

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-817/18

по результатам рассмотрения жалобы ООО «СпецСтройПроект» 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»

07.11.2018 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе: <...>

при участии представителей: <...>

рассмотрев жалобу ООО «СпецСтройПроект» от 30.10.2018 № 305/18-Д на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 на право заключения договора на выполнение работ в области борьбы с нежелательной растительностью на эксплуатационных объектах Южно-Уральской дирекции инфраструктуры (Лот № 11) (извещение № 31806673616), 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 ООО «СпецСтройПроект» (далее — Заявитель) от 30.10.2018 № 305/18-Д (вх. 179050/18 от 31.10.2018) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 на право заключения договора на выполнение работ в области борьбы с нежелательной растительностью на эксплуатационных объектах Южно-Уральской дирекции инфраструктуры (извещение № 31806673616) (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.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

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 закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров ОАО «РЖД» 30.06.2014 (далее – Положение о закупке).

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 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 настоящим Федеральным законом и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки, документацией о закупке, протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

- - - Извещение о проведении Конкурса, конкурсная документация (далее — Извещение, Документация) размещены в единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru (далее – ЕИС) – 29.06.2018;
 - Начальная (максимальная) цена договора по Лоту № 11 — 106 274

351,80 рубль;

- Дата окончания подачи заявок — 24.09.2018;
- Дата рассмотрения заявок — 15.10.2018;
- Дата подведения итогов — 09.11.2018;
- На участие в Конкурсе по Лоту № 11 подано 6 заявок, допущено 3 заявки.

В ходе заседания 06.11.2018 Комиссией ФАС России в целях полного и всестороннего рассмотрения жалобы Заявителя объявлен перерыв до 07.11.2018.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, 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 при проведении Конкурса Заказчиком нарушены положения Закона о закупках, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение о пересмотре итогов Конкурса по Лоту № 11 и решение о проведении переторжки.

Представители Заказчика с доводом Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документацией.

Рассмотрев представленные материалы и выслушав пояснения представителя Заказчика, Заявителя а также руководствуясь частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России установила следующее.

- - - Согласно доводу Жалобы, Заказчиком принято неправомерное решение о пересмотре итогов Конкурса по Лоту № 11 и решение о проведении переторжки.

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.

Аналогичный принцип закупочной деятельности Заказчика установлен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Частью 2 статьи 2 Закона о закупках в редакции, действующей на дату опубликования извещения, установлено, что положение о закупке является

документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Следовательно, Заказчик осуществляет закупочную деятельность в соответствии с Положением о закупках, действующим на момент размещения закупочной процедуры.

Согласно протоколу рассмотрения и оценки конкурсных заявок от 15.10.2018 № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18/2 Заказчиком принято решение вынести на рассмотрение Конкурсной комиссии предложение признать Заявителя победителем Конкурса по Лоту № 11. При этом заявке ООО «Арсенал» по критерию оценки «Наличие квалифицированного персонала» присвоено 0 баллов.

В соответствии с протоколом от 16.10.2018 № 473 Заявитель признан победителем Конкурса по Лоту № 11.

Вместе с тем, согласно протоколу заочного заседания Конкурсной комиссии Заказчика от 25.10.2018 № 475 Заказчиком принято следующее решение:

«На основании подпункта 3 пункта 504 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденного распоряжением от 12.07.2018 № 1481р в связи с обращением ООО «Арсенал» приняты следующие решения:

- пересмотреть результаты рассмотрения и оценки заявок участников, допущенных к участию в открытом конкурсе № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 по лоту № 11;
- назначить дату рассмотрения конкурсных заявок по лоту № 11 открытого конкурса № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 на 29.10.2018, дату подведения итогов по лоту № 11 открытого конкурса № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 на 09.11.2018».

Также в соответствии с протоколом рассмотрения оценки конкурсных заявок от 29.10.2018 № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18/2 Заказчиком принято решение о проведении переторжки по Лоту № 11 Конкурса.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы и сообщил, что 24.10.2018 в адрес Заказчика поступило обращение участника Конкурса ООО «Арсенал» от 24.10.2018 № 176 по вопросу пересмотра результатов рассмотрения и оценки заявок участников Конкурса по Лоту № 11. По результатам рассмотрения указанного обращения Заказчиком установлен факт неверного присвоения балльной оценки по критерию «Наличие квалифицированного персонала» в связи с чем, Заказчиком принято решение пересмотреть результаты Конкурса по Лоту № 11, а также провести процедуру переторжки.

В соответствии со статьей 79 Положения о закупке (версия № 19) предусмотрено право Заказчика рассматривать жалобы участников закупок.

Подпунктом 3 пункта 504 Положения о закупке (версия № 19) установлено, что в случае признания жалобы обоснованной могут быть предусмотрены мероприятия по устранению выявленных нарушений, в том числе пересмотр результатов

проведения конкурентных закупок.

Вместе с тем, в соответствии Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331 «Об утверждении положения о Федеральной антимонопольной службе» установлено, что ФАС России является органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, в связи с чем Заказчиком в нарушение действующего законодательства осуществлена подмена функций контрольного органа в сфере закупок.

Кроме того, в Положении о закупке (версия № 19) не установлен порядок пересмотра результатов проведения конкурентных закупок, в связи с чем, учитывая заинтересованность Заказчика, право Заказчика пересматривать результаты закупки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Также согласно сведениям, размещенным в ЕИС:

- 13.04.2018 опубликована версия № 18 Положения о закупке;
- 29.06.2018 опубликовано Извещение и Документация;
- 13.07.2018 опубликована версия № 19 Положения о закупке.

При этом Положение о закупке (версия № 18) не содержит положений о праве Заказчика пересматривать результаты проведения конкурентных закупок. Также Положение о закупке (версия № 19) размещено Заказчиком после публикации Извещения и Документации, в связи с чем не может быть применимо Заказчиком при проведении Конкурса.

Кроме того, согласно пункту 120 Положения о закупке (версия 18) после проведения переторжки победитель определяется в порядке, установленном для данного способа закупки в соответствии с критериями оценки, предусмотренными условиями закупки, следовательно, переторжка проводится до подведения итогов закупки, что свидетельствует о нарушении Заказчиком, осуществившим процедуру переторжки после подведения итогов Конкурса, порядка проведения Конкурса.

Таким образом, учитывая, что рассмотрение Заказчиком жалоб и возможность пересмотра результатов рассмотрения и подведения итогов закупки не предусмотрено Законом о закупках, указанные действия Заказчика, а также действия Заказчика, выразившиеся в применении Положения о закупке в редакции размещенной после публикации Извещения и осуществлении процедуры переторжки после подведения итогов закупки, нарушают требования частей 1, 2 статьи 2 Закона о закупках.

Кроме того, в соответствии с частью 6 статьи 3 Закона о закупках 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.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, выразившиеся в ненадлежащем проведении оценки заявок участников Конкурса, а именно заявки ООО «Арсенал», нарушают часть 6 статьи 3 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Вместе с тем, предметом обжалования являются, согласно Жалобе Заявителя, действия Заказчика, выразившиеся в нарушении порядка проведения Конкурса, что является основанием обращения в ФАС России, закрепленным в пункте 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, в соответствии с которым антимонопольный орган осуществляет контроль за соблюдением Закона о закупках.

На основании изложенного, Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

2. Согласно пунктам 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о конкурентной закупке должны быть указаны критерии оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке.

Пунктом 4 Документации установлен порядок и критерии оценки заявок участников Конкурса. При этом согласно подпункту 3 Пункта 4.1 Документации Заказчиком предусмотрен критерий оценки «Отрицательный опыт выполнения работ участником», согласно которому сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем критериям, установленным в подпунктах 1, 2 пункта 4 Документации, уменьшается на 5 баллов при наличии у участника отрицательного опыта выполнения работ для заказчика.

Также Заказчиком установлено, что отрицательным является опыт работ с контрагентом за период три календарных года, предшествующих дате проведения настоящей закупки в случае расторжения договора заказчиком (ОАО «РЖД») в одностороннем порядке или по решению суда с данным контрагентом в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) им своих обязательств по договору; в случае наличия у ОАО «РЖД» неурегулированных претензий к участнику, то есть направленных заказчиком в адрес участника в установленном Положением о договорной и претензионной работе в ОАО «РЖД», утвержденным приказом ОАО «РЖД» от 30.03.2016 № 15, порядке, а также порядке, предусмотренном внутренними ненормативными документами заказчика, регламентирующими порядок осуществления претензионной работы; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.

Вместе с тем, вышеуказанный порядок снижения баллов по критерию «Опыт участника конкурса» не может быть применен в равной степени к участникам закупки, поскольку участник закупки, имеющий судебные разбирательства с иным хозяйствующим субъектом (например, ПАО «Россети», ПАО «Газпром», ПАО «Ростелеком» и др.), будет оценен без применения вышеуказанной таблицы.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок и критерии оценки заявок участников закупки по вышеуказанному критерию, что не позволяет объективно сопоставить заявки участников Конкурса. Указанные действия Заказчика нарушают пункты 13,

14 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.

3. 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.

Аналогичный принцип закупочной деятельности Заказчика установлен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Пунктом 7.8.7 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения Конкурса в письменной форме запросить у участников Конкурса информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

В соответствии с пунктом 7.8.9 Документации Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, в том числе, путем выездных проверок. В случае препятствования участником данной проверке его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию и осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Кроме того, в Положении о закупке и Документации не установлен порядок проведения указанных проверок, что ставит возможность проведения или не проведения выездной проверки в отношении конкретного участника Конкурса в зависимость от решения Заказчика, которое может быть различным в отношении разных участников.

Вместе с тем, препятствование участником осуществлению выездной проверки является основанием для отклонения заявки участника Конкурса. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Конкурса допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Пунктом 9.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам Конкурса, предоставляет сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, с приложением

подтверждающих документов. В случае непредставления указанных сведений и документов победитель, иной участник, с которым заключается договор, считается уклонившимся от заключения договора.

При этом пунктом 386 Положения о закупках установлено, что в случае непредставления Заказчику победителем, иным участником, с которым заключается договор, в срок, установленный в документации сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующими документами, победитель, иной участник считаются уклонившимися от заключения договора.

Вместе с тем, Документация не содержит сведений о конкретных сроках предоставления сведений о владельцах участника Конкурса.

Кроме того, в случае если участником Конкурса, с которым принято решение заключить договора, или его совладельцем является акционерное общество, акции которого свободно торгуются на рынке ценных бумаг, предоставление актуальных сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующих документов, не представляется возможным, поскольку присутствует вероятность непредсказуемых изменений держателей акций.

При этом представление сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, до заключения договора по итогам проведения закупки не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, которое может повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

7. Согласно пункту 9.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Конкурса должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 Документации.

При этом, приложением № 5 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 9.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, конкурсной заявке которого присвоен второй номер (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, заявке которого присвоен второй порядковый номер <...> единственный участник, допущенный к участию в Конкурсе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), вправе согласовать предоставление банковской гарантии иным банком, направив письменное

обращение заказчику с приложением проекта банковской гарантии соответствующего требованиям Документации.

Вместе с тем, возможность участия в закупке с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России установлены иные не являющиеся предметом обжалования нарушения Закона о закупках, в связи с чем принимает 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:

- -
 - Признать жалобу ООО «СпецСтройПроект» (ИНН: 6670357399; ОГРН: 1156658088267) от 30.10.2018 № 305/18-Д на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 490/ОКЭ-ЦДИ ЦП/18 на право заключения договора на выполнение работ в области борьбы с нежелательной растительностью на эксплуатационных объектах Южно-Уральской дирекции инфраструктуры (Лот № 11) (извещение № 31806673616) обоснованной.
 - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушения частей 1, 2 статьи 2, части 6 статьи 3, пунктов 13, 14 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
 - Выдать ОАО «РЖД» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 07.11.2018 № 223ФЗ-817/18.
 - Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 07.11.2018 № 223ФЗ-817/18 для рассмотрения

вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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