

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-962/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Атрэйдес» 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»

16.11.2017 Москва

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

при участии представителей: <...>

рассмотрев жалобу ООО «Атрэйдес» от 08.10.2017 №145/1 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7096/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения работ по восстановлению аккумуляторных батарей на тяговых подстанциях Свердловской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705326137), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России поступила жалоба ООО «Атрэйдес» (далее-Заявитель) от 08.10.2017 №145/1 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7096/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения работ по восстановлению аккумуляторных батарей на тяговых подстанциях Свердловской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705326137) (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 (далее - положение о закупке).

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров ОАО «РЖД» 30.06.2014.

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.

14.07.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Согласно Извещению, информации размещенной в ЕИС:

дата и время окончания подачи заявок 21.08.2017 в 08:00;

дата и время рассмотрения заявок 07.09.2017 в 06:00;

дата и время проведения аукциона 12.09.2017 в 10:00;

На участие в закупке подано 3 заявки, допущена 1 заявка.

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку требования установленные Документацией не позволяют участникам закупки предложить эквивалент полимера, а именно Документация не содержит параметры и характеристики полимера, а также в случае поставки аналога участнику закупки необходимо представить в составе заявки на участие в Аукционе разрешение на применение предлагаемого полимера, прошедшего испытания в ОАО «РЖД», и допущенного к применению в соответствии с СТО РЖД 1.07.003-2008.

Представитель Заказчика с доводом жалобы не согласился и указал, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения 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.

1. Согласно доводу Жалобы, требования установленные Документацией не позволяют участникам закупки предложить эквивалент полимера, а именно Документация не содержит параметры и характеристики полимера, а также в

случае поставки аналога участнику закупки необходимо представить в составе заявки на участие в Аукционе разрешение на применение предлагаемого полимера, прошедшего испытания в ОАО «РЖД», и допущенного к применению в соответствии с СТО РЖД 1.07.003-2008.

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.

В соответствии с частью 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.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, установленные заказчиком требования к качеству, техническим характеристикам товара, работы, услуги, к их безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы и иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Пунктом 3 Документации установлено, что Сведения о наименовании закупаемых товаров, работ, услуг, их количестве (объеме), единичных расценках, начальной (максимальной) цене договора, расходах участника, нормативных документах, согласно которым установлены требования, технических и функциональных характеристиках работы, требования к их безопасности, качеству, к результатам, иные требования, связанные с определением соответствия выполняемой работы потребностям заказчика, место, условия и сроки выполнения работ, форма, сроки и порядок оплаты изложены в техническом задании, являющемся приложением № 2 Документации.

Согласно пункту 7.6 Документации в составе аукционной заявки участник должен представить техническое предложение, которое должно содержать условия, соответствующие требованиям технического задания, являющегося приложением № 2 Документации. Если участником аукциона предлагается эквивалентный товар, участник в техническом предложении должен отразить соответствующую информацию по каждому наименованию эквивалентного товара.

В соответствии с пунктом 6.5.3 Документации участник Аукциона не допускается к участию в Аукционе в случае непредставления определенных Документацией

документов либо наличия в этих документах неполной информации и (или) информации об участнике Аукциона или о товарах, работах, услугах, закупка которых осуществляется, не соответствующей действительности; несоответствия аукционной заявки требованиям Документации, в том числе: аукционная заявка не соответствует форме, установленной аукционной документацией, не содержит документов, иной информации согласно требованиям аукционной документации.

Приложением № 2 Документации предусмотрена возможность представления эквивалента поставляемого товара. При этом эквивалентными признаются товары, соответствующие указанным в таблице товарам по следующим характеристикам: Полимер, используемый для восстановления аккумуляторных батарей на тяговых подстанциях Свердловской дирекции по энергообеспечению, должен пройти испытание в ОАО «РЖД», и быть допущен к применению в соответствии с СТО РЖД 1.07.003-2008.

Пунктом 6 Приложения № 2 Документации установлено, что в случае предоставления эквивалента используемого полимера Подрядчик в подтверждение соответствия предлагаемых участником работ в составе заявки представляет разрешение на применение применяемого полимера, прошедшего испытание в ОАО «РЖД», и допущенного к применению в соответствии с СТО РЖД 1.07.003-2008.

На заседание Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы по закупке и пояснил, что в ЕИС в разделе разъяснений от 11.08.2017 размещена «Технология восстановления стационарных свинцово-кислотных батарей» (далее — Методика). Данная Методика содержит все необходимые показатели, характеристики полимера

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России установлено, что на момент размещения в ЕИС информации о закупочной процедуре от 14.07.2017 в составе Документации отсутствовала указанная Методика.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что в Документации надлежащим образом не установлены параметры, технические характеристики поставляемого товара, что ограничивает количество участников закупочной процедуры, так как отсутствие таких параметров, характеристик в Документации не позволяет потенциальным участникам сформировать техническое предложение с эквивалентом.

Кроме того, согласно Федеральному закону от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании» (далее — Закон о техническом регулировании), указанный закон регулирует отношения, возникающие при разработке и применении обязательных требований к продукции, процессам производства работ, оказанию услуг.

В соответствии со статьей 3 Закона о техническом регулировании, техническое регулирование осуществляется в соответствии с принципом единства правил и методов исследований (испытаний).

Согласно требованиям статей 24-26 Закона о техническом регулировании декларация, сертификат соответствия должны содержать, в том числе информацию о проведенных исследованиях (испытаниях) и измерениях. При этом обязательная сертификация осуществляется органом по сертификации,

аккредитованным в соответствии с [законодательством](#) Российской Федерации об аккредитации в национальной системе аккредитации с привлечением на договорной основе для проведения исследований (испытаний) и измерений аккредитованные испытательные лаборатории (центры).

Вместе с тем, 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 (технический 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 на момент проведения закупочной процедуры документы, подтверждающие соответствие товара, так как обременяет такого участника заблаговременно произвести/приобрести указанный в техническом задании закупочной документации товар и (или) ставит в зависимость от третьих лиц.

Кроме того, в соответствии с протоколом рассмотрения аукционных заявок от 12.09.2017 № 7096/ОАЭ-ЭЭ/17/1 (далее - Протокол) Заявителю отказано в допуске к участию в Аукционе на основании пункта 6.5.3.1 Документации в связи с несоответствием документов, предусмотренных пунктом 6 приложения № 2 Документации, а именно разрешение на применение предлагаемого полимера, прошедшего испытания в ОАО «РЖД», и допущенного к применению в соответствии с СТО РЖД 1.07.003-2008.

Учитывая изложенное, вышеуказанные действия Заказчика, в том числе отказ в допуске заявки Заявителя противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2, части 6 статьи 3, пункта 3 части 9, пункта 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Кроме того, при рассмотрении Жалобы в действиях Заказчика выявлены следующие нарушения.

- - - Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

В соответствии с пунктом 159 Положения о закупке в документации о закупке могут устанавливаться обязательные требования к участникам закупки, в том числе опыт осуществления поставок, выполнения работ или оказания услуг по предмету закупки, стоимость которых составляет не менее чем 20 процентов начальной (максимальной) цены договора (цены лота), указанной в извещении, документации

о закупке.

2.1 Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник должен иметь опыт по фактически выполненным работам по восстановлению и/или ремонту стационарных свинцово-кислотных аккумуляторных батарей, используемых в системах постоянного тока тяговых и/или трансформаторных подстанций, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в приложении № 2 к аукционной документации. При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) работ (по выбору участника закупки) по восстановлению и/или ремонту стационарных свинцово-кислотных аккумуляторных батарей, используемых в системах постоянного тока тяговых и/или трансформаторных подстанций. В подтверждение опыта выполнения работ участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 9 к аукционной документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 аукционной документации;

и

- акты о выполнении работ;

и

- договоры на выполнение работ (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, учитывая природу договора оказания услуг, отсутствие у участника Аукциона опыта оказания услуг по предмету Аукциона и документов в соответствии с пунктом 2.1 Документации не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона.

2.2 Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник должен располагать квалифицированным персоналом, в том числе:

не менее чем тремя бригадами, в составе бригады не менее 2-х электромонтажников по аккумуляторным батареям 4-го разряда с группой по электробезопасности не ниже IV.

В подтверждение наличия квалифицированного персонала участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 10 к аукционной документации;

- штатное расписание (в случае привлечения персонала, находящегося в штате);

- информацию о трудовых договорах или гражданско-правовых договорах со

специалистами, задействованными при выполнении работ, оказании услуг, поставке товаров, иных договорах на оказание услуг по предоставлению персонала (по форме приложения № 10 к аукционной документации);

- действующие удостоверения специалистов с IV группой допуска по электробезопасности или протоколы проверки знаний правил работы в электроустановках и заверенные копии журнала учета проверки знаний норм и правил в работы в электроустановках.

Вместе с тем, отсутствие у участника на момент подачи заявки указанного в Документации квалифицированного персонала, а также подтверждающих документов, указанных в пункте 2.2 Документации, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона поскольку такой квалифицированный персонал может быть привлечен участником закупки после подведения итогов закупки в случае признания такого участника победителем закупки, а, напротив, налагают дополнительные непредусмотренные финансовые обязательства на участника закупки для целей принятия участия в Аукционе.

2.3 Пунктом 5.3.3.1 установлено, что отсутствие 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 до декларирования на момент подачи заявок об отсутствии 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.

2.4 Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с квалификационной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение аукционных заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.5.10 Документации 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 проверки, его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения 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 зависимости 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 представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

2.5 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 Документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

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

Кроме того, пунктом 8.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), единственный участник, допущенный к участию в аукционе (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 Запросе котировок с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Запроса котировок.

2.6 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.

2.7 Согласно пункту 3.3.2 проекта договора Документации (далее — Договор), подрядчик вправе привлекать для выполнения работ по Договору третьих лиц с письменного согласия Заказчика.

Вместе с тем, согласование условий договоров, заключаемых с субподрядчиком и третьим лицом, является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, что ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления Заказчика.

Кроме того, в соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Таким образом, условия и порядок привлечения третьих лиц устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно, без согласования с Заказчиком указанных условий.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное положение Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречит 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.

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

РЕШИЛА:

- -
 - Признать жалобу ООО «Атрэйдес» от 08.10.2017 №145/1 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7096/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения работ по восстановлению аккумуляторных батарей на тяговых подстанциях Свердловской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705326137) обоснованной.
 - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2, части 6 статьи 3, пункта 3 части 9, пункта 1 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, с учетом принятого Комиссией ФАС России решения от 16.11.2017 № 223ФЗ-962/17.
- Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 16.11.2017 № 223ФЗ-962/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

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