



**Виталий Байрашев**

консультант

Экспертно-консультационного центра  
Института госзакупок

## Конкурентные и неконкурентные закупки: как заказчику закупить желаемый товар

Появление в Законе № 223-ФЗ требований, ограничивающих возможности приобретения необходимых заказчику товаров, стало одной из главных проблем для правоприменителей. Ведь если другие изменения Закона № 223-ФЗ коснулись, главным образом, процедурных аспектов проведения закупок, то дополнительные требования к описанию предмета закупки затронули свободу потребительского выбора заказчика.

Но уже сейчас очевидно, что, несмотря на введение новых ограничений, значительная доля заказчиков фактически не намерена отказываться от закупки необходимых им товаров. В этой связи рассмотрим основные возможности Закона № 223-ФЗ, позволяющие приобрести заказчику желаемый товар.

### **1. Товарный знак без слов «или эквивалент» (исключения подп. «а» – «г» п. 3 ч. 6.1 Закона № 223-ФЗ)**

Наиболее очевидной возможностью закупки товара желаемого товарного знака с помощью конкурентных закупок являются варианты, прямо предусмотренные подп. «а» – «г» п. 3 ч. 6.1 Закона № 223-ФЗ.

#### **Пример**

Согласно п. 1.3 Технического задания применение аналогов (эквивалентов) не рассматривается, поскольку смолы марки «Гранион» будут использоваться исключительно для досыпки в фильтры... Согласно СТО ВТИ 37.002-2005

не рекомендуется смешение ионитов-аналогов разных марок в одном фильтре... действия заказчика не противоречат нормам Закона № 223-ФЗ<sup>1</sup>.

Другой пример с несовместимостью программного обеспечения представлен в решении ФАС России от 10.10.2018 № 223ФЗ-760/18 (закупка № 31806865477), подтвердившей правомерность действий заказчика:

«Потребность заказчика в продлении лицензии на право получения обновлений баз сигнатур... Kaspersky Total Security обусловлена окончанием срока действия текущей лицензии... данное программное обеспечение интегрировано с другими системами информационной безопасности заказчика...».

Со временем в практике могут появиться и менее очевидные примеры. Возможно, отдельные заказчики сумеют обосновать закупку необходимого товара, например, оборудования, наличием на складе значительного количества запасных частей и расходных материалов к нему с ограниченным сроком годности, которые в случае закупки товара иного товарного знака придется утилизировать.

В отношении закупок оригинальных запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию важно отметить, что данная необходимость должна быть обусловлена технической документацией на соответствующие машины и оборудование.

### Пример

Заказчиком принято решение о закупке оригинальной термобумаги к видеопринтерам SONY, поскольку она указана в качестве расходного материала в руководстве по эксплуатации видеопринтеров SONY. Использование неоригинальной термобумаги влечет снятие видеопринтера с гарантии, установленной производителем<sup>2</sup>.

В отношении исполнения государственных и муниципальных контрактов примечательно то, что подп. «в» п. 3 ч. 6.1 Закона № 223-ФЗ не требует, чтобы закупаемый товар обязательно являлся предметом исполняемого

<sup>1</sup> Решение Омского УФАС России от 28.11.2018 № 05-04.1/99-18 (закупка № 31807081111).

<sup>2</sup> Данные действия заказчика были признаны правомерными Белгородским УФАС России в решении от 31.10.2018 № 666-18-И (закупка № 31806985864). При этом отсутствие у заказчика документальных доказательств необходимости закупки оригинальных расходных материалов или запасных частей может обусловить принятие комиссией ФАС России решения не в пользу заказчика (см., например, решение Тверского УФАС России от 03.04.2014 № 05-6/1-53-2014 по закупке № 0136200003614000302).

государственного или муниципального контракта. Достаточно того, чтобы покупаемый товар требовался для **исполнения** государственного или муниципального контракта. При осторожном использовании этой особенности подп. «в» п. 3 ч. 6.1 Закона № 223-ФЗ заказчик также может заметно расширить возможности закупки желаемых товаров.

«Но важно понимать, что государственным (муниципальным) контрактом будет являться не всякий договор, заключенный в рамках Закона № 44-ФЗ, а только тот, который будет заключен с государственным (муниципальным) заказчиком. В частности, бюджетные, автономные учреждения, унитарные предприятия, проводящие закупки по Закону № 44-ФЗ, государственными (муниципальными) заказчиками не являются, и могут заключать государственные (муниципальные) контракты только в случае, предусмотренном ч. 6 ст. 15 Закона № 44-ФЗ»<sup>3</sup>.

А вот закупка конкретных товаров для исполнения заказчиками договоров с юридическими лицами на основании подп. «г» п. 3 ч. 6.1 Закона № 223-ФЗ без наличия информации о таких товарах в заключенных договорах уже затруднительна. Также невозможно закупить по этому основанию конкретные товары, которые заказчик обязался использовать в рамках исполнения договоров, заключенных с физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями. Для этих целей разумно использовать иные варианты, предложенные в настоящем докладе.

## ***2. Иные неконкурентные способы закупки***

Интересные возможности закупки желаемых товаров предоставляют заказчику чч. 2, 3, 3.2 ст. 3 Закона № 223-ФЗ, в соответствии с которыми заказчик наряду с конкурентными способами закупки и закупками и у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) вправе предусмотреть в положении о закупке иные неконкурентные способы закупки.

В рамках таких иных неконкурентных способов закупки, которые могут называться «тендером», «запросом оферт» и т. д., заказчик может продолжать приобретать продукцию желаемых товарных знаков, изготовителей, поскольку ч. 6.1 ст. 3 распространяется только на конкурентные закупки.

Для закупок малых объемов простейшим примером иного неконкурентного способа закупки может быть закупка с помощью электронных магазинов, функционирующих в настоящее время на платформах ряда электронных площадок или иных ресурсов. Разумеется, при выборе оферты в электронном магазине заказчик может сопоставлять цены только на желаемые им товары.

<sup>3</sup> Байрашев В. Р. Закупочные страшилки: как изменится жизнь заказчиков в связи с применением новой редакции Закона № 223-ФЗ // ПРОГОСЗАКАЗ.РФ, 2018, № 10. С. 6–16.

Имея в своем положении о закупке иные неконкурентные способы закупки, следует также обращать внимание на то, относится ли то или иное требование Закона № 223-ФЗ к закупкам вообще или только к конкурентным закупкам.

В частности, требования ч. 9, 10 ст. 4 Закона № 223-ФЗ к содержанию извещения и документации установлены только по отношению к конкурентным закупкам. Это означает, что в отношении иных конкурентных способов закупки заказчик также вправе избавиться от обязанности использовать или обосновывать неиспользование технических регламентов, документов национальной системы стандартизации при подготовке описания предмета закупки.

Вместе с тем делать основной и единственной стратегией закупочной деятельности переход на иные неконкурентные способы закупки может быть рискованно. И вопрос не только в недостаточной «конкурентности» иных неконкурентных способов закупки, предусматривающих размещение информации в ЕИС и возможность подачи заявок на участие в таких закупках, но и в правовой позиции Верховного Суда РФ, которую могут взять на вооружение самые различные контролеры.

#### Извлечение

Офисная бумага как объект проведенной закупки имеет свои технические характеристики, которые определяются исходя из ее размера (формата), плотности, белизны, количества листов в пачке и пр. Указание конкретного товарного знака или требований к закупаемому товару, свидетельствующих о его конкретном производителе, в отсутствие специфики такого товара, его использования приводят к созданию необоснованных препятствий для участников закупки, влекут сокращение их количества, что является признаком ограничения конкуренции<sup>4</sup>.

### **3. Обоснованное ограничение конкуренции в конкурентных закупках**

Однако далее тот же самый п. 10 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ от 16.05.2018 говорит нам о случаях, когда указание в документации о закупке товарных знаков является допустимым.

#### Извлечение

Указание в закупочной документации товарного знака может быть признано допустимым в случаях, когда закупка эквивалентного товара приведет

<sup>4</sup> П. 10 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 мая 2018 г.).

к дополнительным и подтвержденным затратам, превышающим возможную выгоду заказчика. Такие затраты, например, могут быть связаны с необходимостью переобучения персонала, увеличения затрат на разноплановое техническое обслуживание в связи с низким уровнем технологической совместимости различных производителей и др.

Рассматривая этот тезис в связке с п. 2 ч. 6.1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ, запрещающей **необоснованное** ограничение конкуренции<sup>5</sup>, можно прийти к закономерному выводу о том, что заказчик может закупить продукцию необходимого товарного знака конкурентным способом закупки при наличии убедительного обоснования.

### Пример

Комиссия Новосибирского УФАС России принимает во внимание довод о том, что заказчиком ранее использовалось навигационное оборудование указанной в документации о закупке торговой марки ГЛОНАСС... В ноябре 2018 года... заказчиком было принято решение об установке идентичного оборудования с целью обеспечения технологической совместимости, а также по причине того, что указанное оборудование за время его использования зарекомендовало себя с лучшей стороны...

Кроме того, в марте 2018 года по результатам электронного аукциона на некоторые транспортные средства заказчика было установлено оборудование, являющееся эквивалентом ранее установленному... Указанное оборудование на протяжении 2018 года не функционирует должным образом: ...информация, поступающая с аппаратуры, искажается... В результате, ненадлежащая работа «эквивалентного» оборудования приводит к ежемесячным финансовым потерям заказчика.

Таким образом, действия заказчика, установившего в техническом задании требования к товарному знаку и модели оборудования, являются экономически обоснованными, не нарушают положения Закона № 223-ФЗ, из которого следует, что потребности заказчика являются определяющим фактором при установлении им требований к объекту закупки<sup>6</sup>.

В других случаях обоснованными ограничением конкуренции признавалось указание конкретного товарного знака по причине требований

<sup>5</sup> В этой части Закон № 44-ФЗ является более строгим по сравнению с Законом № 223-ФЗ, поскольку Закон № 44-ФЗ не допускает включения в документацию о закупке товарных знаков и других требований, влекущих за собой ограничение количества участников закупки, без привязки к обоснованности данных требований.

<sup>6</sup> Решение Новосибирское УФАС России от 06.12.2018 б/н (закупка № 31807164967).

конструкторской документации на изготовление самолета в рамках государственного оборонного заказа<sup>7</sup>, необходимости повторного согласования проектной документации и дополнительных работ по переделке помещений в случае использования эквивалентных товаров<sup>8</sup>.

В то же время в некоторых случаях участникам закупки удастся доказать необоснованность требований заказчика, добившись внесения изменений в документацию о закупке.

### Пример

Комиссия Калужского УФАС России установила, что технические характеристики предложенного участником закупки регенеративного патрона РП-100МТ полностью удовлетворяют потребности заказчика, кроме габаритного размера патрона и габаритного размера упаковки (деревянной обрешетки).

Согласно представленному участником закупки в материалы дела письму ОАО «Корпорация «Росхимзащита» от 13.02.2018 о взаимозаменяемости патронов РП-100 и РП-100МТ» данный размер имеет значение только для транспортной упаковки и к эксплуатации изделий отношения не имеет<sup>9</sup>.

## **4. Закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)**

Ограничения в части указания товарных знаков, страны происхождения, наименования изготовителя не коснулись закупок у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

Оставляя за рамками рассмотрения типовые положения о закупке, Закон № 223-ФЗ не ограничивает заказчиков в возможности установления в положении о закупке любых оснований закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика).

Как справедливо отмечает Верховный Суд РФ в определении от 11.09.2017 № 308-КГ17-12196 по делу № А53-21994/2016, заказчик, осуществляя закупку у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), действует в пределах своих прав, установленных Законом № 223-ФЗ. В результате предписание ФАС России о внесении изменений в положение о закупке в части ограничения оснований закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) было признано незаконным.

<sup>7</sup> Решение Новосибирское УФАС России от 05.12.2018 б/н (закупка № 31807098779).

<sup>8</sup> Решение Якутское УФАС России от 14.12.2018 № 03-111/18.1-18 (закупка № 31807230650).

<sup>9</sup> Решение Калужского УФАС России от 17.10.2018 № 02-54т/2018 (закупка № 31806999269). См. также решение Башкортостанского УФАС России от 28.11.2018 № 395-18.1/18.

В п. 9 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ от 16.05.2018 закупкам единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) дается более сдержанная оценка:

«указание в положении о закупке на иные способы закупки не свидетельствует об отсутствии нарушения со стороны заказчика, поскольку сам факт допустимости закупки у единственного поставщика на конкурентном рынке без каких-либо ограничений является неправомерным».

Но даже в отсутствие специальных оснований закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) заказчик вполне может поддаться соблазну разделить потребность на несколько договоров и с помощью множества договоров до ста (пятисот) тысяч рублей закупить необходимый товар.

Хотя в практике применения Закона № 223-ФЗ понятие «дробления закупок» не получило такого же широкого распространения, как в рамках Закона № 44-ФЗ, злоупотребление такими закупками может быть истолковано контролирующими органами как ограничение конкуренции.

## Пример

Дробление закупок и оформление самостоятельных договоров с целью непроведения конкурентных процедур, а также избегание обязанности размещения сведений о заключенных договорах при проведении закупок лекарственных препаратов у единственного поставщика на суммы не более 100 000,00 руб. нарушает ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, и может являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) может привести к ограничению, устранению конкуренции<sup>10</sup>.

## 5. Метод двух аналогов

При недоступности всех вышеуказанных вариантов заказчик может воспользоваться многолетней практикой, сформировавшейся в закупках по Закону № 44-ФЗ.

Суть подхода сводится к тому, что характеристики закупаемого товара указываются в документации о закупке таким образом, чтобы потребностям заказчика соответствовал не только желаемый товар, но и еще один-два более дорогих аналога, которые по причине большей стоимости вряд ли будут предложены кем-либо из участников закупки.

Подобный подход в подавляющем большинстве случаев не подвергается нареканиям со стороны ФАС России.

<sup>10</sup> Решение Тюменского УФАС России от 26.02.2018 № К17/10-17.

### Пример

Согласно жалобе приведенное описание полезной модели в документации соответствует товару марки «Шанс».

На заседании комиссии ФАС России представитель заказчика представил материалы и пояснил, что в техническом задании не применялось упоминаний в отношении товарных знаков, полезных моделей, при этом товары различных производителей, например: ООО «НПК Пожхимзащита» (товарный знак ШАНС), ООО «Прометей» (товарный знак СФ Прометей), ООО Химзащита» (товарный знак Зевс-У) соответствует требованиям документации... Комиссии ФАС России не представляется возможным прийти к выводу об обоснованности довода жалобы<sup>11</sup>.

При этом формальное соблюдение требований п. 2, 3 ч. 6.1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ, когда в документации о закупке отсутствуют товарные знаки либо товарные знаки сопровождаются словами «или эквивалент», однако указанные заказчиком характеристики товара соответствуют единственному товару, справедливо могут быть признаны ограничением конкуренции.

### Пример

Заказчиком определены требования к техническим, функциональным характеристикам городского автобуса средней вместимости: «Низкопольный автобус МАЗ 206086 или “эквивалент”». При этом в таблице требований указаны характеристики, соответствующие конкретной модели автобуса — МАЗ 206086... Формальное соблюдение заказчиком требования о сопровождении словами «или эквивалент» указания на товарный знак при описании предмета закупки, по мнению комиссии Кировского УФАС России, не свидетельствует об отсутствии ограничения участия в закупке...

Действия заказчика нарушают ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции<sup>12</sup>.

## 6. Управляемые торги

Управляемые торги, в отличие от предыдущих способов приобретения желаемого товара, направлены, главным образом, не на приобретение нужного товара, а на выбор поставщика, готового его поставить. И поскольку в этом случае заказчику придется предоставить преимущество кому-либо из участников закупки, реализация данного подхода представляется

<sup>11</sup> Решение ФАС России от 15.10.2018 № 223ФЗ-771/18 (закупка № 31806920788).

<sup>12</sup> Решение Кировского УФАС России от 02.11.2018 № 223-ФЗ/2018-23 (закупка № 31806998169).  
Похожие выводы сделаны Самарским УФАС России в решении от 18.12.2018 № 327-12259-18/7 (закупка № 31807010416).

наиболее рискованной и наименее желательной для добросовестного заказчика.

Стоит обратить внимание, что Закон № 223-ФЗ после вступивших в силу изменений по-прежнему не вмешивается напрямую в установление требований к участникам закупки, критериев оценки заявок, которые при условии учета антимонопольной и судебной<sup>13</sup> практики могут помочь в достижении желаемых целей.

Интересные результаты в части снижения влияния ценовых критериев оценки заявок на выбор поставщика могут показать и антидемпинговые меры. Например, заказчик может использовать подход, существующий в ч. 7 ст. 37 Закона № 44-ФЗ, и установить различные величины значимости критериев оценки заявок для случаев, когда:

- 1) снижение предложенной участником закупки цены договора не достигает 25 % начальной (максимальной) цены договора;
- 2) снижение предложенной участником закупки цены договора достигает или превышает 25 % начальной (максимальной) цены договора<sup>14</sup>.

В результате значимость критерия оценки «цена договора» у участников закупки, давших снижение начальной (максимальной) цены договора хотя бы на 25 %, может быть понижена, например, до 10 % от общей суммы значимостей критериев оценки заявок. И цена договора перестанет играть существенную роль в определении победителя конкурса или запроса предложений.

А п. 2 ч. 10 ст. 4 Закона № 223-ФЗ, как и раньше, предоставляет заказчику право определить требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявок.

Так, практика применения Закона № 223-ФЗ знает успешные для заказчиков случаи отклонения заявок за непредоставление конкретных показателей в отношении предлагаемых к поставке товаров<sup>15</sup>.

А в некоторых случаях описание объекта закупки может намеренно усложняться, и для правильного указания конкретных показателей необходимо провести их вычисление в соответствии с ГОСТом.

<sup>13</sup> См. п. 5–8 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ от 16.05.2018.

<sup>14</sup> Пример подхода представлен в закупке № 0173100007516000005. С другими примерами можно ознакомиться в статье К. В. Кузнецова 223-ФЗ: проблема демпинга и механизмы защиты от недобросовестного участника закупки // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение, 2017. № 47. С. 66–73 (URL: [https://igz.hse.ru/data/2017/04/03/1168593140/Goszakaz\\_N\\_47\\_Kuznetsov.pdf](https://igz.hse.ru/data/2017/04/03/1168593140/Goszakaz_N_47_Kuznetsov.pdf))

<sup>15</sup> Решение Архангельского УФАС России от 17.10.2018 № 53юл-18 (закупка № 31806922919), решение Самарского УФАС России от 13.11.2018 № 311-12671-18/7 (закупка № 31807037440).

### Пример

Согласно техническому заданию материал «Песок для строительных работ» должен соответствовать требованиям, установленным ГОСТ 8736-93... Заказчиком были установлены требуемые параметры... так, параметр «модуль крупности» должен иметь требуемое значение «свыше 1,5 до 3,5 вкл.».

Заявитель в своей заявке установил данный требуемый параметр равным 2,9, однако исходя из требований пункта 3.5 ГОСТ 8735-88 значение параметра «модуль крупности» определяется по формуле... и должно принять итоговое значение, равное 2,84, что не соответствует значению, указанному заявителем<sup>16</sup>.

\*\*\*

Перечисленные в докладе варианты приобретения желаемого товара хотя и имеют общую цель (максимальное удовлетворение потребностей заказчика), но характеризуются различной степенью риска, который заказчик должен осознавать при выборе того или иного инструмента достижения необходимого результата.

Разумеется, далеко не всем заказчикам фактически доступны все перечисленные варианты: значительные ограничения могут накладываться типовое положение о закупке или положение о закупке «материнской компании», к которому присоединился заказчик, а также внутренняя закупочная политика заказчика.

Тем не менее, на данный момент Закон № 223-ФЗ предоставляет гораздо больше возможностей для закупки нужных товаров по сравнению с Законом № 44-ФЗ. И автор желает заказчикам успешно реализовать потенциал Закона № 223-ФЗ для приобретения необходимых товаров!

*Данный материал представляет собой текст доклада, подготовленного автором для VII Всероссийской конференции-семинара «Корпоративные закупки — 2019: практика применения Федерального закона № 223-ФЗ» и опубликованного в одноименном сборнике докладов<sup>17</sup>. Перепечатывается с разрешения автора. ■*

<sup>16</sup> Решение Московского УФАС России от 14.01.2015 г. № 1-00-34/77-15 (закупка № 31401734240). Подробнее с явлением можно познакомиться в статье Байрашева В. Р. Ловушки и заточки в техническом задании как инструмент управляемых торгов // Государственные и муниципальные закупки — 2017. Сб. докладов XII Всерос. практ. конференции-семинара — М.: Компания Ладыя, 2017. (URL: <http://naiz.org/expert/opinions/11621/>).

<sup>17</sup> Корпоративные закупки — 2019: практика применения Федерального закона № 223-ФЗ. Сб. докладов. М.: Компания Ладыя, 2019. 190 с. ISBN 978-5-9909800-7-5.