РЕШЕНИЕ

по делу № 8-01/323

06 ноября 2018 года г. Хаба-ровск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю в составе <…>,

в присутствии представителей:

<…>,

рассмотрев жалобу ООО «Электроавтоматика-ДВ» на действия организатора закупки – АО «РусГидроСнабжение», материалы дела № 8-01/323,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю поступила жалоба ООО «Электроавтоматика-ДВ» на действия организатора закупки – АО «РусГидроСнабжение» при проведении открытого одноэтапного конкурса без предварительного квалификационного отбора участников на право заключения договора на поставку комплектных трансформаторных подстанций для нужд ПАО «Сахалинэнерго». Лот №1 (ГКПЗ № 3.1) (извещение № 31807032997).

Из жалобы общества следует, что установленное в закупочной документации требование о том, что участник конкурса должен являться производителем продукции либо аффилированным производителю продукции лицом, значительно сужает круг участников закупки ввиду невозможности участия в ней лиц, не производящих самостоятельно требуемый товар, ставят в преимущественное положение участников – производителей перед участниками, не являющимися таковыми, что противоречит требованиям Единого положения о закупке продукции для нужд Группы РусГидро, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Действия заказчика, установившего указанное требование в качестве обязательного для участников закупки, и отклонившего заявку заявителя в связи с несоответствием такому требованию, противоречат Положению и нарушают требования Закона № 223-ФЗ.

АО «РусГидро Снабжение» в представленном отзыве и его представитель в заседании комиссии доводы жалобы отклонили, пояснив, что установленные закупочной документацией требования и условия обоснованы целями и принципами правового регулирования Закона № 223-ФЗ, необходимостью своевременного и полного удовлетворения потребности заказчика. В закупочную документацию 02.11.2018 г. внесены изменения, при оценке предпочтительности

заявки будет учитываться отношение участника закупки к производителю предлагаемой им продукции. Проверка квалификации участника и его опыта по производству (поставке) необходимого заказчику товара являются оценочными параметрами, законодательству не противоречат. Требование об опыте производства из документации исключено.

Поскольку доводы жалобы подпадают под основания, указанные в части 10 статьи 3 Закона № 223-ФЗ, жалоба рассматривается комиссией по правилам статьи 18.1 Федерального закона от 26.06.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Заслушав представителя АО «РусГидроСнабжение», участвующего в деле, рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц установлены Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон № 223-ФЗ).

В соответствии с частями 1, 2 статьи 2 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закон № 223-ФЗ не определяет порядок закупки товаров, работ, услуг, а устанавливает обязанность заказчиков разработать и утвердить положение о закупках - документ, регламентирующий закупочную деятельность заказчика и содержащий требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (способы закупки) и условия их применения, а также порядок заключения и исполнения договоров, в связи с чем заказчик вправе самостоятельно установить в положении о закупке способы закупок, порядок и условия их применения.

Положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен 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.

Частью 5 статьи 4 Закона № 223-ФЗ установлено, что при закупке в единой информационной системе 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.

Из части 10 статьи 4 Закона № 223-Ф следует, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке: требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам,

функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке; требования к участникам такой закупки.

17.10.2018 АО «РГС» на официальном сайте www.zakupki.gov.ru размещено извещение № 31807032997 о проведении открытого одноэтапного конкурса без предварительного квалификационного отбора участников на право заключения договора на поставку комплектных трансформаторных подстанций для нужд ПАО «Сахалинэнерго». Лот №1 (ГКПЗ № 3.1).

На 06.11.2018 года закупка находится на стадии «Подача заявок». Срок подачи заявок установлен до 19.11.2018.

Начальная (максимальная) цена договора: - 80 000 000,00 руб., без учета НДС; - 94 400 000,00 руб., с учетом НДС.

Пунктом 21.1 технического задания установлены требования к участнику; участник закупки должен являться:

- непосредственно и на законном основании производящим и реализующим трансформаторы силовые (заводом – изготовителем). Соответствие данному требованию подтверждается представлением участником в составе заявки копий документов, подтверждающих его статус производителя (завода – изготовителя) или правообладателя выпускаемого им провода неизолированного. Также участник должен иметь собственную или арендованную производственную базу, что подтверждается путем представления справки о материально-технических ресурсах по форме, приведенной в документации о закупке, с представлением документов, подтверждающих право собственности, либо действующего договора аренды;

- либо аффилированным заводу – изготовителю (в силу принадлежности к одной холдинговой структуре, наличия общих органов управления или по иным основаниям), единственной или основной деятельностью которого является реализация продукции, производимой заводом – изготовителем, самостоятельно не реализующим производимую продукцию. Соответствие данному требованию подтверждается представлением участниками в составе заявки копии специального договора с заводом – изготовителем на предоставление прав реализации продукции и/или копии устава дочерней компании, содержащее соответствующие положения.

Из содержания части 1 статьи 2 Закона № 223-ФЗ следует, что правовая основа закупки товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц не ограничивается регулированием нормами данного закона.

В соответствии со статьей 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения

конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Предоставленное заказчику право формировать предмет закупки должно реализовываться в системе действующего правового регулирования с учетом установленных Законом № 223-ФЗ принципов. Реализация заказчиком полномочий, предоставленных ему Законом № 223-ФЗ, в ущерб конкуренции при проведении торгов является недопусти-мой.

Участником закупки может быть любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки, которые соответствуют требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке (часть 5 статьи 3 Закона № 223-ФЗ).

В силу части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами: 1) информационная открытость закупки; 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки; 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика; 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Аналогичные принципы закупочной деятельности заказчика установлены подпунктами «в»-«е» пункта 1.4.2.2 Единого положения о закупке продукции для нужд Группы РусГидро (далее – Положение).

Пунктами 6.3.4 и 6.3.7 Положения установлено, что заказчик определяет требования к участникам в извещении и (или) документации о закупке в соответствии с настоящим Положением. Не допускается предъявлять к участникам требования, которые не указаны в извещении и (или) документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам. Иные требования устанавливаются извещением и (или) документацией о закупке. Требования к участникам не должны накладывать на конкурентную борьбу излишние (необоснованные) ограничения, в том числе ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам.

В Положении не предусмотрено право заказчика устанавливать требования о возможности участия в закупке только производителей или аффилированных ему участников.

Кроме того, участник закупки может не являться производителем товара и не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Вместе с тем, установление приведенных требований к участнику закупки ограничивают количество потенциальных участников закупки производителями и аффилированными с ними лицами.

В этой связи указание в документации закупки требования к участнику о том, что участник должен являться производителем (изготовителем с наличием производственной базы) или участником, напрямую аффилированным с изготовителем, является нарушением указанных выше норм Закона № 223-ФЗ.

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.

Данная правовая позиция подтверждена Верховным Судом Российской Федерации 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», утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018.

То обстоятельство, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов, на что ссылается организатор торгов, не свидетельствует о допустимости злоупотребления правом со стороны заказчика.

Организатором торгов не доказан факт соответствия потребностям заказчика исключительно товаров производителей либо аффилированных с ними лиц и несоответствие требованиям заказчика продукции дилеров либо иных поставщиков требуемой продукции.

Доказательств именно объективной необходимости заказчика в получении товара исключительно производителей или лиц, с ними аффилированных, в заседание Комиссии представлено не было. Таким образом, указанные действия организатора торгов привели к объективной невозможности для иных лиц предложить свой товар к поставке.

Таким образом, действия заказчика, установившего указанное требование в закупочной документации, ограничивают количество участников закупки,

противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ, подпункту «г» пункта 1.4.2.2 Единого положения о закупке про-дукции для нужд Группы РусГидро, нарушают требования части 1 статьи 2 Закона № 223-ФЗ.

Вместе с тем, уведомлением от 02.11.2018 г. в документацию о закупке по открытому одноэтапному конкурсу без предварительного квалификационного отбора участников на право заключения договора на поставку комплектных трансформаторных подстанций для нужд ПАО «Сахалинэнерго»: Лот №1 (ГКПЗ № 3.1), были внесены изменения в техническое задание на поставку товара. Пунктами 21.1 и 21.2 технического задания закупочной документации установлены следующие требования к участнику: участник должен иметь опыт выполнения договоров (не менее 1) поставки силовых трансформаторов за последние 5 лет, предшествующие дате подачи заявок участников на участие в настоящей закупочной процедуре. При этом учитываются только выполненные участником договоры (с учетом правопреемственности). Соответствие требованию подтверждается путем представления участником закупки в составе заявки сведений о ранее выполненных договорах по форме «Справки о перечне и годовых объемах выполнения договоров, подтверждающих опыт участника», приведенной в документации о закупке, с представлением сканов-копий договоров либо их частей (с приложением документов, предусмотренных требованиями договора, подтверждающих факт его исполнения), подписанных с обеих сторон.

При оценке предпочтительности заявки будет учитываться отношение участника закупки к производителю предлагаемой им продукции. Для подтверждения отношения участника закупки к производителю участники вправе предоставить следующие документы:

- участник является дилером/представителем производителя (подтверждается документами производителя, в которых установлен статус участника);

- участник является аффилированным производителю (подтверждается представлением участниками в составе заявки справки об аффилированности участника закупки по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в приложении к настоящему техническому заданию);

- участник является производителем (подтверждается представлением участником в составе заявки копий документов, подтверждающих его статус производителя (один из перечисленных – декларация о соответствии, сертификат соответствия, ТУ, протокол испытаний).

Пунктом 2.8.2.4 закупочной документации установлено, что по результатам проведения отборочной стадии закупочная комиссия вправе отклонить заявки, которые: поданы участниками конкурса, которые не отвечают требованиям настоящей документации о закупке; содержат предложения, не соответствующие установленным условиям настоящей документации о закупке; не содержат документов, требуемых в соответствии с условиями настоящей документации о закупке; содержат недостоверные сведения или намеренно искаженную информацию или документы; поданы участниками конкурса, которые не согласились с предложениями организатора по исправлению очевидных арифметических или грамматических ошибок в их заявках.

Таким образом, выявленное нарушение в закупочной документации в части

необоснованного требования к участникам закупки и их опыту устранено внесенными заказчиком изменениями.

Поскольку допущенное нарушение устранено, комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи предписания.

В соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии. В случае, если в ходе рассмотрения жалобы комиссией антимонопольного органа установлены иные нарушения в действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.

По результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений (нарушений порядка организации и проведения торгов, заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися) принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 настоящего Федерального закона (часть 20 статьи 18.1).

На основании изложенного, руководствуясь статьями 18.1, 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Электроавтоматика-ДВ» на действия организатора закупки – АО «РусГидро Снабжение» при проведении открытого одноэтапного конкурса без предварительного квалификационного отбора участников на право заключения договора на поставку комплектных трансформаторных подстанций для нужд ПАО «Сахалинэнерго»: Лот №1 (ГКПЗ № 3.1) (извещение № 31807032997) обоснованной.

2. Признать действия АО «РусГидро Снабжение» при проведении указанной закупки нарушающими часть 1 статьи 2, пункт 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг, отдельными видами юридических лиц».

3. Предписание не выдавать.

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