

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-7064/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

29.04.2021 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 «РПИ Курск Пром»**, **ФГБУ «Морспасслужба»** посредством видеоконференцсвязи,

**рассмотрев жалобу ООО «РПИ Курск Пром»** (далее также - Заявитель) на действия **ФГБУ «Морспасслужба»** (далее также - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на поставку отбойных устройств в рамках реализации государственного контракта на выполнение работ по объекту: «Реконструкция береговых сооружений автомобильно-железнодорожного паромного сообщения «Ванино-Холмск» в морском порту Холмск» (реестровый № 32110173290) (**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 Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

Согласно доводам жалобы, Заявитель оспаривает положения Закупочной документации Заказчика.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закона о закупках).

Из доводов жалобы Заявителя следует, что Заказчиком в нарушение требований действующего законодательства не предусмотрена возможности поставки эквивалента.

*В соответствии с пунктом 6 Технического задания к поставке необходима продукция производства ShibataFenderTeam\*.*

*\*Товарный знак указан в соответствии с разработанной Рабочей документацией, поставка аналогов не допускается.*

По мнению Заявителя, факт указания в Закупочной документации на конкретного иностранного производителя в отсутствие возможности предложения участниками поставки эквивалента, затрагивает законные права Заявителя как производителя аналогичного оборудования, а также нарушает положения нормативных актов, регулирующих импортозамещение и использование товаров российского происхождения на территории Российской Федерации, а также не отвечает целям и принципам закупочной деятельности.

При этом на заседании Комиссии было установлено, что Заявитель принял участие в Закупке и был отклонен на основании несоответствия предложенного оборудования требованиям Закупочной документации.

В соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться следующими правилами:

1) в описании предмета закупки указываются функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки;

2) 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;

3) 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 установлено, что Закупка проводится в рамках исполнения государственного контракта от 11.09.2020 № 313/ОПЭД-20 на разработку рабочей документации и выполнение работ по объекту реконструкция береговых сооружений автомобильно-железнодорожного паромного сообщения «Ванино-Холмск» в морском порту Холмск (далее – Госконтракт), заключенному в целях реализации государственной программы Российской Федерации «Развитие транспортной системы», утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 20.12.2017 № 1596, между ФГУП «Росморпорт» (далее — Застройщик) и ФГБУ «Морспасслужба» (далее также — Заказчик, Генподрядчик).

Согласно пункту 2.1 Госконтракта в соответствии с настоящим Контрактом, Генподрядчик обязуется собственными и/или привлеченными силами и средствами на основании утвержденной Проектной документации разработать Рабочую документацию и выполнить работы по реконструкции Объекта, включая работы, определенно не упомянутые в Контракте, но необходимые для завершения Работ на Объекте и достижения показателей, указанных в Контракте, в соответствии с Графиком выполнения строительно-монтажных работ (Приложение № 2 к Контракту), Сметой Контракта (Приложение № 5 к Контракту), условиями Контракта, и утвержденной Застройщиком Рабочей документацией, требованиями технических регламентов, строительных норм и правил, иных нормативных правовых актов действующих на территории Российской Федерации и сдать законченный реконструкцией Объект Приемочной комиссии.

Проектная документация по объекту: «Реконструкция береговых сооружений автомобильно-железнодорожного паромного сообщения «Ванино-Холмск» в морском порту Холмск» выполнена ООО «ПриМорПроектБюро» на основании договора №212/ДО-15 от 17.08.2015, Заказчик – Федеральное государственное унитарное предприятие «Росморпорт».

Разработанная ООО «ПриМорПроектБюро» проектная документация получила положительное заключение ФАУ «Главгосэкспертиза России» № в ЕГРЗ 65-1-1-3-029116-2019 и соответствует результатам инженерных изысканий, выполненных для ее подготовки, требованиям технических регламентов и иным установленным законодательством требованиям. Согласно проектной документации, разработанной ООО «ПриМорПроектБюро», при реконструкции береговых сооружений автомобильно-железнодорожного паромного сообщения «Ванино-Холмск» в морском порту Холмск предусмотрено применение отбойных устройств завода Sumitomo Rubber Industries Kakogawa Factory, Япония.

В соответствии с условиями Госконтракта Генподрядчик обязан выполнять работы в соответствии с Проектной документацией и на основании утвержденной Застройщиком Рабочей документации.

Положения статьи 1 Госконтракта определяют, что «Рабочая документация» или «РД» – разработанная Генподрядчиком, согласованная заинтересованными Третьими лицами и утвержденная Представителем Застройщика «В производство работ» совокупность текстовых и графических документов, обеспечивающих реализацию принятых в утвержденной Проектной документации технических

решений объекта реконструкции, необходимых для производства строительных и монтажных работ, обеспечения строительства оборудованием, изделиями и материалами и/или изготовления строительных изделий. В состав Рабочей документации входят основные комплекты рабочих чертежей, спецификации оборудования, изделий и материалов, сметы, анализ рынка местных материалов, транспортно-логистические схемы доставки основных материалов, изделий конструкций и оборудования, другие прилагаемые документы, разрабатываемые в дополнение к рабочим чертежам основного комплекта. Рабочая документация разрабатывается отдельно на объекты, входящие в состав Этапа 1, и объекты, входящие в состав Этапа 2/

Разработка рабочей документации осуществлялась на основании договора субподряда от 11.01.2021 № МСС-003/2021, заключенного между ООО «ПБ Волна» и Заказчиком во исполнение Госконтракта.

Вместе с тем Заказчик на заседании отметил, что поставщиком оборудования Sumitomo Rubber Industries Kakogawa Factory, Япония, в период разработки проектной документации являлась компания ООО «Мицуи энд Ко. Москоу». В настоящее время вопросами дистрибуции отбойных устройств компания ООО «Мицуи энд Ко. Москоу» не занимается, так как эта компания сейчас не является представителем Sumitomo в России. В связи с этим был проведен анализ рынка отбойных устройств, соответствующих проектной документации, и подобран аналог: отбойные устройства производства японско-немецкой компании «ShibataFenderTeam AG» с характеристиками, аналогичными характеристикам отбойных устройств японского концерна Sumitomo, с подобным качеством материала и по цене, соответствующей сметной стоимости. Данная замена была согласована Заказчиком в соответствии с требованиями Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» с Застройщиком, поскольку отбойные устройства производства компании «ShibataFenderTeam AG» по своим характеристикам лучше в сравнении с отбойными устройствами завода Sumitomo Rubber Industries Kakogawa Factory, Япония, и внесена в Рабочую документацию.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что включение в Техническое задание конкретного наименования производителя, необходимого к поставке, оборудования без возможности поставки эквивалента, обусловлено необходимостью соблюдения требований Госконтракта, в том числе в части соответствия Проектной и Рабочей документациям, что в соответствии с подпунктом «в» пункта 3 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках является допустимым.

Комиссия отмечает, что само по себе включение в документацию условий и признаков, которые в конечном итоге приводят к исключению из числа участников лиц, не отвечающих этим условиям и признакам, не является ограничением доступа к участию в закупке и ограничением конкуренции, а представляет собой механизм выбора наиболее подходящего под требования Заказчика, в данном случае поставщика и, поставляемого им, оборудования.

Пунктом 3 части 9 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в извещении об осуществлении конкурентной закупки должны быть указаны предмет договора с указанием количества поставляемого товара, объема выполняемой работы, оказываемой услуги, а также краткое описание предмета закупки в соответствии

счастью 6.1 статьи 3 Закона о закупках (при необходимости).

В соответствии с пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Таким образом, Заказчик формирует Техническое задание в соответствии с собственными потребностями, устанавливая наиболее подходящие ему требования к оборудованию, при условии, что такие требования не приводят к ограничению конкуренции. Вместе с тем следует учитывать положения пункта 3 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках, прямо предусматривающие четыре основания для закупки товара конкретной марки (конкретного производителя) в рамках конкурентной процедуры.

В этой связи Комиссия отмечает, что спорное требование предъявлено на основании потребности Заказчика, которая, в том числе сформулирована в положениях Госконтракта, в свою очередь, Заказчик проводит закупочную процедуру в целях получения конечного результата — поставки оборудования в том виде, качестве, порядке и объеме, на который он обоснованно рассчитывал.

Из изложенного следует, что цели проведения закупки (удовлетворение нужд Заказчика в работах, товарах, услугах, а в данном случае — исполнении заключенного Госконтракта) не будут достигнуты в случае принятия заявки, не соответствующей предъявленным требованиям, а само по себе желание Заявителя поставить имеющееся у него оборудование, которое участник считает приемлемым для Заказчика, не может свидетельствовать о соблюдении целей Закона о закупках, поскольку условия Документации, которые, безусловно, должны соответствовать действующему законодательству и не ограничивать в правах участников, формируются Заказчиком в соответствии с его потребностями.

При этом отсутствие у хозяйствующего субъекта необходимых условий для участия в Закупке не является доказательством, подтверждающим, что требования Заказчика привели к ограничению конкуренции. Каждый хозяйствующий субъект самостоятельно принимает решение об участии в закупочной процедуре, действия каждого из них влияют на результаты закупки, победителем которого определяется лучший из участников, то есть наиболее конкурентоспособный.

В настоящем случае, оснований для признания действий Заказчика нарушающими положения действующего законодательства Российской Федерации, Комиссии не усматривает.

Вместе с тем необходимо отметить, что Заявитель, подавая заявку на участие в

Закупке, конклюдентно согласился на все условия Закупочной документации, а также признал правомерность и обоснованность всех требований Закупочной документации и Технического задания.

Между тем Комиссия отмечает, что доказательств, свидетельствующих о том, что предлагаемый Заявителем, товар является полным аналогом, требуемого Закупочной документацией, оборудования, Заявителем в материалы дела не представлено, равно как и не представлено материалов, свидетельствующих о том, что характеристики оборудования Заявителя не уступают заявленным в Закупочной документации. Одновременно, Заявителем не приведено доказательств, свидетельствующих о том, что оспариваемое им требование приводит к ограничению конкуренции, в том числе, учитывая, что Закупочная документация предусматривает возможность коллективного участия, условия договора не устанавливают запрета на привлечение субподрядных организаций, а на участие в Закупке было подано пять заявок.

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 п. 2 ч. 1 ст. 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.

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 действия Заказчика нарушений действующего законодательства помимо субъективной оценки таких действий Заявителем 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. Указанное означает недопустимость применения со стороны антимонопольного органа мер публично-правового принуждения на основании жалобы лица, не посчитавшего необходимым со своей стороны оспорить положения Закупочной документации до момента подачи своей заявки на участие в этой закупке, а попытавшегося обойти эти требования.**

**Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав**

(пункт 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Резюмируя изложенное, с учетом конкретных фактических обстоятельств дела, на основании представленных документов и сведений, Комиссия приняла решение о признании необоснованной жалобы Заявителя на действия Заказчика.

Комиссия, руководствуясь пунктом 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

#### **РЕШИЛА:**

**1. Признать жалобу ООО «РПИ Курск Пром» (ИНН: 4632032090) на действия ФГБУ «Морспасслужба» (ИНН: 7707274249) при проведении Закупки необоснованной.**

**2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 23.04.2021 № ЕО/23486/21.**

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