

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-23153/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

29.12.2021 г. Москва

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

<...>

при участии представителей ООО «Микромаш», ПАО «Промсвязьбанк»;

рассмотрев жалобу ООО «Микромаш» (далее также — Заявитель, Общество) на действия ПАО «Промсвязьбанк» (далее также — Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на поставку серверного оборудования для нужд ПАО «Промсвязьбанк» (реестровый № 32110909129, далее — Закупка, Конкурс),

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.

По мнению Заявителя, нарушение его прав и законных интересов со стороны Заказчика выразилось в ненадлежащем формировании Закупочной документации, влекущем ограничение конкуренции.

До начала рассмотрения жалобы по существу, Заявителем было заявлено о реализации права на защиту прав и законных интересов Общества в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, в связи с чем от рассмотрения в порядке статьи 17 Закона о защите конкуренции Заявитель отказался.

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.

Извещение о проведении Закупки с начальной (максимальной) ценой договора в размере 8 000 000,00 \$ размещено в единой информационной системе в сфере закупок (адрес в сети «Интернет» - www.zakupki.gov.ru) 06.12.2021.

Дата и время окончания подачи заявок - 22.12.2021 в 10:00.

Дата рассмотрения первых частей заявок — 11.01.2022.

Срок подачи дополнительных ценовых предложений — 12.01.2022.

Дата рассмотрения вторых частей заявок — 21.01.2022.

Дата подведения итогов — 22.01.2022.

Заявителем оспариваются положения Закупочной документации в части установленных требований к закупаемому оборудованию.

Так, Заявитель считает неправомерным установление в пункте 9 Технического задания ограничения в виде обязательного нахождения оборудования в Реестрах товаров, предусмотренных постановлениями Правительства РФ от 30.04.2020 № 616 и от 10.07.2019 № 878 (далее — Реестры).

Под Реестрами понимается: Реестр промышленной продукции, произведенной на территории Российской Федерации (<https://gisp.gov.ru/pp719/p/pub/products/>) и (или) Реестр промышленной продукции, произведенной на территории государства - члена Евразийского экономического союза

(https://gisp.gov.ru/pp616/pub/app_eaeu/search/), предусмотренные постановлением Правительства Российской Федерации от 30 апреля 2020 г. № 616, и (или) Единый реестр российской радиоэлектронной продукции, предусмотренный постановлением Правительства Российской Федерации от 10 июля 2019 г. № 878 (<https://gisp.gov.ru/documents/10546664/>)

Количество товара определяется на этапе поставки товара в соответствии с условиями договора, при этом указанные значения носят информационный характер и указаны с целью определения соотношения предполагаемого к закупке товара к общему количеству товара по договору.

На основе поиска и анализа оборудования, находящим в вышеуказанных Реестрах по ОКПД2 и заданным характеристикам Заявителем было установлено, что запрашиваемое оборудование (серверы) соответствуют единственному товару — Сервер «Аквариус».

Заказчик с доводами жалобы не согласился и пояснил, что согласно пункту 39 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» при оценке того, привели или могли привести действия, совершенные в ходе обязательных процедур, а также конкурентных закупок, к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на определенном рынке, необходимо учитывать, что правила статьи 17 Закона о защите конкуренции применяются к ним постольку, поскольку законом или в установленном им порядке не предусмотрено иное. В частности, Законом о контрактной системе, Законом о закупках установлены специальные правила о порядке проведения процедур определения поставщика, конкурентных закупок и специальные полномочия антимонопольного органа по контролю за их проведением. Соответственно, положения статьи 17 Закона применяются к таким процедурам и конкурентным закупкам в части, не урегулированной специальными нормами, или в части, конкретизирующей их положения.

Таким образом, специальные нормы, установленные Законом о закупках, имеют приоритет над положениями статьи 17 Закона № 135-ФЗ о защите конкуренции. Соответственно, правила статьи 17 Закона № 135-ФЗ о защите конкуренции могут применяться к закупкам в рамках Закона о закупках только в части, не регламентированной этим специальным законом.

Согласно пункту 1 части 8 статьи 3 Закона о закупках Правительство Российской Федерации вправе установить приоритет, включая минимальную долю закупок, товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Приложением к постановлению Правительства Российской Федерации от 03.12.2020 № 2013 установлена минимальная доля закупок товаров российского происхождения, определенная в процентном отношении к объему закупок товаров (в том числе товаров, поставляемых при выполнении закупаемых работ, оказании закупаемых услуг) соответствующего вида, осуществленных Заказчиком в отчетном году по коду ОКПД2 26.20.11.

Таким образом, у Заказчика возникает обязанность закупки товаров российского происхождения, прямо вытекающая из положений Закона о закупках. При этом такие действия Заказчика при проведении Конкурса, исходя из приведенного разъяснения (позиции) Пленума Верховного Суда Российской Федерации, не могут быть квалифицированы, как действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции (нарушение статьи 17 Закона № 135-ФЗ), так как Заказчик в данном случае руководствуется специальными нормами Закона о закупках.

Следует обратить внимание, что Закон о закупках не содержит прямого запрета на установление требования о наличии предполагаемых к поставке товаров в Реестрах. Напротив, пункт 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках говорит о возможности Заказчика устанавливать иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям Заказчика.

Таким образом, Заказчик полагает правомерным установление требования о наличии товаров в Реестрах.

Комиссия оценивает доводы Заказчик критически, Законом о закупках не предусмотрен механизм осуществления импортозамещения путем установления соответствующих ограничений возможности участия в закупках. В рамках проведения закупок в соответствии с требованиями Закона о закупках система осуществления импортозамещения, предусмотренная частью 8 статьи 3 Закона о закупках, основана исключительно на применении приоритета, установленного Постановлением Правительства Российской Федерации от 16.09.2016г. № 925 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами».

Пунктом 3 Постановления Правительства № 878 от 10.07.2019г. установлено, что при осуществлении закупок радиоэлектронной продукции, включенной в перечень, заказчик отклоняет все заявки (окончательные предложения), содержащие предложения о поставке радиоэлектронной продукции, включенной в перечень, происходящей из иностранных государств, при условии, что на участие в определении поставщика подано не менее 2 удовлетворяющих требованиям извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке заявок (окончательных предложений).

При этом, как было установлено Комиссией, по заданному ОКПД2 в Реестрах имеется оборудование только одного производителя «Аквариус».

В свою очередь, в соответствии с подпунктом 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупке при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться, в том числе, следующим правилом: в описание 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.

Таким образом, установление в Документации требования о поставке оборудования исключительно российского происхождения ограничивает участников закупки представить иной товар (в том числе иностранный).

Выводы Комиссии о том, что спорное требование влечет невозможность предложения товара иного производителя также подтверждается тем, что на этапе формирования начальной (максимальной) цены договора Заказчиком были получены коммерческие предложения, содержали исключительно предложение о поставке оборудования (серверов) «Аквариус».

Резюмируя вышеизложенное, Комиссия приходит к выводу о неправомерности оспариваемого требования об обязательности нахождения закупаемого оборудования в Реестрах и нарушении Заказчиком части 6 статьи 3, пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках и признает жалобу в указанной части обоснованной.

Также Заявителем оспариваются установленные Заказчиком характеристики закупаемых серверов, а именно:

1. Наличие у Сервера (тип 1) двух слотов для адаптера Mezzanine;
2. Совместимость сервера с vmware vsphere 6.5-7 (включая vmware vsan 6-7);
3. Требования к высоте Серверов (типы 9-15) - 2U;
4. Требование о наличии в комплекте 2 SSD с интерфейсом в 6Gb;
5. Требования к наличию процессоров Intel Xeon Scalable 2-го поколения и выше, а также чип NVIDIA в отсутствие возможности поставки эквивалента.

На заседании Комиссии Заявитель пояснил, что вышеуказанные требования являются избыточными, поскольку оборудование с иными характеристиками также отвечает потребностям Заказчика.

Кроме того, требования Заказчика в отношении адаптера Mezzanine, процессоров Intel, чипа NVIDIA являются неисполнимыми, поскольку двухслотовый адаптер Mezzanine имеется только у сервера «Аквариус», а Intel и NVIDIA являются иностранными товарами и не могут находиться в Реестрах, поскольку не являются товарами российского происхождения.

В ответ на указанные доводы Заказчик пояснил, что среди технических требований Конкурсной документации также указано, что в случае если сервер имеет два слота для адаптера Mezzanine, адаптер должен быть в форм факторе Mezzanine». Соответственно, допускается оборудование, имеющее один слот в форм факторе Mezzanine и не имеющее их совсем.

Кроме того, оборудование должно поддерживать работу операционных системы из перечня, в том числе vmware vsphere 6.5-7 (включая vmware vsan 6-7). При этом не требуется подтверждать это наличием оборудования в списке совместимости разработчика. Следовательно, ссылка Заявителя на список совместимостей VMware является некорректной.

Использование процессоров Intel необходимо для обеспечения достаточной производительности серверов. В процессорах предыдущих поколений производительность существенно ниже. Так, например, процессоры предыдущих поколений имеют меньшую тактовую частоту, меньше ядер, меньше частоту работы памяти, а также меньше ее максимальный размер. При этом это не последнее поколение процессоров, то есть требование не является избыточным.

Тип оперативной памяти также является важным для обеспечения требуемой производительности серверов, при этом указанный тип является стандартным и поддерживается всеми современными производителями в современных линейках серверов.

Необходимое количество (24 шт) и размер (128 Гб) указаны для достижения необходимого суммарного размера оперативной памяти 3Тб. В Банке присутствует значительное количество серверов, которым необходим такой объем оперативной памяти.

Сервер высотой 1U физически невозможно установить требуемое количество жестких дисков и модулей расширения, перечисленных в требованиях - он слишком мал для этого. Поэтому техническим заданием предусмотрены сервера 1U и 2U.

Банку требуется сервер с двумя предустановленными жесткими дисками и необходимым количеством свободных слотов для дополнительных жестких дисков из списка компонентов.

Установка большего количества предустановленных жестких дисков не требуется и приведет к удорожанию базовой комплектации, которой может быть достаточно на начальном этапе внедрения систем, но далее, по мере роста объемов на данной информационной системе, потребует модернизацию серверов путем установки дополнительных дисков, памяти.

Скорость 6Gb является достаточной для системных жестких дисков и устанавливать более быстрые, а значит и более дорогие жесткие диски необходимости нет. При этом данная скорость является стандартной и поддерживается всеми производителями жестких дисков.

Согласно пункту 1 Технической части Конкурсной документации, установлены следующие общие требования к процессорам: сервер должен поддерживать возможность установки не менее чем двух процессоров Intel Xeon Scalable 2-го поколения и выше.

Сервер должен комплектоваться двумя процессорами с количеством ядер в каждом не менее чем 28. Тактовая частота процессора должна быть не менее не менее 2,70 ГГц.

Таким образом, условия Конкурсной документации не предписывают участникам предлагать к поставке исключительно процессоры Intel Xeon Scalable 2-го поколения. Данное конкретное наименование включено для целей лучшего описания потребностей Банка в товаре.

В частности, упоминание в требованиях поддержки процессоров Intel Xeon Scalable 2-го поколения и выше и адаптеров с чипами NVIDIA обусловлено

пожеланием Заказчика о повышении степени совместимости для работы в существующих вычислительных кластерах, уже реализованных с использованием указанных процессоров и видеокарт в Банке. При этом в требованиях к процессорам указаны формулировки «не менее» и «и выше», что трактуется как возможность использования иных процессоров, соответствующих требованиям по частоте и ядрам, выдвигаемых для каждого типа серверов.

Кроме того, Заказчик просил Комиссию учесть то обстоятельство, что на рынке отсутствуют аналоги указанных процессоров и видеоадаптеров с аналогичной производительностью. При этом эти процессоры и видеоадаптеры являются стандартными и поддерживаются большинством производителей - HPE, Dell, Lenovo, Huawei, а также российскими Aquarius, Depo, Yadro. Кроме этого в мире всего 2 производителя профессиональных видеокарт - AMD и NVIDIA. Промышленный стандарт для проведения параллельных вычислений (CUDA) разработан и сертифицирован компанией NVIDIA. Поддерживается всеми производителями оборудования и собственно на этих комплектующих собрано большинство суперкомпьютеров за исключением специализированных. Поставленные задачи (рекуррентный алгоритм решения системы уравнений) требует наличия большого количества вычислительных ядер. На практике это означает, что выбирать необходимо из лучших товаров конкретного рынка, чтобы иметь возможность производить многочасовые расчеты и при этом функционировать без сбоев. Любая компания может приобрести такие графические видеоадаптеры, установить их в сервер и поставить Заказчику под единой гарантией.

При этом конкретные наименования адаптеров NVIDIA указаны не для каждого сервера, указанного в технической части, а лишь для случаев, когда определенный сервер будет использоваться в сопряжении с действующим оборудованием Заказчика, использующее аналогичные комплектующие, и предназначенное для выполнения однотипных задач. Таким образом, Заказчиком правомерно не предусмотрена возможность поставки аналогичной продукции для компонентов серверов №29-31.

В качестве подтверждения используемого оборудования Заказчиком в материалы дела были представлены соответствующие договоры поставки.

В отношении нахождения компонентов поставляемых серверов в Реестрах Заказчик пояснил, что данные выводы Заявителя основаны на неверном толковании положения Закупочной документации, поскольку требование о нахождении в Реестрах установлено исключительно для поставляемого товара, то есть серверов, а не для отдельных его компонентов.

Комиссия, проанализировав представленные документы и сведения в их совокупности и взаимосвязи приходит к выводу о необоснованности жалобы в указанной части на основании следующего.

В силу части 1 статьи 1 Закона о закупках целями регулирования Закона о закупках являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей

участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

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.

Согласно позиции Верховного суда Российской Федерации, изложенной в пункте 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) 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.

На основании пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках к принципам, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относятся равноправие (отсутствие дискриминации) участников закупки и недопустимость необоснованного ограничения конкуренции.

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.

Вместе с тем, оспариваемые Заявителем характеристики оборудования обусловлены объективной потребностью Заказчика в реализации как конкретных задач, так и необходимостью обеспечения совместимости с уже используемым оборудованием аналогичного типа.

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.

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.

При этом Заявителем не представлено доказательств, что оборудование с иными

характеристиками обеспечит надлежащее удовлетворение потребностей Заказчика в конкретном товаре.

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 нарушений, 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).

Резюмируя изложенное, Комиссия приходит к выводу о необоснованности жалобы в указанной части.

Руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Микромаш» (ОГРН: 1167746227879, ИНН: 9701033850) на действия ПАО «Промсвязьбанк» (ОГРН: 1027739019142, ИНН: 7744000912) при проведении Закупки частично обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушения части 6 статьи 3, пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.

