

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-150/2024 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.01.2024

г. Москва

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

Председательствующего:

«.....»,

членов Комиссии:

«.....»,

«.....»,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей «.....» в лице «.....», действующей на основании доверенности от 04.08.2023 № 0408-2023 и «.....», действующей на основании доверенности от 22.03.2023 № 2203-2023, «.....» в лице «.....», действующей на основании доверенности от 15.01.2024 № б/н, а также «.....», действующей на основании доверенности от 29.12.2023 № 1065,

рассмотрев жалобу «.....» (далее также — Заявитель) на действия «.....» (далее также — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на поставку и ввод в эксплуатацию аппаратов радиохирургических (реестровый № 32313121938, 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.

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, электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной 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» (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, конкурсной или аукционной 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 закупок 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 допущены нарушения при формировании требований закупочной документации в отношении предмета Закупки, которые приводят к необоснованному ограничению конкуренции по отношению к участникам Закупки и выражаются в следующем.

Довод 1. Заказчиком в документации ненадлежащим образом установлено описание объекта закупки, а именно указаны характеристики, которые являются взаимоисключающими и противоречащими друг другу, что вводит в заблуждение потенциального Участника Закупки.

Так, Заявитель указывает, что в пункте 1 Приложения №1 к Техническому Заданию установлено следующее требование к товару:

Максимальная выходная мощность, Вт	Не более 100
------------------------------------	--------------

Одновременно с этим требованием в Приложении №1 установлено и следующее требование:

Возможность использования прибора для проведения косметологических процедур радиоволнового лифтинга при подключении соответствующих электродов	Наличие
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

Как указывает Заявитель, значение максимальной выходной мощности «не более 100 Вт» позволяет поставить аппарат со значением мощности недостаточной для проведения процедуры радиоволновой подтяжки, так как для проведения указанной процедуры необходима мощность электромагнитного излучения более

100 Вт.

По мнению Заявителя, аппарат с мощностью менее 100 Вт не позволяет достичь клинического лечебного эффекта.

Довод 2. Кроме этого, Заявитель указывает на то, что в Приложении № 1 к техническому заданию, Заказчиком установлены следующие требования к товару:

Максимальная выходная мощность, Вт	Не более 100	Подходит любое значение от 0 до 100. Таким образом при предложении товара с характеристикой менее 70 Вт, нельзя достигнуть клинического эффекта от закупаемого оборудования
Максимальная выходная мощность в режиме «Разрез и коагуляция», Вт	Не более 80	Подходит любое значение от 0 до 80. Таким образом при предложении товара с характеристикой менее 70 Вт, нельзя достигнуть клинического эффекта от закупаемого оборудования
Максимальная выходная мощность в режиме «Коагуляция», Вт	Не более 60	Подходит любое значение от 0 до 60. Таким образом при предложении товара с характеристикой менее 50 Вт, нельзя достигнуть клинического эффекта от закупаемого оборудования

Максимальная выходная мощность в режиме «Фульгурация», Вт	Не более 65	Подходит любое значение от 0 до 65. Таким образом при предложении товара с характеристикой менее 50 Вт, нельзя достигнуть клинического эффекта от закупаемого оборудования
Максимальная выходная мощность в режиме «Биполярная коагуляция», Вт	Не более 60	Подходит любое значение от 0 до 60. Таким образом при предложении товара с характеристикой менее 50 Вт, нельзя достигнуть клинического эффекта от закупаемого оборудования

Как указывает Заявитель, вышеперечисленные требования ухудшают технические характеристики требуемого Заказчику оборудования, так как формулировка «не более» позволяет поставить аппараты с минимальным значением выходной мощности (вплоть до 0), что не позволит врачу произвести запланированные процедуры и операции.

По мнению Заявителя, требование к показателю «не более» не позволяет предложить к поставке товар с улучшенными характеристиками, более современное и качественное оборудование и фактически ведет к ухудшению характеристик поставляемого товара.

Также Заявителем были направлены дополнения к жалобе от 15.01.2024, дополняющие доводы первоначальной жалобы.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что техническое задание было разработано с учетом потребностей самого Заказчика.

Заказчик указал, что на российском товарном рынке медицинских изделий зарегистрировано и имеется в продаже как минимум 3 (три) радиоволновых/радиохирургических аппарата разных производителей,

осуществляющих косметологическую процедуру радиоволнового лифтинга, такие как: аппарат электрорадиохирургический Surgitron (США), аппарат радиохирургический RFS-4000K (Китай) и аппарат радиохирургический Radio SURG 2200 (Германия). При этом максимальная выходная мощность таких аппаратов составляет не более 100 Вт.

Кроме того, Заказчик отметил, что аппараты с мощностью более 100 Вт не являются более современными, качественными, а также не приводят к нужному клиническому результату.

Вместе с тем Заказчик отметил, что в требованиях технического задания указано, что у требуемых к поставке аппаратов радиохирургических должна быть «Возможность использования прибора для проведения косметологических процедур радиоволнового лифтинга при подключении соответствующих электродов» в связи с чем в техническом задании прописаны характеристики аппаратов, которые воздействуют на ткань радиоволной и работают по принципу «Выпаривания воды из клеток под действием радиоволн высокой частоты 4МГц» и в результате чего отсутствуют глубокий некроз и травма. Процесс заживления ускоряется и проходит без образования грубого послеоперационного рубца с минимальной болезненностью и высоким косметическим эффектом. При установлении мощности более 100 Вт при проведении косметологической процедуры будет образовываться глубокий некроз, а процесс заживления значительно увеличится с последующим образованием грубого послеоперационного рубца.

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.

Комиссией установлено, что 22.12.2023 Заказчик на сайте Единой электронной торговой площадки, а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (адрес в сети «Интернет» - <http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении Закупки.

Начальная (максимальная) цена договора установлена в размере 30 200 000,00 рублей.

Дата начала срока подачи заявок: 22.12.2023.

Дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика): 09.01.2024 10:00.

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).

Согласно пункту 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках Заказчик сам устанавливает требования к качеству, техническим характеристикам товара,

работы, услуги, к их безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы и иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

В силу части 1 статьи 1 Закона о закупках целями его регулирования являются, в частности, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств.

Комиссия отмечает, что приведенные в жалобе доводы мотивированны несогласием с потребностью Заказчика в части установленных требований к поставляемому товару.

Изучив первый и второй доводы жалобы Заявителя, Комиссия считает необходимым отметить следующее.

В пункте 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» (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018) Верховным Судом Российской Федерации указано, что уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции. В материалы дела Заявителем не представлено доказательств, что оспариваемые требования влекут предоставление преимуществ конкретному хозяйствующему субъекту.

Сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным Заказчиком требованиям, также не означает, что действия Заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Заявитель оспаривает требования закупочной документации, однако не приводит в жалобе доводов, обосновывающих нарушение его прав этими условиями в части несоблюдения Заказчиком каких-либо императивных норм.

Кроме того, Заявитель не представил обоснований, что спорные требования закупочной документации включены Заказчиком специально для того, чтобы обеспечить победу конкретного хозяйствующего субъекта либо иным способом ограничить доступ к участию в Закупке.

Комиссия также отмечает, что толкование вышеописанных положений закупочной документации, основанное на субъективном представлении Заявителя о том, как следует установить требования в отношении закупаемой продукции, а также условия для участия в Закупке, не свидетельствует о нарушении Заказчиком требований законодательства Российской Федерации.

В настоящем случае Комиссия приходит к выводу, что Заявителем факт ограничения конкуренции установлением спорных требований к поставляемому товару не доказан, поскольку фактически в соответствии с имеющимися в антимонопольном органе материалами победителем Закупки предложен к поставке товар, который в полной мере соответствует потребности Заказчика.

Анализ заявки победителя Закупки показал, что характеристики товара, указанные в заявке, соответствуют установленным в описании объекта закупки.

В соответствии с частью 5 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также – ГК РФ) добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий презюмируется.

В свою очередь, исходя из правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в постановлении от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц», под не соответствующими действительности сведениями понимаются утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения.

Таким образом, для принятия решения о наличии в той или иной заявке недостоверных сведений Заявитель должен располагать неопровержимым и документальным подтверждением данного обстоятельства.

В свою очередь, Заявителем не предоставлены доказательства предоставления победителем недостоверных сведений в техническом предложении, не соответствующих требованиям документации.

Таким образом, в настоящем случае факт представления победителем недостоверных сведений, а именно сведений, которые не имели места в действительности, не находит своего подтверждения.

Принимая во внимание вышеизложенные, а также представленные доказательства, Комиссия не усматривает в действиях Заказчика нарушений действующего законодательства при рассмотрении доводов жалобы.

Следует отметить, что одной из целей Закона о закупках является удовлетворение потребностей заказчиков в удовлетворении нужд в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств (ч. 1 ст. 1 Закона о закупках).

Из взаимосвязи положений Закона о закупках следует, что заказчики, осуществляющие закупку по правилам данного закона должны таким образом определить требования к закупаемым товарам, работам, услугам, чтобы, с одной стороны, повысить шансы на приобретение товара/оказание услуг именно с теми характеристиками, которые им необходимы, соответствуют их потребностям, а с другой стороны, необоснованно не ограничить количество участников закупки.

Закон о закупках не содержит норм, ограничивающих право заказчика включать в документацию требования к объекту закупки, которые являются для него значимыми и необходимыми для выполнения соответствующих функций, равно как и норм, обязывающих заказчика устанавливать в этой документации, вопреки его

потребностям, такие требования к характеристикам объекта закупки, которые соответствовали бы всем существующим видам товаров, работ, услуг.

Таким образом, поскольку требования, установленные Заказчиком, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим намерение принять участие в закупке, не приводят к нарушению антимонопольных запретов, то нарушения положений приведенных норм Закона о закупках отсутствуют.

Вместе с тем, Заявителем в своей жалобе не указано в чем именно выразилось нарушение Заказчиком Закона о закупках и Закона о защите конкуренции.

При этом доводы Заявителя о том, что аппарат с мощностью менее 100вт не позволит достичь Заказчику необходимого лечебного эффекта, а также то, что установленное требование к показателю «не более» не позволяет предложить к поставке товар с улучшенными характеристиками, Комиссия расценивает критически, поскольку установленные Заказчиком требования удовлетворяют потребность Заказчика, таким образом, фактически Заявитель спорит в данном контексте с потребностью Заказчика, что не может быть поддержано Комиссией в связи с тем, что Заказчик вправе по результатам закупочной процедуры получить товар, соответствующий его потребности, на который он рассчитывал и к которой он сформировал требования в документации.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что Заявителем не предоставлены доказательства в части того, что аппарат с мощностью более 100 Вт является более качественным в сравнении с теми характеристиками, которые Заказчик посчитал для себя важными в контексте спорной закупочной процедуры, а также что эффективность процедур будет хуже при использовании аппаратов с мощностью не более 100 Вт.

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.

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

Требования к участникам закупки могут рассматриваться как нарушающие действующее законодательство, если будет доказано, что это условие включено в документацию о закупках специально для того, чтобы обеспечить победу конкретному хозяйствующему субъекту, а формирование условий закупки не соответствует целям и потребностям проводимых заказчиком процедур.

В данном случае Заявителем не приведено доказательств, подтверждающих, что спорные требования технического задания включены в закупочную документацию в интересах определенного хозяйствующего субъекта и не соответствует целям и потребностям Заказчика.

Таким образом, поскольку требования, установленные Заказчиками, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим намерение принять

участие в закупке, не приводят к нарушению антимонопольных запретов, то нарушения положений приведенных норм Закона о закупках отсутствуют.

По результатам анализа закупочной документации Комиссией не установлено, что оспариваемые в жалобе требования закупочной документации противоречат положениям законодательства Российской Федерации и являются избыточными.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о том, что установленные Заказчиком в документации требования не могут рассматриваться как ограничение круга потенциальных участников закупки.

Принимая во внимание вышеизложенные, а также представленные доказательства, Комиссия не усматривает в действиях Заказчика нарушений действующего законодательства.

Комиссия также отмечает, что в силу части 6 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что к жалобе прикладываются документы, подтверждающие ее обоснованность.

При этом жалоба должна содержать перечень прилагаемых к ней документов.

То есть, бремя доказывания при рассмотрении жалобы в контрольном органе возлагается на лицо, подавшее жалобу на соответствующие действия Заказчика в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия отмечает, что в жалобе Заявителя не указаны обжалуемые действия (бездействие) Заказчика, нарушающие действующее законодательство Российской Федерации о закупках, а также отсутствуют ссылки на положения действующего законодательства Российской Федерации о закупках, которые, по мнению Заявителя, были нарушены Заказчиком при формировании спорных требований технического задания, равно как не приведено указаний в чем именно выразились нарушения в действиях Заказчика.

В свою очередь, 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 такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях Заказчика помимо субъективной оценки таких действий не представлено.

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 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).

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о необоснованности доводов жалобы.

Доводы Заявителя, изложенные в дополнениях к жалобе от 15.01.2024 относительно того, что ни один аппарат не может быть предложен к поставке, так как не удовлетворяет в полной мере требованиям технического задания Заказчика не принимаются и не подлежат оценке Комиссией, поскольку согласно части 13 статьи 3 Закона о закупках рассмотрение жалобы антимонопольным органом должно ограничиваться только доводами, составляющими предмет обжалования.

Фактически в первоначальной жалобе Заявитель оспаривает потребность Заказчика, указывая, что требования в техническом задании не позволяют предложить к поставке товар с улучшенными характеристиками и товар, который позволит достичь необходимого эффекта в результате проведения процедуры. При этом дополнения к жалобе сводятся к новому доводу, а именно, что в соответствии с условиями технического задания невозможно предложить товар полностью соответствующий потребностям Заказчика.

При этом Комиссия отмечает, что оспариваемые положения документации, которые Заявитель указал в дополнениях к жалобе, подлежали обжалованию в срок до окончания срока подачи заявок, а именно не позднее 09.01.2024 в 10:00.

При этом дополнения к жалобе поданы Заявителем в антимонопольный орган 15.01.2023, то есть, за пределами срока, установленного на подачу заявок.

В противном случае, реализация такого права за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников Закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями Документации.

Согласно статье 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, «действия в обход закона» с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

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 (часть 3 статьи 1 ГК РФ, недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ).

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что обжалование положений документации после окончания срока подачи заявок свидетельствует о злоупотреблении своим правом на обжалование процедуры.

При таких обстоятельствах, учитывая положения части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия отмечает, что оспаривание положений документации, которые, по мнению Заявителя, противоречат действующему законодательству Российской Федерации, подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок.

Также в письме ФАС России от 25.06.2019 МЕ/53183/19 указано, что жалоба на положения документации о закупке может быть направлена любым лицом в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке.

Аналогичная правовая позиция изложена в постановлениях Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.06.2021 по делу №А40-178288/20, от 23.06.2023 по делу № А40-17873/23, решениях Арбитражного суда города Москвы от 28.02.2023 по делу № А40-276661/22, от 10.10.2023 по делу № А40-167076/23.

С учетом изложенного, Комиссия оставляет дополнения к жалобе без рассмотрения.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу «.....» (ИНН: «.....»; ОГРНИП: «.....») на действия «.....» (ИНН: «.....»; ОГРН: «.....») при проведении Закупки необоснованной, дополнения к жалобе оставить — без рассмотрения.

2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 11.01.2024 № НП/524/24.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.