

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-2378/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

24.02.2022 г. Москва

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

Председательствующего Комиссии:

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Радио-Любовь», ФБУН ЦНИИ эпидемиологии Роспотребнадзора,

рассмотрев жалобу ООО «Радио-Любовь» (далее — Заявитель) на действия ФБУН ЦНИИ Эпидемиологии Роспотребнадзора (далее — Заказчик) при проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на закупку услуг по производству и размещению рекламных аудио роликов на радио о Лаборатории ФБУН Центрального НИИ Эпидемиологии и о конкурентных преимуществах СМД для нужд ФБУН ЦНИИ Эпидемиологии Роспотребнадзора (реестровый № 32211094041, далее — Закупка) (далее — Закупка),

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

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки, мотивированная ненадлежащим формированием закупочной документации, что приводит к ограничению конкуренции.

При этом в жалобе Заявителя содержатся ссылки на нарушение Заказчиком статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Комиссия разъяснила Заявителю о том, что настоящая жалоба принята к рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Жалоба, содержащая сведения о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается по правилам главы 9 Закона о защите конкуренции.

На вопрос Комиссии Заявитель пояснил, что отказывается от рассмотрения жалобы по правилам главы 9 Закона о защите конкуренции и в качестве способа защиты права выбирает рассмотрение своей жалобы по правилам статьи 18.1.

Закона о защите конкуренции.

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

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, закупочной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

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

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

Согласно доводам жалобы, Заказчиком установлены излишние требования, влекущие за собой ограничение количества участников закупки и ограничивающие конкуренцию, а именно требования Технического задания без возможности использования эквивалента.

Так, согласно предмету Закупки, Заказчику требуется оказание услуг по производству и размещению рекламных аудиороликов на радио «Энергия» согласно медиаплану с охватом по Москве и Московской области.

Согласно требованиям документации, Заказчику требуется в период с 07.03.2022-20.03.2022 размещать рекламные аудиоролики на радиостанции «Энергия» (Радио

Energy) при спонсорстве программы «Утро с Черным Перцем».

Определяя наименование и описание объекта Закупки, объем оказываемых услуг Заказчик в Техническом задании указал конкретное СМИ и программу, в которой надлежало осуществить размещение радиороликов.

По мнению Заявителя, данное требование носит субъективный характер и непосредственно конкретизирует определенное юридическое лицо.

Сокращение участников Закупки исключительно возможностью размещения аудиороликов в конкретной радиопрограмме и на конкретной радиостанции, необоснованно ограничивает круг участников, поскольку на рынке могут быть иные СМИ, обладающие возможностью производства и размещения аудиороликов.

Включение Заказчиком в документацию указание конкретного СМИ искусственно сужает круг потенциальных участников, и таким образом действия Заказчика не соотносятся с целями проведения запроса котировок.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

Согласно позиции Заказчика, выбор радиостанции «Энергия» (Радио Energy) производился на основании выбранной целевой аудитории и рейтингов радиостанции по этой целевой аудитории.

Выбранная целевая аудитория — женщина, 30-45 лет, замужем, с детьми. Заказчик пояснил, что это его основная целевая аудитория, которая пользуется его услугами.

На основании выбранной целевой аудитории у двух радиохолдингов, «Русская Медиа Группа» и «ГазПром Медиа», были запрошены рейтинги, которая готовит независимая аналитическая компания Media Scope.

На основании представленных рейтингов по выбранной целевой аудитории в ТОП-3 радиостанций вошли «Европа Плюс», «Русское радио», и «Энерджи».

На основании этого рейтинга было принято решение о закупке на «Русском радио» размещения рекламы о подкастах, а на радио «Энерджи» рекламы на радио.

Таким образом, выбор конкретной радиостанции обуславливается большим охватом целевой аудитории Заказчика.

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

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

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

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

Комиссией установлено, что Заказчиком 02.02.2022 в Единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) размещено извещение о проведении запроса котировок в электронной форме на право заключения договора на закупку услуг по производству и размещению рекламных аудио роликов на радио о Лаборатории ФБУН Центрального НИИ Эпидемиологии и о конкурентных преимуществах СМД для нужд ФБУН ЦНИИ Эпидемиологии Роспотребнадзора.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Согласно Техническому заданию объект закупки — это услуги по производству и размещению рекламных аудио роликов на радио «Энергия» согласно медиаплану с охватом по Москве и МО.

Описание объекта закупки закреплены в Техническом задании Заказчика.

Период размещения: 07.03.2022 г. - 20.03.2022 г.

Радиостанция «Энергия» (Радио Energy)

Охват – Москва и Московская область

1. Спонсорство программы «Утро с Черным Перцем» - упоминание спонсора в каждом часе утреннего шоу с 7.00 до 10.00. Хронометраж ролика 15 сек.
Количество выходов в день – 3 выхода;

2. Прямая реклама в рабочие дни. Хронометраж ролика 20 сек., 6 выходов в день:

а. 2 выхода в период с 7.00 до 10.00;

б. 2 выхода в период с 13.00 до 17.00;

с. 2 выхода в период с 17.00 до 20.00;

3. Прямая реклама в выходные дни. Хронометраж ролика 20 сек., 6 выходов в день с 10.00 до 20.00, но не более 1 выхода в час.

Комиссией установлено, что Заказчик направлял запросы коммерческих предложений радиостанциям, входящих в ТОП-3 рейтинга Media Score по целевой аудитории Заказчика, а именно: «Русское радио», «Энерджи» и «Европа плюс».

Все данные радиостанции согласились оказать требуемые Заказчиком услуги, что подтверждается направленными в адрес Заказчика коммерческими предложениями.

В свою очередь Заказчик, изучив представленные коммерческие предложения, принял решение о закупке рекламы на радио «Энерджи».

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что выбор радио «Энерджи»

обусловлен более выгодной ценой оказания услуг.

Комиссия признает жалобу Заявителя обоснованной ввиду того, что Заказчик не проводя конкурентную процедуру выбрал радиостанцию на основе направленных в его адрес коммерческих предложений.

Представленные коммерческие предложения свидетельствуют о том, что сразу несколько радиостанций готовы удовлетворить потребности Заказчика, однако Заказчик, установив в техническом задании условие трансляции рекламы на радио «Энерджи» и тем самым лишил их возможности участия в Закупке.

Необходимо отметить, что наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к объекту закупки не означает, что реализация данного права должна осуществляться произвольно. Напротив, требования должны устанавливаться заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре, а равно соблюдении принципов, установленных в части 1 статьи 3 Закона о закупках.

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

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

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

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

Кроме того, из Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» следует, что закупка конкретного товара или услуги у конкретного лица недопустима в отсутствие специфики его использования. В настоящем случае Комиссией установлено, что помимо радио «Энерджи» есть и другие радиостанции, которые могут удовлетворить потребности Заказчика, а потому никаких правовых и фактических оснований закупать услуги у радио «Энерджи» не имелось.

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

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

В настоящем случае, Заказчиком соблюдение требований Закона о закупках, регулирующих требования к описанию объекта закупки, не доказано, напротив, представленные материалы свидетельствуют о том, что потребности Заказчика могут удовлетворить и другие радиостанции, помимо радио «Энерджи».

При таких обстоятельствах, действия Заказчика не отвечают требованиям пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Комиссия отмечает, что Заказчик, желая получить требуемые услуги по устраивающей его цене может установить ценовой критерий оценки, и таким образом выбрать радиостанцию, отвечающую потребностям Заказчика в рамках конкурентной процедуры.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности жалобы Заявителя, в связи с чем Комиссия считает необходимым выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание о внесении изменений в закупочную документацию.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Радио-Любовь» (ОГРН: 1037739118890, ИНН: 7712101731) на действия ФБУН ЦНИИ эпидемиологии Роспотребнадзора (ОГРН: 1027700046615, ИНН: 7720024671) при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 6.1.статьи 3 и пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание.