

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-18715/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

26.12.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

рассмотрев жалобу ООО «ПКФ «БК-студия» (далее также — Заявитель, Общество) на действия ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора поставки учебно-лабораторного оборудования, включая выполнение монтажных, пусконаладочных работ и инструктаж персонала (реестровый № 31908596909, далее — Закупка) в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика, мотивированные установлением в Закупочной документации требований к участникам, ведущих к ограничению конкуренции.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Положение о закупке товаров, работ, услуг Заказчика в редакции, действующей на момент объявления закупок (далее также — Положение о закупках), размещено на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее — Официальный сайт, ЕИС).

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

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках документация о конкурентной закупке должна содержать требования к участникам такой закупки.

Согласно пункту 1.9.2 Закупочной документации участник Закупки должен являться производителем товара, указанного в приложении № 1.1 Закупочной документации, либо обладать правом поставки товара, указанного в приложении № 1.1 Закупочной документации, предоставленным производителем.

В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.

В подтверждение того, что участник является производителем либо обладает правом поставки оборудования, указанного в приложении № 1.1 к аукционной документации, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем оборудования;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем оборудования с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, с указанием перечня оборудования, о праве участника осуществлять поставку оборудования;

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику о праве участника осуществлять поставку товаров.

Заявитель в жалобе указывает на неправомерность установления названного требования непосредственно к участнику закупки, поскольку возлагает на потенциального участника избыточные требования по предоставлению в составе заявки писем производителя, подтверждающих наличие у него партнерских отношений с заводом-изготовителем закупаемого товара.

При этом Комиссия отмечает, что наличие же у участника на этапе подачи заявок дилерского соглашения/ письма завода-изготовителя/иных документов от производителя не влияет на исполнение обязательств по договору, равно как и отсутствие перечисленных документов в составе заявки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Запроса предложений.

Требование, изложенное в пункте 4.3. Технического задания, никаким образом не исключает возникновение у Заказчика отрицательных последствий в будущем при взаимодействии с поставщиком. То есть данное требование не предоставляет

Заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств.

Фактически указанное условие ограничивает круг субъектов гражданских правоотношений- потенциальных участников закупки, имеет место быть необоснованное ограничение конкуренции.

Так, во-первых, участник должен либо быть производителем, либо уже иметь хозяйственные взаимоотношения с заводами-изготовителями товаров, являющихся предметом закупки. При этом, для участника Закупки, не являющегося производителем товара, требования на этапе подачи заявок о предоставлении документов от завода-производителя товара, подтверждающих право участника на поставку товара налагает на него дополнительные обязательства для целей принятия участия в Закупке. По сути, указанное требование - понуждение участника заключать договоры с третьими лицами, то есть обременение исполнением договорных обязательств перед третьими лицами в любом случае, независимо от победы в торгах, что противоречит принципу свободы предпринимательской деятельности.

Во-вторых, в отсутствие обязанности производителя товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о предоставлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом продажи производимого им товара, осуществлять сервисное обслуживание оборудования и т.п., возможность участников подать заявку на участие в Закупке в соответствии с указанными требованиями всецело зависит от волеизъявления третьих лиц - производителей, что ограничивает возможность участия в Закупке.

Стоит отметить, что участник закупки, подав заявку, берет на себя весь объем обязательств по своевременной поставке товара в соответствии с условиями документации о закупке и договора, также, подписывая договор с Заказчиком, второй раз подтверждает свои обязательства по поставке, в связи с чем требование дополнительного подтверждения возможности исполнить взятые на себя обязательства, как путем представления копии дилерских или иных договоров с производителями или дилерами, а также писем гарантии об отгрузке являются излишними и ограничивают количество участников закупки.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены безотносительно предмета закупочной процедуры (т.е. такие требования должны быть соотносимы с ним, проистекать из выраженной через положения закупочной документации потребности заказчика), а также не могут быть установлены без соблюдения баланса частных интересов заказчика и публичных интересов расширения количества участников торгов, предотвращения различных злоупотреблений и недопущения ограничения конкуренции на торгах, что установлено законодательством о защите конкуренции, в том числе Законом о закупках.

Требование о представлении спорных документов нельзя рассматривать как надлежащее ввиду того, что представление таких документов не является гарантией исполнения, надежности участника, однако такое требование налагает бремя на участника закупки по получению указанных документов.

Действительно, предоставление такого рода документов в отсутствие

гарантированности заключения в будущем договора влечет для участника закупки создание для себя состояния правовой неопределенности, когда, с одной стороны, а с другой стороны, такой потенциальный участник закупки фактически не может реализовать подобное право ввиду условий, позволяющих привлечь третьи лица, которые установил заказчик.

Соглашение о намерениях — документ, в котором стороны закрепляют свое желание сотрудничать друг с другом в определенной сфере или заключить конкретный договор. Стороны вправе заключить его в силу п. 2 ст. 421 ГК РФ. Отличительной особенностью соглашения о намерениях является то, что, если какая-либо из сторон передумала заключать основной договор, ее нельзя понудить к этому. То есть наличие такого соглашения у участника Закупки не подтверждает того, что на момент заключения договора по результатам закупочной процедуры у участника Закупки будет необходимый товар и который является качественным.

Вместе с тем в настоящем случае заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование и как критерий допуска до участия в торгах, что, в свою очередь, не может считаться надлежащим исполнением требований Закона о закупках.

Следует отметить, что по своей сути установленные заказчиком требования не позволяют в полной мере последнему считать, что в дальнейшем участник закупки, представивший подобного рода договоры (соглашения), в последующем в рамках исполнения договора исполнит свои обязательства или свои обязательства исполнит потенциальный контрагент такого участника.

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

Как отмечено в обзоре судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 16.05.2018 установленные заказчиком требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, связанным с определением соответствия поставляемого товара и требуемым к включению в документацию на основании пункта 1 части 10 статьи 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень поставщика товара и приводят к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку потенциальный участник закупки может не быть производителем оборудования, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемого оборудования надлежащим образом.

Кроме того, предъявленные к участникам требования сами по себе не могут гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке оборудования. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к поставщику квалификационных требований, в частности о наличии опыта поставки на соответствующем товарном рынке.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у Заказчика объективной необходимости в установлении такого требования последним не представлено.

В связи с чем антимонопольный орган полагает избыточным установление такого требования как по его содержанию, так и по порядку его реализации. На основании изложенного, Комиссия Управления, приняла решение о признании довода жалобы Заявителя обоснованным, а в действиях заказчика усматривается нарушение требований пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Также в соответствии с пунктом 1.9.1 Закупочной документации участник должен иметь опыт по фактически поставленному учебному и/или учебно-лабораторному оборудованию, выполненным монтажным и пусконаладочным работам учебного и/или учебно-лабораторного оборудования, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1.1 к аукционной документации.

При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) учебного и/или учебно-лабораторного оборудования, выполненным монтажным и пусконаладочным работам учебного и/или учебно-лабораторного оборудования.

В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.

В подтверждение опыта осуществления поставок учебного и/или учебно-лабораторного оборудования, выполнении монтажных и пусконаладочных работ учебного и/или учебно-лабораторного оборудования участник в составе заявки представляет:

- документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений об опыте поставки товаров, представленной в приложении № 1.3 аукционной документации о наличии требуемого опыта;

и

- накладные о поставке товаров, акты о выполнении работ;

и

- договоры на поставку товаров, выполнение работ (представляются все листы договоров со всеми приложениями);

- документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).

На заседании Комиссии представители Заказчика пояснили, что оспариваемое право на установление требования закреплено в пункте 199 Положения о закупках.

Кроме того, Заказчик вправе устанавливать требования, связанные с предметом закупки в целях выявления лица, способного удовлетворить потребности заказчика в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и

надежности. Право заказчика на самостоятельное формирование требований документации в соответствии со своими потребностями подтверждено многочисленной судебной практикой.

Следовательно, по мнению представителя Заказчика, в связи с тем, что требование о наличии опыта предъявляется ко всем участникам в равной степени, то такое требование само по себе нельзя рассматривать как ограничение конкуренции.

Комиссия оценивает доводы Заказчика критически в связи со следующим.

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

В связи с этим установление дополнительного механизма отбора, который способен исключить из числа возможных участников Закупки лиц, имеющих как соответствующие намерения, так и соответствующие возможности, не может отвечать правилам и принципам проведения закупок, установленным в законодательстве.

При этом Заказчик в целях выбора исполнителя лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчика в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, вправе установить необходимые требования в качестве критериев оценки заявок, установив соответствующий порядок оценки, при котором участнику, не имеющему достаточное количество опыта будет присвоено ноль баллов по данному показателю.

В данном случае Комиссия считает неправомерным установление в качестве основания допуска требования о наличии у участника опыта оказания услуг, так как это искусственно сужает круг потенциальных участников закупочной процедуры, что не отвечает принципам закупочной деятельности. При таких обстоятельствах Комиссия приходит к выводу, что Заказчиком ненадлежащим образом установлены требования к участникам закупки, что нарушает пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках и не отвечает принципам закупочной деятельности.

Резюмируя изложенное и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «ПКФ «БК-Студия» (ОГРН: 1035205388789, ИНН: 5260089426) на действия ОАО «РЖД» (ОГРН: 1037739877295, ИНН: 7708503727) при проведении Закупки обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-18715/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

26.12.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

руководствуясь пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии от 26.12.2019 по делу по делу № 077/07/00-18715/2019,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора поставки учебно-лабораторного оборудования, включая выполнение монтажных, пусконаладочных работ и инструктаж персонала (реестровый № 31908596909, далее — Закупка), а именно:

1.
 1. Заказчику отменить протоколы, составленные в ходе проведения Закупки в случае, если таковые были составлены.
 2. Заказчику вернуть участникам Закупки ранее поданные заявки с уведомлением о прекращении действия данных заявок и о возможности подать новые заявки на участие в Закупке.
 3. Заказчику внести изменения в Закупочную документацию с учетом решения Комиссии от 26.12.2019 по делу по делу № 077/07/00-18715/2019.
 4. Заказчику продлить срок приема заявок на участие в Закупке таким

образом, чтобы он составлял не менее половины срока подачи заявок на участие в Закупке с момента размещения информации о внесении изменений в Закупочную документацию до даты окончания приема заявок.

5. Заказчику назначить новую дату окончания подачи заявок, дату рассмотрения заявок, дату подведения итогов Закупки с учетом решения Комиссии от 26.12.2019 по делу по делу № 077/07/00-18715/2019.
6. Заказчику разместить информацию о вышеуказанных изменениях в Единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru в сети Интернет.
7. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 31.01.2020.
8. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 07.02.2020 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1.

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.
2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.