

АО «Концерн Росэнергоатом»

Улица Ферганская, дом 25, г. Москва, 109507

ООО «Физика Сети»

105066, г. Москва, улица Н. Красносельская, дом 40/12

ООО «Центр развития экономики»

107113, г. Москва, 3-я, Рыбинская улица, дом 18, строение 22

## **РЕШЕНИЕ**

### **по делу № 077/07/00-5303/2019 о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**23.07.2019**

**г. Москва**

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

Заместителя председателя Комиссии:

рассмотрев в открытом заседании жалобу ООО «Физика Сети» на действия АО «Концерн Росэнергоатом» при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на Создание сегмента локальной вычислительной сети ИТ – инфраструктуры модуля ОЦОД АО «Концерн Росэнергоатом» (реестровый № 31907996631),

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.

Действия (бездействие) заказчиков, комиссии по осуществлению закупок по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 4 - 6 части 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках), обжалуются в порядке, предусмотренном статьей 18.1. Закона о защите конкуренции.

Из буквального толкования указанной нормы права следует, что порядок рассмотрения жалобы на действия заказчиков со специальной правосубъектностью, регламентирован ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с ч. 2 указанной статьи Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов 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.

Согласно части 1 пункту 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В свою очередь, Законом о закупках провозглашены принципы, которым должны соответствовать действия заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принципы информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Несоблюдение названных принципов заказчиком при формировании документации является основанием для рассмотрения жалобы заявителя в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Как следует из материалов дела, заказчиком в единой информационной системе закупок было опубликовано извещение о проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на Создание сегмента локальной вычислительной сети ИТ – инфраструктуры модуля ОЦОД АО «Концерн Росэнергоатом».

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, 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 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Единым отраслевым стандартом закупок (положение о закупке) Государственной Корпорации по атомной энергии «РОСАТОМ», с изменениями, утвержденными решением наблюдательного совета Госкорпорации «Росатом» (протокол от 07.02.2019 № 112) (далее — Положение о закупке).

17.06.2019 года в ЭТП размещено извещение и документация по запросу предложений: открытый одноэтапный запрос предложений в электронной форме без предварительного квалификационного отбора на право заключения договора на создание сегмента локальной вычислительной сети ИТ — инфраструктуры модуля ОЦОД АО «Концерн Росэнергоатом» (далее — Документация).

Заявитель оспаривает положения документации, которые, по его мнению, препятствуют подаче заявки на участие в закупке.

Согласно доводам подателя жалобы в соответствии с техническим заданием, являющимся неотъемлемой частью закупочной документации, к Коммутаторам ядра сегмента управления, Коммутаторам доступа сегмента управления закрытого сегмента, Коммутаторам доступа сегмента управления открытого сегмента, Коммутаторам соединения комплекса МСЭ установлено требование по поддержке протокола CDP (Cisco Discovery Protocol). Протокол CDP является уникальным проприетарным протоколом компании Cisco и поддержка данного протокола в аналогичном оборудовании других производителей отсутствует или носит ограниченный характер. Этот факт делает предложение аналога автоматически не соответствующим требованию основных функциональных характеристик товара, т.к. компания Cisco официально не подтверждает корректность реализации данного протокола на аналогичном оборудовании производства других вендоров.

Также заявитель указывает, что в Приложении № 1 к Техническому заданию в п. 2 и 3 требований к коммутатору Leaf открытого и закрытого сегмента (N9K-C93180YC-EX или эквивалент) в основных функциональных характеристиках товара указано требование «терминировать на себе соединения до коммутаторов по «технологии Cisco Fabric Interconnect». Ввиду того, что стандартизованного определения термина «технология Cisco Fabric Interconnect» в открытых источниках не опубликовано и формализованный перечень стандартных протоколов, однозначно определяющих и описывающих «технология Cisco Fabric Interconnect», на сайте производителя и в других открытых источниках отсутствует, то судить о соответствии предлагаемого альтернативного решения на базе эквивалента данным требованиям закупочной документации, по мнению заявителя, невозможно. Этот факт делает предложение аналога автоматически не соответствующим требованию основных функциональных характеристик товара.

Таким образом, Заявителем в жалобе оспариваются положения документации, предусматривающие указание в документации на Cisco Fabric Interconnect и требование о поддержки протокола CDP.

В подтверждении обоснованности заявленных доводов заявителем представлены письма от ООО «Джунипер Нетворкинг Солюшенс» от 21.07.2019 и от компании Arista от 17.07.2019, а также скриншот с сайта «Википедия», на котором размещена информация, указывающую, что Cisco Discovery Protocol является приоритетным протоколом Cisco, исключаящим возможность поставки эквивалентного

оборудования.

Согласно пункту 15 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должно быть указано, в том числе, описание предмета такой закупки в соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках.

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

В рассматриваемом случае заказчик объявил конкурентную процедуру. Соответственно, при проведении закупочной процедуры заказчик обязан соблюдать все требования и запреты, предусмотренные Законом о закупках.

В соответствии с ч. 1 ст. 8 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

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 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 положениями ч. 3 ст. 6.1. Закона о закупках определены следующие исключения:

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.

В соответствии с закупочной документацией заказчиком в приложении № 1 к Техническому заданию определены требования к закупаемому товару, при этом заказчиком определены параметры эквивалентности посредством указания на необходимость обеспечения возможности терминирования на себе соединения до коммутаторов по технологии Cisco Fabric Interconnect и поддержку протокола CDP. Таким образом, заказчиком при описании требований к эквивалентности товара применены указания на средства индивидуализации, принадлежащие конкретному производителю, что может ограничить конкуренцию на торгах.

На заседании Комиссии представители заказчика указали, что технические требования по параметрам функционала Cisco Fabric Interconnect и CDP, наличию портов Cisco Fabric Interconnect предъявляется в соответствии с документом 17404049.4251801.515 (Приложение 2 к Техническому заданию).

Представители заказчика также представили договор от 08.12.2014 № 9/5963-Д (4600019932), договор № 9/3173-Д от 2013 года и договор от 06.06.2014 № 9/4922-Д, по результатам которых в пользу заказчика выполнены работы по монтажу и сдаче типового центра обработки данных на АЭС (Белоярская, Калининская, Курская), содержащее оборудование, требующее интеграцию с Cisco Fabric Interconnect и поддержку протокола CDP. Также на заседании Комиссии заказчик представил письмо от разработчика программного комплекса (по проекту 17404049.4251801.515.ПД в части создания сегмента АВС ОЦОД). В соответствии с указанным письмом разработчика от 19.07.2019 № 579/179-002-ДСП на рынке существуют оборудование производителя NPP МАУАК, которое позволяет полностью закрыть технические решения, используемые в проекте при создании ОЦОД.

При этом Комиссия Управления принимает во внимание, что на заседании Комиссии представители заказчика подтвердили, что указания в документации на Cisco Fabric Interconnect и требование о поддержке протокола CDP носит декларативный характер ввиду того, что на этапе исполнения обязательств участник закупки должен обеспечить техническую интеграцию альтернативных решений в случае, если такие будут предложены в составе заявки. Таким образом, заказчик подтвердил, что приоритетным для него является необходимость обеспечения совместимости к уже имеющему у заказчика оборудованию.

Также в материалы дела заказчиком представлены разъяснения положений закупочной документации, в которых заказчик раскрыл перед потенциальными участниками закупки, что понимать под технологией Cisco.

В связи с чем комиссия Управления не находит оснований для признания жалобы заявителя обоснованной, ввиду доказанности со стороны заказчика необходимости обеспечения интеграции с оборудованием, имеющим функционал Cisco Fabric Interconnect и CDP, а также пояснения о возможности предложения в составе заявки аналога в случае, если такой аналог обеспечит технологическую совместимость.

В силу ст. 10 ГК РФ участники гражданского оборота должны действовать добросовестно.

В соответствии с п. 6 «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» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) принцип равноправия, в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Согласно ранее упомянутому п. 6 Обзора судебной практики Закон о закупках не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. Иное противоречило бы принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика, закрепленному пунктом 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках и предполагающему наличие у заказчика права на установление в закупочной документации способствующих тому требований к участникам закупки.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, заявителем не представлены достаточные доказательства, подтверждающие невозможность подачи заявки на участие в торгах с учетом оспариваемых требований.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

На основании изложенного Комиссия приняла решение признать жалобу заявителя необоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу ООО «Физика Сети» (ИНН 7838483126) на действия АО «Концерн Росэнергоатом» (ОГРН 1027739236920) при проведении закупки

необоснованной.

2. Снять ограничения с закупки, наложенные письмом Управления от 10.07.2019 № ПО/34536/19.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его получения лицами, участвовавшими в деле.