

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-827/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ТД АРМА» 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»

21.08.2017 Москва

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

при участии представителей: <...>,

рассмотрев жалобу ООО «ТД АРМА» б/д б/н (вх. от 14.08.2017 № 124335/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7764/ОАЭ-ЦДИ/17 на право заключения договора поставки средств индивидуальной защиты, смывающих и обезвреживающих средств (извещение № 31705373816) 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 «ТД АРМА» (далее - Заявитель) б/д б/н (вх. от 14.08.2017 № 124335/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7764/ОАЭ-ЦДИ/17 на право заключения договора поставки средств индивидуальной защиты, смывающих и обезвреживающих средств (извещение № 31705373816) (далее — Аукцион, 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.

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 закупке в единой информационной системе в сфере закупок (далее — ЕИС) размещается информация о закупке, в том числе извещение о закупке, документация о закупке, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, изменения, вносимые в такое извещение и такую документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые в ходе закупки, а также иная информация, размещение которой в ЕИС предусмотрено Законом о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

28.07.2017 в ЕИС размещены извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Согласно информации, размещенной в ЕИС:

- - - начальная (максимальная) цена договора – 3 305 962 (три миллиона триста пять тысяч девятьсот шестьдесят два) рубля 16 копеек;
 - дата и время окончания подачи заявок – 28.08.2017 в 11:00;
 - дата и время рассмотрения заявок – 05.09.2017 в 15:00;
 - дата и время проведения Аукциона – 08.09.2017 в 15:00.

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно:

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование к участникам закупки о наличии опыта по предмету закупки;
 - Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении сертификата соответствия поставляемых товаров, являющихся предметом закупки;
 - Заказчиком неправомерно объединены в один лот товары, функционально не связанные с предметом закупки;
 - Заказчиком в Документации неправомерно установлены перечни банков, чьи банковские гарантии принимаются Заказчиком;
 - Заказчиком в Документации неправомерно установлено право Заказчика в письменной форме запрашивать у участников закупки информацию и документы для подтверждения соответствия

участников закупки требованиям Документации, а также осуществлять проверку сведений, содержащихся в составе заявки, путем выездных проверок.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документации.

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

- - - Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование к участникам закупки о наличии опыта по предмету закупки.

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.

Согласно пункту 2.1 Документации, участник должен иметь опыт по фактически поставленным товарам по поставке средств индивидуальной защиты, смывающих и обезвреживающих средств, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в приложении № 2 к Документации. При этом учитывается стоимость всех поставленных, выполненных, оказанных участником закупки (с учетом правопреемственности) товаров по поставке средств индивидуальной защиты, смывающих и обезвреживающих средств. В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 9 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.3 аукционной документации;
- накладные о поставке товаров, акты о выполнении работ, оказании услуг;
- договоры на поставку товаров (представляются все листы договоров со всеми приложениями);
- копии документов, подтверждающих правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).

Вместе с тем, согласно статье 506 Гражданского кодекса Российской Федерации, учитывая природу договора поставки, содержанием договора поставки является

обязанность поставщика доставить соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

Кроме того, отсутствие у участников фактов поставки по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона.

Следовательно, установление в Документации требования о наличии опыта поставки по предмету Аукциона ограничивает количество потенциальных участников и приводит к ограничению конкуренции.

С учетом изложенного, наличие у участников закупки опыта поставки и выполнения работ не может являться критерием допуска к участию в закупке.

Таким образом, действия Заказчика, установившего в Документации указанное требование к участникам Аукциона противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении сертификата соответствия поставляемых товаров, являющихся предметом закупки.

Согласно пункту 6 технического задания, документами, предоставляемыми в подтверждение соответствия предлагаемых участников товаров, работ, услуг являются сертификат (декларация) соответствия средств индивидуальной защиты техническому регламенту Таможенного союза ТР ТС 019/2011, а также протоколы испытания.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что к участникам обжалуемой закупки не предусмотрено требование о предоставлении в составе заявки соответствующих сертификатов (деклараций).

Вместе с тем, согласно пункту 2 технического задания, товар, подлежащий обязательной сертификации, поставляется с соответствующими сертификатами (декларациями), прилагаемыми к каждой партии товара. Качество поставляемого товара должно соответствовать установленным требованиям ТР ТС 019/2011, удостоверяться сертификатом (паспортом, актом) соответствия или декларацией о соответствии. Поставляемый товар должен быть новым, не бывшим в употреблении.

Кроме того, пунктом 5.1 Проекта договора установлено, что товар, подлежащий обязательной сертификации, поставляется с соответствующими сертификатами, прилагаемыми к каждой партии товара.

Таким образом, требование о предоставлении соответствующих сертификатов (деклараций) соответствия установлено по отношению к лицу, с которым заключен договор по итогам закупки и который является исполнителем по такому договору.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не

явился и доказательств, подтверждающих установление Заказчиком требования к участникам закупки о предоставлении в составе заявки соответствующих сертификатов (деклараций), не представил.

С учетом изложенного, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

- - - Согласно доводу Жалобы, Заказчиком неправомерно объединены в один лот товары, функционально не связанные с товарами, поставка которых является предметом закупки, а именно: в составе предмета поставки наряду со смывающими и обезвреживающими средствами предусмотрены наушники и перчатки.

Пунктом 77 Положения о закупке установлено, что при проведении закупок могут выделяться лоты. При формировании лота не допускается ограничение конкуренции между участниками конкурентной процедуры закупки путем включения в один лот товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом конкурентной процедуры закупки, за исключением случаев, когда такое включение обусловлено необходимостью выполнения комплекса работ, оказания комплекса услуг, комплексной поставки товаров, и/или случаев, когда включение таких товаров, работ, услуг позволит сократить издержки заказчика, эффективно расходовать денежные средства.

Согласно Документации, предметом поставки по договору, заключаемому по итогам закупки, являются средства индивидуальной защиты, смывающие и обезвреживающие средства.

Согласно техническому заданию, к закупаемым товарам относятся:

- наушники противошумные «Кедр А»,
- перчатки антивибрационные «Вибростат -01»,
- крем для защиты от обморожения и обветривания «Наноцентра»,
- защитный спрей-репелент от укусов насекомых «Наноцентра»,
- паста специальная для мытья и очистки кожи рук от сильных загрязнений.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что все указанные в техническом задании закупаемые товары относятся к категории товаров, предназначенных для защиты от неблагоприятных производственных факторов, таких как шум, вибрация, низкая температура, биологические и химические факторы рабочей среды. Кроме того, согласно пояснениям представителя Заказчика, выделение указанных товаров в отдельные лоты не является экономически целесообразным.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не явился и доказательств, подтверждающих неправомерность объединения в один лот указанных товаров, не представил.

Таким образом, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлены перечни банков, чьи банковские гарантии принимаются Заказчиком при обеспечении заявки и обеспечении исполнения договора.

Пунктом 7.5.10 Документации установлено, что при выборе способа обеспечения заявки в форме банковской гарантии участник должен предоставить банковскую гарантию, выданную одним из банков, размер собственных средств (капитала) которого («Базель III») по форме 123 на последнюю отчетную дату и в течение предыдущих шести месяцев составляет не менее двадцати миллиардов рублей в соответствии с информацией, размещенной Центральным банком Российской Федерации на сайте www.cbr.ru, или одним из банков, указанных в приложении № 4 к Документации. Срок действия банковской гарантии должен составлять 120 (сто двадцать) дней со дня вскрытия заявок, установленного в пункте 1.8 аукционной документации. Оригинал банковской гарантии должен быть представлен в составе аукционной заявки.

Приложением № 4 установлен перечень из 21 банка, чьи банковские гарантии принимаются при обеспечении заявки.

Вместе с тем, в пункте 7.5.10 Документации нет указания на обязательность предоставления банковской гарантии, выданной одним из банков, указанных в приложении № 4.

Так, пунктом 7.5.10 Документации предусмотрена возможность предоставления банковской гарантии, выданной одним из банков, размер собственных средств (капитала) которого («Базель III») по форме 123 на последнюю отчетную дату и в течение предыдущих шести месяцев составляет не менее двадцати миллиардов рублей в соответствии с информацией, размещенной Центральным банком Российской Федерации на сайте www.cbr.ru.

Согласно пункту 8.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 к аукционной документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что, в соответствии с пунктом 1.6 Документации, в обжалуемой закупке не предусмотрено обеспечение исполнения договора.

Таким образом, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

- - - Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено право Заказчика в письменной форме запрашивать у участников закупки информацию и документы для

подтверждения соответствия участников закупки требованиям Документации, а также осуществлять проверку сведений, содержащихся в составе заявки, путем выездных проверок.

Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения аукциона в письменной форме запросить у участников аукциона информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Пунктом 6.5.10 Документации предусмотрено, что Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, путем получения сведений из любых официальных источников, использование которых не противоречит законодательству Российской Федерации, в том числе официальных сайтов государственных органов и организаций в сети Интернет, а также путем выездных проверок. В случае препятствования участником данной проверке его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика. Кроме того, применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию и осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

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 Аукциона 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 Аукциона. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Аукциона допускать представителя 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, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

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

- - - Пунктом 5.3.3.1 установлено, что участник Аукциона должен соответствовать обязательному требованию об отсутствии у участника Аукциона недоимки по налогам, сборам, задолженности

по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (за исключением сумм, на которые предоставлены отсрочка, рассрочка, инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, которые реструктурированы в соответствии с законодательством Российской Федерации, по которым имеется вступившее в законную силу решение суда о признании обязанности заявителя по уплате этих сумм исполненной или которые признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах). Участник Аукциона считается соответствующим установленному требованию в случае, если им в установленном порядке подано заявление об обжаловании указанных недоимки, задолженности и решение по такому заявлению на дату рассмотрения заявки на участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) не принято.

С учетом особенностей налогообложения, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что требование о декларировании отсутствия задолженности перед бюджетом Российской Федерации может привести к ограничению количества участников в виду сокращения количества участников закупки, так как фактически задолженность участника на момент подачи заявки должна соответствовать 0 рублей 00 копеек.

Кроме того, несоответствие указанному требованию не подтверждает невозможность участника Аукциона исполнять обязательства по договору, заключенному по результатам Аукциона, в случае наличия у участника задолженности по налогам, сборам и пени в размере более 0 рублей 00 копеек.

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

7. Пунктом 8.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам аукциона, 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.

Вместе с тем, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров 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 указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу ООО «ТД АРМА» б/д б/н (вх. от 14.08.2017 № 124335/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7764/ОАЭ-ЦДИ/17 на право заключения договора поставки средств индивидуальной защиты, смывающих и обезвреживающих средств (извещение № 31705373816) обоснованной в части: неправомерного установления требования к участника закупки о наличии опыта по предмету закупки; неправомерного установления права Заказчика осуществлять запросы информации и выездные проверки.
 - Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
 - Выдать обязательное для исполнения предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, с учетом принятого решения от 21.08.2017 № 223ФЗ-827/17.

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