

ООО «РОСТ СМ»

620042 Свердловская область г. Екатеринбург,
ул. Бакинских комиссаров д.101 кв. 25

Акционерное общество «Торговый Дом РЖД»

111033, г. Москва, ул. Волочаевская, д. 5 стр. 3

ЗАО «Сбербанк-АСТ»

Большой Саввинский пер., 12с9, Москва, 119435

РЕШЕНИЕ

**по делу № 077/07/00-5153/2020 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров**

24.03.2020 Москва

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

рассмотрев жалобу ООО «РОСТ СМ» (далее - заявитель) на действия АО «РЖДстрой» (далее - заказчик) при проведении Открытого аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора поставки антикоррозийных материалов, реестровый номер закупки 32008938629,

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.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

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 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 названного закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Заявитель в жалобе оспаривает положений документации, не предусматривающие поставку эквивалента.

В процессе организации и проведения Закупки Заказчик руководствовался Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд АО «ТД РЖД», утвержденным решением совета директоров АО «ТД РЖД» протоколом от 30.09.2019 № 12-2019 (далее — Положение), а также приложением к извещению о проведении Закупки (далее — Документация).

Как следует из материалов дела, 28 февраля 2020 года акционерным обществом «РЖДстрой» было размещено Извещение (Закупка № 32008938629) о проведении о аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора поставки антикоррозийных материалов.

Количество поставляемого товара, объема выполняемых работ, оказываемых услуг указывается в техническом задании, являющемся приложением к извещению о проведении аукциона в ЕИС в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru).

Согласно таблице 1 п.1 Технического задания предусмотрена поставка следующих материалов:

№ пп	Наименование товара	Марка, чертёж	ГОСТ, ТУ	Сорт, размер	Ед. изм.	Ориентировочное кол-во	Начальная (максимальная) цена за единицу изм., руб. без учета НДС
1	МАСТИКА ВОДНЫЙ ШУМОИЗОЛЯЦИОННЫЙ АНТИКОРРОЗИОННЫЙ МАТЕРИАЛ	ПРИМ БАРЬЕР W	ТУ 2316-018-53945212-07	-	кг	167 968	285,50

Начальная (максимальная) цена за единицу изм., руб. без учета НДС составляет 285,50 руб. без учета НДС. Лимит денежных средств на поставку товара составляет 47 954 864,00 руб. без учета НДС, 57 545 836,80 руб. с учетом НДС.

При этом п. 2.6 Технического задания говорит о том, что возможность предоставления эквивалентных товаров не предусмотрена, в связи с тем, что применение товара предусмотрено технической документацией на путевую технику, на основании подпункта 3а пункта 238 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд АО «ТД РЖД», а именно: 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, а также в случаях закупки запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на машины и оборудование; ...»

Также в документации Заказчиком представлено разъяснение по данному пункту документации: *«Товар, указанный в техническом задании аукционной документации, предназначен для использования на путевой технике в соответствии с требованиями конструкторской (технической документацией) и применяется при изготовлении и ремонте специальных вагонов – модулей технического сопровождения и обслуживания (МТСО), которые не относятся к пассажирским вагонам локомотивной тяги и моторвагонному подвижному составу. Возможность поставки эквивалентного товара для специального подвижного состава не регламентирована требованиями ГОСТ Р 54893-2012.*

Поставка иного (эквивалентного) товара сопряжена с необходимостью внесения изменений в конструкторскую документацию, проведением цикла испытаний, а в отдельных случаях и повторной сертификацией машин».

В силу п. 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.

При этом в законе указано, что 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.

На заседании Комиссии представитель заказчика пояснил, что указание на ПРИМ БАРЬЕР W в документации без возможности поставки эквивалента обусловлено следующими обстоятельствами, попадающими под исключение поименованное в подп. «г» п. 6.1 ст. 3 закона о закупках.

Согласно пункту 3.7.25 Документации техническое предложение участника, представляемое в составе заявки, должно соответствовать требованиям технического задания (приложение № 1.1 Документации), и должно предоставляться по Форме технического предложения участника, представленной в приложении аукционной документации.

Протоколом комиссии от 18.03.2020 № А-168/20/1 заявка ООО «РОСТ СМ» (заявка № 4924) была отклонена на основании пункта 3.7.3.2 Документации о закупке в связи с несоответствием требованию пункта 3.7.25 Документации, а именно — в техническом предложении участника предложен к поставке непредусмотренный техническим заданием товар.

Кроме того, подпунктом «г» части 3 пункта 6.1 статьи 3 Закона о закупке предусмотрено, что не требуется указывать в описании предмета закупки слова «(или эквивалент)» в случаях, когда закупка с указанием конкретных товарных знаков предусмотрена условиями договоров юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 Закона о закупках, в целях исполнения этими юридическими лицами обязательств по заключенным договорам с юридическими лицами. Аналогичное условие содержится в подпункте 3 «в» пункта 238 Положения.

В рассматриваемой ситуации АО «ТД РЖД» осуществляет Закупку в интересах АО «Калужский завод «Ремпутьмаш» на основании агентского договора от 11.01.2012 № 4562/12 (далее — Агентский договор) в соответствии со спецификацией от 26.02.2020 № 4310029801, а также во исполнение поручения от 26.02.2020 № 06-01/3730, в котором прямо указана необходимость приобретения именно «мастики водный шумоизоляционной антикоррозионный материал марки ПРИМ БАРЬЕР W».

В случае если в предмете Закупки будет установлена возможность предложения эквивалента, Заказчик нарушит условия Агентского договора и спецификации, заключенной с АО «Калужский завод «Ремпутьмаш», а также не исполнит выданное поручение.

Кроме того, АО «Калужский завод «Ремпутьмаш» в письме от 27.02.2020 № 149 отдельно указывало на невозможность приобретения мастики с иной маркировкой. Так, АО «Калужский завод «Ремпутьмаш» сообщило, что поставка эквивалентного товара может привести к необходимости внесения изменений в конструкторскую документацию, проведения цикла испытаний, а в отдельных случаях и повторной сертификации машин, что недопустимо в условиях наличия утвержденной технической документации подвижного состава, предназначенного для нужд ОАО «РЖД».

Учитывая изложенные обстоятельства, Заказчик обоснованно и правомерно не

включал в предмет закупки возможность предложения эквивалента, следовательно, отклонение заявки ООО «РОСТ СМ» также является законным.

Установление в Документации требований к товару, предъявляемых равным образом ко всем участникам Закупки, не является нарушением норм законодательства, не может рассматриваться как условие, ограничивающее конкуренцию, а, напротив, в силу частей 1, 10 пункта 10 статьи 4 Закона о закупках является необходимым и обязательным условием.

Согласно правовой позиции Президиума ВАС России, изложенной в постановлении от 28.12.2010 № 11017/10 основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.

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

На основании изложенного, Комиссия соглашается с заказчиком, что выбор конкретного производителя оборудования, являющегося предметом закупки, обусловлен производственной необходимостью соблюдения требований проектных решений и является правомерным, так как неисполнение указанного требования Заказчиком приведет к несоблюдению им требований договора, заключенного с иным лицом.

Указание в закупочной документации конкретного производителя товара и (или) товарного знака, торговой марки без уточнения возможности поставить эквивалент (аналог) не нарушает норм Закона о закупках, поскольку основанием явилось исключение, поименованное в п. 6.1 ст. 3 закона о закупках.

В свою очередь, действия заказчика по отклонению заявки заявителя являются правомерными, поскольку заявителем предложен к поставке товар, несоответствующий требованиям документации.

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 N 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.

Комиссия Управления, рассматривая жалобу заявителя, исходит из необходимости оценки действий заказчика на момент принятия соответствующего решения об отклонении заявки заявителя от участия в закупке. В настоящем случае, заказчик отклонил заявку общества ввиду ее несоответствия требованиям документации. В связи с чем, оценивая действия заказчика на предмет соблюдения требований Закона о закупках, а также требований документации, Комиссия Управления не находит оснований для выводов о наличии в действиях заказчика нарушений по отклонению заявки заявителя от участия в закупке.

В связи с чем Комиссия Управления признает названный довод заявителя необоснованным.

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 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:

Признать жалобу ООО «РОСТ СМ» (ИНН 6660381384) на действия АО «РЖДстрой» (ОГРН 1027700066041) при проведении закупки необоснованной.

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

Заместителя председателя Комиссии: