

РЕШЕНИЕ

по делу № 1-00-681/77-19 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

26.03.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

при участии представителей АО «ММП имени В.В. Чернышева» Баранова А.В. (по доверенности от 29.06.2019 № 77/768-н/77-2018-1-562), Яковлевой Л.А.

(по доверенности от 20.03.2019 № 31),

в отсутствие представителей ООО «Остек студио» (уведомлено надлежащим образом письмом Московского УФАС России от 20.03.2019 № ТФ/12773/19, о переносе рассмотрения жалобы от 21.03.2019 № б/н),

рассмотрев жалобу ООО «Остек студио» (далее также - Заявитель) на действия АО «ММП имени В.В. Чернышева» (далее также - Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку радиографической пленки (реестровый № 31907566444) (далее - Закупка) в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

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

Заявитель оспаривает требования документации, которые необоснованно ограничивают конкуренцию из-за невозможности поставить аналог указанного в документации товара, что нарушает требования ч. 6.1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Проанализировав заявленный довод, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая случаи, предусмотренные ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

Представитель Заказчика с доводами Заявителя не согласился, представив письменные возражения.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации (далее - ГК РФ), настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утверждёнными с учётом положений ч. 3 ст. 2 Закон о закупках правовыми актами,

регламентирующими правила закупки.

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

Сведения о присоединении Заказчика к Единому положению о закупке №1170125296 Государственной корпорации «Ростех» (далее - Положение о закупках) размещены на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее - Официальный сайт; ЕИС).

Извещение о проведении Закупки размещено в ЕИС 25.02.2019. Положения документации обжалуются им до окончания подачи заявок.

Комиссия, рассмотрев представленные на заседании сведения и материалы, признает жалобу обоснованной на следующих основаниях.

Согласно Документации, Заказчику необходимо поставить:

1. Рентгенографическую плёнку D5 NIF 24*30/100 производства Бельгийской компании AGFA.

2. Рентгенографическая плёнка P5 30*40/100 производителя ООО «АСК Рентген Идель».

Таким образом, Заказчик проводит закупку товара с указанием на конкретный товарный знак и конкретного производителя. Согласно п. 5 разд. 9 Документации, Заказчик установил условие, согласно которому к поставке не допускается аналоговый (эквивалентный) товар

Заявитель ссылается на то, что согласно Документации в редакции от 25.02.2019, в качестве обоснования недопустимости поставки эквивалентного товара, Заказчик указал подпункт 10.3.5 Положения о закупках, согласно которому Заказчик вправе указывать товарный знак без использования «(или эквивалент)» при закупке запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование. Поскольку технической документацией предусмотрено использование рентгенографической плёнки конкретного производителя, Заявителем был подан повторный запрос разъяснений положений Документации, в котором последний просил Заказчика указать модели оборудования, для которых закупается рентгенографическая плёнка.

В ответ на запрос Заказчик уведомил Заявителя об изменении обоснования недопустимости поставки аналога товара. В качестве нового обоснования Заказчик указал подпункт 10.3.5 Положения о закупках, согласно которому Заказчик вправе указывать товарный знак без использования «или эквивалент» при закупке с указанием конкретных товарных знаков, знаков обслуживания, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, места происхождения товара, изготовителя товара, если это предусмотрено условиями международных договоров Российской Федерации или условиями договоров юридических лиц, на

которых распространяются нормы Закона о закупках, в целях исполнения этими юридическими лицами обязательств по заключённым договорам с юридическими лицами, в том числе иностранными юридическими лицами.

Поскольку Заказчик, несмотря на новую редакцию Документации от 04.03.2019 не указал на наличие договорных обязательств, из которых обоснованно следовала бы необходимость проведения закупки путём установления недопустимости поставки эквивалента, Заявитель вновь обратился с соответствующим запросом разъяснений, в котором просил Заказчика указать, в рамках каких договорных обязательств возникла необходимость в закупке товара с указанием конкретного производителя без возможности поставки эквивалента.

В ответ на запрос Заказчик сообщил следующее: «Закупка осуществляется для исполнения обязательств по договору № 700020109 от 17.11.2015. Данный договор заключён во исполнение обязательств по Государственному контракту № P/1481811151642-1532176 от 11.09.2015».

На Комиссии установлено, что указанный договор действительно заключён между Заказчиком и АО «РСК «МИГ», продолжает действовать, согласно представленному на заседание 26.03.2019 дополнительному соглашению от 22.03.2018 № 700020109 от 17.11.2015. Данное опровергает довод Заявителя о том, что указанный контракт уже истёк, а Заказчик не может в качестве обоснования запрета поставки аналогов указывать исполнение контракта № P/1481811151642-1532176 от 11.09.2015, поскольку он, по мнению Заявителя, уже был исполнен.

При этом, необходимо отметить, что согласно доводам жалобы, закупаемая Заказчиком рентгенографическая плёнка по своим функциональным характеристикам имеет аналоги, в том числе Фуджи IX80 и Industrex T200, которые Заявитель не может поставить, поскольку Заказчик ограничил поставку только 2 производителями.

Вместе с тем, Комиссия считает, что подобное поведение Заказчика идёт вразрез с основополагающими принципами закупки товаров в рамках Закона о закупках, в частности п.п. 2 и 4 ч. 1 ст. 3 указанного закона и не может подпадать под исключения, указанные в ч. 6.1 ст. 3 Закона о закупках на основании следующего.

Представитель Заказчика указывает на то обстоятельство, что согласно п. 3.2 технологической инструкции для рентгеновского контроля применяются следующие материалы: Техническая плёнка радиографическая Р5 производства ООО «АСК Рентген-Идель» и «STRUCTURIX» D5 производства AGFA Бельгия, оловянно-свинцовистая фольга, неактивная бумага.

Учитывая изложенное, Заказчиком в Документации установлено требование по поставке плёнки производства двух производителей, без возможности поставки аналогов.

При этом Комиссия обращает внимание, что в оригинале технологической инструкции было предусмотрено использование Технической плёнки радиографической R5, D5 или другой с аналогичной чувствительностью. Запрет использовать аналог плёнок установлен извещением об изменении технологической документации № 13921, подписанным ведущим инженером, техническим директором, начальником ЦЗЛ, главным металлургом и главным

контролёром.

Кроме того, Заказчик ссылается на результаты испытаний, которые по его мнению доказывают, что применение других плёнок недопустимо.

Так, в материалы дела представлены 2 заключения, проведённых в мае 2017 года, в которых Заказчик сравнивал плёнку радиографическую производства AGFA Бельгия по сравнению с плёнками РТ-5Д и РТ-К производства ООО НПП «Тасма».

При этом сведения, указанные в данных заключениях, Заказчик на заседании Комиссии презюмирует как доказательство невозможности поставки аналогов закупаемого товара.

Вместе с тем анализ указанных заключений говорит Комиссии о том, что такие выводы в данных заключениях отсутствуют.

Приведённые в них сведения указывают на то, что плёнка радиографическая ООО НПП «Тасма» по сравнению с плёнкой радиографической производства AGFA Бельгия ниже по контрастности, требуемой чувствительности, оптической плотности снимка и чувствительности контроля, а также обладает большим временем экспозиции.

При этом позиция Заказчика о невозможности поставки аналогов закупаемого товара противоречит не только представленным материалам, но и выступлениям представителей Заказчика.

Так, согласно представленной служебной записке, возможность перехода на плёнку других производителей присутствует, но для этого необходимо проводить корректировку режимов контроля на многие детали, что увеличит трудоёмкость и повлечёт за собой дополнительный расход плёнки и расходных материалов (химикатов).

Кроме того, из представленных заключений следует, что Заказчик проверял только одного производителя (ООО НПП «Тасма») со своими «эталонными производителями». Иного на заседании Комиссии не установлено, и материалов, опровергающих указанный довод, не представлено.

При этом то, что потенциальный участник Закупки предлагает именно плёнку производителя ООО НПП «Тасма», не установлено на заседании Комиссии, а Заявитель в жалобе указывал на возможность поставки товара других производителей.

Ссылаясь на невозможность поставки эквивалента, представители Заказчика ссылаются на то, что данная плёнка используется для радиографического контроля двигателей, которые, как они указывают, должны подвергаться дополнительному контролю и соответствовать дополнительным техническим условиям, согласованным с Минобороны России.

Комиссия в связи с указанным доводом Заказчика отмечает следующее.

Частью 6.1 ст. 3 Закона о закупках установлены правила, которыми должен руководствоваться заказчик при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки.

Согласно п. 2 ч. 6.1 ст. 3 Закона о закупках в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и чёткое описание указанных характеристик предмета закупки; описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков (в случае использования в описании предмета закупки указания на товарный знак необходимо использовать слова «или эквивалент»).

При этом согласно пп. «в» п. 3 ст. 6.1 Закона о закупках указание товарного знака без использования слова «или эквивалент» возможно в случае закупок товаров, необходимых для исполнения государственного или муниципального контракта.

На заседании Комиссии представители Заказчика на прямой вопрос Комиссии о соотношении количества плёнки по сравнению с необходимым количеством для проверки поставляемых двигателей по договору № Р/1481811151642-1532176 от 11.09.2015 указали, что данная плёнка закупается Заказчиком не только во исполнение указанного контракта, но и также для других нужд, проведения для радиографического контроля всех двигателей (вне указанного договора).

При этом Комиссия считает, что Заказчик таким образом необоснованно ограничивает возможность поставки аналогичных плёнок в нарушение п. 2 ч. 6.1 ст. 3 Закона о закупках.

Если Заказчик будет использовать исключение, предоставленное ему законом таким образом, то может возникнуть ситуация, когда Заказчик необоснованно, имея договор на поставку одного двигателя, будет закупать плёнку только определённых производителей, не имея под этим основания для использования, что является злоупотреблением правом.

Кроме того, Комиссия отмечает, что даже для товара, который должен отвечать дополнительным повышенным требованиям, Заказчик обязан объективно обосновывать свою потребность не указанием на производителя или товарный знак, что ограничивает конкуренцию, а предусмотреть описание необходимого его товара таким образом, чтобы происходило только сравнение по потребительским свойствам, техническим и качественным характеристикам, а также эксплуатационным характеристикам, без необоснованного убеждения о качестве товара только исходя из производителя либо товарного знака.

Как объект закупки плёнка радиографическая имеет такие технические характеристики, как контрастность, требуемая чувствительность, оптическая плотность снимка и чувствительность контроля, большим временем экспозиции и пр. Указание конкретного товарного знака или требований к закупаемому товару, свидетельствующие о его конкретном производителе, в отсутствие специфики такого товара, его использования приводят к созданию необоснованных препятствий для участников закупки, влекут сокращение их количества, что является признаком ограничения конкуренции.

При этом указание в закупочной документации товарного знака может быть признано допустимым в случаях, когда закупка эквивалентного товара приведет к дополнительным и подтвержденным затратам, превышающим возможную выгоду

заказчика. Такие затраты, например, могут быть связаны с необходимостью переобучения персонала, увеличения затрат на разноплановое техническое обслуживание в связи с низким уровнем технологической совместимости различных производителей и др. При этом материалов, подтверждающих эти дополнительные затраты, кроме указания на возможность их наступления, представителями Заказчика в материалы дела не представлено.

В этой связи Комиссия в действиях Заказчика усматривает признаки нарушения принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

Кроме того, в нарушение п. 2 ч. 6.1 ст. 3 Закона о закупках Заказчик необоснованно ограничил возможные к поставке товары лишь двумя производителями, чем заведомо исключил возможность участия в Закупке и заключение договора с хозяйствующими субъектами, имевшими намерение принять участие в Закупке, но не соответствующими предъявленным требованиям, что поставило их в неравное положение с иными подрядными организациями, и, как следствие, привело к ограничению конкуренции.

При таких обстоятельствах Комиссия приходит к выводу, что Заказчиком не должным образом указаны в Документации требования к необходимому к поставке товару, что не отвечает п. 1 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

Таким образом, Комиссия, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Остек студио» (ИНН: 7816205799, ОГРН: 1027807974963) на действия АО «ММП имени В.В. Чернышева» (ИНН: 7733018650, ОГРН: 1027700283742) при проведении Закупки обоснованной.
2. Признать в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1 и п. 2 ч. 6.1 ст. 3, п. 1 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в порядке, установленном главой 24 Арбитражного процессуального Кодекса, в Арбитражном суде г. Москвы в течение 3 месяцев с даты его принятия.

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 1-00-681/77-19 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

26.03.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

руководствуясь п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии от 26.03.2019 по делу №1-00-681/77-19,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

АО «ММП имени В.В. Чернышева» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора на поставку радиографической пленки (реестровый № 31907566444) (далее - Закупка) а именно:

1.

1. Заказчику отменить протоколы, составленные в ходе проведения Закупки.
2. Заказчику вернуть всем участникам ранее поданные заявки на участие в Закупке с указанием о возможности повторной подачи заявки.
3. Заказчику внести изменения в Документацию с учётом решения Комиссии от 26.03.2019 по делу №1-00-681/77-19.
4. Заказчику продлить срок приема заявок на участие в Закупке таким образом, чтобы он составлял не менее 15 (Пятнадцати) дней с момента размещения информации о внесении изменений в Документацию до даты окончания приема заявок.
5. Заказчику разместить информацию о вышеуказанных изменениях в Единой информационной системе в сфере закупок zakupki.gov.ru (далее — ЕИС).
6. Заказчику разместить в ЕИС информацию о новой дате окончания срока подачи заявок на участие в Закупке, новой дате рассмотрения заявок на участие в Закупке и подведения итогов Закупки.
7. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 19.04.2019.
8. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 26.04.2019 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

1.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.