

Резолютивная часть решения объявлена 03.03.2020  
Ханты-Мансийск

г.

Решение изготовлено в полном объеме 04.03.2020

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре (далее — Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России) в составе:

Председатель комиссии:

<.....> - врио заместителя руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре;

Члены Комиссии:

<.....> – государственный инспектор отдела защиты конкуренции и соблюдения рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре;

<.....> – эксперт отдела защиты конкуренции и соблюдения рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре;

в присутствии представителя Ответчика - ООО Предприятие «ПИК» <.....>,

рассмотрев дело № 086/01/11-15/2019 по признакам нарушения АО «КТЦ Металлоконструкция», ООО Предприятие «ПИК» пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В отдел защиты конкуренции и соблюдения рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу – Югре (далее — Управление) поступила служебная записка с отдела правовой экспертизы и контроля органов власти Управления, указывающая на признаки нарушения антимонопольного законодательства,

выявленные в ходе рассмотрения дела №05-06-2/2018, в действиях АО «КТЦ Металлоконструкция» и ООО Предприятие «ПИК».

По результатам рассмотрения вышеуказанных материалов было установлено следующее.

31.08.2017 г. Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Ханты-Мансийскому автономному округу-Югре по контролю в сфере размещения заказов была рассмотрена жалоба ООО Предприятие «ПИК» (от 25.08.2017 №1331-Ж) на действия аукционной комиссии Уполномоченного органа – Департамента государственного заказа ХМАО-Югры, заказчика – КУ ХМАО-Югры «Управление автомобильных дорог» при проведении электронного аукциона № 0187200001717000738 на предмет: «Выполнение работ по ремонту объекта: Обустройство опасных участков улично-дорожной сети дорожными ограждениями и замена ограждений, не отвечающих требованиям нормативов на автомобильных дорогах Ханты-Мансийского автономного округа – Югры в Ханты-Мансийском, Октябрьском, Кондинском, Советском и Белоярском районах».

Заявитель в своей жалобе указывал следующее.

Согласно протоколу рассмотрения заявок, заявка не соответствует требованиям ГОСТ 33128-2014 и документации об аукционе, а именно: изменены неизменяемые показатели используемого товара (требовалось толщина покрытия для основных элементов ограждений «Должна быть не менее 80 мкм (неизменный показатель)», участник предлагает «не менее 80 мкм»; требовалось толщина покрытия для крепежных деталей ограждений «Должна быть не менее 30 мкм (неизменный показатель)», участник предлагает «не менее 30 мкм») (пункт 2 части 4 статьи 67 Федерального закона от 05 апреля 2013 года № 44-ФЗ).

Участник закупки предоставил полную и достоверную информацию в соответствии с ч.3 ст.66 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ. Но был отклонен по формальному основанию: несоответствие требованиям документации. При этом конкретные показатели, соответствующие значениям, установленным документацией о таком аукционе, были даны.

В «требованиях к используемым материалам (пояснительная записка)» необходимые характеристики материалов представлены в виде таблицы, состоящей из четырех столбцов с следующими наименованиями: №п/п; Наименование товара к которому относится параметр и требуемое значение; Наименование показателя;

Конкретные показатели.

Сведения, содержащиеся в последних двух столбцах, образуют самостоятельные двусоставные предложения. Рассмотрению подлежат синтаксические единицы: «Толщина покрытия для основных элементов ограждений должна быть не менее 80 мкм (неизменный показатель); «Толщина покрытия для крепежных деталей ограждений должна быть не менее 30 мкм (неизменный показатель)».

В данных предложениях сказуемые являются составными именными, образуются из двух частей, одна из которых (не менее 30 мкм) выражает лексическое значение сказуемого, а первая (должна быть) — грамматическое значение наклонения, времени, рода и числа глагола.

Слово «должен» употреблено в своем первом значении: «обязан» (Большой толковый словарь русского языка. Гл. ред. С. А. Кузнецов. Первое издание: СПб.: Норинт, 1998. Публикация в авторской редакции 2014 года). Значение глагола «быть»: «существовать, иметься». (Большой толковый словарь русского языка. Гл. ред. С. А. Кузнецов. Первое издание: СПб.: Норинт, 1998. Публикация в авторской редакции 2014 года).

Таким образом, смысл рассматриваемых предложений следующий: «Толщина покрытия для основных элементов ограждений непременно будет (есть) не менее 80 мкм», «Толщина покрытия для крепежных деталей ограждений непременно будет (есть) не менее 30 МКМ».

VI!

В требованиях к материалам заказчик во всех случаях указывает предположительные характеристики, и глагольная связка «должен быть» присутствует, как нулевая, в каждом предложении, образуемом из таблицы, содержащей значения показателей.

В то же время участник указывает конкретные характеристики на товары, которые может предоставить, сочетание «должен быть» не имеет лексического значения, а лишь выступает как связка. Следовательно, предложения которые могут быть представлены со стороны участника: «Толщина покрытия для основных элементов ограждений должна быть

не менее 80 мкм (неизменный показатель)» и «Толщина покрытия для основных элементов ограждений не менее 80 мкм (неизменный показатель)» приобретают в данном случае одно лексическое значение.

Законодатель в ч.2 ст. 33 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ отмечает: «Документация о закупке в соответствии с требованиями, указанными в части 1 настоящей статьи, должна содержать показатели, позволяющие определить соответствие закупаемых товара, работы, услуги установленным заказчиком требованиям. При этом указываются максимальные и (или) минимальные значения таких показателей, а также значения показателей, которые не могут изменяться».

Заказчик в «требованиях к используемым материалам (пояснительная записка)» делит сам показатель на «наименование показателя» и его конкретную характеристику, параметр эквивалентности, что не противоречит указанной выше статье.

При этом связка «должен быть» входит в характеристику показателя, но не влияет на конкретное значение показателя. Таким образом, участником закупки предоставлены конкретные значения показателей. В соответствии с ч.1 ст.64 Федерального закона от 05.04.2013 44-ФЗ документация об электронном аукционе должна содержать следующую информацию "требования к содержанию, составу заявки на участие в таком аукционе в соответствии с частями 3-6 статьи 66 настоящего Федерального закона и инструкция по ее заполнению. При этом не допускается установление требований, влекущих за собой ограничение количества участников такого аукциона или ограничение доступа к участию в таком аукционе".

В соответствии с инструкцией Заказчиком установлено: «Значения предлагаемых участником показателей не должны содержать слова или сопровождаться словами «должен быть». При несоблюдении указанных требований заявка участника подлежит отклонению».

Также в соответствии с инструкцией Заказчиком установлено: «При предоставлении участниками конкретных значений показателей необходимо исключить употребление слов и словосочетаний: «или», «либо», «и (или)», «должен быть/иметь», «должна быть/иметь», «должны быть/иметь», «может», «в основном», «и другое», «в пределах», «ориентировочно», «не более», «не менее», «не ранее», «не хуже», «не выше», «не ниже», «до» (за исключением диапазонных значений), «от» (за исключением диапазонных значений), «более», «менее», «выше», «ниже», «возможно» за исключением случаев, когда рядом с установленным показателем заказчиком указано «значение является неизменным» или характеристика товара указана в колонке «Значения показателей, которые не могут изменяться (неизменяемое).».

Рассмотрим первый выделенный абзац. Дано четкое указание на то, что словосочетание «должен быть» не может употребляться заказчиком. Следует отметить, заказчик счел нужным в инструкции по заполнению первой части заявки разделить сведения по разделам: Раздел I «конкретные значения»; Раздел II «диапазонные значения»; Раздел III «общие сведения». При этом рассматриваемый абзац стоит перед перечисленными разделами, то есть, сведения, содержащиеся в нем, относятся ко всем показателям, независимо от того, отражают ли они конкретные значения или относятся к диапазонным.

Рассмотрим второй выделенный абзац. Данный абзац состоит из одного сложноподчиненного предложения, содержащего обобщающее словосочетание «слов и словосочетаний» и однородных членов. Спорный момент возникает по поводу второй части предложения: «за исключением случаев, когда рядом с установленным показателем заказчиком указано «значение является неизменным» или характеристика товара указана в колонке «Значения показателей, которые не могут изменяться (неизменяемое)». Ко всем ли однородным членам относится данное замечание. Если бы оно относилось ко всем перечисленным однородным членам, то после них стояло бы тире. «Двоеточием и тире выделяется перечисление, находящееся в середине предложения, если этому перечислению предшествует обобщающее слово, а после перечисления предложение продолжается» («Правила русской орфографии и пунктуации»: РИОР; Москва; 2001).

Учитывая правила русского языка, его следует отнести к последним однородным членам, при этом, к каким конкретно, установить не представляется возможным. Если не брать во внимание правила русского языка, тогда смысл данного абзаца следует толковать следующим образом (суждения конкретно по словосочетанию «должен быть»): при указании конкретных значений «должен быть» нельзя употреблять, но если это неизменный показатель, участник обязан оставить данное словосочетание. В этом случае инструкция содержит два противоречащих друг другу утверждения: «словосочетание должен быть. в принципе нельзя употреблять» и «при неизменных показателях словосочетание «должен быть» обязательно». Заказчик выделил требования к значениям предлагаемых участником показателей, содержащих словосочетание «должен быть» в отдельное предложение, обозначил курсивом, ни одно другое «сигнальное» сочетание не было подчеркнуто подобным образом, это еще один аргумент в пользу того, что правило «Значения предлагаемых участником показателей не должны содержать слова

или сопровождаться словами «должен быть» относится ко всем показателям.

В соответствии со ст.34 БК РФ принцип эффективности использования бюджетных средств означает, что при составлении и исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий должны исходить: из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств (экономности).

Также в соответствии со ст.34 БК РФ принцип эффективности использования бюджетных средств означает, что при составлении и исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках установленных им бюджетных полномочий должны исходить из необходимости достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств (результативности).

Статьей 8 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» установлен принцип обеспечения конкуренции, в соответствии с которым запрещается совершение заказчиками любых действий, которые противоречат требованиям настоящего Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

Арбитражный суд Центрального округа в Постановлении от 30 ноября 2016 г. по делу № А64-1401/2016 указал, что "Из взаимосвязанных целей регулирования Закона №44-ФЗ и Закона №135-ФЗ следует, что заказчики при описании объекта закупки должны таким образом зафиксировать требования к закупаемым товарам, работам, услугам, чтобы, с одной стороны, повысить шансы на приобретение товара именно с такими характеристиками, которые им необходимы, а с другой стороны - не ограничить количество участников закупки". Данные выводы поддержаны Определением Верховного Суда Российской Федерации от 29.03.2017 №310-КГ17-1646.

При таких обстоятельствах Заказчик обязан доказать, что установленные им в описании товара и инструкции требования к использованию слов "должен быть" направлены на то, чтобы повысить шансы на приобретение товара именно с такими характеристиками, которые им необходимы, а с другой стороны - не ограничить количество участников закупки. Разумеется, это невозможно.

Установленные Заказчиком в описании товара и инструкции требования к использованию слов "должен быть" оказались прямо направлены на то, что из 4 заявок была допущена только 1. В результате указанных нарушений до участия в аукционе допущена только одна заявка, аукцион признан несостоявшимся, контракт планируется заключить с единственным поставщиком, цена контракта осталась неизменной.

Участник добросовестно предоставил необходимую информацию и конкретные показатели, ограничение к допуску участника противоречит установленным законодательством принципам.

В ходе рассмотрения доводов Заявителя Комиссией Управления установлено следующее.

В соответствии с требованиями части 1 и 2 статьи 24 Закона о контрактной системе Заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя). Конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее также - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений.

Согласно части 1 статьи 59 Закона о контрактной системе под аукционом в электронной форме (электронным аукционом) понимается аукцион, при котором информация о закупке сообщается заказчиком неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении такого аукциона и документации о нем, к участникам закупки предъявляются единые требования и дополнительные требования, проведение такого аукциона обеспечивается на электронной площадке ее оператором.

Извещение и аукционная документация о проведении электронного аукциона, предметом которого является выполнение работ по ремонту объекта: Обустройство опасных участков улично-дорожной сети дорожными ограждениями и замена ограждений, не отвечающих требованиям нормативов на автомобильных дорогах Ханты-Мансийского автономного округа - Югры в Ханты-Мансийском,

Октябрьском, Кондинском, Советском и Белоярском районах (извещение №0187200001717000738) размещены на официальном сайте единой информационной системы 27.07.2017. £

Согласно протоколу рассмотрения заявок на участие в аукционе в электронной форме от 18.08.2017 №0187200001717000738-1 заявке с порядковым номером 3 (ООО Предприятие «ПИК») отказано в допуске к участию в аукционе по следующим основаниям: «Заявка не соответствует требованиям ГОСТ 33128-2014 и документации об аукционе, а именно: изменены неизменяемые показатели используемого товара (требовалось толщина покрытия для основных элементов ограждений «Должна быть не менее 80 мкм (неизменный показатель)», участник предлагает «не менее 80 мкм (неизменный показатель)»; требовалось толщина покрытия для крепежных деталей ограждений «Должна быть не менее 30 мкм (неизменный показатель)», участник предлагает «не менее 30 мкм (неизменный показатель)» (пункт 2 части 4 статьи 67 Федерального закона от 05 апреля 2013 года № 44-ФЗ)».

В соответствии с требованиями Технического задания, являющегося неотъемлемой частью аукционной документации Заказчиком установлены следующие требования к используемым материалам (пояснительная записка).

Выполнение работ по ремонту объекта: Обустройство опасных участков улично- дорожной сети дорожными ограждениями и замена ограждений, не отвечающих требованиям нормативов на автомобильных дорогах Ханты-Мансийского автономного округа - Югры в Ханты-Мансийском, Октябрьском, Кондинском, Советском и Белоярском районах.

№п/п	Наименование товара к которому относится параметр и требуемое значение	Наименование показателя	Конкретные показатели
		Уровень удерживающей способности	Не менее 190 кДж
		Обозначения уровня удерживающей способности	Не менее У2
		Высота ограждения	0.75 м

1.	Ограждение удерживающее боковое деформируемое барьерного типа	Шаг стоек	1-4 м
		Высота стойки	Не более 1,6 м
		Тип покрытия	оцинкованное
		Толщина Секции балки	2,5 мм
		Вид балки	Двойная волна
		Метод нанесения покрытия для основных элементов ограждений, ГОСТ 9.307	горячее цинкование
		Толщина покрытия для основных элементов ограждений	Должна быть не менее 80 мкм (неизменный показатель).
		Метод нанесения покрытия для крепежных деталей ограждений, ГОСТ 9.307	горячее цинкование
		Толщина покрытия для крепежных деталей ограждений	Должна быть не менее 30 мкм (неизменный показатель).
		Световозвращатели дорожные типа КД - 5, 32866-2014.	сертифицированы на соответствие требованиям ТР ТС 014/2011 «Безопасность автомобильных дорог».  Изготовлены из стали толщиной 3 мм в соответствии с ГОСТ 32866-2014. Пленка применяемая на световозвращателях алмазного типа В
2.	Ограждение удерживающее мостовое	Уровень удерживающей способности	Не менее 300 не более 350 кДж
		Обозначения уровня удерживающей способности	Не менее У4 не более У5
		Высота ограждения	1,1 м
		Шаг стоек	Не более 2,0 м
		Высота стойки	Не более 1.13 м
		Тип покрытия	оцинкованное
		Толщина Секции балки	3 мм
		Вид балки	Двойная волна
		Метод нанесения покрытия для основных элементов ограждений, ГОСТ 9.307	горячее цинкование
		Толщина покрытия для основных элементов ограждений	Должна быть не менее 80 мкм (неизменный показатель).
		Метод нанесения покрытия для	

Деформируемое барьерного типа	крепежных деталей ограждений, ГОСТ 9.307	горячее цинкование
	Толщина покрытия для крепежных деталей ограждений	Должна быть не менее 30 мкм (неизменный показатель).
	Световозвращатели дорожные типа КД - 5, 32866-2014	сертифицированы на соответствие требованиям ТР ТС 014/2011 «Безопасность автомобильных дорог». Изготовлены из стали толщиной 3 мм в соответствии с ГОСТ 32866-2014. Пленка применяемая на световозвращателях алмазного типа В

Пунктом 7.8 ГОСТа 33128-2014 «Дороги автомобильные общего пользования. Ограждения дорожные. Технические требования» установлено, что стальные элементы конструкций барьерных ограждений и открытые металлические детали железобетонных ограждений должны быть покрыты защитным антикоррозийным покрытием. При использовании метода горячего цинкования покрытие должно иметь толщину не менее 80 мкм для стоек и балок, 60 мкм - для консолей и малогабаритных деталей, 30 мкм - для крепежных деталей. При термическом цинковании толщина покрытия не должна быть менее 100 мкм для основных деталей и 40 мкм для крепежных деталей. При использовании лакокрасочных покрытий следует учитывать требования ГОСТ 9.401.

При анализе первой части заявки участника закупки ООО Предприятие «ПИК» Комиссией Управления установлено, что данная заявка соответствует в полном объеме требованиям аукционной документации (техническому заданию и инструкции по заполнению заявки на участие в электронном аукционе) по следующим основаниям.

Указание в документации об аукционе основных параметров и технических характеристик с какими-либо формулировками (например: «должен быть», «должен иметь» и т. п.) не препятствует участникам закупки предложить в заявке товар либо характеристики товара, имеющие аналогичные или улучшенные технические характеристики, а также соответствующие потребностям заказчика.

В данном случае, потребностью Заказчика является толщина покрытия для основных элементов ограждений с показателем «не менее 80 мкм (неизменный показатель)» и толщина покрытия для крепежных деталей ограждений с показателем «не менее 30 мкм (неизменный показатель)».

Кроме того, на заседании Комиссии Управления Заказчиком не были предоставлены документы, опровергающие факт предоставления участником закупки с порядковым номером 3 (ООО Предприятие «ПИК») информации о товаре, которая не соответствует требованиям аукционной документации и ГОСТу 33128-2014 «Дороги автомобильные общего пользования. Ограждения дорожные. Технические требования».

Аналогичная правовая позиция изложена в постановлениях Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 23.01.2014г. по делу № А63-17117/2012, от 14.08.2013 по делу № А63-13893/2012, от 06.11.2012 по делу № А15-2384/2011, Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.05.2012 по делу № А05-9577/2011.

Также Комиссия Управления отмечает, что требования аукционной документации при их применении не могут быть чрезмерно формализованы, терминология, применяемая участниками аукциона может отличаться от изложения инструкции по заполнению заявки при соблюдении принципов полноты и достоверности информации, предусмотренных статьей 7 Закона о контрактной системе, а также учитывая принцип профессионализма заказчика, предусмотренного статьей 9 Закона о контрактной системе, из которого следует, что заказчик обладает профессиональными познаниями относительно характеристик закупаемой продукции. Иная трактовка законодательства обозначала бы наличие необоснованных препятствий для участия в аукционе, не соответствовала целям экономии бюджета и эффективности осуществления закупок. Аналогичная позиция содержится в решении Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа-Югры по делу № А75-13421/2015.

Из анализа норм Закона о контрактной системе следует, что одной из его целей является эффективное использование средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования.

Статьей 34 Бюджетного кодекса Российской Федерации установлен принцип результативности и эффективности использования

бюджетных средств, на основании которого при исполнении бюджетов участники бюджетного процесса в рамках определенных для них бюджетных полномочий должны исходить из необходимости достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств или достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств.

Согласно части 5 статьи 39 Закона о контрактной системе заказчик включает в состав комиссии преимущественно лиц, прошедших профессиональную переподготовку или повышение квалификации в сфере закупок, а также лиц, обладающих специальными знаниями, относящимися к объекту закупки.

В соответствии с требованиями части 1 статьи 34 Закона о контрактной системе контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке, заявкой, окончательным предложением участника закупки; с которым заключается контракт, за исключением случаев, в которых в соответствии с настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

Согласно части 1 статьи 70 Закона о контрактной системе по результатам электронного аукциона контракт заключается с победителем такого аукциона, а в случаях, предусмотренных настоящей статьей, с иным участником такого аукциона, заявка которого на участие в таком аукционе в соответствии со статьей 69 настоящего Федерального закона признана соответствующей требованиям, установленным документацией о таком аукционе.

В соответствии с требованиями части 2 статьи 70 Закона о контрактной системе в течение пяти дней с даты размещения в единой информационной системе указанного в части 8 статьи 69 настоящего Федерального закона протокола заказчик размещает в единой информационной системе без своей подписи проект контракта, который составляется путем включения цены контракта, предложенной участником электронного аукциона, с которым заключается контракт, информации о товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара), указанной в заявке на участие в таком аукционе его участника, в проект контракта, прилагаемый к документации о таком аукционе.

Поскольку, первая часть заявки участника закупки фактически является Спецификацией к будущему государственному контракту, то она описывает фактические (достоверные и полные сведения) технические характеристики товара (оборудования).

Частью 1 статьи 67 Закона о контрактной системе, аукционная комиссия проверяет первые части заявок на участие в электронном аукционе, содержащие информацию, предусмотренную частью 3 статьи 66 настоящего Федерального закона, на соответствие требованиям, установленным документацией о таком аукционе в отношении закупаемых товаров, работ, услуг.

Как следует из требований части 3 статьи 67 Закона о контрактной системе, „по результатам рассмотрения первых частей заявок на участие в электронном аукционе, содержащих информацию, предусмотренную частью 3 статьи 66 настоящего Федерального

закона, аукционная комиссия принимает решение о допуске участника закупки, подавшего

заявку на участие в таком аукционе, к участию в нем и признании этого участника закупки участником такого аукциона или об отказе в допуске к участию в таком аукционе в порядке и по основаниям, которые предусмотрены частью 4 настоящей статьи.

В соответствии с частью 4 статьи 67 Закона о контрактной системе, участник электронного аукциона не допускается к участию в нем в случае:

непредоставления информации, предусмотренной частью 3 статьи 66 настоящего Федерального закона, или предоставления недостоверной информации;

несоответствия информации, предусмотренной частью 3 статьи 66 настоящего Федерального закона, требованиям документации о таком аукционе.

Частью 5 статьи 67 Закона о контрактной системе установлено, что отказ в допуске к участию в электронном аукционе по основаниям, не предусмотренным частью 4 настоящей статьи, не допускается.

На основании вышеизложенного, Комиссия Управления приходит к выводу, что указание либо не указание в первой части заявки словосочетания «должен быть» не играет ни какой функциональной роли для товара, предложенного участником закупки, так как указанное выше словосочетание не относится к показателю

(конкретному либо неизменному). В данном случае показателем является именно значение «не менее 80 мкм» и «не менее 30 мкм» в соответствии с требованиями ГОСТа 33128-2014.

Комиссией Управления отмечает, что заявка участника закупки с порядковым номером 3 (ООО Предприятие «ПИК») по спорным позициям - «толщина покрытия для основных элементов ограждений с показателем «не менее 80 мкм (неизменный показатель)» и «толщина покрытия для крепежных деталей ограждений с показателем «не менее 30 мкм (неизменный показатель)» включает в себя все необходимые характеристики (показатели), требуемые Заказчиком, в связи с чем, по данным позициям аукционная комиссия необоснованно пришла к выводу о том, что заявка участника закупки с порядковым номером 3 (ООО Предприятие «ПИК») не соответствует требованиям ГОСТа 33128-2014 и документации об аукционе

Требования к заявке не должны быть формальным препятствием к участию в электронном аукционе: их цель - исключить ненадлежащих участников.

Таким образом, в нарушении части 5 статьи 67 Закона о контрактной системе аукционная комиссия необоснованно отказала в допуске к участию в электронном аукционе участнику закупки с порядковым номером 3 (ООО Предприятие «ПИК»).

Таким образом, по результатам рассмотрения жалоб в действиях аукционной комиссии признаны нарушения части 5 статьи 67 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», в связи с чем было выдано предписание об устранении нарушений действующего законодательства Российской Федерации о размещении заказов, а именно:

- отменить все протоколы, составленные при проведении электронного аукциона № 0187200001717000738;
- вернуться к стадии рассмотрения первых частей заявок.

Во исполнение выданного Ханты-Мансийским УФАС России предписания Уполномоченный орган – Департамент государственного заказа ХМАО-Югры, заказчик – КУ ХМАО-Югры «Управление автомобильных дорог» повторно провело закупки в форме электронного аукциона № 0187200001717000738, по результатам которых с АО «КТЦ Металлоконструкция» был заключен

государственный контракт №08/17/371 от 11.10.2017г. на выполнение работ по ремонту объекта: Обустройство опасных участков улично-дорожной сети дорожными ограждениями и замена ограждений, не отвечающих требованиям нормативов на автомобильных дорогах Ханты-Мансийского автономного округа – Югры в Ханты-Мансийском, Октябрьском, Кондинском, Советском и Белоярском районах».

Однако, ООО Предприятие «ПИК» не участвовало в повторном аукционе, несмотря на вынесенные решения по результатам рассмотрения жалоб от 24.08.2017 №1321-Ж, от 25.08.2017 №1331-Ж и отмены аукционов № 0187200001717000738.

При этом, в рамках исполнения государственного контракта №08/17/371, АО «КТЦ Металлоконструкция» был заключен договор №2017-1180 от 11.10.2017 с ООО Предприятие «ПИК» на субподрядные работы.

В вышеуказанных действиях АО «КТЦ Металлоконструкция» с ООО Предприятие «ПИК» Управлением усмотрены признаки нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в достижении устного картельного соглашения, реализация которого привела к поддержанию цены на аукционе в электронной форме с реестровыми №0187200001717000738.

Согласно пункта 18 Закона о защите конкуренции, соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В соответствии со ст. 22 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также – Закон о защите конкуренции) антимонопольный орган призван обеспечивать государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства, выявлять нарушения антимонопольного законодательства, принимать меры по прекращению нарушений антимонопольного законодательства и привлекать к ответственности за такие нарушения; предупреждать монополистическую деятельность,

недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами.

В целях реализации своих функций и целей, административный орган наделен рядом полномочий, определенных ст. 23 Закона о защите конкуренции, в числе которых - недопущение действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства.

В соответствии с п. 6 Положения о Территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службы № 649/15 от 23.07.2015 территориальный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляет функции по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства.

Территориальный орган ФАС России имеет право возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства (п. 6.4 Положения), выдавать предписания, обязательные для исполнения юридическими и физическими лицами, территориальными органами федеральных органов исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления, в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством (п. 6.5.1 Положения).

Согласно п.3 ч.2 ст.39 Закона о защите конкуренции, основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства является, в том числе обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Приказом от 03.06.2019 №90 в отношении АО «КТЦ Металлоконструкция» и ООО Предприятие «ПИК» было возбуждено дело №086/01/11-15/2019 по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

21.01.2020 Комиссией принято заключение об обстоятельствах дела.

Согласно пояснениям ответчиков, сговора между ними не было, имело место объективное взвешенное решение исходя из производственных возможностей предприятий.

Договор был заключен на уровне начальной максимальной цены контракта, в результате чего не соблюдены интересы субъекта по уменьшению нагрузки на региональный бюджет путем оптимизации стоимости работ в результате проведения конкурентных процедур на торгах.

Кроме того, заключение договора на уровне максимальной начальной цены контракта с учетом привлечения значительного количества субподрядных организаций создает потенциальную опасность вовлечения в сферу оборота бюджетных средств организаций, номинально осуществляющих хозяйственную деятельность и привлекаемых исключительно с целью завышения объемов работ и получения необоснованной налоговой выгоды (также подтверждается позицией, указанному в Определении ВС РФ по делу №304-ЭС20-1732).

Так же в ходе анализа документов, представленных АО «КТЦ Металлоконструкция» и ООО Предприятие «ПИК» установлено следующее.

Между вышеуказанными лицами были заключены гражданско-правовые отношения, также АО «КТЦ Металлоконструкция» и ООО Предприятие «ПИК» неоднократно совместно участвовали в торгах, что подтверждается информацией из ЕИС.

Вышеуказанные факты в совокупности с фактом о заключении договора субподряда свидетельствуют об устойчивых партнерских, а не конкурентных связях между участниками картеля, а также о наличии налаженных контактов между ответчиками, скоординированности их действий и постоянного обмена информацией между ними.

Формально аукцион был проведен в соответствии с правилами, определенными Законом о контрактной системе, однако поведение участников аукциона выглядит неестественным с точки зрения реальной конкуренции.

По результатам торгов, став победителем АО «КТЦ Металлоконструкция», мог исполнять государственный контракт самостоятельно. Вместо этого, между АО «КТЦ Металлоконструкция» и ООО Предприятие «ПИК» заключен договор субподряда по цене — 180

268 268,40 руб., что на 910 446 руб. ниже, чем ООО СК «ЮВИС» предлагало на аукционе. Для исполнения передан весь объем работ, предусмотренный государственным контрактом.

Антиконкурентное соглашение проявилось в поведении ООО «ЗССК», ООО «Ресайклинговые технологии», ООО СК «ЮВИС» при участии в аукционе и после его проведения, т. е. в процессе исполнения заключенного контракта.

Участвуя в торгах ООО «ЗССК» и ООО СК «ЮВИС» сделали одно ценовое предложение с минимальным шагом снижения, т. е. ООО СК «ЮВИС», не подавая следующее ценовое предложение, ниже предложения ООО «ЗССК», понимало, что не выиграет аукцион. Такое поведение может быть признано обоснованным с экономической точки зрения только в том случае, если организация уверена, что заявка ООО «ЗССК» будет признана не соответствующей, что в принципе невозможно, если исключить отсутствие их осведомленности о действиях друг друга. В другом же случае: ООО СК «ЮВИС» предполагало, что, несмотря на указанные действия, Общество все равно получит выгоду от мнимого участия на аукционе, что и проявилось в дальнейших действиях участников в виде заключения договора субподряда.

Управление считает, что ООО «ЗССК», ООО «Ресайклинговые технологии», ООО СК «ЮВИС» вместо того, чтобы вести конкурентную борьбу за право заключения контракта действовали как партнеры по бизнесу. Это видно из вышеописанных их действий. В результате ООО «ЗССК» получило прибыль в размере предложенной цены на аукционе за вычетом перепродажи контракта ООО СК «ЮВИС». ООО СК «ЮВИС» получило прибыль от исполнения контракта.

Комиссия отмечает, что понятие «картель» в российском праве гармонизировано с нормами международного права.

Картели запрещены безусловно - *per se* («как таковые»). Картель сформулирован в законе как формальный состав правонарушения. Это основное его отличие от других антиконкурентных соглашений, что и определяет предмет доказывания по делам о картелях. Ввиду чего наличие картельного сговора даже не ставится в зависимость получения прибыли участниками картеля.

Также Управлением установлено аналогичное поведение ООО СК «ЮВИС» и ООО «ЗССК» во время участия в аукционе № 0187300001718000014 и при исполнении контракта, заключенного по ее результатам.

Статьей 1 Закона № 44-ФЗ предусмотрено, что данный закон регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

Согласно пунктов 2 и 4 статьи 24 Закона № 44-ФЗ конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее также - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений. Под аукционом понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта.

Порядок проведения электронного аукциона установлен статьей 68 Закона № 44-ФЗ.

Согласно действующему законодательству аукцион является конкурентной процедурой, в рамках которой участвующие в нем лица, а также отказавшиеся от участия в результате антиконкурентного соглашения являются между собой конкурентами вне зависимости от характеристик предмета и условий аукциона.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 1 Закона о защите конкуренции, настоящий Федеральный закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации.

Статьей 1 Закона № 44-ФЗ предусмотрено, что данный закон регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления

таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок.

Согласно пунктов 2 и 4 статьи 24 Закона № 44-ФЗ конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (далее также - электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений. Под аукционом понимается способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя), при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта.

Порядок проведения электронного аукциона установлен статьей 68 Закона № 44-ФЗ.

Все участники аукциона действуют на одном товарном рынке, являются конкурентами.

Согласно ч. 2 ст. 8 Закона о контрактной системе конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг.

Согласно п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них воздействовать на общие условия обращения товаров на рынке.

Из смысла указанных норм следует, что конкурирующие субъекты обязаны вести самостоятельную и независимую борьбу за потребителя поставляемых ими товаров, а попытки любого рода кооперации в этом вопросе нарушают запреты антимонопольного законодательства.

Таким образом, конкуренция предполагает определенную состязательность хозяйствующих субъектов, находящихся на товарном рынке.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, если такие

соглашения приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах.

В соответствии с частью 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции, соглашение – договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Разъяснения, содержащиеся в п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», применимы и к доказыванию соглашений, поскольку разъясняет возможность доказывания как согласованных действий, так и соглашений через их результат в отсутствие документального подтверждения договоренности об их совершении (данный вывод подтверждается также судебными актами по делам № А71-992/2011, № А40-64690/12). Иное применение указанных разъяснений будет являться неверным толкованием норм материального права, что подтверждается постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа № Ф09-6977/11 от 02.11.2011 по делу №А71-992/2011, оставленному в силе Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № ВАС-15592/11 от 13.02.2012.

Кроме того, согласно Разъяснениям Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», антиконкурентные соглашения являются правонарушением и поэтому не подлежат оценке с точки зрения соответствия требованиям, которые предъявляются гражданско-правовым законодательством к форме договоров (сделок). Следовательно, не соблюдение формы гражданско-правового договора не может расцениваться как свидетельство отсутствия недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения.

Факт наличия антиконкурентного соглашения может быть доказан, в том числе, с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов.

Правонарушение установлено антимонопольным органом на основании совокупности доказательств.

При этом, Арбитражный суд Северо-Западного округа в постановлении от 23.04.2015 № А42-2564/2014 указал, что для констатации антиконкурентного соглашения необходимо

проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий может сыграть решающую роль.

Соглашение, достигнутое в устной форме, не может и не должно быть документально подтверждено. В отсутствие доказательств наличия письменного соглашения вывод о существовании между сторонами устного соглашения может быть сделан на основе анализа их поведения, и доказывание наличия антиконкурентного соглашения между субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности.

Необходимость доказывания антимонопольным органом фактического исполнения участниками условий соглашения отсутствует, поскольку нарушение состоит в достижении договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в ч.1 ст. 11 Закона о защите конкуренции последствиям.

Вышеизложенная позиция подтверждается судебной практикой, в частности судебными актами судов трех инстанций по делу № А40-323/2015, оставленными в силе Постановлением Верховного суда г. Москвы от 11.02.2016 № 305-АД15-18019, Постановлением Пятого арбитражного апелляционного суда от 15.07.2013 по делу № А59-5489/2012, Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.03.2013 по делу №А40-64690/12, Постановлением Девятого арбитражного апелляционного по делу № А40-49972/14.

В соответствии с пунктом 5 части 1 статьи 49 Закона о защите конкуренции Комиссия при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства разрешает вопрос о выдаче предписаний и об их содержании, а также о необходимости осуществления других действий, направленных на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства.

С учетом вышеизложенного, учитывая совокупность имеющихся доказательств, в том числе объяснения лиц, участвующих в деле, Комиссия Ханты-Мансийского УФАС России пришла к выводу об отсутствии необходимости в выдаче ООО Предприятие «ПИК» и АО «КТЦ Металлоконструкция» обязательного для исполнения предписания об устранении нарушения антимонопольного законодательства, в связи с исполнением вышеуказанных контрактов в полном объеме.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1 - 4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях ООО Предприятие «ПИК» (603053, г.Нижний Новгород, ул.Ковпака 1 А, ИНН 5257002344), АО «КТЦ Металлоконструкция» (432042, г.Ульяновск, ул.Московское шоссе, 22 Б, ИНН 7327002626) нарушение пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в заключении устного картельного соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах № 0187200001717000738.

2. ООО Предприятие «ПИК» (603053, г.Нижний Новгород, ул.Ковпака 1 А, ИНН 5257002344) (представителю, с надлежащим образом оформленной доверенностью на участие в административном производстве) надлежит явиться «28» апреля 2020 года в «11» часов «00» минут по адресу: г. Ханты-Мансийск, ул. Мира, д. 27, зал заседаний, для дачи объяснений по факту нарушения, а также для подписания протокола об административном правонарушении по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, со всеми правами, предусмотренными статьей 25.5 КоАП РФ.

3. АО «КТЦ Металлоконструкция» (432042, г.Ульяновск, ул.Московское шоссе, 22 Б, ИНН 7327002626) надлежит явиться «28» апреля 2020 года в «11» часов «30» минут по адресу: г. Ханты-Мансийск, ул. Мира, д. 27, зал заседаний, для дачи объяснений по факту нарушения, а также для подписания протокола об административном правонарушении по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, со всеми правами, предусмотренными статьей 25.5 КоАП РФ.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня принятия Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа – Югры.

Председатель комиссии

<.....>

Члены Комиссии:

<.....>

<.....>