

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-16194/2021 о нарушении процедуры

торгов и порядка заключения договоров

15.09.2021

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 ООО «АППОМЕД», ЗАО «БАЛАМА» (далее— Заявители), ООО «ГЭХ Закупки» (далее - Организатор) и ПАО «МОЭК» (далее — Заказчик),

рассмотрев жалобы (далее — Жалобы) ООО «АППОМЕД», ЗАО «БАЛАМА» на действия ООО «ГЭХ Закупки», ПАО «МОЭК» при проведении открытых маркетинговых исследований в электронной форме (с размещением информации) на право заключения договора на поставку средств обеспечения гражданской обороны для нужд ПАО «МОЭК» (2320) (реестровый № 32110593113, 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 поступили жалобы Заявителей на действия Заказчика при проведении открытого аукциона в электронной форме.

Согласно доводам жалоб, Заявители указывают на установленные требования в техническом задании, которые не могут быть исполнены и необоснованно ограничивают конкуренцию по отношению к участникам закупки.

1. Согласно доводам первой жалобы ООО «АППОМЕД» сообщает следующее.

ООО «АППОМЕД» отмечает, согласно пункту 8.2.1 Документации о закупке участник должен представить документы, подтверждающие возможность надлежащего выполнения Участником обязательств по договору поставки в установленные сроки (письма от заводов-производителей и/или письма от иных организаций с приложением документального подтверждения наличия у таких организаций требуемого количества товара или возможности отгрузки в указанные сроки и объёме; документы, удостоверяющие дилерские полномочия Участника) с обязательным указанием порядковых номеров номенклатурного перечня спецификации Заказчика/Организатора, номера данного Маркетингового исследования.

В случае наличия предмета закупки на складе Участника процедуры - письмо от Участника процедуры, подтверждающее данный факт с указанием ассортимента и количества предмета закупки, а также с предоставлением копий сертификатов изготовителей на предмет закупки, имеющийся в наличии.

При этом в случае отсутствия данного подтверждения, Комиссия вправе отклонить такое предложение из-за несоответствия предложения на участие в процедуре закупки требованиям закупочной Документации.

Заявитель ссылаясь на пункт 5.7.1.9 документации о закупке отмечает, если Участник не является производителем (изготовителем) Продукции, в состав своей Заявки он должен включить письмо, выданное производителем (изготовителем) Продукции, о готовности производителя (изготовителя) Продукции осуществлять отпуск Продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации).

Также допускается, что Участник/Группа лиц может не располагать возможностью по предоставлению письма от производителя (изготовителя) Продукции, указанного выше, если Продукция приобретается не у производителя (изготовителя) Продукции, а у лица, уполномоченного производителем (изготовителем) Продукции на реализацию Продукции (далее – Уполномоченное лицо). В этом случае Участником / Группой лиц в состав своей Заявки включается письмо, выданное Уполномоченным лицом, о готовности Уполномоченного лица осуществить отпуск Продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации). При этом Участником / Группой лиц должна быть приложена копия актуального (действительного) документа, выданного производителем (изготовителем) Продукции, удостоверяющего полномочие Уполномоченного лица на реализацию Продукции данного производителя (изготовителя) Продукции.

В случае если Участник заявляет в своем предложении субпоставщика или является Группой лиц, то обозначенные в предыдущих абзацах требования о предоставлении Участником письма, выданного производителем (изготовителем) Продукции/Уполномоченным лицом относится к каждому лицу (Участнику, субпоставщику, Группе лиц) только в части соответствующего планируемого таким лицом объема выполнения работы/оказания услуги.

Допускается, что Участник (заявленный Участником субпоставщик)/Группа лиц может обладать статусом Уполномоченного лица. В этом случае, установленные выше требования настоящего пункта о предоставлении писем, выданных производителем (изготовителем) Продукции/Уполномоченным лицом, о готовности производителя (изготовителя) Продукции/Уполномоченного лица осуществлять отпуск Продукции для нужд Заказчика не являются обязательными для исполнения. При этом Участником/Группой лиц предоставляется копия актуального (действительного) документа, выданного производителем (изготовителем) Продукции, удостоверяющего обозначенный статус Уполномоченного лица.

Допускается, что Продукцию, отвечающую требованиям Документации, Участник (заявленный Участником субпоставщик)/Группа лиц может иметь в наличии, хранящуюся на собственных складах либо на арендуемых складах. В этом случае, установленные выше требования настоящего пункта о предоставлении Участником/Группой лиц письма, выданного производителем (изготовителем) Продукции, о готовности производителя (изготовителя) Продукции осуществлять

отпуск Продукции для нужд Заказчика не являются обязательными для исполнения Участником/ Группой лиц, но только в части объема Продукции, имеющегося у Участника/ Группы лиц в наличии. При этом Участник/Группа лиц обязан:

- указать в своем ценовом предложении (Форма 6 раздела 7 Документации) в графе «Примечание» напротив каждой позиции обозначенного объема фразу «Имеется в наличии»;
- включить в состав своей Заявки по обозначенным выше позициям копии документов, подтверждающих факт наличия у Участника Продукции (приобретения Продукции Участником);
- предоставить Организатору/Заказчику (по требованию Организатора, Заказчика) возможность на любом из этапов маркетинговых исследований провести инспекцию заявленной имеющейся в наличии Продукции.

Требования настоящего пункта применяются только в том случае, если обязанность Участника по предоставлению письма, выданного производителем (изготовителем) Продукции, о готовности производителя (изготовителя) Продукции осуществлять отпуск Продукции для нужд Заказчика предусмотрена в Разделе 8 Документации. При этом установлено, что настоящий пункт дополняет условия, приведенные в Разделе 8 Документации, устанавливающие обязанность Участника по предоставлению письма, выданного производителем (изготовителем) Продукции, о готовности производителя (изготовителя) Продукции осуществлять отпуск Продукции для нужд Заказчика.

ООО «АППОМЕД» полагает, что в отсутствие обязанности производителя как-либо образом реагировать на запросы участников закупки о представлении им сертификатов, писем и иных документов, уполномочивающих на поставку товара, или на запросы о заключении дилерского договора, возможность участников закупки подать заявку на участие в соответствии с вышеуказанными требованиями документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителей товара.

При этом Заявитель отмечает, что Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь дилерский договор с производителем, предлагаемого к поставке товара, на момент подачи заявки на участие в закупке, равно как не обязывает участника закупки обладать какими-либо документами, выданными производителем товара и подтверждающими право поставки данного товара (требование предоставить дилерский сертификат, письмо производителя и т.д.). Как и не обязывает иметь в наличии товар либо действующий договор на приобретение товара на момент участия в закупке (требование предоставить паспорт или договор). Требование о предоставлении документов о статусе участника как дилера, либо письма производителя, паспорта на товар, соглашения с производителем или дилером являются чрезмерными требованиями.

Более того, представление документов о наличии статуса официального дилера, представителя, дистрибьютора, партнера или иного аналогичного статуса на этапе подачи заявок, письма производителя или дилера не свидетельствует о возможности надлежащего исполнения обязательств по договору. Следовательно, подтверждение или отсутствие такого статуса не имеет значения на стадии

определения поставщика.

Кроме того, предъявленные к участникам требования сами по себе не могут гарантировать надлежащего исполнения обязательства. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к участнику квалификационных требований, в частности о наличии опыта выполненных услуг на соответствующем товарном рынке.

Заявитель отмечает, Законодательство Российской Федерации не устанавливает ограничений оборота на товарном рынке приобретаемого Заказчиком товара и не требует для реализации такого товара иметь договорные отношения с производителем товара или обладать особыми полномочиями, предоставленными производителем товара. Законодательство Российской Федерации не ограничивает возможность приобретение товара у иных хозяйствующих субъектов, в том числе не являющихся производителями закупаемого товара.

ООО «АППОМЕД» вправе и способно обеспечить поставку всего заявленного Заказчиком товара, однако, не являясь дилером производителей отдельных закупаемых товаров, ограничено в возможности участия в закупке в силу требований подпункта 14 пункта 27 раздела 1 документации о запросе котировок.

Таким образом, Заявитель полагает, что в действиях (бездействии) Заказчика усматриваются признаки нарушения требований пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик с доводами жалоб не согласился, представил письменные возражения и запрошенные антимонопольным органом материалы.

Заказчик отмечает, довод ООО «АППОМЕД» о том, что положения пункта 8.2.1, 5.7.1.9 закупочной документации нарушают принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, является несостоятельным.

ООО «АППОМЕД» полагает, что пункты 8.2.1 и 5.7.1.9 закупочной документации, положения которых направлены на минимизацию риска неисполнения обязательств, нарушают пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

В рассматриваемом случае положения пунктов 8.2.1, 5.7.1.9 закупочной документации предусматривают различные варианты предоставления в составе заявки документов, подтверждающих возможность надлежащего выполнения обязательств.

Включение указанных положений в закупочную документацию обусловлено необходимостью подтверждения возможности надлежащего выполнения обязательств по договору поставки в установленные сроки.

При этом указанные положения закупочной документации применяется ко всем лицам, подавшим заявки, что исключает нарушение принципа равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Заказчик считает необходимым отметить, что согласно части 1 статьи 1 Закона о закупках целями его регулирования являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц в товарах, работах, услугах с

необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Устанавливая требование о предоставлении документов, подтверждающих возможность осуществления поставки товара согласно предмету закупки, реализуется цель заказчика - получение в установленные сроки качественного товара.

В противном случае участие в закупке недобросовестного лица, у которого отсутствует возможность поставить товар, приведет к срыву срока поставки, расторжению договора, срыву производственного процесса, необходимости повторно осуществлять закупку и, в конечном счете, приведет к неэффективному использованию денежных средств, выделенных заказчиком на ее проведение.

В этой связи довод ООО «АППОМЕД» о неправомерности положений закупочной документации в части необходимости предоставления документов, подтверждающих надлежащее выполнение обязательств, является несостоятельным.

Вместе с тем положения пункта 5.7.1.9 закупочной документации не устанавливают требования о том, что участник должен являться производителем либо дилером. Требования пункта 5.7.1.9 закупочной документации направлены на представление в составе заявки документа, подтверждающего возможность надлежащего исполнения обязательств, например, письма от организации с подтверждением наличия у такой организации требуемого количества товара или возможности отгрузки в указанные сроки и объеме и т.д.

С учетом изложенного оспариваемое положение не противоречит Закону о закупках, не является неисполнимым и препятствующим подаче заявки, что исключает нарушение принципов закупочной деятельности, а также прав и интересов ООО «АППОМЕД».

Комиссия отмечает следующее.

При этом данное требование идет вразрез с судебной практикой, установленной в отношении реализации принципов осуществления закупочной деятельности, указанных в п. 6 обзора судебной практики от 16.05.2018 по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации (далее - Обзор).

Установленные Заказчиком требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, связанным с определением соответствия поставляемого товара и требуемым к включению в документацию на основании пункта 1 части 10 статьи 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень поставщика товара и приводят к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку потенциальный участник закупки может не быть производителем краски, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемых

товаров. Кроме того, предъявление к участникам такого требования само по себе не может гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке товаров.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае могли привести к ограничению круга потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог на заседании Комиссии представить объективных доказательств необходимости установления указанного требования.

Комиссия считает недопустимыми подобные рычаги воздействия на ход проведения конкурентной процедуры, поскольку Документация не должна являться инструментом манипулирования Заказчиком итогами процедуры.

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.

Так, Документация предназначена для отбора лиц, которые могут удовлетворить потребность Заказчика на объявленных условиях, при этом не предоставляя Заказчику право избирать контрагента по критериям надежности указанных субъектов и отдавать предпочтение в зависимости от уровня заинтересованности таких участников.

Вместе с тем, оценивая спорные требования, следует признать, что критериям объективности и нормативности они не соответствуют. При этом сам по себе предмет Закупки не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов. На основании изложенного, Комиссия соглашается с доводами Заявителя о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3, а также п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

2. Согласно доводам второй жалобы, ЗАО «БАЛАМА» направили дополнение к жалобе, в которой оспаривают внесенные изменения Заказчиком.

В связи с изменениями, внесенными заказчиком в техническое задание после направления жалоб в Московское УФАС России, ЗАО «БАЛАМА» дополнил доводы указанной жалобы нижеследующим.

В отношении товара с наименованием: «Противогаз гражданский промышленный ПП7» в техническое задание 8 сентября 2021 года были внесены изменения, а именно указание на необходимость соответствия товара требованиям ГОСТ 12.4.121-2015 «Средства индивидуальной защиты органов дыхания. противогазы фильтрующие» было заменено на необходимость соответствия товара требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014 «Средства индивидуальной защиты органов дыхания в чрезвычайных ситуациях противогазы гражданские фильтрующие».

Однако внесенные в техническое задание изменения не приводят к устранению нарушений требований пункта 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках), о которых сказано в ранее

направленной жалобе ЗАО «Балама», в связи со следующим.

Во-первых, согласно пункту 1.2 ГОСТ Р 22.9.19-2014 данный стандарт не распространяется на промышленные средства индивидуальной защиты органов дыхания (противогазы). Таким образом, техническое задание по-прежнему содержит противоречие в части наименования типа приобретаемого противогаза (промышленный) и необходимости соответствия требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014, которое не позволяет обеспечить поставку товара, в полной мере соответствующего всем установленным заказчиком требованиям.

Во-вторых, противогазы гражданские ГП-7 требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014 не соответствуют, так как разработаны и проходят оценку соответствия исключительно по ТУ Г-10-1103-82, что следует из представленных в составе жалобы ЗАО «Балама» документов (паспорта, сертификат соответствия и руководство по эксплуатации противогаза гражданского ГП-7). Например, согласно пункту 5.1.2 и таблице 2 ГОСТ Р 22.9.19-2014 противогаз должен обеспечивать защиту от аммиака (класс К), тогда как из пункта 1 таблицы 1 руководства по эксплуатации противогаза гражданского ГП-7 следует, что он не обеспечивает защиту от аммиака. Защиту от аммиака противогаз гражданский ГП-7 обеспечивает только в составе с дополнительным патроном ДПГ-1, ДПГ-3, однако, в требованиях заказчика к составу противогаза указано, что в него должна включаться исключительно фильтрующе-поглощающая коробка (фильтр) противогаза без дополнительного патрона. Таким образом, техническое задание по-прежнему содержит противоречие в части указания на неисполнимое для приобретаемого товара требование о соответствии ГОСТ Р 22.9.19-2014.

В-третьих, в техническом задании по-прежнему указан тип противогаза, который отсутствует на товарном рынке («гражданский промышленный»). Представленные на товарном рынке противогазы относятся либо к типу «гражданские» (для целей выполнения мероприятий по гражданской обороне), либо к типу «промышленные» (для персонала промышленных предприятий и использования в целях охраны труда). В частности, как указано в ранее направленной жалобе ЗАО «Балама», противогаз ГП-7 относится к типу гражданских противогазов и никакого отношения к типу промышленных противогазов не имеет. Указанное очевидно следует из представленной заявителем документации на указанную модель противогаза.

Таким образом, установленное требование к типу противогаза (промышленный) и о его соответствии ГОСТ Р 22.9.19-2014 по-прежнему не могут быть исполнены, так как заявленная модель относится к иному типу противогазов (гражданские) и требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014 не соответствует.

Заявитель отмечает, что в действиях заказчика усматриваются признаки нарушения норм пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Заказчик пояснил, что были внесены изменения в документацию и из пункта 1.4 Технического задания исключено указание на ГОСТ 12.4.121-2015, при этом включено положение о необходимости соответствия товара «ГОСТ Р 22.9.19-2014. Национальный стандарт Российской Федерации. Безопасность в чрезвычайных ситуациях. Средства индивидуальной защиты органов дыхания в чрезвычайных ситуациях. Противогазы гражданские фильтрующие. Общие технические требования» (далее – ГОСТ Р 22.9.19-2014).

ГОСТ Р 22.9.19-2014 устанавливает технические требования к гражданским противогазам, а также их основным составным частям (лицевым частям, комбинированным фильтрам).

Пунктом 2 Технического задания в наименовании товара по позиции 4 предусмотрено, что поставке подлежит противогаз гражданский ГП-7.

Вместе с тем в отношении подлежащего поставке товара (гражданский противогаз) принят и действует стандарт - ГОСТ Р 22.9.19-2014.

Заказчик пояснил, что согласно пункту 1.1 ГОСТ Р 22.9.19-2014 стандарт распространяется на противогазы гражданские фильтрующие, предназначенные для использования в качестве средств индивидуальной защиты органов дыхания, лица и глаз гражданского взрослого населения, в том числе личного состава нештатных аварийноспасательных формирований, нештатных формирований по обеспечению выполнения мероприятий по гражданской обороне и аварийно-спасательных формирований федеральных органов исполнительной власти, в особых условиях радиоактивного загрязнения и химического заражения.

Противогазы серии ГП-7 являются гражданскими противогазами, технические требования к которым установлены ГОСТ Р 22.9.19-2014, при этом противогазы этой серии выпускаются в виде различных модификаций, отличающихся конструкцией лицевых частей и фильтрующее-поглощающих систем.

Заказчик указал, что довод ЗАО «БАЛАМА» о том, что ГП-7 не обеспечивает защиту от аммиака является несостоятельным, при этом действующее техническое регулирование предусматривает требования, которым должен соответствовать гражданский противогаз.

Одновременно Заказчик пояснил, что положения закупочной документации допускают поставку аналога товара, что позволяет участникам закупочной процедуры предложить к поставке гражданский противогаз, соответствующий требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014.

Положения закупочной документации в соответствии с требованиями Закона о закупках предусматривают, что поставке подлежат гражданские противогазы ГП-7, которые должны соответствовать требованиям ГОСТ Р 22.9.19-2014 «Средства индивидуальной защиты органов дыхания в чрезвычайных ситуациях противогазы гражданские фильтрующие», а также положениям ТР ТС 019/2011 «О безопасности средств индивидуальной защиты».

Комиссия проанализировав доводы жалобы с учетом выступления участвовавших в заседании лиц установила следующее.

Согласно Техническому заданию Поставляемый товар должен соответствовать:

- ТР ТС 019/2011 «О безопасности средств индивидуальной защиты»;

- ГОСТ 12.4.236-2012 «ССБТ. Средства индивидуальной защиты органов дыхания. Дыхательные аппараты со шлангом подачи чистого воздуха, используемые с масками и полумасками. Общие технические требования. Методы испытаний. Маркировка»;

- ГОСТ 12.4.235-2012 «ССБТ. Средства индивидуальной защиты органов дыхания. Фильтры противогазовые и комбинированные. Общие технические требования. Методы испытаний. Маркировка»;

- ГОСТ Р 22.9.19-2014 «Средства индивидуальной защиты органов дыхания в чрезвычайных ситуациях противогазы гражданские фильтрующие».

Комиссия установила, что ГП-7 согласно техническому описанию и инструкции по эксплуатации не защищает от аммиака, однако по ГОСТ коробка ГП-7 защищает от паров хлора, отравляющих веществ, радиоактивного йода и биологических аэрозолей, но не защищает от паров аммиака. Для защиты от аммиака вместе с коробкой ГП-7к используется дополнительный патрон ДПГ-3 или ПЗУ-ПК. При этом документацией указанные патрон не закупается, таким образом, факт соответствия ГП-7 ГОСТу Р 22.9.19-2014 заказчиком не подтверждено. Однако требование о таком соответствии установлено в документации.

Согласно устному пояснению Заказчика, Техническое задание предусматривает возможность поставки аналога, который и должен соответствовать ГОСТу 22.9.19-2014, но из технического задания на поставку это не следует.

Так, в Техническом задании указано, что в случае наличия по тексту технического задания указания на товарные знаки следует читать «или аналог». В случае, если Поставщик предлагает замену (аналог), указанных в п.2 настоящего Технического задания материалов, он обязан приложить к своей заявке развернутое сравнение технических характеристик предлагаемого Товара, сертификаты соответствия, паспорта и (или) иные документы, выданные в соответствии с действующим законодательством, свидетельствующие о соответствии Товара требованиям, установленным в Техническом задании.

При этом ТЗ установлены требования к ГП-7. В свою очередь, указаний на то, что аналог может не соответствовать характеристикам ГП-7, но соответствовать ГОСТу 22.9.19-2014 документация не содержит, при этом установлено требование о соответствии товара указанному стандарту. В связи с чем Комиссия считает необходимым внести изменения в документацию в целях приведения соответствия ТЗ пояснениям заказчика, данным на Комиссии о том, что аналог должен соответствовать ГОСТу 22.9.19-2014 и может не соответствовать характеристикам ГП-7.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «АППОМЕД», ЗАО «БАЛАМА» на действия ООО «ГЭХ Закупки» и ПАО «МОЭК» при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях ПАО «МОЭК» нарушение пункта п. 2 ч. 1 ст. 3, а также п. 9, п. 1 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.
3. Выдать ПАО «МОЭК» обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

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