РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-19411/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.11.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России (далее - Управление) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ФГАОУ ВО РНИМУ им. Н.И. Пирогова Минздрава России, ООО «ВЕСТА»,

рассмотрев жалобы ООО «ВЕСТА» (далее также — Заявитель) на действия ФГАОУ ВО РНИМУ им. Н.И. Пирогова Минздрава России (далее также — Заказчик) при проведении конкурсов в электронной форме, участниками которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договоров на поставку продуктов питания (реестровые № 32009642284, № 32009642288, № 32009619844, далее — Закупки) в соответствии со ст. 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 Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупок. Жалобы мотивированы нарушением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

По мнению Заявителя, нарушение со стороны Заказчика при проведении Закупок выразилось в неправомерном установлении ограничивающих конкуренцию требований в документации конкурсов в электронной форме, участниками которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договоров на поставку продуктов питания (далее — Документация), которые препятствуют подаче заявки на участие в Закупках.

Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанных жалоб совместно в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая случаи, предусмотренные ч. 10 ст. 3 Закона о закупках, а также аналогичность указанных в них доводов.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

Комиссия, рассмотрев представленные на заседании сведения и материалы, признает жалобы обоснованными в части второго довода жалоб. В остальной части жалобы признаны необоснованными.

В отношении первого довода установлено следующее.

Заказчик указывает, что при размещении Документации он ориентировался на

позицию, указанную в письме Министерства финансов Российской Федерации от 17.07.2020 № 24-03-08/62654 указано: «Пунктом 1 Постановления № 925 установлен приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса, аукциона и иных способов закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Указанный приоритет реализуется путем предоставления ценовой преференции, рассчитываемой как процент от цены договора.

Также отмечаем, что подпунктом «д» пункта 5 Постановления № 925 установлено, что одним из условий предоставления приоритета является включение в документацию о закупке условия о том, что для целей установления соотношения цены предлагаемых к поставке товаров российского и иностранного происхождения, цены выполнения работ, оказания услуг российскими и иностранными лицами в случаях, предусмотренных подпунктами «г» и «д» пункта 6 указанного постановления, цена единицы каждого товара, работы, услуги определяется как произведение начальной (максимальной) цены единицы товара, работы, услуги, указанной в документации о закупке в соответствии с подпунктом «в» данного пункта, на коэффициент изменения начальной (максимальной) цены договора по результатам проведения закупки, определяемый как результат деления цены договора, по которой заключается договор, на начальную (максимальную) цену договора.

При этом согласно пункту 5 части 10 статьи 4 Закона № 223-ФЗ установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора (цена лота), либо формула цены, устанавливающая правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора, и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора.

Таким образом, исходя из системного толкования положений Закона № 223-ФЗ и Постановления № 925 в случае, если в договоре указывается цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора, то приоритет, предусмотренный Постановлением № 925, устанавливается как процент от указанной в договоре цены единицы товара, работы, услуги.

Таким образом, доводы Заявителя об отсутствии возможности применить Постановление № 925 из-за отсутствия указания на количество товара не подтверждены.

Заявитель как податель жалоб в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобами 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 в указанной части жалоб, 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 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 жалобы Заявителя в указанной части необоснованной.

В отношении второго довода жалоб отмечается следующее.

Комиссия, рассмотрев требования Заказчика, предъявленные к заполнению при конкретизации показателей товара, подлежащего использованию при выполнении работ по предмету Закупки, соглашается с позицией Заявителя.

В соответствии с п. п. 1.1, 1.2 проекта договора ассортимент и цена единицы поставляемого товара определяется в спецификации (приложение 1 к Договору), являющейся неотъемлемой частью настоящего Договора.

При этом Комиссия отмечает, что в п. 9 Технического задания содержит табличную форму необходимых продуктов питания с указанием необходимого ГОСТ по каждой из позиций.

Таким образом, вышеназванные положения документации указывают, что Спецификация к договору по результатам закупки формируется на основании сведений о функциональных характеристиках (потребительских свойствах) и качественных характеристиках товара, сформированных Заказчиком в п. 9 Технического задания, не подлежащих заполнению участниками закупки.

Кроме того, в п. 6.6 Технического задания указано, что качество пищевых продуктов должно быть не ниже требований, указанных в Приложении № 1 «Требования к качеству, техническим характеристикам товара, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к размерам и упаковке товара» к настоящему Техническому заданию.

То есть, учитывая указанные положения договора, именно размещенное Техническое задание и приложения к нему являются центральным звеном всей Документации: она содержит все конкретные сведения о необходимых товарных позициях, а также является проверочным инструментом для Заказчика для соотнесения того товара, который Заказчику необходим по сравнению с тем, который впоследствии будет поставлять победитель процедуры.

В соответствии с п. 2 ч. 6.1 ст. 3 закона о закупках в описание предмета закупки не

должны включаться 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.

Вместе с тем Заказчик также требует описать конкретные характеристики предлагаемого товара, которые он должен копировать из ГОСТ, например:

- по позиции 17 «Говядина замороженная», участник Закупки должен указать следующие характеристики относительно товара:

«Отрубы из говядины должны соответствовать ГОСТ 31797-2012 «Мясо. Разделка говядины на отрубы. Технические условия» и/или иной документ по стандартизации с показателями не ниже, указанных в ГОСТ 31797-2012. Цвет поверхности (должен быть бледно-розового или бледно-красного цвета), у размороженного красного цвета. Запах должен быть специфический, должен быть свойственный свежему мясу. Отрубы в зависимости от термического состояния должны быть замороженные. Мышцы на разрезе должны быть слегка влажные, не должны оставлять влажного пятна на фильтрованной бумаге, цвет (должен быть от светло-красного до темно-красного). Состояние жира должен иметь белый, желтоватый или желтый цвет. Консистенция должна быть твердая, при надавливании крошится. Требуется к поставке нижняя часть тазобедренного отруба бескостная, наружная часть тазобедренного отруба бескостная, полусухожильная мышца бедра, двуглавая мышца бедра, внутренняя часть тазобедренного отруба бескостная, боковая часть тазобедренного отруба бескостная или верхняя часть тазобедренного отруба бескостная. Замораживание более одного раза не допускается. Масса нетто отрубов в ящиках из гофрированного картона должна быть не более 20 кг; масса брутто продукции в многооборотной таре - не более 25 кг.».

- по позиции 24 «Сельдь слабосоленая», участник Закупки должен указать следующие характеристики относительно товара:

«Сельди слабосоленые. Продукция по показателям качества должна соответствовать требованиям ГОСТ 815-2019 и/или иной документ по стандартизации с показателями не ниже, указанных в ГОСТ 815-2019. Сельдь должна быть следующих биологических видов беломорская или атлантическая или тихоокеанская. Сельди соленые должны быть в неразделанном (целом) виде. Длина одной штуки сельди должна соответствовать ГОСТ 1368-2003. Длина одной штуки сельди должна быть (не менее 21 см). Внешний вид - поверхность должна быть чистая, свойственная данному виду. Допускаются незначительный осадок белковых веществ на поверхности. Допускается легко удаляемый желтоватый налет на поверхности. Рыбная продукция должна быть без наружных повреждений. Консистенция должна быть нежная, сочная. Вкус и запах должны быть свойственные соленой сельди, без посторонних привкуса и запаха. Массовая доля поваренной соли, в %, должна быть (более 6 и до 8). В потребительской таре не допускается наличие посторонних примесей. Рыбная продукция должна быть уложена ровными, плотными, взаимоперекрещивающимися рядами спинками вниз, последний ряд - спинками вверх. Сельдь должна быть упакована в ведра из полимерных материалов с крышкой, массой до 15 кг. Ведра должны быть залиты тузлуком или солевым раствором, плотно укупорены. Массовая доля рыбы в

потребительской таре, в %, должна быть (не менее 85,0). В каждой упаковочной единице должна быть сельдь соленая одного вида, сорта, жирности, способа разделки, степени солености и одного размерного».

- по позиции 28 «Хек филе без кожи», участник Закупки должен указать следующие характеристики относительно товара:

«Филе рыбы мороженое без кожи, должно быть категории выше А. Продукция по показателям качества должна соответствовать требованиям ГОСТ 3948-2016 и/или иной документ по стандартизации с показателями не ниже, указанных в ГОСТ 3948-2016. Рыбная продукция должна быть изготовлена с удалением головы, позвоночника, реберных и плечевых костей, плавников, кожи, внутренностей, черной пленки, сгустков крови. Филе должно быть в виде продольных половинок без костей, срезанных с тела рыбы параллельно позвоночнику. Филе рыбы должно быть заморожено сухим искусственным способом поштучно или блоками, без кожи. Продукция с наличием остатков костей оснований плавников - не допускается. Мороженое филе должно быть в глазированном виде. Масса глазури при выпуске филе поштучно или блока филе не должна превышать (более 4,0%) по отношению к массе глазированных филе или блока филе. Консистенция мяса (после размораживания) должна быть плотная, присущая данному виду рыбы. Филе должно быть уложено в формы равномерными слоями, в нижнем ряду подкожной стороной вниз, а в верхнем ряду подкожной стороной вверх. При поставке в детские учреждения рыбная продукция должна быть выработана без использования фосфатов и других добавок, не разрешенных для детского питания. В филе рыбы не допускается наличие живых гельминтов и их личинок, а также паразиты и паразитарные поражения. Блоки замороженного филе или замороженное поштучно филе рыбы должны быть уложены в мешки - вкладыши из пленочных материалов, или уложены в пакеты из пленочных материалов или проложены пергаментом, затем упакованы в ящики из гофрированного картона или уложены в картонные пачки массой нетто не более 25 кг.».

Однако, Заказчик в ходе заседания не пояснил, как участник в составе заявки должен указать сведения о вкусе и запахе (специфическом, свойственным свежему мясу, без посторонних привкусов и запахов, вкус и запах должны быть свойственные соленой сельди, без посторонних привкуса и запаха, о крошливости) без наличия товара на момент подачи заявку и без проведения соответствующих испытаний.

Кроме того, представителями Заказчика не доказано, что для выполнения конкретной поставки по Закупке необходимо использование каких-либо уникальных товаров, без наличия конкретных сведений о которых в заявках участников которых исполнение договора невозможно. Ссылка Заказчика на поставку товаров для питания детей не является достаточной в сравнении со всеми со всеми характеристиками, который должен заполнить каждый участник для участия в каждой закупочной процедуре.

Помимо согласия с указанными условиями проекта договора каждый потенциальный участник Закупки должен заполнить дополнительные сведения о поставляемых товарах.

В этой связи Комиссия отмечает, что предложенный Заказчиком подход к толкованию Документации абсолютно лишен правового и практического смысла

и направлен на отнесение на участников Закупки обязанности по дополнительному и излишнему указанию сведений, которые уже определены Заказчиком и могут быть проверены уже на стадии исполнения договора, а также могут быть улучшены.

Таким образом, Заказчику в Документации достаточно предусмотреть возможность участникам Закупки выразить свое согласие на поставку товара с качественными характеристиками, определенными им в Техническом задании, и не предусматривать обязанность по заполнению участниками Закупки конкретных характеристик, которые уже и так определены Заказчиком в Документации.

Указанное изменение сократит возможность допущения участниками Закупки ошибок в части заполнения ими характеристик товаров, подлежащих поставке, поскольку потребность Заказчика уже определена им путем формирования требований к товарам посредством описания качественных характеристик в Техническом задании, которые могут быть воспроизведены участниками Закупки посредством копирования (или предоставления согласия).

Более того, все конкретные показатели, соответствующие установленным в Документации, содержатся в ГОСТе, ссылка на который имеется в указанной документации с подробным описанием его требований.

В связи с чем представление участниками согласия на готовность поставки продукции в соответствии с требованиями ГОСТа предупреждает отклонение заявки по формальным основаниям.

Положения Закона о закупках не обязывают участника Закупки иметь в наличии товар в момент подачи заявки. В связи с этим требования Заказчика о подробном описании в заявке (путем предоставления показателей и (или) их значений, как в виде одного значения, диапазона значений, так и сохранения неизменного значения) химического состава и (или) компонентов товара и (или) показателей технологии производства, испытаний товара и (или) показателей, значения которых становятся известными только при испытании определенной партии товара после его производства, имеют признаки ограничения доступа к участию в Закупке.

Названный правовой подход, изложенный в п. 3 письма ФАС России от 01.07.2016 № ИА/44536/16, поддержан Верховным Судом РФ в решении от 09.02.2017 по делу № АКПИ16-1287, в котором суд указал, что желание Заказчика требовать от участника закупки подробного описания в заявке различных показателей значения товара, в том числе и те, которые становятся известными при испытании определенной партии товара, после его производства, фактически направлены на создание неравных условий для участников закупки, что не соответствует принципу обеспечения конкуренции, закрепленному в статье 8 Закона о контрактной системе.

Комиссия полагает возможным применить правовой подход, изложенный Верховным Судом Российской Федерации, к рассматриваемым правоотношениям. Предъявление к участнику Закупки требований о представлении в составе своей заявки конкретных показателей сопутствующих комплектующих товара, в отношении которого Заказчиком установлены неизменяемые показатели, равно как и отклонение такого участника ввиду неуказания им таких показателей не только напрямую противоречит требованиям Закона о закупках, не соответствует

балансу частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и стабильности публичных правоотношений, но и противоречит законодательно закрепленному принципу равенства участников гражданских правоотношений (п. 1 ст. 1 ГК РФ), презумпции добросовестности участников таких правоотношений (п. 5 ст. 10 ГК РФ), а также законодательно установленному запрету на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

В соответствии с п. 1-3 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны:

1) 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;

2) требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке;

3) требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками такой закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом конкурентной закупки, их количественных и качественных характеристик.

В связи с ненадлежащим порядком формирования указанных требований, Комиссия в действиях Заказчика также устанавливает нарушение п. 1-3 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

Учитывая вышеизложенное Комиссия усматривает в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1, п. 2 ч. 6.1 ст. 3, п. 1-3 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках, поскольку сама Документация и рассмотрение заявок Заявителя не соответствовали положениям законодательства.

В этой связи второй довод жалоб признается Комиссией обоснованным, в действиях Заказчика устанавливается нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3 и п. 1 ч. 10 ст. 4

Закона о закупках.

С учетом изложенного и руководствуясь ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобы ООО «ВЕСТА» (ИНН:7706758198,ОГРН:1117746491763) на действия ФГАОУ ВО РНИМУ им. Н.И. Пирогова Минздрава России (ИНН:7728095113, ОГРН:1027739054420) при проведении Закупок частично обоснованными.

2. Установить в действиях Заказчика нарушения требований п. 2 ч. 1, п. 2 ч. 6.1 ст. 3, п. 1-3 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

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