

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-937/20

по результатам рассмотрения жалобы <...>на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

30.11.2020 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе:

«*» (далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителя:

ПАО «ТГК-14» : «*»

Кулаков А.В., представители АО «Центр развития экономики» на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы посредством системы видеоконференц-связи уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев посредством системы видеоконференц-связи жалобу <...> от 20.11.2020 б/н на действия (бездействие) заказчика ПАО «ТГК-14» при проведении открытого конкурса на право заключения договора на поставку угля для нужд филиалов ПАО «ТГК-14» на 2021-2025 гг (извещение № 32009685017), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

У С Т А Н О В И Л А:

В ФАС России поступила жалоба <...> (далее - Заявитель) от 20.11.2020 б/н на действия (бездействие) заказчика ПАО «ТГК-14» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса на право заключения договора на поставку угля для нужд филиалов ПАО «ТГК-14» на 2021-2025 гг (извещение № 32009685017) (далее — Конкурс, Жалоба).

Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках)

устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной 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 Законом о закупках.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупках ПАО «ТГК-14» (далее – Положение о закупках).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе (далее - ЕИС) размещаются информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой в единой информационной системе предусмотрено Законом о закупках и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 Закона о закупках.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки, протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика,

исполнителя):

1.

1.

1. Извещение о проведении Конкурса, документация о проведении Документации (далее — Извещение, Документация) размещены в ЕИС – 17.11.2020;
2. Начальная (максимальная) цена договора – 6 768 789 880 **рублей**;
3. Дата окончания подачи заявок — 03.12.2020;
4. Дата рассмотрения заявок – 07.12.2020;
5. Дата подведения итогов — 08.12.2020.

В ходе заседания Комиссии ФАС России от 27.11.2020 в целях полного и всестороннего рассмотрения жалобы Заявителя объявлен перерыв до 30.11.2020.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном частью 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в ЕИС положении о закупке такого заказчика.

Из Жалобы следует, что Заказчиком в Документации установлены неправомерные требования к составу заявок участников Конкурса.

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и указал, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупке.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба Заявителя содержит основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителя Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлены неправомерные требования к составу заявок участников Конкурса.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Пунктом 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

В соответствии с пунктом 1.4.4.1 Документации участник Конкурса должны предложить к поставке на энергетические объекты проектные угли либо угли, по которым Заказчик в результате ранее проводимых опытных сжиганий имеет положительное заключение и допускает их использование на определенных и соответствующих энергетических объектах Заказчика.

При этом, согласно информации указанной в пункте 1.4.4.1 Документации, участник закупки в составе своей заявки обязан указать угли марки ДР/ДСШ.

Вместе с тем положения Гражданского кодекса Российской Федерации не содержат понятия такого средства индивидуализации товара как «марка» и не устанавливают обязанность производителя иметь торговую марку в обязательном порядке, в связи с чем, у производителя может отсутствовать торговая марка на конкретную произведенную продукцию. Также, Документация не содержит определение понятия «марки», что вводит участников закупки в заблуждение.

Также, Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о марке предлагаемого к поставке товара при заполнении заявки на участие в закупке.

Вместе с тем в соответствии с пунктом 3.1 Документации установлено, что участник должен указать в составе заявки следующие документы:

«3.1.11. Сертификаты и паспорта качества производителя на

предлагаемую к поставке угольную продукцию (дата выпуска сертификата должна быть не ранее чем 1 квартал 2020 года);

3.1.12. Справку о наличии/отсутствии производства соответствующей марки угля, предлагаемого к поставке со стороны Участника. Справка подается в произвольной форме. Участник обязан предоставить подтверждающие документы о наличии производства соответствующей марки угля (лицензию на пользование недрами с соответствующим сроком действия);

3.1.13. Справку о наличии/отсутствии собственного/арендованного вагонного парка (в том числе у дочерней или материнской компании). Справка подается в произвольной форме. Участник обязан предоставить подтверждающие документы о наличии собственного/арендованного парка (документы на право собственности вагонов, договор на аренду вагонов с соответствующими сроками действия);

3.

1.

24. В случае, если Участник не является производителем, он обязан предоставить договор поставки с производителем (угледобывающей компанией) либо с его дилером, дочерней, материнской компанией в адрес грузополучателей, указанных в Приложении 10.1. Документации для электростанций и котельных филиалов, в соответствии с лотом на который подает заявку;

3.

1.

26. Участник должен предоставить подтверждение, что уголь находится у него на праве собственности по договору, до момента передачи данного права Покупателю, что уголь не заложен, не обременен правами третьих лиц.».

В соответствии со статьей 456 Гражданского кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (паспорт <...> сертификат качества, инструкцию по эксплуатации и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства

Российской Федерации, Заказчик не вправе требовать документы, подтверждающие соответствие товара, которыми участник закупочной процедуры не может обладать, не приобретая соответствующего товара, при поставке которого передаются соответствующие сопроводительные документы, такие как: паспорт <...> инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника Конкурса вышеуказанных документов на предлагаемую к поставке продукцию обременяет участника закупки заблаговременно произвести/приобрести продукцию по предмету закупки.

В соответствии с пунктом 3.1.14 Документации участник закупки обязан предоставить в составе своей заявке следующий документ: «Проект договора Организатора на поставку угля, подписанный со стороны Участника в редакции Заказчика на участие в конкурсе (Приложение 9). Подписание договора в какой-либо иной форме либо с протоколом разногласий не допускается. В этом случае, заявка будет признана несоответствующей требованиям закупочной документации».

При этом требование о предоставлении заранее подписанного проекта договора в составе заявки ограничивает права участника закупки (при признании такого участника закупки победителем Конкурса) на защиту своих прав и законных интересов в случае внесения в последующем Заказчиком в такой проект договора условий, не предусмотренных Документацией, заявкой участника закупки.

Кроме того, пунктом 5 Документации установлены следующие требования к участникам закупки:

«5.2.4. Участник должен иметь собственное производство соответствующих марок углей либо соответствующий договор поставки с угледобывающей компанией (ее сбытовой структурой, дочерней, материнской компанией), необходимые профессиональные знания и квалификацию, финансовые средства, оборудование и другие материальные возможности, опыт, положительную репутацию и обладание необходимыми трудовыми ресурсами для осуществления поставки топлива (угля). Участник должен иметь договорные отношения с ОАО «РЖД» или иными транспортными структурами на перевозку соответствующей марки угля по путям общего пользования от станции отгрузки до станции назначения на весь период действия предложения. Участник предмета закупки обязан предоставить заверенную копию такого договора.

2.

5. В случае, если Участник конкурса не является производителем (угледобывающей компанией), то для убеждения Заказчика в наличии возможности обеспечения организованной перевозки угля такой Участник должен предоставить копию договора с ОАО «РЖД» или иными транспортными структурами либо копию договора между угледобывающей компанией и ОАО «РЖД» или иными транспортными структурами в зависимости от условий договора поставки угля, заключенного между Участником и угледобывающей компанией».

При этом участник Конкурса может не являться производителем товара по предмету Конкурса и не иметь договорных отношений с производителем такого товара, а также не иметь договорных отношений с транспортными структурами о перевозке товара, поставляемого по предмету закупки, при этом ранее осуществлять поставки иного товара надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки, не обладая документально подтвержденным правом поставки такого товара, а также документами подтверждающие наличие у участника закупки договорных отношений с транспортными структурами о перевозке товара, поставляемого по предмету закупки.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении в срок до окончания подачи заявок на участие в Конкурсе подтверждающих документов о том, что участник закупки обладает правом поставки товара по предмету Конкурса и имеет договорные отношения с транспортными структурами о перевозке товара, поставляемого по предмету закупки, возможность участников закупки подать заявку на участие в Конкурсе в соответствии с вышеуказанным требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Конкурсе.

Таким образом, Комиссия ФАС России, изучив требования Документации, приходит к выводу, что вышеуказанные требования Документации, ограничивают количество участников закупки, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3, части 15 статьи 3.2 Закона о закупках и нарушают пункты 2, 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных

правонарушениях.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Комиссией ФАС России установлены следующие нарушения.

1.

1.

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

В силу части 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Механизм осуществления импортозамещения в рамках Закона о закупках предусмотрен постановлением Правительства Российской Федерации от 16.09.2016 № 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» (далее - Постановление № 925).

Согласно пункту 1 Постановления № 925 заказчик обязан установить 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.

Так, в соответствии с пунктом 2 Постановления № 925 установлено, что при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса или иным способом, при котором победитель закупки определяется на основе критериев оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, указанных в документации о закупке, или победителем в котором признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора, оценка и сопоставление заявок на участие в закупке, которые содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, выполнении работ, оказании услуг российскими лицами, по стоимостным критериям оценки производятся по предложенной в указанных заявках цене договора, сниженной на 15 процентов, при этом договор заключается по цене договора, предложенной участником в заявке на участие в закупке.

Вместе с тем, Комиссией ФАС России, изучив положения Документации, установлено что приоритет товаров, работ, услуг в соответствии с Постановлением № 925 в Документации не установлен.

Таким образом, действия Заказчика, не установившего в Документации приоритет товаров, работ, услуг, в соответствии с Постановлением № 925, противоречит *пункту 1 части 8 статьи 3 Закона о закупках* и нарушают требования части 1 статьи 2, части 6 статьи 3 Закона о закупках.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1.

1.

1. Признать жалобу <...> от 20.11.2020 б/н на действия (бездействие) заказчика ПАО «ТГК-14» (ИНН: 7534018889; ОГРН: 1047550031242) при проведении открытого конкурса на право заключения договора на поставку угля для нужд филиалов ПАО «ТГК-14» на 2021-2025 (извещение № 32009685017) обоснованной.

2. Признать в действиях ПАО «ТГК-14» нарушение части 1 статьи 2, части 6 статьи 3, пунктов 2, 9 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
3. Выдать ПАО «ТГК-14» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 30.11.2020 № 223ФЗ-937/20.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 30.11.2020 № 223ФЗ-937/20 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его вынесения.