

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-2085/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

11.02.2021

г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

Председательствующего:

членов Комиссии:

при участии представителей от ООО «Торговый Дом ЗЕВС», ПАО «МОЭК»,

рассмотрев жалобы ООО «Торговый Дом ЗЕВС» (далее - Заявитель) на действия ПАО «МОЭК» (далее - Заказчик) при проведении открытых конкурентных отборов в электронной форме на поставку запорнорегулирующей арматуры для нужд ПАО «МОЭК», электроустановочных изделий для нужд ПАО «МОЭК» (реестровые № 32109933754, № 32109934148) (далее — Закупки),

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 поступили жалобы Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупок.

В своих жалобах Заявитель оспаривает установленные Заказчиком положения Документаций, которые, по мнению Заявителя, ограничивают конкуренцию.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи 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 Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

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 их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалобы Заявителя отвечают требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

В своих жалобах Заявитель оспаривает положения Документаций.

Представитель Заказчика с доводами жалоб не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Комиссия, заслушав позицию сторон, проанализировав материалы, представленные на заседании Комиссии, приходит к решению о признании жалоб обоснованной на основании следующих фактических обстоятельств дела.

В связи с тем, что жалобы Заявителя носят идентичный характер, дальнейшие обстоятельства дела будут изложены на основании процедуры с реестровым номером № 32109933754.

В соответствии с пунктом 5.7.1.9. Документации Закупки в случае, если Участник не является производителем (изготовителем) Продукции, в

состав своей Заявки он должен включить письмо, выданное производителем (изготовителем) Продукции, о готовности производителя (изготовителя) Продукции осуществлять отпуск Продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации).

Также допускается, что Участник/коллективный участник может не располагать возможностью по предоставлению письма от производителя (изготовителя) Продукции, указанного выше, если Продукция приобретается не у производителя (изготовителя) Продукции, а у лица, уполномоченного производителем (изготовителем) Продукции на реализацию Продукции (далее – Уполномоченное лицо). В этом случае Участником / коллективным участником в состав своей Заявки включается письмо, выданное Уполномоченным лицом, о готовности Уполномоченного лица осуществить отпуск Продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации). При этом Участником / коллективным Участником должна быть приложена копия актуального (действительного) документа, выданного производителем (изготовителем) Продукции, удостоверяющего полномочие Уполномоченного лица на реализацию Продукции данного производителя (изготовителя) Продукции.

Заявитель считает, что данное положение может повлечь ограничение количества участников закупки.

Заказчик в своих возражениях указывает, что пунктом 5.7.8. Документации Закупки установлено, что в случае если по каким-либо причинам Участник не может представить требуемый Документацией документ, он должен приложить составленную в произвольной форме справку, объясняющую причину отсутствия требуемого документа. По мнению Заказчика, данное положение подтверждает возможность подачи заявки участником.

Однако, Комиссия отмечает, что в том же пункте указано: «...Такая справка будет рассмотрена, **однако она не заменяет непредставленный документ...**».

Также Заказчик в своих возражениях указывает, что в противном случае (в случае отсутствия такого требования) возможно участие в закупке недобросовестного лица, у которого отсутствует возможность поставить товар, которое приведет к срыву срока поставки, расторжению договора, срыву производственного процесса, необходимости повторно осуществлять закупку и, в конечном счете, приведет к неэффективному использованию денежных средств, выделенных заказчиком на ее проведение.

Комиссия отмечает, что несмотря на доводы Заказчика о наличии и

потенциальной возможности такого участия со стороны недобросовестных лиц, конкретных доказательств и материалов, подтверждающих указанную в возражениях позицию представлено не было (кроме устных доводов о нарушении прав Заказчика в случае отсутствия такого требования), например не было представлено ссылок на закупки, в которых данное требование отсутствовало, что впоследствии привело к расторжению и неисполнению договора.

При этом ранее Верховный суд РФ в п. 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018, отметил, что установленные такие 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.

Вместе с тем Комиссия в данном случае отмечает, что предоставление документов, цепочку лиц по поставке должно учитывать то обстоятельство, что участник Закупки не имеет право требовать, а изготовитель товара/его дилер ни в рамках договора, в случае его наличия, ни в рамках действующего законодательства не обязан предоставлять участнику закупки любые письма и подтверждения возможности поставки товара в адрес третьего лица, то есть Заказчика.

В отсутствие обязанности производителя как-либо реагировать на обращения участников закупки на соответствующие запросы о предоставлении писем с гарантиями, соглашениями, возможность участников закупки сформировать и подать заявку, а также заключить договор по результатам Закупки в соответствии с требованиями Документации не должна всецело зависеть от волеизъявления третьих лиц — производителей закупаемого товара и его дилеров.

Комиссия отмечает, что производитель/дилер/поставщик товара может не ответить в сроки, установленные Документацией для подачи заявки.

Как указано ранее, Заказчик в письменных возражениях также указывает, что Закон о закупках не запрещает заказчику устанавливать дополнительные требования, которые подтверждают возможность участника поставить предложенные им товары.

При этом Комиссия отмечает, что в законе не могут быть прописаны все возможные виды ограничения конкуренции, поэтому Законом о закупках указано, что Заказчик при установлении требований должен руководствоваться перечнем принципов, а именно: отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

При этом объективное обоснование установления указанного требования Заказчиком не приведено. Вместе с тем участник закупки, подав заявку, принимает на себя весь объем обязательств по своевременной поставке товара в соответствии с условиями Документации, также, подписывая договор с Заказчиком, второй раз подтверждает свои обязательства по поставке, кроме того, может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков, в связи с чем требование дополнительного подтверждения возможности исполнить обязательства путем представления копий дилерских или иных договоров с производителями или дилерами является излишним и ограничивает количество участников Закупки.

Указанная правовая позиция подтверждается постановлением Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2016 по делу № А14-9750/2015, решением Арбитражного суда г. Москвы от 24.10.2016 по делу № А40-127484/2016-92-1091.

Исходя из презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений (часть 5 статьи 10 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ)), каких-либо оснований сомневаться в готовности Заявителя поставить товары у Заказчика не имеется, поскольку участником могут быть представлены документы от одного из производителей, подтверждающие в достаточной степени намерение заключить договор и поставить определенный товар.

В этой связи Комиссия соглашается с доводом Заявителя о том, что участник закупки может не являться производителем товара или не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки, что также свидетельствует о необоснованности установления требования п. 5.7.1.9 Документации.

Таким образом, Комиссия считает, что действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, может повлечь ограничение количества участников закупки, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Помимо этого Заявитель указывает в своей жалобе, что в соответствии

с пунктом 4.2.15 Документации Закупки, с пунктом 2.5 Проекта договора все расчеты по Договору осуществляются с использованием Отдельного счета, открытого Поставщику в Банке Газпромбанк (Акционерное общество).

Заявитель также считает данное положение неправомерным.

Согласно статье 1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон о банках) кредитная организация - юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные настоящим Федеральным законом. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

В соответствии со статьей 13 Закона о банках осуществление банковских операций производится только на основании лицензии, выдаваемой Банком России в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, за исключением случаев, указанных в частях девятой и десятой настоящей статьи и в Федеральном законе «О национальной платежной системе».

В силу статьи 13 Закона о банках лицензии, выдаваемые Банком России, учитываются в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций.

Согласно вышеуказанной статье Закона о банках реестр выданных кредитным организациям лицензий подлежит публикации Банком России в официальном издании Банка России («Вестнике Банка России») не реже одного раза в год. Изменения и дополнения в указанный реестр публикуются Банком России в месячный срок со дня их внесения в реестр.

В соответствии со статьей 13 Закона о банках в лицензии на осуществление банковских операций указываются банковские операции, на осуществление которых данная кредитная организация имеет право, а также валюта, в которой эти банковские операции могут осуществляться.

Согласно статье 5 Закона о банках кредитная организация помимо перечисленных в части первой указанной статьи банковских операций вправе осуществлять следующие сделки:

1) выдачу поручительств за третьих лиц, предусматривающих

исполнение обязательств в денежной форме;

2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;

3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами;

4) осуществление операций с драгоценными металлами, монетами из драгоценных металлов в соответствии с законодательством Российской Федерации;

5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;

6) лизинговые операции;

7) оказание консультационных и информационных услуг;

8) выдача банковских гарантий.

Вместе с тем при осуществлении процедуры лицензирования, органом, осуществляющим лицензирование, производится проверка соответствия кредитной организации требованиям, установленным законодательством Российской Федерации.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что избрание банка, прошедшего процедуру лицензирования в установленном порядке, для открытия счетов, дальнейшего обслуживания, проведения денежных операций должно осуществляться каждым субъектом в самостоятельном порядке, исходя из степени выгоды для такого субъекта предложения соответствующего банка.

На заседании Комиссии представителем Заказчика не приведено доказательств, однозначно свидетельствующих о том, что использование будущим контрагентом для расчетов с Заказчиком счета, открытого в ином банке, каким-либо образом влияет на возможность контроля обоснованности расходов, а также на благонадежность поставщика.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалоб в указанной части.

Кроме того Заявитель считает, что положения пункта 2.6.3 Документации Закупки также противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

В соответствии с пунктом 2.6.3 Документации установлено, что

Организатор, проводит анализ Заявки на соответствие обязательным требованиям Документации, в том числе на:

- наличие в составе заявки документов, подтверждающих наличие на законных основаниях на территории Российской Федерации продукции, являющейся предметом поставки, и/или документов, подтверждающих возможность осуществить на законных основаниях поставку товаров в рамках данной закупки в случае наличия в составе номенклатуры предмета поставки товара содержащего код ТН ВЭД ЕАЭС, указанный в приложении к постановлению Правительства РФ №1716-83 от 29.12.2018г. «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 22 октября 2018 г. № 592» (ГТД, сертификаты качества, ТОРГ-12, договор поставки и иные документы).

Заказчик в своих возражениях указывает, что включение данного положения в Документацию обусловлено в целях реализации Постановления Правительства РФ от 29 декабря 2018 г. № 1716-83 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 22 октября 2018 г. № 592».

Комиссия отмечает, что положения Закона о закупках не обязывают участника закупки иметь в наличии товар в момент подачи заявки.

Предъявление к участнику закупки требований о представлении в составе своей заявки сведений о наличии товара, равно как и отклонение такого участника ввиду неуказания им сведений о наличии товара не только напрямую противоречит требованиям Закона о закупках, не соответствует балансу частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и стабильности публичных правоотношений, но и противоречит законодательно закрепленному принципу равенства участников гражданских правоотношений (пункт 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), презумпции добросовестности участников таких правоотношений (пункт 5 статьи 10 ГК РФ), а также законодательно установленному запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ), поскольку подобное требование не только является бесполезным дублированием требований аукционной документации (предлагаемого к поставке товара не станет внезапно больше, нежели требуется заказчику, и у такого товара не появятся иные показатели в части веса и формы упаковки, если участником дано согласие на предъявленные заказчиком в этой части требования) и беспричинно усложняет процесс заполнения заявки, но и в принципе оставляет разрешение вопроса о допуске той или иной заявки к участию в аукционе на исключительное субъективное усмотрение заказчика

(который единолично разрешает вопрос достаточности ему согласия участника или необходимости указания им конкретных показателей своего товара).

Также Комиссия обращает внимание, что в целях обеспечения конкуренции при проведении процедуры Заказчику в Документации достаточно предусмотреть возможность участникам закупки выразить свое согласие осуществить поставку товаров на законных основаниях поставку товаров в рамках данной Закупки в случае наличия в составе номенклатуры предмета поставки товара содержащего код ТН ВЭД ЕАЭС, указанный в приложении к постановлению Правительства РФ №1716-83 от 29.12.2018г. «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 22 октября 2018 г. № 592».

Таким образом Комиссия признает данный довод обоснованным.

Кроме того Заявитель считает, что установление заказчиком ограничений по способам обеспечения заявок.

Согласно Извещению Документации обеспечение заявки предоставляется Путем перечисления денежных средств (в соответствии с регламентом ЭТП ГазНефтторг.ру (www.gazneftetorg.ru) в размере 1 750 000 (Один миллион семьсот пятьдесят тысяч) рублей 00 копеек (НДС не облагается).

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.

Согласно части 25 статьи 3.2 Закона о закупках заказчик вправе предусмотреть в положении о закупке требование обеспечения заявок на участие в конкурентных закупках, в том числе порядок, срок и случаи возврата такого обеспечения. При этом в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке должны быть указаны размер такого обеспечения и иные требования к такому обеспечению, в том числе условия банковской гарантии (если такой способ обеспечения заявок на участие в закупках предусмотрен положением о закупке заказчика в соответствии с настоящим Федеральным законом). Обеспечение заявки на участие в конкурентной закупке может предоставляться участником конкурентной закупки путем внесения денежных средств, предоставления банковской гарантии или иным способом, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации, за исключением проведения закупки в соответствии со статьей 3.4 Закона о закупках. Выбор способа обеспечения заявки на участие в

конкурентной закупке из числа предусмотренных заказчиком в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке осуществляется участником закупки.

Таким образом, действия заказчика по установления безальтернативного способа внесения обеспечения противоречат требованиям Закона о закупках.

Таким образом действия Заказчика нарушают положения части 25 статьи 3.2, пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

С учетом изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобы ООО «Торговый Дом ЗЕВС» (ИНН: 7722351995; ОГРН: 1167746058534) на действия ПАО «МОЭК» (ИНН: 7720518494; ОГРН: 1047796974092) при проведении Закупок обоснованными.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, части 25 статьи 3.2 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание.

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