

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-62/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ПОМА» на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ,

25.01.2017

Москва

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

при участии представителей: <...> ,

рассмотрев жалобу ООО «ПОМА» от 16.01.2017 № 16012016.002 на действия (бездействие) заказчика ОАУ «СТК «Горный воздух» при проведении конкурса на право заключения договора на выполнение работ по строительству «под ключ» объекта «Развитие спортивного комплекса СТК «Горный воздух», в том числе: разработка проектно-сметной документации, проектно-изыскательские работы, государственная экспертиза проектов, реконструкция и строительство сопутствующей инфраструктуры комплекса, строительство горнолыжных трасс горы «Большевик», горы «Красная», трассы «Спортивная» западного склона горы «Большевик», канатных дорог, экстрим арены» (Пассажирская подвесная канатная дорога Красная-Юг) (извещение № 31604623448) 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 «ПОМА» (далее — Заявитель) от 16.01.2017 № 16012016.002 (вх. от 16.01.2017 № 5143/17) на действия (бездействие) заказчика ОАУ «СТК «Горный воздух» (далее - Заказчик) при проведении конкурса на право заключения договора на выполнение работ по строительству «под ключ» объекта «Развитие спортивного комплекса СТК «Горный воздух», в том числе: разработка проектно-сметной документации, проектно-изыскательские работы, государственная экспертиза проектов, реконструкция и строительство сопутствующей инфраструктуры комплекса, строительство горнолыжных трасс горы «Большевик», горы «Красная», трассы «Спортивная» западного склона горы «Большевик», канатных дорог, экстрим арены» (Пассажирская подвесная канатная дорога Красная-Юг) (извещение № 31604623448) (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.

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 товара, работ, услуг для нужд областного автономного учреждения «Спортивно-туристический комплекс «Горный воздух», утвержденным Наблюдательным советом ОАУ «СТК «Горный воздух» (протокол от 25.03.2016 № 25) (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе (далее – ЕИС) размещается информация о закупке, в том числе извещение 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.

30.12.2016 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

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

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение об обеспечении заявки на участие в Конкурсе исключительно путем внесения денежных средств на счет Заказчика;
 - Заказчиком в Документации неправомерно установлен показатель о наличии у участника Конкурса опыта по успешному выполнению работ сопоставимого характера и объема, стоимостью не менее 40% от начальной (максимальной) цены контракта в рамках каждого контракта (договора), заключенных и исполненных участником за период с 2014 г. по 2016 г. (включительно).

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

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

1. Согласно доводу Заявителя, Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение об обеспечении заявки на участие в Конкурсе исключительно путем внесения денежных средств на счет Заказчика.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и

основные требования к закупке товаров, работ, услуг лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

В соответствии с частью 2 статьи 2 Закона о закупках заказчики утверждают положение о закупке, которое регламентирует закупочную деятельность заказчика и должно содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В соответствии с пунктом 22.4 Положения о закупке Заказчик вправе установить требование о внесении денежных средств в качестве обеспечения заявки на участие в Конкурсе. В случае если Заказчиком установлено требование обеспечения заявки на участие в Конкурсе, такое требование в равной мере распространяется на всех участников закупки и указывается в конкурсной документации.

Пунктом 5 Документации установлено, что Заказчик при проведении Конкурса вправе установить в документации о закупке требование об обеспечении заявки на участие в закупке. Размер такого обеспечения может составлять от одного до ста процентов начальной (максимальной) цены договора. Обеспечение заявки на участие в закупке производится путем перечисления денежных средств на счет Заказчика.

Согласно пункту 22 Информационной карты Документации обеспечение заявки на участие в закупке осуществляется участником закупки путем внесения денежных средств на счет Заказчика в размере 5% от начальной (максимальной) цены договора, что составляет 50 258 333 (пятьдесят миллионов двести пятьдесят восемь тысяч триста тридцать три) рубля 85 копеек.

Таким образом, Заказчик действовал в соответствии с требованиями Положения о закупке.

Учитывая изложенное, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

- - - По мнению Заявителя, Заказчиком в Документации неправомерно установлен показатель оценки о наличии у участника Конкурса опыта по успешному выполнению работ сопоставимого характера и объема стоимостью не менее 40% от начальной (максимальной) цены контракта в рамках каждого контракта (договора), заключенных и исполненных участником за период с 2014 г. по 2016 г. (включительно).

Мотивируя свой довод, Заявитель указывает на то, что значимость 40 % не соответствует деловой практике, поскольку в государственном заказе в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 28.11.2013 № 1085 и Постановлением Правительства Российской Федерации от 04.02.2015 № 99 (далее - Постановления), в случае проведения закупки на выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту особо

опасных, технически сложных и уникальных объектов капитального строительства, а также искусственных дорожных сооружений, включенных в состав автомобильных дорог федерального, регионального или межмуниципального, местного значения максимальная значимость нестоимостных критериев оценки (процентов) составляет 20 %, на основании чего Заявитель, делает вывод о необоснованности значимости критериев оценки 40 %.

Пунктами 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации указываются критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Пунктом 24 Положения о закупке установлено, что в Документации должны быть указаны сведения, в том числе критерии оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе и их значимость; порядок оценки и сопоставления заявок на участие в Конкурсе.

В соответствии с пунктом 30.4 Положения о закупке для определения лучших условий исполнения договора, предложенных в заявках на участие в Конкурсе, Комиссия должна оценивать и сопоставлять такие заявки по критериям и в порядке, указанным в Документации.

Вместе с тем, доводы Заявителя не могут быть признаны обоснованными, поскольку Постановления не регулируют отношения в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, в связи с чем обычай деловой практики по нестоимостным критериям оценки (процентов) в размере 20 % не могут быть применены.

Таким образом, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

Вместе с тем, как следует из Приложения к Информационной карте Документации установлен порядок рассмотрения, оценки и сопоставления заявок на участие в Конкурсе. Пунктом 2 Порядка оценки заявок на участие в Конкурсе установлено, что оценка заявок осуществляется в порядке, разработанном в соответствии с «Правилами оценки заявок, окончательных предложений участников закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 28.11.2013г. № 1085. Таким образом, в соответствии с Приложением к правилам оценки заявок, окончательных предложений участников закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд постановления Правительства Российской Федерации от 28.11.2013г. № 1085 значимость критериев должна быть определена не по правилам Закона о закупках, Положения о закупках, а в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 28.11.2013г. № 1085, согласно которому значимость по нестоимостным критериям оценки (процентов) сопоставляет 20 %, а не 40 % как указано в Таблице № 1 Документации.

Таким образом, пункт 2 Порядка оценки заявок на участие в Конкурсе противоречит положению пунктов 2, 3 Таблицы № 1 Документации, согласно которой значимость нестоимостных критериев составляет 40%.

Также, противоречие возникает с применением пункта 2 порядка оценки Документации, согласно которому оценка заявок осуществляется в порядке с

постановлением Правительства Российской Федерации от 28.11.2013г. № 1085 и пунктом 2.3 порядка оценки заявок Документации.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС приходит к выводу, что порядок оценки и сопоставления заявок на участие в Конкурсе в Документации установлен ненадлежащим образом, что нарушает пункты 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Указанные действия Заказчика содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Кроме того, пунктом 25 Информационной карты установлены требования к участнику закупки о наличии опыта поставки аналогичных товаров, выполнения аналогичных работ, оказания аналогичных услуг, в том числе за определенный промежуток времени. Параметры, по которым будет определяться аналогичность товаров, (работ, услуг), закупаемых Заказчиком, должна быть определена Заказчиком в документации о закупке.

Представитель Заказчика на заседании Комиссии пояснил, что предоставление договоров, подтверждающих наличие опыта выполнения сопоставимых работ, необходимо как для подтверждения соответствия требованиям Документации, так и для оценки участника закупки с целью выявления лучшего предложения.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации квалификационных требований одновременно в качестве критерия допуска и критерия оценки заявок участников закупки противоречат пункту 4.1 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

3. В соответствии с Техническим заданием Документации в рамках Договора, заключаемого по результатам закупки, Подрядчик обязуется выполнить, в том числе следующие работы по объекту:

- комплекс инженерных изысканий;
- разработка проектной документации стадии «Проектная документация» и «Рабочая документация»;
- проведение государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий, проверка достоверности сметной стоимости;
- подготовка территории строительства;
- выполнение строительно-монтажных работ «под ключ», предусматривающее строительство и сдачу объекта, подготовленного к эксплуатации, включая комплектацию технологическим и инженерным оборудованием и так далее.

На заседании Комиссии представитель Заказчика также подтвердил, что в рамках договора подрядчику необходимо выполнить, в том числе проектно-изыскательские и строительно-монтажные работы.

Вместе с тем, согласно части 1 статьи 743 Гражданского кодекса Российской Федерации подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие, предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ.

В соответствии с частью 6 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации лицо, осуществляющее строительство, обязано осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства, в том числе в соответствии с проектной документацией.

При этом согласно части 2 статьи 48 Градостроительного Кодекса Российской Федерации проектная документация представляет собой документацию, содержащую материалы в текстовой форме и в виде карт (схем) и определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, их частей, капитального ремонта, если при его проведении затрагиваются конструктивные и другие характеристики надежности и безопасности объектов капитального строительства.

Таким образом, строительство, реконструкция, капитальный ремонт объекта капитального строительства осуществляется на основании проектной документации, которая содержит показатели, позволяющие определить соответствие закупаемой работы установленным Заказчиком требованиям.

Отсутствие в документации требований к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требований к их безопасности, требований к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требований к размерам, упаковке, отгрузке товара, требований к результатам работ, в том числе отсутствие проектной документации в полном объеме, приводит к невозможности формирования участником закупки предложения по исполнению договора.

Таким образом, отсутствие проектной документации в составе документации о закупке на строительство объекта означает, что Заказчик не установил требования к объему работ, подлежащих выполнению в рамках заключаемого договора, что лишает участника закупки обоснованно сформировать свое предложение.

Кроме того, индивидуальные предприниматели или юридические лица в соответствии с частью 1 статьи 55.8 Градостроительного кодекса Российской Федерации вправе выполнять работы, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, в том числе осуществлять подготовку проектной документации и строительство, исключительно при наличии выданного саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким работам.

При этом саморегулируемые организации, основанные на членстве лиц, осуществляющих подготовку проектной документации, и саморегулируемые организации, основанные на членстве лиц, осуществляющих строительство, являются самостоятельными видами саморегулируемых организаций.

Так, договор на подготовку проектной документации заключается с лицом,

обладающим свидетельством, выданным саморегулируемой организацией, о допуске к работам по организации подготовки проектной документации, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным проектировщиком).

Договор на осуществление строительно-монтажных работ - с лицом, обладающим свидетельством, выданным саморегулируемой организацией, о допуске к работам по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора, юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком).

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу о том, что действия Заказчика, не установившего требования к объему работ, подлежащих выполнению в рамках заключаемого договора, а также неправомерно объединившего в один предмет закупки проектно-изыскательские работы и строительно-монтажные работы, нарушают часть 1 статьи 2, пункт 3 части 9 статьи 4, пункт 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

К неизмеряемым требованиям к участникам закупочных процедур можно отнести те требования, содержание которых не может быть формализовано и однозначно понятно для всех потенциальных участников закупки, требования, которые не могут быть документально подтверждены и (или) не могут применяться в равной степени ко всем участникам закупочной процедуры.

Аналогичный принцип закупочной деятельности Заказчика установлен пунктом 4.1 Положения о закупке.

Пунктом 25 Информационной карты Документации установлено, что участник должен соответствовать общеобязательным требованиям, в том числе:

- наличие Свидетельства о допуске СРО на выполнение видов работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, включая особо опасные, технически сложные (кроме объектов использования атомной энергии).

1). II. Виды работ по подготовке проектной документации.

п. 13. Работы по организации подготовки проектной документации, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным проектировщиком).

2). III. Виды работ по строительству, реконструкции и капитальному ремонту.

п. 33. Работы по организации строительства, реконструкции и капитального ремонта, привлекаемым застройщиком или заказчиком на основании договора юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (генеральным подрядчиком).

Вместе с тем, конкретного вида свидетельства СРО на организацию строительства и подготовки проектной документации Заказчиком не установлены.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что не установление конкретного перечня свидетельств о допуске к определенному виду или видам работ не позволяет участникам закупки однозначно установить на какие именно виды работ необходимо представить в составе заявки свидетельства о допуске.

Учитывая изложенное, установление неизмеряемого требования в Документации не позволяет участникам сформировать заявку на участие в закупке в полном соответствии требованиям Документации, что противоречит пункту 4 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает требования части 1 статьи 2, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Указанные действия Заказчика содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Аналогичные принцип предусмотрен пунктом 4.1 Положения о закупке.

Пунктом 25 Информационной карты Документации установлены требования к участникам Конкурса, а также инструкция по заполнению заявки на участие в Конкурсе, в том числе:

- наличие Свидетельств о допуске СРО на выполнение работ/отдельных видов работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, включая особо опасные, технически сложные (кроме объектов использования атомной энергии), у всех субподрядных организаций.

В соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки.

Также, пунктом 6.2.4 Проекта договора Документации установлено, что участник Конкурса должен согласовать с Заказчиком всех соисполнителей, субподрядчиков, привлекаемых для исполнения обязательств по настоящему Договору.

Вместе с тем, согласование перечня привлекаемых субподрядчиков с Заказчиком является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору как самостоятельного субъекта рынка выполнения работ.

- требование о наличии документов, подтверждающих право на реализацию

товаров определенного производителя, являющихся предметом заключаемого договора (документов, подтверждающих статус дилера, генерального дилера, дистрибьютора).

Вместе с тем, установление в Документации указанного требования ограничивает количество возможных участников закупки, поскольку возможность участия в закупке поставлена в зависимость от решений (действий) третьих лиц (производителя/дилера). При этом вышеуказанные документы могут быть получены участником Конкурса после заключения договора по результатам закупки. Следовательно, отсутствие у участника вышеуказанных документов в составе заявки не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Учитывая изложенное, Заказчиком в Документации установлены избыточные требования к участникам закупки, что противоречит пункту 4.1 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 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:

1. Признать жалобу ООО «ПОМА» от 16.01.2017 № 16012016.002 на действия (бездействие) заказчика ОАУ «СТК «Горный воздух» при проведении конкурса на право заключения договора на выполнение работ по строительству «под ключ» объекта «Развитие спортивного комплекса СТК «Горный воздух», в том числе: разработка проектно-сметной документации, проектно-изыскательские работы, государственная экспертиза проектов, реконструкция и строительство сопутствующей инфраструктуры комплекса, строительство горнолыжных трасс горы «Большевик», горы «Красная», трассы «Спортивная» западного склона горы «Большевик», канатных дорог, экстрим арены» (Пассажирская подвесная канатная дорога Красная-Юг) (извещение № 31604623448) необоснованной.

2. Признать ОАУ «СТК «Горный воздух» нарушившим часть 1 статьи 2, пункт 3 части 9, пункты 1, 9, 12, 13 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 25.01.2017 № 223ФЗ-62/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

4. Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

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