Директору Уссурийского Муниципального унитарного предприятия тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС)

<...>

ул. Фрунзе, д.26

г. Уссурийск, 692519

Генеральному директору ООО «Группа Полимертепло»

<...>

ул.Г.Дорохова, д.14, стр.1,г.Москва, 119530

Генеральному директору АО «Завод Полимерных Труб»

<...>

ул.Механизаторов, д.11, п.Сосново, Приозерский район,Ленинградская область, 188731

Р Е Ш Е Н И Е

4 декабря 2018 года Дело № **14/08-2018**

г. Владивосток

Резолютивная часть решения оглашена 3 декабря 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено 4 декабря 2018 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю по рассмотрению дела № 14/08-2018 о нарушении антимонопольного законодательства в составе: председателя Комиссии <...> – заместителя руководителя Приморского УФАС России; членов Комиссии: <...> – специалиста 1 разряда отдела контроля органов власти, <...> – ведущего специалиста-эксперта отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 14/08-2018 по признакам нарушения Уссурийским Муниципальным унитарным предприятием тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее-Закон о защите конкуренции),

при участии представителей:

от ответчика – Уссурийского Муниципального унитарного предприятия тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС): <...>, доверенность от 09.01.2018 б/н;

от заинтересованных лиц – АО «Завод Полимерных Труб» и ООО «Группа Полимертепло» : не явились, надлежаще извещены

УСТАНОВИЛА:

Дело № 14/08-2018 возбуждено по результатам рассмотрения информации ФАС России и исследования материалов (документов), представленных УМУПТС по запросу Приморского УФАС России и размещенных на официальном сайте Российской Федерации zakupki.gov.ru, по признакам нарушения УМУПТС части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, при проведении закупки (извещение № 31503171615) в форме открытого аукциона на поставку гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена, выразившегося в указании в документации об открытом аукционе на товарный знак «Изопрофлекс», тогда как аналогичная продукция производится и под иными товарными знаками, что фактически привело к ограничению конкуренции при проведении торгов, а также в объединении в один лот два объекта закупки, имеющие разное функциональное назначение – трубы, используемые для водоснабжения «Изопрофлекс 75-А» с параметрами до 95 градусов Цельсия и трубы, предназначенные для отопления «Изопрофлекс 115–А» с параметрами до 115 градусов Цельсия.

Как следует из пояснений, УМУПТС считает, что указание торговой марки поставляемого товара принципиально важно и необходимо для качественного выполнения услуг в сфере своей профессиональной деятельности и что закупка на поставку гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена «Изопрофлекс» соответствует требованиям Федерального закона № 223-ФЗ. Необходимость объединения в один лот двух объектов закупки, имеющие разное функциональное назначение УМУПТС обосновывает выполнением единой ремонтной программы предприятия по проведению ремонтных работ весной 2106 года.

В письменных пояснениях заинтересованное лицо ООО «Полимертепло» придерживается той позиции, что заказчик был вправе указать в закупочной документации конкретную марку закупаемого товара, и что положением закона 223-ФЗ не предусмотрено обязательное сопровождение включенного в закупочную документацию конкретного товарного знака указанием об эквивалентности, также ООО«Полимертепло» как и УМУПТС говорит о том, что поставкой труб марки «Изопрофлекс» занимаются многие российские организации.

Заинтересованное лицо АО «Завод полимерных труб» в пояснениях указывает, что не возражает относительно результатов рассматриваемой закупки.

Исследовав материалы дела, изучив позицию ответчика и заинтересованных лиц, Комиссия установила следующее.

Уссурийским Муниципальным унитарным предприятием тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС) утверждена документация открытого аукциона, предметом которого являлось право на заключение договора на поставку гибких теплоизолированных труб из сшитого полиэтилена «Изопрофлекс», заказчик - УМУПТС начальная (максимальная) цена договора – 3201548,38(три миллиона двести одна тысяча пятьсот сорок восемь) рублей 38 копеек., дата начала подачи заявок – 30.12.2015, окончание срока подачи заявок – «19» января 2016г. в 03-00 (МСК+7), подведение итогов – 25.01.2016 в 04:00 (МСК+7). Извещение о проведении закупки размещено на официальном сайте zakupki.gov.ru и ему присвоен номер <...> . Согласно техническому заданию в качестве поставляемого товара указаны трубы Изопрофлекс-А 160/200 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-115А 160/225 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-А 140/180 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-115А 110/160 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-А 90/125 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-115А 90/145 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-А 75/110 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-115А 75/125 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-А 63/100 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-115А 63/110 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс-А 50/90 Р 1,0 МПа, Труба Изопрофлекс Тандем 40+40/125 Р 0,6 МПа, Труба Изопрофлекс Тандем 32+32/110 Р 0,6 МПа, Труба Изопрофлекс Тандем 25+25/90 Р 0,6 МПа.

19.01.2016 комиссией был составлен протокол, согласно которому на участие в аукционе подана одна заявка от ООО «Группа Полимертепло», в связи с чем было принято решение допустить подавшего данную заявку участника к участию в аукционе, открытый аукцион № 31704878785 признать несостоявшимся, в виду подачи одной заявки на участие в нем и признания ее соответствующей требованиям конкурсной документации и протоколом от 08.08.2016 комиссия приняла решение заключить договор с единственным участником аукциона - ООО «Группа Полимертепло».

В статье 17 Федерального закона № 135-ФЗ установлены антимонопольные требования к торгам. Согласно части 1 статьи 17 при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок), запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе 1) координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской

Федерации; 2) создание участнику торгов, запроса котировок, запроса предложений или нескольким участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, запросе предложений, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом; 3) нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений; 4) участие организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиков и (или) работников организаторов или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, запросе предложений.

Из изложенного следует, что приведенный в части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции перечень недопустимых при проведении торгов действий является не исчерпывающим. Запрещенными являются любые, в том числе и не указанные в части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции действия, если они привели или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

С целью обеспечения конкуренции на торгах и соблюдения приведенных выше запретов в Федеральном законе № 223-ФЗ регламентирован порядок проведения торгов, в частности установлены требования к информационному обеспечению закупки, среди которых определены требования к содержанию и составу документации о закупке. При этом из буквального толкования части 10 статьи 4 Федерального закона № 223-ФЗ следует, что приведенная в данной части и подлежащая указанию в документации о закупке информация, должна в ней содержаться независимо от того, какие требования к содержанию документации о закупке установлены в Положении о закупке, утвержденном в организации, обязанной проводить закупки в порядке, установленном в Федеральном законе № 223-ФЗ. То есть требования к документации о закупке, установленные в Федеральном законе № 223-ФЗ, являются императивными и обязательными к исполнению. Среди данных требований в пункте 1 части 10 статьи 4 Федерального закона № 223-ФЗ указано, что в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе 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. Если заказчиком в документации о закупке не используются установленные в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Из буквального толкования данной нормы следует, что заказчики не наделены

правом произвольно описывать объект закупки. При определении требований к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара заказчик должен руководствоваться 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. Если заказчиком в документации о закупке не используются установленные в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к различного рода характеристикам товара, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара потребностям заказчика.

Более того, в соответствии с подпунктами 2, 3, 9 части 10 статьи 4 Федерального закона № 223-ФЗ в документации о закупке должны также содержаться требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке; требования к описанию участниками закупки поставляемого товара, который является предметом закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом закупки, их количественных и качественных характеристик; требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Из изложенного следует, что в случае установления требования к товару в документации должны быть приведены требования к его описанию, в том числе к описанию его качественных характеристик.

Из документации по спорной закупке, а именно технического задания следует, что заказчиком среди требований к объекту закупки помимо технических характеристик подлежащего поставке товара указано на товарный знак, а именно указано, что объектом поставки являются трубы Изопрофлекс различных характеристик, а именно Изопрофлекс – 75А и Изопрофлекс – 115А.

Согласно сведениям, размещенным на официальном сайте Федеральной службы по интеллектуальной собственности, «Изопрофлекс» является товарным знаком, правообладателем которого является ООО «Группа Полимертепло», номер государственной регистрации 495723, зарегистрирован как товарный знак в отношении следующих товаров: неметаллические гибкие трубы, в том числе трубы для водоснабжения полимерные; трубы для теплоснабжения полимерные; трубы напорные полимерные; трубы дренажные полимерные; трубы для механической защиты кабельных изделий полимерные; трубы гибкие неметаллические армированные(http://www1.fips.ru/fips_servl/fips_servlet?DB=RUTM&DocNumber=495723&TypeFile=html).

Таким образом УМУПТС при описании объекта закупки указало товарный знак, исключительным правом на который обладает ООО «Группа Полимертепло».

Согласно информации с официального сайта ООО «Группа Полимертепло» данное юридическое лицо является не только правообладателем товарного знака «Изопрофлекс», но и производителем труб, на которые наносится данный товарный

знак (http://www.polymerteplo.ru/).

Из изложенного следует, что объектом спорной закупки является продукция ООО «Группа Полимертепло». При этом согласно информации, размещенной на официальном сайте указанного общества, оно не только производит данную продукцию, но и самостоятельно реализует ее (http://www.polymerteplo.ru/sales_divisions/).

Указанное в совокупности свидетельствует о том, что УМУПТС провело открытый аукцион, предметом которого являлась поставка конкретного товара, производимого одним лицом, одновременно осуществляющего реализацию данного товара любому участнику гражданского оборота.

Вместе с тем, открытый аукцион, исходя из легального определения данного понятия, содержащегося в частях 2, 3 статьи 24 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», относится к конкурентным способам определения поставщика, при котором победителем признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта.

Аналогичное определение аукциона как способа определения поставщиков приведено самим заказчиком в статье 1 его Положения о закупках.

Таким образом, исходя из сущности аукциона как конкурентной процедуры заключения договора, его проведение невозможно в случае, когда объектом закупки является поставка конкретного товара, производимого на территории РФ одним лицом, которое также помимо производства данного товара, самостоятельно, а не только через дилеров занимается его распространением и реализацией, учитывая, что в данном случае какая-либо конкуренция невозможна, исходя из того, что у такого производителя имеются преимущества перед всеми иными лицами, занимающимися распространением такого товара. Данный вывод подтверждается и результатами спорной закупки, а именно тем, что на участие в конкурсе, проведенном УМУПТС, была подана одна заявка самим производителем - ООО «Группа Полимертепло». Заявок от иных участников гражданского оборота не поступило. Договор на поставку труб, являющихся объектом спорного аукциона, в результате его проведения заключен с ООО «Группа Полимертепло».

То есть, с учетом изложенного, УМУПТС, определяя поставщика труб под товарным знаком «Изопрофлекс» посредством проведения открытого аукциона, создало преимущественные условия участия в аукционе одному из участников гражданского оборота – обладателю права на товарный знак «Изопрофлекс», что привело в данном случае к устранению конкуренции при проведении конкурентной процедуры определения поставщика.

УМУПТС вправе самостоятельно определять как способ определения поставщика, так и товар, в котором у него имеется потребность. Но вместе с тем, в случае принятия решения о проведении конкурентной процедуры определения поставщика (конкурс, аукцион и т.д.), заказчик должен обеспечить возможность конкуренции среди участников, в том числе посредством описания объекта закупки таким образом, чтобы не ограничить конкуренцию. При этом если заказчик нуждается в конкретных товарах, производимых под конкретным товарным знаком, распространение которых среди всех участников гражданского оборота осуществляет сам правообладатель товарного знака, то заказчику необходимо

выбирать иные способы определения поставщика, что определено самим заказчиком в его Положении о закупках. Так, в п.2 статьи 16 перечислены обстоятельства, в случае которых может осуществляться закупка у единственного поставщика.

Таким образом, в Положении заказчика установлена возможность удовлетворения потребности в конкретном товаре но не конкурентным способом, а закупкой у единственного поставщика.

Как было указано выше, при определении поставщика труб с товарным знаком «Изопрофлекс» заказчиком УМУПТС был использован именно конкурентный способ – открытый аукцион, тогда, как фактически обеспечить проведение конкурентной процедуры при приведенных выше обстоятельств относительно производителя данных труб и положений документации в части установленных в ней требований к трубам, было невозможно также, как и невозможно было обеспечить конкуренцию при проведении данного открытого аукциона. Вместе с тем, заказчик, выбирая конкурентный способ определения поставщика, обязан составлять документацию таким образом, чтобы обеспечить соблюдение требований Закона о защите конкуренции и не ограничить конкуренцию.

Таким образом, учитывая, что сам заказчик избрал конкурентный способ определения поставщика, он обязан был сформулировать положения документации таким образом, чтобы они не ограничивали конкуренцию, что в данном случае сделано не было и привело к ограничению конкуренции в форме ее устранения при проведении спорных торгов. Указанное свидетельствует о допущенном заказчиком нарушении Закона о защите конкуренции и о не соответствии решения управления по жалобе заявителя, содержащее выводы об обратном, положениям этого же закона.

Нарушение этого запрета приводит или может привести к необоснованному ограничению возможности участия в торгах большего количества потенциальных продавцов (поставщиков), соответственно, к необоснованному ограничению числа участников торгов либо создает условия, возможность для такого ограничения, следовательно, ограничивает конкуренцию, создает угрозу конкуренции при проведении торгов.

В рассматриваемом случае конкуренция выражается в соперничестве хозяйствующих субъектов за право поставки гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена.

Указанием Уссурийским Муниципальным унитарным предприятием тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС) в конкурсной документации на конкретный товарный знак ограничило возможность участия в данной закупке (в аукционе) лиц, являющихся производителями и поставщиками продукции со схожими техническими характеристиками, но иных товарных знаков, и обеспечило преимущество участия в закупке лицу, которое является производителем данного товара и обладающее исключительными правами на товарный знак, указанный документации.

Заказчик вправе при проведении закупки в порядке, установленном в Федеральном законе № 223-ФЗ, самостоятельно формировать лот. Каких-либо требований в данной части в Федеральном законе № 223-ФЗ не установлено. Вместе с тем, при формировании лота, как и при проведении закупки в целом, заказчик должен

соблюдать антимонопольные требования к торгам, установленные в статье 17 Закона о защите конкуренции. В этой связи недопустимо формировать лоты таким образом, если это приведет к ограничению конкуренции при проведении конкурентного способа определения поставщика.

УМУПТС также допустил нарушение, объединив в один лот два объекта закупки, имеющие разное функциональное назначение – трубы, используемые для водоснабжения «Изопрофлекс 75-А» с параметрами до 95 градусов Цельсия и трубы, предназначенные для отопления «Изопрофлекс 115–А» с параметрами до 115 градусов Цельсия.

Вместе с тем, данное обстоятельство не имеет правового значения, так как объект спорной закупки – трубы «Изопрофлекс», которые производятся и самостоятельно реализуются ООО «Группа Полимертепло».

В результате анализа состояния конкуренции на товарном рынке, проведенного в порядке, предусмотренном пунктом 10.9 Приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220, установлено следующее:

1) временной интервал исследования: с 30.12.2015 до 25.01.2016 ;

2) предмет торгов: поставка гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена «Изопрофлекс».

При указанных обстоятельствах Комиссия приходит к выводу, о нарушении УМУПТС ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, при проведении закупки (извещение № 31503171615) в форме открытого аукциона на поставку гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена, выразившегося в указании в документации об открытом аукционе на товарный знак «Изопрофлекс», тогда как аналогичная продукция производится и под иными товарными знаками, что фактически привело к ограничению конкуренции при проведении торгов.

Согласно части 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае: 1) отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии); 2) ликвидации юридического лица - единственного ответчика по делу; 3) смерти физического лица - единственного ответчика по делу; 4) наличия вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия); 5) истечения срока давности, предусмотренного статьей 41.1 настоящего Федерального закона.

Комиссия не усматривает оснований для прекращения рассмотрения дела.

Подпунктом «г » пункта 3 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что антимонопольный орган выдает федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, обязательное для исполнения предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Комиссия, учитывая, что договор исполнен, поставка совершена, не находит основания для выдачи предписания в связи с его неисполнимостью.

Комиссия, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

Р Е Ш И Л А:

1. Признать факт нарушения Уссурийским Муниципальным унитарным предприятием тепловых сетей Уссурийского городского округа (УМУПТС) (ИНН 2511002442, ОГРН 1022500857312, ул. Фрунзе, д. 26, город Уссурийск, Приморский край, 692519) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции при проведении закупки (извещение № 31503171615) в форме открытого аукциона на поставку гибких теплоизолированных труб из шитого полиэтилена, выразившегося в указании в документации об открытом аукционе на товарный знак «Изопрофлекс», тогда как аналогичная продукция производится и под иными товарными знаками, что фактически привело к ограничению конкуренции при проведении торгов.

2. Оснований для прекращения рассмотрения дела, предусмотренных статьей 48 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», не имеется

3. Основания для выдачи предписания не имеется.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии: <...>

<...>

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Приморского края.