

## РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-963/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ОПК «Сибэкохим» 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 «ОПК «Сибэкохим» от 08.10.2017 № 495/11-17 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении запроса предложений в электронной форме № 55/ЗПЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку незамерзающей контактирующей жидкости для рельсовой дефектоскопии для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705630782), 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 «ОПК «Сибэкохим» (далее — Заявитель) от 08.10.2017 № 495/11-17 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении запроса предложений в электронной форме № 55/ЗПЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку незамерзающей контактирующей жидкости для рельсовой дефектоскопии для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705630782) (далее — Запрос предложений, 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.

16.10.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Запроса предложений (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Запроса предложений Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчик в Документации неправомерно установил требование о предоставлении в составе заявки на участие в Запросе предложений заключений от АО «ВНИИЖТ» и АО «ВНИКТИ» о проведении лабораторных испытаний на определение коррозионной устойчивости металлов и сплавов к воздействию незамерзающей контактирующей жидкости, показателя на соответствие контактирующих жидкостей уровню акустического контакта и коэффициентов трения скольжения на рельс после ее нанесения.

Представители Заказчика с доводом жалобы не согласились и указали, что при проведении Запроса предложений Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

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. 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 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.

Пунктом 3 Документации установлено, что сведения о наименовании закупаемых товаров, их количестве (объеме), начальной (максимальной) цене договора, расходах участника, нормативных документах, согласно которым установлены требования, технических и функциональных характеристиках товара, требования к их безопасности, качеству, упаковке, отгрузке товара, к результатам, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара потребностям заказчика, место, условия и сроки поставки товаров, форма, сроки и порядок оплаты изложены в техническом задании, являющемся приложением № 3 к Документации.

В соответствии с пунктом 7.8.5.1 Документации, участник не допускается к участию в Запросе предложений, в том числе, в случае несоответствия заявки предусмотренным Документацией требованиям.

Пунктом 8.1.7.4 Документации установлено, что в заявке должны быть представлены документы, подтверждающие соответствие участников, предлагаемых ими товаров, работ, услуг установленным требованиям документации запроса предложений и условиям допуска к участию в запросе предложений, в частности, перечисленным в пунктах 2, 3 Документации. Перечень документов и порядок их оформления указываются в пунктах 2, 8.7 Документации.

Согласно разделу 2 Технического задания (Приложение № 3 к Документации) Документации, участник Запроса предложений в составе заявки на участие в Запросе предложений должен представить:

- заключения от АО «ВНИИЖТ» и АО «ВНИКТИ» о проведении лабораторных испытаний на определение коррозионной устойчивости металлов и сплавов к воздействию незамерзающей контактирующей жидкости, показателя на соответствие контактирующих жидкостей уровню акустического контакта и коэффициентов трения скольжения на рельс после ее нанесения;
- руководство по эксплуатации, включая инструкции по приготовлению рабочего раствора НКЖ;
- протоколы лабораторных испытаний по определенным физико-химическим и эксплуатационным показателям.

Кроме того, согласно разделу 2 Технического задания (Приложение № 3 к Документации) Документации, в подтверждение соответствия качества предлагаемой продукции участник в заявке должен представить:

- технические условия (в случае, если производитель продукции не является держателем технических условий, необходимо предоставить документальное

подтверждение права производителя на использование ТУ);

- паспорта качества или технические паспорта/инструкцию по эксплуатации или прочие документы по качеству, выдаваемые производителем участнику либо иному лицу, делегировавшему право поставки по данной процедуре запроса предложений.

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 в составе заявки на участие Запросе предложений документы, подтверждающие соответствие товара, которым участник закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара, такие как: паспорт качества, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

При этом в отсутствие обязанности производителя/дилера товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении заключений и протоколов лабораторных испытаний от АО «ВНИИЖТ» и АО «ВНИКТИ», технических условий, паспортов качества или технических паспортов/инструкций по эксплуатации, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в Запросе предложений, возможность участников закупки подать заявку на участие в Запросе предложений в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Запросе предложений.

Кроме того, согласно протоколу рассмотрения заявок, поданных на участие в Запросе предложений, от 31.10.2017 № 55/ЗПЭ-РЖДС/17/2 (далее — Протокол) Заявителю отказано в допуске на участие в Запросе предложений на основании пункта 7.8.5.1 Документации в связи с несоответствием предусмотренным Документацией требованиям, установленным в техническом задании (приложение № 3 к Документации), а именно: не представлены заключения АО «ВНИИЖТ» и АО «ВНИКТИ», связанные с определением соответствия поставляемого товара потребностям заказчика.

Таким образом, действия Заказчика, установившего требование о том, что участник Запроса предложений должен представить в составе заявки на участие в Запросе предложений вышеуказанные документы, связанные с определением соответствия поставляемого товара потребностям заказчика, а также отклонившего по указанному основанию заявку Заявителя на участие в Запросе предложений, противоречат 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 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.

2.1 Пунктом 6.3.3.1 установлено, что отсутствие у участника Запроса предложений 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 Запроса предложений 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 о декларировании 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.

2.2 Пунктом 7.8.9 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Запроса предложений 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 заявок участников.

В соответствии с пунктом 7.8.11 Документации, в случае препятствования участником проверке достоверности сведений, информации и документов, содержащихся в заявке участника, в том числе путем выездных проверок, его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Запросе предложений 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 Запроса предложений.

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

2.3. Пунктом 9.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам Запроса предложений, 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.

2.4. Согласно пункту 9.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 6 к документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

Кроме того, пунктом 9.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, предложивший в заявке цену такую же, как и победитель или участник закупки, предложение о цене договора (цене лота) которого содержит лучшие условия по цене договора (цене лота), следующие после предложенных победителем в проведении Запроса предложений условий (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, предложившим в заявке цену такую же, как и победитель или участником закупки, предложение о цене договора (цене лота) которого содержит лучшие условия по цене договора (цене лота), следующие после предложенных победителем в проведении Запроса предложений условий), единственный участник, допущенный к участию в Запросе предложений (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 предложений 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 предложений.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, 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.

3. Согласно пункту 3.1.12 проекта договора Документации (далее — Договор), по согласованию с Заказчиком поставщик вправе осуществлять замену субподрядчиков из числа малого и среднего предпринимательства. Кроме того, в соответствии с пунктом 3.1.15 Договора, поставщик обязан не привлекать третьих лиц к выполнению обязанностей, предусмотренных Договором, без письменного согласования 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 указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, 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

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу ООО «ОПК «Сибэкохим» от 08.10.2017 № 495/11-17 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении запроса предложений в электронной форме № 55/ЗПЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку незамерзающей контактирующей жидкости для рельсовой дефектоскопии для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705630782) обоснованной.
    - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2, части 6 статьи 3 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-963/17.
    - Передать соответствующему должностному лицу Управления

контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 16.11.2017 № 223ФЗ-963/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

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