

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-639/16

по результатам рассмотрения жалобы ЗАО «Уфаойл» 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»

14.11.2016 Москва

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

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...> - доверенность от 31.08.2016 № 1900436, <...> - доверенность от 25.02.2015 № 149-ДП,

ЗАО «Уфаойл»: <...> - доверенность 30.01.2016 № 01-573,

рассмотрев жалобу ЗАО «Уфаойл» № УОЛ-ПС-16-903086 от 02.11.2016 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1970/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки нефтепродуктов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604242941), 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 ЗАО «Уфаойл» (далее — Заявитель) № УОЛ-ПС-16-903086 от 02.11.2016 (вх. 162190-ЭП/16 от 03.11.2016) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1970/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки нефтепродуктов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604242941) (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.

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.

24.10.2016 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

Согласно Извещению, информации, размещенной в ЕИС:

дата и время окончания подачи заявок — 14.11.2016 в 11:10;

дата и время рассмотрения заявок — 16.11.2016 в 11:00.

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены положения Закона о закупках, а именно:

- - - В документации неправомерно установлено требование к участникам Конкурса о наличии опыта осуществления поставок нефтепродуктов, стоимость которых составляет не менее 50% начальной (максимальной) цены договора без учета НДС;
 - В документации неправомерно установлено требование к участникам Конкурса об отсутствии у участника закупки недоимок по налогам, сборам, задолженности по иным платежам в размере более 1000 рублей, что подтверждается справкой из уполномоченного налогового органа по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения.
 - В документации неправомерно установлено положение, что Заказчик вправе проверять достоверность сведений представленных участником Конкурса путем выездных проверок и в случае препятствования участником данной проверки, его заявка может быть отклонена, а также не указаны основания и порядок проведения таких проверок.
 - В документации неправомерно установлено требование о представлении в составе конкурсной заявки обоснования предлагаемой цены договора при представлении предложения с демпинговой ценой, а также установлении положений о праве Заказчика отклонить предложения участников Конкурса, содержащих минимальное и максимальное предложения по цене и предложений, стоимость которых ниже среднеарифметической цены всех предложений более чем на 15%.

- В документации неправомерно установлено требование о том, что при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 Документации.
- В Документации неправомерно установлено требование о возможности осуществления поставки товара с указанной Заказчиком станции отправления.

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документацией.

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

1. 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.

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

При этом, согласно части 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.

Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник должен иметь опыт

осуществления поставок нефтепродуктов, стоимость которых составляет не менее 50% начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС. В подтверждение опыта поставки нефтепродуктов участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 10 к конкурсной документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 конкурсной документации;
- договоры на поставку нефтепродуктов (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями);
- товарные накладные о поставке нефтепродуктов по представленным договорам.

Вместе с тем, учитывая природу договора поставки, отсутствие у данного поставщика фактов поставки товаров по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору заключаемому по результатам Конкурса.

Кроме того, поставщик может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанного требования в качестве обязательного требования к участникам Конкурса и отказ в допуске участникам Конкурса в случае несоответствия им ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

- -
 - Пунктом 6.3.3.1 установлено, что участник Конкурса должен соответствовать требованию об «отсутствии у участника конкурса недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (за исключением сумм, 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, а также на которые представлены отсрочка (рассрочка) либо инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, либо реструктурированные в соответствии с законодательством Российской Федерации). Участник конкурса считается соответствующим установленному требованию в случае наличия у него задолженности по налогам, сборам и пени на дату подачи участником заявки на участие в конкурсе в размере не более 1000 рублей. Соответствие данному требованию подтверждается справкой об исполнении налогоплательщиком (плательщиком

сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, выданной по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и конкурсной документации на сайтах налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 21 июля 2014 г. № ММВ-7-8/378@, с учетом внесенных в приказ изменений. В случае наличия задолженности также необходимо представить справку о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций и индивидуальных предпринимателей, выданную по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и конкурсной документации на сайтах, налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 5 июня 2015 г. № ММВ-7-17/227@, с учетом внесенных в приказ изменений из каждой ИФНС, указанной в справке об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов. В случае наличия вступившего в законную силу решения суда о признании обязанности заявителя по уплате недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации исполненной или решения компетентного органа, которым указанные суммы признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, дополнительно представляется соответствующее решение».

Вместе с тем, на заседание Комиссии ФАС России не представлены доказательства, подтверждающие невозможность исполнения договора, заключенного по результатам Конкурса, в случае наличия у участника задолженности по налогам, сборам и пени на дату рассмотрения заявки на участие в Конкурсе в размере более 1000 рублей.

Кроме того, требование о представлении в составе заявки справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, выданной по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения и Документации в ЕИС, накладывает на участника Конкурса дополнительные обязанности, связанные с необходимостью обращения в налоговые органы в срок не ранее дня размещения в ЕИС Извещения и Документации, а также ограничивает возможность участников Конкурса в своевременном получении указанной справки, что влечет ограничение количества участников закупки.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанного требования в качестве обязательного требования к участникам Конкурса и отказ в допуске участникам Конкурса в случае несоответствия ему, ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

3. В соответствии с пунктом 7.8.10 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 проверке его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

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 Конкурса 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 Конкурса. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Конкурса допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанных требований в качестве обязательных требований к участникам Аукциона и отказ в допуске участникам Аукциона в случае несоответствия им ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. На заседании Комиссии ФАС России Заказчик пояснил, что в рамках проводимого Конкурса в соответствии с пунктом 1.5 Документации применяются антидемпинговые меры, перечисленные в пункте 7.17.2.1 и подпункте «а» пункта 7.17.2.3 Документации, в порядке, установленном в указанном пункте.

При этом, согласно подпункту «а» пункта 7.17.2.3 Документации участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить в составе конкурсной заявки обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), а именно гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара.

В случае невыполнения участником Конкурса требования о представлении документов или признания Заказчиком предложенной цены договора (лота) необоснованной, заявка на участие в Конкурсе такого участника отклоняется.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что возможность участия в Конкурсе и снижения цены договора ставится в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования, противоречат 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.

5. Согласно пункту 9.1.8 Документации при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Конкурса должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 Документации.

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

Кроме того, пунктом 9.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, конкурсной заявке которого присвоен второй номер (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, заявке которого присвоен второй порядковый номер <...> единственный участник, допущенный к участию в конкурсе (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 конкурсной документации.

Вместе с тем, Заказчиком может быть принято решение о не согласовании банка, представленного участником закупки, что ставит подписание договора в зависимость от принятия решения Заказчиком.

Таким образом, действия Заказчика, установившего закрытый перечень банков для представления обеспечения исполнения договора, 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.

- - - Приложением № 14 Документации, установлена станция отправления.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что станция отправления является местом поставки и пунктом приема-передачи поставляемого товара.

Также, в соответствии с пунктом 3.9 проекта договора, датой поставки продукции считается дата календарного штампея о времени приема груза к перевозке на железнодорожной квитанции в приеме груза, проставляемого на станции отправления.

При этом, представитель Заявителя не представил доказательств, подтверждающих ограничение количества участников путем установления указанного положения в Документации.

Таким образом, прийти к выводу о неправомерности установления указанного положения не представляется возможным, в связи с чем довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

7. Пунктом 7.8.8 Документации установлено: «Заказчик вправе до даты проведения конкурса в письменной форме запросить у участников конкурса 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».

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права осуществлять дозапрос информации может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования к участникам Конкурса в качестве обязательных, а также отказ в допуске к участию в Конкурсе в связи с несоответствием таким требованиям противоречат 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

Р Е Ш И Л А:

- -
 - Признать жалобу ЗАО «Уфаойл» № УОЛ-ПС-16-903086 от 02.11.2016 (вх. 162190-ЭП/16 от 03.11.2016) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1970/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки нефтепродуктов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604242941) обоснованной в части неправомерного установления требования в Документации о предоставлении участниками в составе заявки подтверждения опыта поставки; установления требования об отсутствии у участника закупки недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным платежам в размере более 1000 рублей, что подтверждается справкой из уполномоченного налогового органа по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения; неправомерного осуществления Заказчиком выездных проверок участников закупки; неправомерного установления требования о представлении в составе конкурсной заявки обоснования с предлагаемой цены договора при представлении предложения с демпинговой ценой; неправомерного установления требования о предоставлении банковской гарантии для обеспечения договора в банке из списка установленного Документацией.
 - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

- Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений в соответствии с принятым решением от 14.11.2016 № 223ФЗ-639/16.

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