товарный рынок поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году, и следовательно, какие-либо его права и законные интересы в части ограничения конкуренции на указанном товарном рынке не могли быть нарушены в связи с отсутствием хозяйствующего субъекта (ООО «Спец Транс Резерв») на указанном товарном рынке.

В данном Аукционе иным лицам, которые в отличие от ООО «Спец Транс Резерв» являлись участниками закупки, было отказано по аналогичным пунктам, которые

указаны в жалобе ООО «Спец Транс Резерв».

3. В запросе Новосибирского УФАС России от 22.06.2017 года № 05-6464 указано, что от ООО «Спец Транс Резерв» поступило обращение.

В Определении о назначении дела № 15 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению от 17.08.2017 года указано, что ООО «Спец Транс Резерв» подало жалобу. Однако дело №15 было возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». В соответствии с требованиями статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Административного регламента № 339 в антимонопольный орган подается заявление.

Следует отметить, что в описи материалов дела № 15, составленной Новосибирским УФАС России, указано также обращение, а не как того требует антимонопольное законодательство заявление.

Таким образом, Новосибирское УФАС России в разных текстовых документах поданное письмо ООО «Спец Транс Резерв» именуется как обращение или как жалоба. Однако, в соответствии с требованиями статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», по статье 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» требуется направление лицом соответствующего заявления в соответствии с требованиями части 1 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пункта 3.6 Административного регламента № 339, с учетом содержания в нем обязательных сведений.

Следовательно, при возбуждении дела № 15 в Новосибирском УФАС России отсутствовало надлежащее заявление ООО «Спец Транс Резерв», как того требует статья 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и (или) пункта 3.6 Административного регламента № 339.

4. В обоснование своей правовой позиции на странице 3 в Определении о назначении дела № 15 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению от 17.08.2017 года антимонопольный орган ссылается на правовую позицию, изложенную в судебной практике - постановлении Арбитражного суда Центрального округа и в Решении ФАС России: «...Данная позиция созвучна с позицией ФАС России....и судебной практикой...».

В действующем законодательстве РФ отсутствует какой-либо нормативный документ, в котором раскрыто (дано определение) понятие (термин) «созвучна» в отношении правовой позиции, изложенной в каких-либо нормативно-правовых актах, судебных актах либо в ненормативных актах.

Поэтому указанные в Определении от 17.08.2017 года Решение ФАС России и Постановление Арбитражного суда Центрального округа не могут быть применимы при рассмотрении жалобы ООО «Спец Транс Резерв».

В соответствии с частью 12 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в случае принятия решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган издает приказ о возбуждении дела и создании комиссии. Копия такого приказа

направляется заявителю и ответчику по делу в течение трех дней со дня издания такого приказа.

В материалах дела имеется Приказ № 145 от 14.08.2017 года, который в адрес ОАО «РЖД» не направлялся.

Таким образом, копия Приказа № 145 от 14.08.2017 года должна была быть направлена Новосибирским УФАС России в адрес ответчика - ОАО «РЖД» в течение 3 дней с 14.08.2017 года, то есть до 17.08.2017 года включительно. Данное требование Новосибирское УФАС России не выполнило.

Следует отметить, что требованиями действующего законодательства, в том числе требованиями антимонопольного законодательства (Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Административного регламента № 339) не установлена обязанность антимонопольного органа при возбуждении конкретного антимонопольного дела в отношении конкретного хозяйствующего субъекта (в нашем случае - ОАО «РЖД») в качестве обосновывающих и объективно необходимых материалов (доказательств) применить «созвучность» с какими-либо документами, в том числе, как с предыдущими решениями ФАС России, так и с судебными решениями. Таким образом, при возбуждении дела № 15 Новосибирским УФАС России нарушены процессуальные требования Административного регламента № 339 (3.68, 3.69), Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (части 13, 14, 15 статьи 44).

5. В материалах дела № 15 имеется Докладная записка.

Как следует из ее содержания, она содержит описание процедуры рассмотрения жалоб в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, и вывод, что жалоба ООО «Спец Транс Резерв» не может быть принята к рассмотрению в порядке статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Следовательно, данная Докладная записка подготовлена в Новосибирском УФАС России исключительно для подготовки ответа заявителю ООО «Спец Транс Резерв».

Более того, в материалах дела № 15 отсутствуют какие-либо докладные записки и (или) заключения внутриведомственной правовой экспертизы, содержащие вывод о наличии в действиях ОАО «РЖД» признаков нарушения антимонопольного законодательства, в частности, части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

В соответствии с требованиями пункта 3.50 Административного регламента № 339, в случае установления признаков нарушения антимонопольного законодательства управлением ФАС России, отделом территориального органа, у которых на рассмотрении находятся заявление, материалы, указывающие на признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее - ответственное структурное подразделение) осуществляет подготовку докладной записки, которая вместе с заявлением, материалами и (или) иными документами, указывающими на факты, свидетельствующие о наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства (далее - докладная записка), направляется на проведение внутриведомственной правовой экспертизы.

Подпункт б) пункта 3.51 Административного регламента № 339 предусматривает,

что внутриведомственная правовая экспертиза осуществляется в территориальном органе ФАС России - отделом (отделами), ответственным за проведение внутриведомственной правовой экспертизы, определяемым руководителем соответствующего территориального органа ФАС России.

Следовательно, Докладная записка и Заключение внутриведомственной правовой экспертизы по делу № 15 как необходимые процессуальные документы при проведении процедуры (действий) по возбуждению антимонопольного дела в отношении ОАО «РЖД», по состоянию на 04.09.2017 года, в материалах дела № 15 отсутствуют.

Следовательно, Новосибирским УФАС России дело № 15 по признакам нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в отношении ОАО «РЖД» возбуждено с процессуальными нарушениями двух нормативных правовых актов:

- Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»;

- Административного регламента (Зарегистрирован в Минюсте России 07.08.2012 года № 25125, т.е. обладает статусом и юридической силой нормативного правового документа).

Таким образом, возбуждение дела № 15 является незаконным и необоснованным и противоречащим нормам права.

6. Указанный антимонопольным органом в Определении о назначении дела № 15 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению от 17.08.2017 года судебный акт - Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2016 года по делу №А14-9750/2015 не относится к существу возбужденного дела № 15, а изложенные в нем выводы не могут иметь преюдициального значения, исходя из следующего.

6.1. В указанном постановлении Арбитражного суда Центрального округа жалоба ООО «Перемена» была рассмотрена в порядке статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а не по процедуре возбуждения дела по признакам нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в соответствии с требованиями Административного регламента № 339.

6.2. В постановлении Арбитражного суда Центрального округа ООО «Перемена» отказано в допуске к участию в запросе предложений в связи с непредоставлением в составе заявки документа, подтверждающего в полном объеме полномочия участника на поставку предлагаемой им продукции. Таким образом, ООО «Перемена» являлось участником закупочной процедуры.

В жалобе ООО «СпецТрансРезерв» указывает, что его права нарушены установлением в Аукционной документации требований пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации, содержащих иные требования. Более того, ООО «СпецТрансРезерв» не являлся участником Аукциона. Таким образом, имеют место иные фактические обстоятельства, которые не могут быть сравнимы между собой.

6.3. В указанном антимонопольным органом судебном акте заказчику вменяется нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года №

223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Настоящее дело № 15 возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

6.4 Существует иная судебная практика, опровергающая выводы судебного акта, приведенного ФАС России в Определении от 17.08.2017 года по делу №15 по хозяйствующим субъектам, как входящим в группу компаний ПАР «Газпром», так и по ОАО «РЖД»:

Правомерность включения в документацию о Закупке квалификационных требований к участникам Закупки о подтверждении у Участника права и (или) гарантий на поставку (отгрузку) товаров, предусмотренного пунктом 2.1. Аукционной документации к Аукциону подтверждается вступившими в силу судебными решениями (Определением Верховного Суда Российской Федерации от 13.06.2017 года № 305-КГ17-6231 по делу № А40-30023/2016, Определением Верховного Суда Российской Федерации от 03.04.2015 года № 306-КГ15-1535 по делу № А65-8455/2014, Определением Верховного Суда Российской Федерации от 17.02.2017 года № 305-КГ16-20584 по делу № А40-220477/15, Определением Верховного Суда Российской Федерации от 09.02.2017 года № 305-КГ16-20133 по делу № А40-180170/2015, Определением Верховного Суда Российской Федерации от 26.05.2017 года № 305-КГ17-5188 по делу № А40- 234672/2015, Постановлениями Арбитражного суда Московского округа от 25.01.2017 года по делу № А40-234672/2015, от 18.10.2016 года по делу № А40-220477/15, от 30.05.2017 года по делу № А40-156125/2016, Постановлениями Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.03.2017 года по делу № А40-178954/16, от 19.12.2016 года по делу № А40-108923/16, от 17.09.2014 года по делу № А65-8455/2014, от 14.11.2016 года по делу № А40-37868/16).

При этом особо следует отметить правовую позицию Верховного суда РФ по пяти судебным делам, а именно:

- согласно Определению Верховного Суда Российской Федерации от 03.04.2015 года № 306-КГ15-1535, «...суды правильно указали на то, что действия заказчика по установлению квалификационных требований к участникам закупки, касающихся наличия у последних статуса производителя оборудования или уполномоченного дилера производителя, не влекут нарушения антимонопольного законодательства...» (Примечание: суды трех инстанций при рассмотрении данного дела давали оценку правомерности установления в Аукционной документации требований, аналогичных пункту 2.1 Аукционной документации данного Аукциона). Статья 17 относится к антимонопольному законодательству, следовательно, требования, касающиеся наличия у участника статуса производителя или уполномоченного дилера производителя, не влекут нарушения статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Вывод с применением правовой позиции вышеназванного судебного акта Верховного Суда РФ также содержится во вступивших в законную силу судебных актах, между ОАО «РЖД» и ФАС России - Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 07.03.2017 года по делу № А40-56194/16, Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2017 года по делу № А40-241932/16, Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2017 года по делу № А40-227652/2016, Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2017 года по делу № А40-180187/16, Постановлении

Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.03.2017 года по делу № А40-178954/16, по результатам которых были признаны незаконными и отменены Решения и (или) Предписания ФАС России, выданные в адрес ОАО «РЖД» ФАС России.

- согласно Определению Верховного Суда Российской Федерации от 09.02.2017 года № 305-КГ16-20133, «...ОАО "РЖД" в документации о закупке не установлено каких либо требований, ограничивающих допуск к участию в спорной конкурентной процедуре и создающих преимущественных условий ее участникам...Данные условия не ограничивают круг поставщиков, поскольку по смыслу статьи 506 ГК РФ поставщиком товаров может быть лицо, которое производит либо закупает товар, чему не противоречат условия пункта 2.1 Аукционной документации...» (Примечание: суды трех инстанций при рассмотрении данного дела давали оценку правомерности установления ОАО «РЖД» в Аукционной документации требований, аналогичных требованиям пункта 2.1 Аукционной документации данного Аукциона);

- согласно Определению Верховного Суда Российской Федерации от 17.02.2017 года № 305-КГ16-20584, «...спорные требования, указанные в документации о закупке, не противоречат положениям Закона о закупках, установлены с целью надлежащего исполнения поставщиками договора, снижения рисков заказчика и неблагоприятных последствий для него, не ограничивают допуск к участию в спорной конкурентной процедуре и не создают преимущественных условий ее участникам...» (Примечание: суды трех инстанций при рассмотрении данного дела давали оценку правомерности установления в Аукционной документации требований, аналогичных требованиям пункта 2.1 Аукционной документации данного Аукциона, в отношении хозяйствующих субъектов, входящих в группу компаний ПАО «Газпром»);

- согласно Определению Верховного Суда Российской Федерации от 13.06.2017 года № 305-КГ17-6231 по делу № А40-30023/2016, «...квалификационное требование общества (ОАО «РЖД») (о необходимости предоставления в составе заявки в подтверждение того, что участник является производителем основных товаров либо обладает правом поставки основных товаров, предоставленных производителем, документа, подтверждающего, что участник является производителем; или информационного письма, иного документа, выданного производителем, и/или дилерского договора с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров; или договора с дилером/поставщиком или иного документа, выданного участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, приложений и спецификаций к нему, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику) является обоснованным ввиду того, что для общества важно заключить договор с контрагентом, который имеет все средства (включая установленные договорные отношения) для надлежащего исполнения принятых на себя обязательств, в том числе обеспечения гарантированной и своевременной поставки оборудования на объекты строительства по инвестиционной программе ОАО «РЖД» «Развитие основных фондов локомотивного хозяйства», при том, что указанное в документации оборудование является дорогостоящим и технологически сложным в изготовлении...Учитывая установленные обстоятельства, суд указал, что

установление в котировочной документации конкретных квалификационных требований к претендентам для определенной закупки, предъявляемых равным образом ко всем претендентам, не является нарушением норм законодательства, не может рассматриваться как условие, ограничивающее конкуренцию, и в силу пунктов 1, 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках является необходимым и обязательным условием, определенным Положением о закупках...» (Примечание: суды трех инстанций при рассмотрении данного дела давали оценку правомерности установления ОАО «РЖД» в Аукционной документации требований, аналогичных требованиям пункта 2.1 Аукционной документации данного Аукциона);

- согласно Определению Верховного Суда Российской Федерации от 26.05.2017 года № 305-КГ17-5188 по делу № А40-234672/2015, «...требования, указанные в документации о закупке, не противоречат положениям Закона о закупках, не влияют на права участников закупки, на равные условия допуска к участию в спорной конкурентной процедуре и не ограничивают конкуренцию между участниками...» (Примечание: суды при рассмотрении данного дела изучали и исследовали требования Пунктов Аукционной документации, касающиеся в том числе гарантий отгрузки, подтверждающихся для официальных дилеров/дистрибьюторов копиями дилерских/дистрибьюторских соглашений, документов, подтверждающие полномочия участника на предложение и поставку товара (или части товара), если он не является ее производителем или официальным дилером/дистрибьютором, - копий договоров с производителями или официальными дилерами/дистрибьюторами (с приложением документов, подтверждающих статус дилера/дистрибьютора), писем предприятий-изготовителей товара (или официальных дилеров/дистрибьюторов с приложением документов подтверждающими статус дилера/дистрибьютора) в адрес Заказчика, предоставляющих участнику закупки право на предложение этого товара, с гарантиями отгрузки товара в случае победы участника закупки) (Примечание: суды трех инстанций при рассмотрении данного дела давали оценку правомерности установления в Аукционной документации требований, аналогичных требованиям пункта 2.1 Аукционной документации данного Аукциона, в отношении хозяйствующих субъектов, входящих в группу компаний ПАО «Газпром»).

Особо следует отметить, что Определения Верховного суда РФ являются более значимыми по своему правовому статусу по сравнению с приведенным Новосибирским УФАС России судебным актом - постановлением Арбитражного суда Центрального округа.

Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 года № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» внесены поправки в статью 126 Конституции РФ: «...Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по гражданским делам, разрешению экономических споров, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам, образованным в соответствии с федеральным конституционным законом, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за деятельностью этих судов и дает разъяснения по вопросам судебной практики...».

Следовательно, указанное Новосибирским УФАС России Постановление Арбитражного суда Центрального округа не имеет отношения как к существу

доводов рассматриваемой жалобы ООО «Спец Транс Резерв» в отношении ОАО «РЖД», так и не имеет правовой силы более значимой, чем вышеуказанные Определения Верховного Суда РФ, и не может быть принято во внимание при установлении признаков нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в связи с включением ОАО «РЖД» пункта 2.1 в Аукционную документацию.

7. Выводы из решения ФАС России № 223ФЗ-217/17 от 21.03.2017 года не могут относиться к существу жалобы, поданной ООО «Спец Транс Резерв», исходя из следующего.

По существу выводов, изложенных в Решении ФАС России необходимо отметить, что пункт 2.3.1 Аукционной документации, который был предметом рассмотрения и оценки в Решении ФАС России, не аналогичен пункту 2.1 Аукционной документации ОАО «РЖД» к рассматриваемому в деле № 15 Аукциону. Из судебного акта следует, что согласно требованиям пункта 2.3.1, производитель должен гарантировать поставку товара в установленные сроки.

В рассматриваемом Аукционе, напротив, на производителя не возлагается никаких обязательств, а только на участника Аукциона, который самостоятельно должен предоставить все необходимые документы, предусмотренные пунктом 2.1 Аукционной документации.

Таким образом, аналогия между этими Аукционами и требованиями Аукционной документации отсутствует, участник не ставится в зависимость от действий третьих лиц, следовательно, предъявление к участнику Аукциона требований, предусмотренных пунктом Аукционной документации, не могут привести к ограничению на каком-либо товарном рынке, в том числе на товарном рынке поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД».

Также следует отметить, что из выводов данного Решения ФАС России не представляется возможным сделать вывод о том, являлось ли ООО «Антей» участником Аукциона, подавало ли заявку на участие в Аукционе либо не подавало ее.

В рассматриваемом случае ООО «СпецТрансРезерв» не подавал заявку на участие в Аукционе, и участником аукциона не являлся. Следовательно, данное Решение ФАС России не может быть принято во внимание Новосибирским УФАС России при возбуждении дела № 15.

Также следует отметить, что указанное решение ФАС России было вынесено по статье 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а по жалобе ООО «Спец Транс Резерв» дело в отношении ОАО «РЖД» было возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

С учетом изложенного в вышеуказанных пунктах настоящих Возражений, указанные в Определении Новосибирского УФАС России № 15 Решение ФАС России и постановление Арбитражного суда Центрального округа не могут быть применены и приняты во внимание при рассмотрении жалобы ООО «Спец Транс Резерв».

Особо следует отметить, что в решении ФАС России и постановлении Арбитражного суда Центрального округа изложены обстоятельства (аргументы), только относительно касающиеся требования пункта 2.1 Аукционной документации ОАО «РЖД» к Аукциону. Требования Аукционной документации, касающиеся пункта 3.2 Аукционной документации, в вышеназванном Решении ФАС России и судебном акте Арбитражного суда Центрального округа отсутствуют. Следовательно, они (Решение ФАС России и постановление Арбитражного суда Центрального округа) не могут служить в качестве обоснования и (или) доказательства для Новосибирского УФАС России при процедуре возбуждения и рассмотрения дела № 15 по признакам нарушения ОАО «РЖД» части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в части, касающейся ограничения конкуренции требованиями пункта 3.2 Аукционной документации.

8. В Определении о назначении дела №15 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению от 17.08.2017 года, Новосибирским УФАС России не указано на каком товарном рынке имеются признаки нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». А согласно требованиям пункта 10.9 Приказа ФАС России от 28.04.2010 года № 220 (ред. от 20.07.2016 года) «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (Зарегистрировано в Минюсте России 02.08.2010 года № 18026) (далее - Приказ № 220), по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статей 17, 17.1, 18 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», анализ состояния конкуренции включает:

а) определение временного интервала исследования;

б) определение предмета торгов (по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»); предмета договоров, заключаемых в отношении государственного и (или) муниципального имущества (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»); предмета договоров на оказание соответствующих финансовых услуг (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 18 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»);

в) определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах (с момента подачи заявки на участие в торгах) либо отказавшихся от участия в торгах в результате соглашения, но соответствующих требованиям к участникам торгов, которые предусмотрены документацией о торгах, - в случаях, возбуждения дел по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

(пункт 10.9 введен Приказом ФАС России от 20.07.2016 года № 1000/16)

Данный Приказ № 220 зарегистрирован в Минюсте РФ, то есть обладает правовым статусом и юридическими признаками нормативного правового документа,

соблюдение требований которого является необходимым и обязательным условием при возбуждении антимонопольным органом дел, в том числе по признакам нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

При этом в разделе «Определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в закупке» Аналитического отчета Новосибирского УФАС России по результатам анализа состояния конкуренции при проведении ОАО «РЖД» закупки в форме открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства №5257/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты (далее - Аналитический отчет), имеющегося в материалах дела № 15, определен состав участников Аукциона, подавших заявки, являющихся продавцами на товарном рынке поставки дерматологических средств индивидуальной защиты. Это 7 хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке поставки дерматологических средств индивидуальной защиты (ООО «ТД Алгоритм безопасности», ООО «Азбука защиты», ООО «Технологии инновационной защиты», ООО «Защита Сибири», ООО «Торговый дом «Скинкеа», ООО «ТрансКонсалтСервис», ООО «Торговый дом Камет»).

Согласно выводу Новосибирского УФАС России, указанные хозяйствующие субъекты являлись потенциальными поставщиками предмета закупки, то есть являлись между собой конкурентами за право заключения договора на поставку дерматологических средств индивидуальной защиты.

Таким образом, по мнению (данным) Новосибирского УФАС России, ООО «Спец Транс Резерв» не входит в состав потенциальных поставщиков продукции закупки продавцов на указанном товарном рынке, и следовательно не является участником указанного товарного рынка и не является в связи с этим конкурентом для перечисленных продавцов. При этом особо следует отметить и тот факт, что в тексте Аналитического отчета, который составлен Новосибирским УФАС России, нет упоминания и (или) ссылки на ООО «Спец Транс Резерв».

Следовательно, в отношении ООО «Спец Транс Резерв» не может возникнуть ограничения конкуренции на товарном рынке вследствие действий ОАО «РЖД» по установлению требований пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации, поскольку указанное лицо не является участником исследуемого товарного рынка, что подтверждается выводами Новосибирского УФАС России, содержащимся в Аналитическом отчете.

С учетом изложенного, в действиях ОАО «РЖД» отсутствуют признаки нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в отношении ООО «Спец Транс Резерв», в том числе признаки недопущения, ограничения и устранения конкуренции.

9. В соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» правовую основу закупок товаров, работ и услуг лицами, подпадающими под действие данного закона, составляют Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации, непосредственно сам Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также положение о закупке, при этом положение о закупке в силу статьи 2

Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» является основополагающим документом, регламентирующим закупочную деятельность заказчика и должно содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки, включая способы закупки и условия их применения.

9.1. При организации и проведении Закупки Заказчик (ОАО «РЖД») руководствовался Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным советом директоров ОАО «РЖД» 30.06.2014 года и введенным в действие распоряжением ОАО «РЖД» от 17.07.2014 года № 1663р (далее - Положение о закупке ОАО «РЖД»), размещенным на официальном сайте в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», содержание которого полностью согласовано Федеральной антимонопольной службой, письмом от 26.06.2014 года № АЦ/25658-ПР/14, подтверждающим, что требования Положения о закупке ОАО «РЖД» соответствуют требованиям Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», антимонопольного законодательства и иных нормативных актов. Данный вывод был подтвержден нижеуказанными судебными актами.

Правомерность включения в аукционную документацию, применяемую при проведении вышеназванного Аукциона, требований пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации к товарам и участникам Закупки на основании Положения о закупке ОАО «РЖД», которое было согласовано вышеназванным письмом ФАС России, подтверждена многочисленными вступившими в законную силу судебными решениями, в которых суды при вынесении судебных актов об удовлетворении заявленных требований ОАО «РЖД» к ФАС России об отмене решений и (или) предписаний ФАС России, использовали в качестве доказательств (доводов, аргументов) данное письмо ФАС России: Постановлением арбитражного суда Московского округа от 19.05.2017 года по делу № А40-108923/2016, Постановлением Арбитражного суда Уральского округа от 22.09.2016 года № Ф09-8071/16 по делу № А76-20879/2015, Постановлениями Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.07.2017 года по делу № А40-9951/2017, от 28.06.2017 года по делу № А40-244571/16, от 20.06.2017 года по делу № А40-178946/16, от 14.04.2017 года по делу № А40-197374/16, от 30.03.2017 года № 09АП-6997/2017 по делу № А40-121802/16, от 15.02.2017 года по делу № А40-180134/16, от 19.12.2016 года по делу № А40-108923/16, от 14.11.2016 года по делу № А40-37868/16, от 13.09.2016 года по делу № А40-63045/16, Решением Арбитражного суда г. Москвы от 09.06.2017 года по делу № А40-37034/17-122-247, содержащими ссылку на вышеназванное письмо от 26.06.2014 года № АЦ/25658-ПР/14, как на одно из доказательств соответствия Положения о закупке ОАО «РЖД» требованиям антимонопольного законодательства и Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и указывающим на:

- отсутствие в Федеральном законе от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» запрета устанавливать нестоимостные критерии оценки, в том числе квалификацию участников, обладать правом (гарантией) и возможностью поставки товаров, либо иметь необходимые документы, подтверждающие право пользования и владения

товара, находящегося на складе и т.д.;

- то, что по смыслу части 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в торгах участвуют лишь те претенденты, которые могут своевременно и полно удовлетворить потребности заказчика в товарах, работах услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, следовательно, включение в документацию о торгах условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах и не является нарушением статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; повышенные требования к участникам закупки, связанные с наличием у них финансовых ресурсов для исполнения закупки, с наличием на праве собственности или ином законном основании необходимого оборудования и других материальных ресурсов, а также опыта работы, связанного с предметом закупки и деловой репутации, необходимого количества специалистов и иных работников определенного уровня квалификации сами по себе не могут свидетельствовать об ограничении конкуренции; действуя добросовестно, заказчик вправе предъявить повышенные требования к участникам закупки, исходя из своих потребностей, целей, значимости и характера заказа, условий безопасности, которым могут не соответствовать все субъекты хозяйственной деятельности, поскольку правомерная конкуренция состоит в соперничестве и в формировании любым лицом лучшего предложения по исполнению заказа; повышенные требования к участникам закупки не могут расцениваться как ограничение одних и предоставление преимущества другим субъектам;

- то, что согласно статьям 1, 2, 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» при организации закупок заказчики не связаны императивным перечнем требований к участникам закупок и могут самостоятельно определять такие требования с учетом имеющих правовое значение целей и принципов, в том числе критерия измеримости (пункт 4 части 1 статьи 3 названного Закона), при этом принципиальное значение приобретают как равные условия для всех претендентов, исключающие признаки дискриминации и несправедливой конкурентной борьбы, так и эффективное использование заказчиками денежных средств и сокращение их издержек (с учетом показателей цены, качества и надежности), а баланс интересов заказчиков и участников закупок обусловлен именно этими категориями.

Правомерность установления самостоятельно заказчиком требований к участникам закупки и перечня документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям, с учетом положений действующего законодательства Российской Федерации также подтверждается правовыми позициями:

- антимонопольного органа, указанной в пункте 8 письма ФАС России «Разъяснения по вопросам применения Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 24.12.2012 года № ИА/44025/12;

- Минэкономразвития России, указанной в письмах от 02.09.2011 года № Д28-317, от

27.06.2014 года №14770-ЕЕ/д28и;

- Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по делу № А40-60408/2016 (Определение от 20.07.2017 года № 305-КГ17-3423), а именно:

«...В целях создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 Закона о закупках, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, а также, наряду с изложенным, в целях развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, Законом о закупках закреплены основные принципы и положения закупки товаров, работ, услуг.

При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом, 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 (часть 1 статьи 2 Закона о закупках).

В частности, порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупок) и условия их применения устанавливаются заказчиками самостоятельно путем принятия Положения о закупке, предусматривающего проведение закупки как в форме конкурса и аукциона, так и иными способами.

Таким образом, заказчикам предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки.

Предоставленное заказчикам право на разработку и утверждение Положения о закупке согласуется с целями и задачами Закона о закупках, направленными в первую очередь на выявление в результате закупочных процедур лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности...»

Следовательно, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ также указала о самостоятельности действий заказчика как в принятии Положения о закупке, так и право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки. И при этом данные действия заказчика согласуются с целями и задачами Закона о закупках, то есть не нарушают требования Закона о закупках. А право (в нашем случае это право самостоятельности действий в принятии Положения о закупках ОАО «РЖД» и формирования своей системы закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности) какого-либо лица (в нашем случае - ОАО «РЖД») прямо установленного законом, не может являться нарушением Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в том числе требований статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите

конкуренции».

Таким образом, требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации (далее - Пункты Аукционной документации), установленные ОАО «РЖД» на основании Положения о закупках ОАО «РЖД», соответствуют правовым нормам, установленным Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и не нарушают требования антимонопольного законодательства, в том числе требования Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Статья 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» относится к антимонопольному законодательству, следовательно, ФАС России письмом от 26.06.2014 года № АЦ/25658-ПР/14 указала, что Положение о закупках ОАО «РЖД» соответствует требованиям части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

9.2. Кроме того, правомерность требований Пунктов Аукционной документации подтверждается тем, что Положение о закупках ОАО «РЖД», на основании которого данные пункты были разработаны, также полностью согласовано Министерством экономического развития РФ письмом № 14770-ЕЕ/Д28и от 27.06.2014 года, подтверждающим соответствие требований Положения о закупке ОАО «РЖД» (содержащего, в частности, вышеперечисленные требования к участникам закупки и условия проведения закупки) положениям действующего законодательства и отсутствие каких-либо замечаний.

Правомерность включения в аукционную документацию, применяемую при проведении вышеназванного Аукциона, требований Пунктов Аукционной документации к товарам и участникам Закупки на основании Положения о закупке ОАО «РЖД», которое было согласовано вышеназванным письмом Министерства экономического развития РФ, подтверждена судебным решением, в котором суд при вынесении судебного акта об удовлетворении заявленных требований ОАО «РЖД» к ФАС России об отмене решений и (или) предписаний ФАС России использовал в качестве доказательств (аргументов) данное письмо: Решение Арбитражного суда г.Москвы от 09.06.2017 года по делу № А40-37034/17-122-247 (стр. 6 и 12 судебного акта), Постановление Девятого арбитражного апелляционного от 04.09.2017 года по делу № А40-37034/17-122-247.

Учитывая вышеназванные письма ФАС России и Минэкономразвития России, можно сделать вывод, что Положение о закупках ОАО «РЖД» соответствует требованиям статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

10. В настоящее время Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и (или) каким-либо иным правовым актом не принято Типовое Положение о закупках для юридических лиц, подпадающих под действие Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Таким образом, отсутствуют обязательные правовые нормы (критерии), устанавливающие обязательные требования и (или) запрет на включение как в Положение о закупках, так и в Аукционные документации каких-либо конкретных требований к участникам закупок (аукционов), проводимых в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ,

услуг отдельными видами юридических лиц».

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в документации о закупке должны быть указаны требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Согласно части 1 статьи 2 Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», правовыми актами, регламентирующими правила закупки, а именно: Положение о закупке.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с нормами Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», заказчик вправе самостоятельно устанавливать требования к претендентам, к составу их заявок, перечень документов, предоставляемых претендентами для подтверждения их соответствия установленным в документации требованиям. Каких-либо требований об установлении в положениях о закупках и (или) в документации о закупке закрытого перечня документов, предоставляемого претендентами, законодательство Российской Федерации не содержит.

Так, пунктом 201 Положения о закупках ОАО «РЖД» установлено, что документация должна содержать в том числе, установленные заказчиком требования к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, к их безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы и иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика (требования устанавливаются с учетом взаимозаменяемости товаров, работ, услуг); требования к претендентам и перечень документов, представляемых претендентами для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Во исполнение требований Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», в соответствии с требованиями Положения о закупке, разделами и пунктами аукционной документации определены квалификационные требования к участникам аукциона.

Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» не определяет конкретный порядок и требования к закупке товаров, работ, услуг, а устанавливает обязанность заказчиков разработать и утвердить Положение о закупках, т.е. документ, регламентирующий закупочную деятельность заказчика и содержащий требования к закупке, и в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (способы закупки), условия их применения, а также порядок заключения и исполнения договоров.

На основании Пункта 159 Положения о закупках ОАО «РЖД» установлено, что к участникам могут быть предъявлены требования, установленные Пунктами Аукционной документации:

- участник должен являться производителем, либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем. В подтверждение того, что участник является производителем товаров либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен предоставить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копий договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику (пункт 2.1 Аукционной документации);

- требования к товарам указаны в таблице № 1, в формате excel, являющейся неотъемлемой частью Аукционной документации.

Образцы предлагаемой продукции должны быть предоставлены с полной описью предоставленных образцов по адресу: 630003, г. Новосибирск, ул. Владимирская, д. 24, склад 0002, не позднее даты и времени вскрытия аукционных заявок на электронной торгово-закупочной площадке ОАО "РЖД".

Образцы должны иметь бирку, на которой должно быть указано: наименование претендента, наименование производителя, наименование изделия, ГОСТ, ТУ, наименование или артикул ткани, состав сырья. Возврат образцов самовывозом.

В составе аукционной заявки участник должен представить:

- Декларация соответствия требованиям технического регламента Таможенного Союза-ТР ТС 009/2011

- Показатели безопасности защитных кремов должны соответствовать предъявляемым требованиям ТР ТС 019/2011:

- по микробиологии (п.4.14, п.п.8-11)

-по токсикологии (п.4.14, п.п.8-12)

-по клинике (п.4.14, п.п. 13) и подтверждаться протоколами испытаний аккредитованных испытательных лабораторий, зарегистрированных в официальном реестре на сайте Росаккредитации и иметь соответствующую область аккредитации (пункт 3.2 Аукционной документации).

Согласно требованиям части 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и пунктом 163 Положения о закупках ОАО «РЖД», все требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Данные условия Положения о закупке ОАО «РЖД», как было указано выше, согласованы:

- с ФАС России, что подтверждается письмом от 26.06.2014 года № АП/25658-ПР/14 и свидетельствует о том, что антимонопольный орган подтвердил их соответствие требованиям Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», антимонопольного законодательства и иных нормативных актов, связанных с проведением закупок ОАО «РЖД»;

- с Минэкономразвития России, что подтверждается письмом от 27.06.2014 года № 14770-ЕЕ/д28и, и свидетельствует о соответствии требований Положения о закупках ОАО «РЖД» положениям действующего законодательства и отсутствию каких-либо замечаний.

Таким образом, учитывая позицию антимонопольного органа, изложенную в письме от 26.06.2014 года № АЦ/25658-ПР/14, в пункте 8 письма ФАС России «Разъяснения по вопросам применения Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 24.12.2012 года № ИА/44025/12, а также в письмах Минэкономразвития России от 02.09.2011 года № Д28-317, от 27.06.2014 года № 14770-ЕЕ/д28и, во исполнение требований части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», в соответствии с требованиями пункта 159 Положения о закупке ОАО «РЖД», пунктами 2.1, 3.2 Аукционной документации правомерно и обоснованно установлены требования Пунктов Аукционной документации.

Требования Аукционной документации, установленные пунктами 2.1, 3.2 Аукционной документации, установлены на основании требований Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и Положения о закупках ОАО «РЖД», при этом они применялись в равной степени ко всем потенциальным претендентам и (или) настоящим (действительным) участникам Аукциона.

Данное обстоятельство исключает нарушение принципа равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции, указанных в пункте 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», и, следовательно, исключает нарушение со стороны ОАО «РЖД» при проведении Аукциона требований части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Все участники закупки, подав заявки, выразили согласие как с документацией о закупке, так и на заключение договора на условиях, содержащихся в его проекте.

Следует отметить, что среди целей Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в части 1 статьи 1 закреплены, в том числе, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности; эффективное использование денежных средств.

Данные цели являются определяющим фактором при установлении заказчиком требований, предъявляемых к участникам проводимой закупки.

Таким образом, отсутствуют основания для признания ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2 и часть 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в связи с установлением и применением ОАО «РЖД» требований Пунктов Аукционной документации при проведении Аукциона, следовательно, отсутствуют основания для признания ОАО «РЖД» нарушившим статью 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Вместе с тем, в силу части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе: координация организаторами торгов или заказчиками деятельности его участников; создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено Федеральным законом; нарушен порядок определения победителя или победителей торгов; участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организатора торгов или работников заказчиков в торгах; участие организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиков и (или) работников организаторов или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, запросе предложений.

Таким образом, для констатации события нарушения в рассматриваемом случае необходимо установить факт ограничения, недопущения, устранения конкуренции или возможность наступления таких последствий; действительные либо возможные негативные последствия для конкуренции (соперничества хозяйствующих субъектов на определенном товарном рынке) имеют квалифицирующее значение и подлежат доказыванию антимонопольным органом. Более того, сам факт включения в документацию о торгах условий (в данном рассматриваемом Аукционе это требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации), которые в

итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах возможных (потенциальных) участников закупки, и не является нарушением статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Для целей применения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», антимонопольному органу недостаточно установить, что заказчиком, действующим в рамках Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», установлены определенные требования к участникам, необходимо также установить направленность действий заказчика на ограничение конкуренции, в том числе одно из правовых оснований ограничения конкуренции, установленное пунктом 17 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». А учитывая тот факт, что ООО «Спец Транс Резерв» не выходил на товарный рынок поставки дерматологических средств индивидуальной защиты, и более того, не был его участником, объективно не представляется возможным установить недопущение, ограничение или устранение конкуренции на указанном товарном рынке для ООО «Спец Транс Резерв».

Во исполнение части 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» все требования, предъявляемые к участникам Аукциона, в том числе о необходимости участника являться производителем товара либо обладать правом поставки товаров, предоставленных производителем, а также остальные Пункты Аукционной документации, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки. Данные требования установлены заказчиком в связи с невозможностью на стадии проведения аукциона определить качество предлагаемого товара, а также исключить факт поставки контрафактной продукции. Данное условие включено в целях исключения нарушений требований законодательства при заключении договора, в том числе части 2 статьи 146 УК РФ. Возможность поставки контрафактного товара влечет за собой невозможность использования оборудования, а также может повлечь за собой причинение вреда здоровью сотрудников компании при использовании некачественного оборудования.

Дополнительно следует учесть, что в Решении от 12.05.2016 года № 223ФЗ-192/16 ФАС России было установлено следующее: «...Законом о закупках не установлены ограничения в определении требований к участникам закупки, а также не определены конкретные показатели, которые должны применяться заказчиками, равно как и не установлен запрет на использование определенных показателей. Такие показатели устанавливаются самостоятельно заказчиками в документации о закупках.

Таким образом, заказчик вправе самостоятельно устанавливать требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям, с учетом положений действующего законодательства Российской Федерации.

Учитывая изложенное, а также, что Заявителем не представлено доказательств, подтверждающих неправомерное установление вышеуказанного требования к участникам Аукциона, которое, по мнению Заявителя, ограничивает количество

участников Аукциона, довод Заявителя не нашел своего подтверждения...»,

Следовательно, ФАС России в мае 2016 года сделан вывод о самостоятельности действий заказчика при установлении требований к участникам закупки и отсутствии каких-либо ограничений в определении требований и (или) каких-либо конкретных показателей при проведении закупки. Таким образом, учитывая вышеназванное Решение ФАС России, у ОАО «РЖД» была правовая возможность самостоятельно установить требования к Аукциону, в том числе требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации.

11. Установление на стадии отбора участников процедуры проверки наличия возможности у претендентов Права поставки товара не противоречит Федеральному закону от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и Федеральному закону от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Согласно требованиям пункта 2.1 Аукционной документации, суть требования заключается в наличии документально подтвержденного Права поставки товара, являющегося предметом открытого аукциона в электронной форме.

В соответствии с пунктом 2.1 Аукционной документации о закупке, в качестве документов, подтверждающих Право поставки товара, рассматриваются:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;
- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;
- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копий договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику.

Представление документального подтверждения Права поставки товара позволяет оценивать степень надежности претендента применительно к его возможности выполнить поставку, а также способность претендента своевременно удовлетворить потребность заказчика, что соответствует целям, закрепленным в части 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Согласно части 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», целями регулирования данного Федерального закона, в частности являются создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества, надежности и эффективное использование денежных средств.

В противном случае участие в закупке недобросовестного лица, у которого отсутствует право поставки товара, приведет к срыву срока поставки,

расторжению договора, необходимости повторно осуществлять закупку и, в конечном счете, приведет неэффективному использованию денежных средств, выделенных заказчиком на ее проведение.

Таким образом, в данной закупке может принять участие любое лицо, представившее документальное подтверждение реальной возможности исполнения договора, заключаемого по результатам подведения итогов Аукциона.

Данное квалификационное требование нельзя считать незаконным ввиду того, что для ОАО «РЖД» исключительно важно заключить договор с контрагентом, который имеет все средства (включая установленные договорные отношения) для надлежащего исполнения принятых на себя обязательств, в том числе обеспечения гарантированной и своевременной поставки продукции. Необходимо отметить, что претенденту в документации предоставлено право предоставить в подтверждение права поставки товаров, предоставленным производителем любой документ, подтверждающий, что планируемая к поставке продукция, не является контрафактной.

Также, заказчиком (ОАО «РЖД») предусмотрены все возможные варианты подтверждения информации о происхождении и производителе продукции, как через непосредственно производителя, так и его дилера, поставщика. Т.е. ОАО «РЖД» установлен выбор для потенциальных и (или) настоящих (действительных) участников Аукциона для подтверждения предоставляемой информации по пункту 2.1 Аукционной документации.

Таким образом, по смыслу указанного положения Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», основной задачей проведения закупки является выявление в результате проведения закупки лица, исполнение договора которым в наибольшей степени будет отвечать потребностям заказчика и целям эффективного использования денежных средств в условиях добросовестной конкуренции.

Продукция, закупаемая для нужд ОАО «РЖД», носит особый, важный характер, поскольку направлена на своевременность поставки в нужных объемах товаров для обеспечения бесперебойного осуществления своей хозяйственно-производственной деятельности. В данной связи, на этапе выбора поставщиков товаров ОАО «РЖД» важно понимать, насколько надежный это поставщик, действительно ли имеются гарантии отгрузки необходимого товара, либо это компания-однодневка, не способная исполнить договор, что в свою очередь приведет к срыву поставок и необходимости поиска нового поставщика, неся при этом дополнительные финансовые (имущественные) потери.

Соответственно, установление в документации конкретных квалификационных требований к претендентам для определенной закупки, предъявляемых равным образом ко всем претендентам, не является нарушением норм законодательства, не может рассматриваться как условие, ограничивающее конкуренцию, а, напротив, в силу пунктов 1, 9 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» является необходимым и обязательным условием.

При этом следует отметить, что предоставление документов, подтверждающих право поставки товара зависит от волеизъявления третьего лица - производителя,

изготовителя закупаемого товара, но не может свидетельствовать, что данные обстоятельства ставят участников в неравные, несправедливые и дискриминационные условия, а также создают условия для необоснованного ограничения конкуренции между участниками, по следующим основаниям:

- по смыслу части 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в торгах участвуют лишь те претенденты, которые могут своевременно и полно удовлетворить потребности заказчика в товарах, работах услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, следовательно, включение в Аукционную документацию к данному Аукциону условий (требований), предусмотренных Пунктами Аукционной документации, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах и не является нарушением Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; повышенные требования к участникам закупки, связанные с наличием у них документов, подтверждающих Право поставки товара, сертификатов или деклараций соответствия, сами по себе не могут свидетельствовать об ограничении конкуренции на каком-либо товарном рынке;

- действуя добросовестно, заказчик вправе предъявить повышенные требования к участникам закупки, исходя из своих потребностей, целей, значимости и характера заказа, условий безопасности, которым могут не соответствовать все субъекты хозяйственной деятельности, поскольку правомерная конкуренция состоит в соперничестве и в формировании любым лицом лучшего предложения по исполнению заказа;

- повышенные требования к участникам закупки не могут расцениваться как ограничение одних и предоставление преимущества другим хозяйствующим субъектам т.к. в соответствии с правовым понятием, установленным в пункте 4 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке;

- к основным принципам сферы закупок относятся не только обеспечение конкуренции (создание равных условий между участниками закупки), но и принцип ответственности за результативность обеспечения нужд заказчика, а также принцип эффективности осуществления закупки (выявление лица, которое в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования);

- включение в Аукционную документацию условий, касающихся требований Пунктов 2.1 и 3.2 Аукционной документации, которые в итоге приведут к исключению из числа участников закупки лиц, не отвечающих (в силу своей специфики) очевидным потребностям заказчика, не является нарушением положений Закона о закупках, т.к. то обстоятельство, что не каждая организация имеет необходимых специалистов, оборудования, материальных ресурсов, сертификатов, деклараций соответствия, образцов предлагаемой продукции, договоров с производителями (дилерами, дистрибьюторами), не означает, что для этих организаций создаются препятствия в выполнении тех видов работ, в отношении которых имеются

соответствующие специалисты, оборудование, материальные ресурсы, сертификаты, декларации соответствия, договоры с производителями (дилерами, дистрибьюторами); возможность осуществлять те или иные виды услуг по поставке товаров (работ), а также быть участником иных закупок зависит от желания самого исполнителя, который может заблаговременно разрешить вопросы по получению сертификатов, деклараций соответствия, заключению договоров с производителями (дилерами, дистрибьюторами), предоставлению образцов предлагаемой продукции;

- невозможность участия в торгах неопределенного круга субъектов связана не с неправомерными действиями заказчика, а с возможностями самих потенциальных участников соперничать друг с другом на определенном товарном рынке.

Принимая во внимание, что действующее законодательство о закупках, в том числе Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» не содержит прямого запрета на возможность указания в документации о закупке наименования производителя поставляемого товара, представления деклараций соответствия и образцов предлагаемой продукции, требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации являются правомерными. Следовательно, требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации соответствуют Федеральному закону от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Следовательно, требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации соответствуют требованиям Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Также исполнение договора по результатам закупки остальными лицами, у которых в настоящее время отсутствует товар (право и (или) гарантия на поставку (отгрузку) товара), в случае признания их победителями точно так же будет зависеть от действий третьих лиц. В частности, не забронировав товар у производителя, последний может продать необходимый ассортимент, что сделает невозможным и исполнение договора победителем по результатам проведенного Аукциона.

Таким образом, установление требований пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации не свидетельствует о нарушении закона путем включения условий о Праве поставки товара, гарантии отгрузки, наличия сертификатов, деклараций соответствия, предоставления образцов предлагаемой продукции. В материалах дела № 15 отсутствуют доказательства того, что включение данных условий направлено не на гарантированное и своевременное поступление товара для обеспечения непрерывности и эффективности процесса деятельности заказчика, а имело целью ограничить конкуренцию на каком-либо товарном рынке. Кроме того, следует учитывать судебную практику 2016-2017 годов, сложившуюся при рассмотрении дел между ОАО «РЖД» и ФАС России - дела №№ А40-37868/16, А40-31728/17, А40-78554/2016, А40-71529/2016.

В этой связи особо следует отметить выводы, которые изложило Новосибирское УФАС России в своих решениях при рассмотрении пунктов (требований), используемых в закупочных процедурах ОАО «РЖД», аналогичных пункту 2.1 Аукционной документации рассматриваемого Аукциона, а именно:

- в Решении Новосибирского УФАС России б/н от 19.10.2016 года на стр. 9: «...Также в действиях заказчика не усматривается нарушений принципов к основным

положений закупок, определенных Федеральным законом от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», признаков нарушения антимонопольного законодательства, в части наличия в действиях ОАО «РЖД» действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе нарушение порядка определения победителя или победителей, при проведении закупочной процедуры...».

- в Решении Новосибирского УФАС России б/н от 05.07.2017 года по проведению открытого аукциона в электронной форме № 4085/0АЭ-РЖДС/17 на стр. 7: «...ООО ПКФ «Камет» не соответствует квалификационным требованиям, установленным Аукционной документацией, а именно: не является производителем либо не обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем по позициям 73-74, указанным в Техническом задании. Таким образом, заказчиком обоснованно отказано ООО ПКФ «Камет» в допуске к участию по основаниям, предусмотренным п. 6.5.3.1 Аукционной документации...»

Данными решениями Новосибирского УФАС России жалобы на действия ОАО «РЖД» при проведении процедур закупок были признаны необоснованными, следовательно, отсутствуют нарушения пунктов 2 (в части соблюдения принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки) и 4 (в части соблюдения принципов отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеримых требований к участникам закупки) части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» при включении в Аукционную документацию и проведении закупочных процедур, т.е. отсутствует ограничение конкуренции. Следовательно, в действиях ОАО «РЖД» отсутствовали признаки нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». При этом особо следует отметить, что и отсутствуют возбужденные дела в отношении ОАО «РЖД» по признакам нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» по вышеназванным двум закупочным процедурам, жалобы на которые в 2016 и 2017 году рассматривались Новосибирским УФАС России.

12. Правовая позиция, изложенная в Определении от 17.08.2017 года по делу № 15 Новосибирского УФАС России, противоречит правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в постановлении от 28.12.2010 года № 11017/10, согласно которой основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов (Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» является законодательством, устанавливающим порядок проведения торгов для определенного круга юридических лиц, в который входит и ОАО «РЖД»), 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. Исходя из положения пункта 1 статьи 1 Закона о размещении заказов (аналогичная норма установлена частью 5 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»), в торгах могут участвовать

лишь те лица, которые соответствуют названным целям.

Включение в документацию о закупке условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в закупке, необоснованное ограничение конкуренции по отношению к участникам закупки, нарушение равноправия, справедливости, создание дискриминации.

Ограничением конкуренции может быть признано не любое ограничение круга потенциальных участников путем установления определенных требований к участникам, а лишь незаконное ограничение круга потенциальных участников закупки путем установления требований, не соответствующих положениям закона.

В рассматриваемом случае требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации, не противоречат ни Федеральному закону от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», ни Федеральному закону от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в том числе статье 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Указанная правовая позиция подтверждается вступившими в законную силу судебными актами - Определением Верховного Суда Российской Федерации от 13.06.2017 года № 305-КГ17-6231 по делу № А40-30023/2016, Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 08.02.2017 года № Ф05-18751/2016 по делу № А40-30023/16, Постановлением Арбитражного суда Уральского округа от 22.09.2016 года

№ Ф09-8071/16 по делу № А76-20879/2015, в которых вышеуказанная правовая позиция Президиума ВАС РФ являлась одним из доводов (доказательств), на основании которых судами были признаны незаконными Решение и Предписание ФАС России в отношении ОАО «РЖД».

Дополнительно следует учесть и правовую позицию Верховного Суда Российской Федерации, изложенную в Определении № 307-304-210 от 21.08.2014 года по делу № А05-10778/2013, согласно которой субъекты предпринимательской деятельности по условиям делового оборота при выборе контрагентов должны оценивать не только условия сделки и их коммерческую привлекательность, но и деловую репутацию, платежеспособность контрагента, а также риск неисполнения обязательств и предоставление обеспечения их исполнения, наличие у контрагента необходимых ресурсов (производственных мощностей, технологического оборудования, квалифицированного персонала) и соответствующего опыта. Следовательно, проверка лишь правоспособности контрагентов не свидетельствует о том, что общество (ОАО «РЖД»), будучи заинтересованным в надлежащем исполнении договора по результатам Аукциона, проявило должную степень осмотрительности при выборе контрагента.

Этот вывод с применением правовой позиции вышеназванного судебного акта Верховного Суда РФ также содержится во вступивших в законную силу судебных актах - Постановлениях Арбитражного суда Московского округа от 27.04.2017 года № Ф05-2912/2017 по делу № А40-156377/2016, от 30.05.2017 года по делу № А40-156125/2016, Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.04.2017 года №09АП-9373/2017 по делу № А40-169249/16, по результатам которых были отменены Решения и (или) Предписания ФАС России.

Следовательно, установление требований пунктов 2.1. 3.2 Аукционной документации необходимо как для эффективного использования источников финансирования и предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов, так и для недопущения профессиональных кожных заболеваний у работников ОАО «РЖД», что является недопустимым нарушением законодательства условий безопасности труда со стороны работодателя и портит репутацию крупной Российской компании.

12. Кроме того, Заказчиком включено требование в Аукционную документацию о необходимости предоставить образцы предлагаемой продукции и декларации соответствия (п. 3.2 Аукционной документации).

Согласно положениям технического регламента Таможенного союза - ТР ТС 009/ 2011, дерматологические средства индивидуальной защиты имеют второй класс риска и сертифицируются в соответствии с типовыми нормами сертификации. Список средств индивидуальной защиты, подлежащих обязательному подтверждению соответствия при выпуске в обращение на территории государств-членов Таможенного союза представлен в Приложении №5 настоящего технического регламента, среди которых защитные средства: гидрофильного, гидрофобного, комбинированного действия; от воздействия низких температур, ветра; от воздействия ультрафиолетового излучения диапазоном А, В, С; от воздействия биологических факторов: насекомых, микроорганизмов; и очищающие средства: кремы, пасты, гели; регенерирующие, восстанавливающие средства - кремы, эмульсии. Таким образом, дерматологические средства индивидуальной защиты должны иметь сертификаты соответствия Таможенного союза ТР/ТС.

В связи с тем, что на сегодняшний день на территории Российской Федерации могут использоваться контрафактные документы, и существуют случаи подделки сертификатов, а дерматологические средства индивидуальной защиты могут быть не безопасны для здоровья человека и могут вызывать различные кожные реакции, опасные для здоровья человека, сертификат ТР ТС 009/2011 выдается на основании следующих документов:

- протоколов испытаний аккредитованных испытательных лабораторий по микробиологии, токсикологии, клинике.

Данные показатели прописаны как обязательные для дерматологических средств индивидуальной защиты в Техническом регламенте Таможенного союза и подтверждают законность получения сертификата соответствия, а также отражают соответствие показателям, прописанным в регламенте, таким образом Заказчик имеет право запросить данные протоколы у поставщика или производителя продукции.

Как ранее было отмечено, в соответствии с пунктом 1 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», в Аукционной документации должны быть указаны сведения, определенные Положением о закупках ОАО «РЖД», в том числе 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

Кроме того, согласно разделу 6 технического регламента Таможенного союза ТР ТС 009/2011, маркировку единым знаком обращения продукции на рынке государств-членов Таможенного союза, а также потребительские свойства, состав продукции на соответствие техническому заданию, возможно проверить и оценить только при рассмотрении запрашиваемых образцов, которые впоследствии будут рассматриваться как эталонные при входящем контроле качества при приемке поставляемой продукции

В связи с вышеизложенным, считаем, что требование предоставить протоколы аккредитованных испытательных лабораторий и образцы продукция являются обоснованными в связи производственной необходимостью, а именно для недопущения профессиональных кожных заболеваний у работников ОАО «РЖД», что является недопустимым нарушением законодательства условий безопасности труда со стороны работодателя и портит репутацию крупной Российской компании.

Статус поставщика в ранге производителя или официального представителя гарантирует, что поставляемая продукция не будет являться контрафактной и все требования, указанные выше, которые определяют безопасность продукции для здоровья человека, будут выполнены. А также, если произойдут какие-то изменения в самой консистенции продукта, которые вызовут претензии к качеству продукта, производитель или официальный представитель производителя смогут выдержать гарантийные обязательства, предъявляемые к продукту. При этом данные требования не ограничивают конкурентную среду и позволяют участвовать всем заявителям в аукционе. На сегодняшний день заявлено 7 участников, и все документы приняты к рассмотрению. Кроме того, все участники аукциона представили образцы товара, согласно требованию 3.2 аукционной документации.

На основании вышеизложенного, полагаем, что при проведении данного аукциона отсутствуют признаки нарушения статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

13. Считаем необходимым обратить внимание Новосибирского УФАС России на правовую позицию, изложенную Коллегией судей Высшего Арбитражного Суда РФ (в составе судей Кирюшиной В.Г., Гвоздилиной О.Ю., Юхней М.Ф.) в определении ВАС РФ от 14.04.2014 года № ВАС-3971/14 по делу № А51-11707/2013: «...Включение в документацию об аукционе требований к качеству, техническим характеристикам оборудования, соответствующим потребностям заказчика, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в аукционе и не является нарушением статье 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции"...Требования, предъявленные к закупаемому оборудованию, подлежали применению в равной степени ко всем участникам закупки, имевшим намерение участвовать в аукционе и поставить оборудование, соответствующее потребностям заказчика...».

Таким образом, в Аукционной документации были указаны требования в пунктах 2.1, 3.2 Аукционной документации, соответствующие потребностям ОАО РЖД», следовательно, в рассматриваемых действиях ОАО «РЖД» отсутствует нарушение статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

14. В соответствии со статьей 6 ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти (в т.ч. и для Федеральной антимонопольной службы), органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации, что ОАО «РЖД» и исполнило при проведении данного открытого аукциона в электронной форме.

При указанных обстоятельствах антимонопольному органу следует учитывать наличие прямого права ОАО «РЖД», установленного Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также учитывать устоявшуюся вышеуказанную в данных возражениях судебную практику и правовые позиции арбитражных судов и Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ.

Принимая во внимание, что действующее законодательство о закупках, в том числе Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», не содержит прямого запрета на возможность указания в документации требований, установленных пунктами 2.1, 3.2 Аукционной документации, можно сделать вывод, что требования пунктов 2.1, 3.2 Аукционной документации являются правомерными.

Учитывая вышеизложенное ОАО «РЖД» считает, что:

- каких-либо нарушений требований действующего антимонопольного законодательства (в том числе требований Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции») и установленного порядка проведения закупок со стороны ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 5257/ОАЭ-РЖДС/17 допущено не было;

- с учетом вышеизложенной правовой позиции ФАС России, Минэкономразвития РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ, действия ОАО «РЖД» при проведении Аукциона соответствуют требованиям антимонопольного законодательства и законодательства о закупках и не содержат какие-либо признаки ограничения конкуренции в отношении ООО «Спец Транс Резерв» на товарном рынке поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД».

Следовательно, руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 48 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и пунктом 3.138 Административного регламента № 339, Новосибирскому УФАС России следует

прекратить рассмотрение дела № 15 в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях ОАО «РЖД».

**Анализ содержания поступивших материалов, представленных документов и сведений позволяет сделать следующие выводы.**

При проведении закупки в форме открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5257/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году (извещение № 31705135375 на сайте <http://zakupki.gov.ru>) ОАО «РЖД» руководствовалось Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», ГК РФ и Положением о закупках ОАО «РЖД», согласованным ФАС России, нормативными документами ОАО «РЖД».

В соответствии с требованиями пунктами 2, 9 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и подпунктами 2, 9 пункта 201 Положения о закупках ОАО «РЖД» в документации о закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке, требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Во исполнение указанных требований пунктом 2.1. Аукционной документации установлено следующее квалификационное требование к участникам закупки: участник должен являться производителем либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем товаров либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику.

Данное требование установлено Заказчиком в связи с невозможностью на стадии

проведения Конкурса определить качество предлагаемого товара, а также исключить факт поставки контрафактной продукции.

Кроме того, указанное требование в соответствии с положениями части 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и пунктом 163 Положения о закупках ОАО «РЖД» в равной мере применялось ко всем участникам без исключения, что исключает нарушение принципов, установленных требованиями частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Указанная позиция подтверждается вступившими в силу судебными решениями - Определение Верховного Суда Российской Федерации от 13.06.2017 года № 305-КГ17-6231 по делу № А40-30023/2016, Определение Верховного Суда Российской Федерации от 03.04.2015 года № 306-КГ15-1535 по делу № А65-8455/2014, Определение Верховного Суда Российской Федерации от 17.02.2017 года № 305-КГ16-20584 по делу № А40-220477/15, Определение Верховного Суда Российской Федерации от 09.02.2017 года № 305-КГ16-20133 по делу № А40-180170/2015, Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.05.2017 года № 305-КГ17-5188 по делу № А40-234672/2015.

Таким образом, в действиях АО «РЖД» при проведении закупки в форме открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5257/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки дерматологических средств индивидуальной защиты для нужд ОАО «РЖД» в 2017 году (извещение № 31705135375 на сайте <http://zakupki.gov.ru>) не усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьей 39, частями 1-3 статьи 41, пунктом 1 части 1 статьи 48, статьей 49 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

Дело № 15 от 14.08.2017 года прекратить в связи с отсутствием в действиях Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» нарушений антимонопольного законодательства.