

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-463/23

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Оникс» 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»

13.12.2023 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия ФАС России) в составе:

ведущего заседания Комиссии ФАС России – <...>,

членов Комиссии ФАС России:

<...>,

<...>,

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...>,

ООО «Оникс»: <...>,

представители ООО «РТС-тендер» (далее – Оператор) на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы посредством системы видео-конференц-связи уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу ООО «Оникс» от 01.12.2023 № 0112/223фз на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной

форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание услуг по техническому обслуживанию и аварийно-восстановительному ремонту инженерно-технического оборудования вокзальных комплексов Северо-Кавказской РДЖВ (извещение № 32313032576),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ

«О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России поступила жалоба ООО «Оникс» (далее – Заявитель)

от 01.12.2023 № 0112/223фз на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД»

(далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание услуг по техническому обслуживанию и аварийно-восстановительному ремонту инженерно-технического оборудования вокзальных комплексов Северо-Кавказской РДЖВ (извещение № 32313032576)

(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.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации 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 проведении закупок в соответствии с Законом о закупках.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

Согласно части 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

антимонопольный орган, в случае признания жалобы обоснованной, может принять решение о выдаче предписания, обязательного к исполнению.

В силу положений 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, 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» от 28.06.2018 (протокол № 26) (в редакции с изменениями, утвержденными решением совета директоров ОАО «РЖД» от 22.06.2023 (протокол № 13)) (далее – Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Конкурса (далее – Извещение), конкурсной документацией (далее – Документация):

1. Извещение размещено на сайте Оператора – 30.11.2023;
2. Начальная (максимальная) цена договора – 160 887 307,34 руб.;
3. Дата окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе – 18.12.2023;

В ходе заседания 11.12.2023 Комиссией ФАС России с целью изучения представленных материалов на основании части 14.1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции срок рассмотрения Жалобы продлен до 13.12.2023.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Из Жалобы следует, что права и законные интересы Заявителя нарушены следующими действиями Заказчика:

1. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование к составу заявки о предоставлении сведений об опыте выполнения работ в части указания сведений о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору;

2. Заказчиком неправомерно установлен порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий);

3. Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по подкритерию «Опыт участника» критерия «Квалификация участника» (далее – Критерий № 2) в части обязательного предоставления участником закупки копий документов, подтверждающих оплату по договору и/или копий платежных поручений об оплате денежных средств по договору.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба содержит основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителя Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

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

Частью 16 статьи 3.2 Закона о закупках установлено, что под конкурсом понимается форма торгов, при которой победителем признается участник конкурентной закупки, заявка на участие в конкурентной закупке, окончательное предложение которого соответствует

требованиям, установленным документацией о конкурентной закупке, и заявка, окончательное предложение которого по результатам сопоставления заявок, окончательных предложений на основании указанных в документации о такой закупке критериев оценки содержит лучшие условия исполнения договора.

Пунктом 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

В силу положений пунктов 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

В соответствии с частью 19.1 статьи 3.4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке заказчик вправе установить обязанность представления информации и документов установленных частью 19.1 статьи 3.4 Закона о закупках.

Исходя из системного, взаимосвязанного содержания положений пункта 2 части 1 статьи 3, пунктов 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках следует, что действия Заказчика по установлению требований к содержанию и составу заявки, установленных критериев и порядка оценки могут быть признаны соответствующими требованиям Закона о закупках исключительно только в тех случаях, когда они основываются и направлены на достижение и практическую реализацию принципов указанных в части 1 статьи 3 Закона о закупках, в том числе принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении в составе заявки информации об опыте выполнения работ в части указания сведений о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору.

Статьей 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установлено, что гражданские и юридические лица свободны в

заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством.

В соответствии с формой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, содержащейся в приложении № 1.3 к Документации, участнику закупки необходимо на момент подачи заявки предоставить информацию, в том числе о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору, а также сведений об обоснованности и удовлетворении участником требований контрагента и/или иных лиц по итогам рассмотрения жалоб претензий, исковых заявлений, других документов.

Комиссия ФАС России отмечает, что принцип свободы договора предполагает, в том числе и свободу защиты своих гражданских прав сторонами по договору, что предоставляет как право выбора способа защиты (направление искового заявления, претензий, жалоб, писем об уплате штрафа и т.д.), так и право выбора времени реализации способов такой защиты.

Кроме того, на момент подачи заявок участники закупки, как участники гражданских правоотношений, могут не обладать информацией о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по конкретному договору, ввиду чего соответствующая информация при ее наличии может быть не указана такими участниками в форме сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, содержащейся в приложении № 1.3 к Документации.

При этом в случае установления Заказчиком, в ходе проверки, рассмотрения заявок наличия жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору такие заявки могут быть отклонены Заказчиком, ввиду предоставления недостоверных сведений в указанной части.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, ненадлежащим образом установившего требования о предоставлении в составе заявки информации об опыте выполнения работ в части указания сведений о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3, части 1 статьи 2 Закона о закупках и нарушают пункт 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

2. Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса права и законные интересы Заявителя нарушены действиями Заказчика, ненадлежащим образом установившего в Документации порядок оценки участников закупки по Критерию.

Пунктом 1 статьи 11 ГК РФ установлено, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, арбитражный суд или третейский суд в соответствии с их компетенцией,

Пунктом 3 приложения № 1.4 к Документации установлен следующий порядок оценки заявок участников закупки по Критерию:

Оценка по критерию осуществляется по следующей формуле:

$$B_j = \sum B_1 + \sum B_2 + \sum B_3 + \sum B_4 + \sum B_5, \text{ где}$$

B_j – количество баллов j -го участника;

B_1 – наличие факта расторжения заказчиком или иным лицом договора с участником закупки в одностороннем порядке или по решению суда, вступившему в законную силу, в связи с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору (2 балла за каждый выявленный факт);

B_2 – наличие факта уклонения участника от заключения договора по результатам закупок (2 балла за каждый выявленный факт);

B_3 – наличие вступивших в законную силу судебных актов, подтверждающих факт неисполнения/ненадлежащего исполнения участником закупки обязательств

по договору (2 балла за каждый выявленный факт);

Б4 – наличие факта неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней) (1 балл за каждый выявленный факт);

Б5 – наличие претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору, по которым отсутствуют:

судебные акты, подтверждающие отсутствие факта неисполнения/ненадлежащего исполнения обязательств по договору;

документы, подтверждающие необоснованность претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору;

информация об обжаловании их в судебном порядке (1 балл за каждый выявленный факт).

Если при суммировании баллов по критерию получено более 7 баллов, то сумма баллов, присвоенная заявке по итогам оценки, снижается не более чем на 7 баллов.

Комиссия ФАС России, изучив порядок оценки по Критерию, отмечает следующее.

Решения Заказчика о расторжении договора в одностороннем порядке, а также по решению суда в связи с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору могут быть оспорены в судебном порядке (обжалованы в апелляционном порядке). Неисполнение договора

со стороны лица, подавшего заявку, может быть связано с неправомерными действиями заказчика, не исполнившего встречные обязательства по данному договору. В связи с этим, по мнению Комиссии ФАС России, наличие факта расторжения Заказчиком договора в одностороннем порядке или по решению суда не свидетельствует о ненадлежащем исполнении участником закупки обязательств по договору.

Наличие факта уклонения участника от заключения договора по результатам закупок может быть установлено в порядке, предусмотренном, Законом о закупках, постановлением Правительства Российской Федерации от 22.11.2012 № 1211 «О ведении Реестра недобросовестных поставщиков, предусмотренного Законом о закупках» и Приказом. При этом наличие неподтвержденного заключением ФАС России или

территориального органа
ФАС России факта уклонения от заключения договора не свидетельствует о недобросовестности такого участника закупки, в связи с чем вычитание балла по данному критерию является неправомерным.

Претензия по факту неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней) может быть обжалована в судебном порядке и признана судом необоснованной. Таким образом, сам по себе факт направления претензий не свидетельствует о том, что факт ненадлежащего исполнения обязательств лицом, подавшим заявку, в действительности имел место, поскольку исключительно суд вправе установить наличие факта неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней).

Таким образом, действия сторон по договору в том числе действия по исполнению/неисполнению договора, начислению штрафов/неустоек могут быть оспорены стороной договора в судебном порядке. При этом на момент проведения оценки заявок участников закупки судебный процесс по вопросу правомерности применения штрафных санкций либо наличия фактов неисполнения может быть не окончен.

При этом Комиссия ФАС России отмечает, что порядком оценки не предусмотрен механизм проверки информации подтверждающей наличие необоснованности претензий, а также информации об обжаловании претензий по договору в судебном порядке.

Таким образом, Комиссия ФАС России установила, что необъективно указанный в Документации порядок оценки заявок участников закупки по Критерию не позволяет Заказчику выявить лучшие условия исполнения договора, заключаемого по результатам Конкурса.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по Критерию, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по Критерию № 2

в части обязательного предоставления участником закупки копий документов, подтверждающих оплату по договору и/или копий платежных поручений об оплате денежных средств по договору.

Пунктом 1 приложения № 1.4 к Документации установлено, что в подтверждение опыта оказания услуг по Критерию № 2 участник в составе заявки представляет:

– документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении № 1.3 к Документации о наличии требуемого опыта;

– акты об оказании услуг;

– договоры на оказания услуг (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями);

– копии документов, подтверждающих правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами,

не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передела точный акт и др.);

– копии документов, подтверждающих оплату по договору (например: выписки из обслуживающего банка по расчетному счету участника закупки, подтверждающие факт поступления денежных средств по договору (этапу договора), и/или копии платежных поручений об оплате денежных средств по договору, указанному участником в «Форме сведений об опыте оказания услуг, представленной в приложении № 1.3 документации о закупке, с отметкой обслуживающего банка об исполнении).

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заявителя пояснил, что Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по Критерию № 2 в части необходимости предоставления в составе заявки документов, подтверждающих оплату по предоставляемым в качестве подтверждения наличия сопоставимого с предметом закупки опыта договорам, поскольку вышеуказанные документы не свидетельствуют об отсутствии опыта выполнения работ по предмету Конкурса, а, следовательно, требование об их предоставлении при оценке заявок участников закупки по Критерию № 2

является избыточным и ограничивающими количество участников закупки.

Представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России пояснил, что установление вышеуказанного требования о предоставлении документов, подтверждающих оплату по договору, обусловлено, в первую очередь, проявлением должной осмотрительности при выборе контрагента по результатам закупки.

Изучив представленные материалы, Комиссией ФАС России установлено,

что в соответствии действующим законодательством (статья 220 Налогового Кодекса Российской Федерации, Положение Банка России от 29.06.2021 № 762-П

«О правилах осуществления перевода денежных средств», статья 863 Гражданского кодекса Российской Федерации) платежные поручения, квитанции к приходным ордерам, банковские выписки о перечислении денежных средств со счета покупателя на счет продавца, товарные и кассовые чеки и другие документы относятся к расчетным (платежным) документам.

Исходя из вышеуказанных положений действующего законодательства, расчетные (платежные) документы подтверждают факт осуществления финансовых операций между контрагентами и их платежеспособность.

Кроме того, Комиссия ФАС России отмечает, что само по себе составление

и подписание сторонами акта выполненных работ устанавливает фактическое участие контрагента в исполнении принятых на себя обязательств по договору,

что, в свою очередь, уже свидетельствует о факте выполнения работ в соответствии

с условиями заключенного договора (если иное не предусмотрено договором).

Таким образом, отсутствие у участника закупки документов, подтверждающих оплату по договору, не свидетельствует об отсутствии соответствующего опыта оказания услуг (выполнения работ) для расчета баллов по Критерию № 2.

В связи с вышеизложенным, установление требования о предоставлении документов, подтверждающих оплату по договору, для подтверждения наличия опыта участника закупки по предмету закупки, ограничивает количество участников закупки, поскольку в случае наличия у участника закупки соответствующего опыта, подтвержденного исключительно актами выполненных работ (без проведения оплаты со стороны

заказчика), такой участник лишается возможности получить максимальное количество баллов при оценке заявок участников закупки по Критерию № 2.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, нарушают пункты 2, 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

В соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Оникс» (ИНН: 7842504964; ОГРН: 1137847373510) от 01.12.2023 № 0112/223фз на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727; ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание услуг по техническому обслуживанию и аварийно-восстановительному ремонту инженерно-технического оборудования вокзальных комплексов Северо-Кавказской РДЖВ (извещение № 32313032576) обоснованной.
2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим требования пунктов 2, 13, 14 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
3. Выдать ОАО «РЖД», ООО «РТС-тендер» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленного нарушения, в соответствии с принятым решением от 13.12.2023 № 223ФЗ-463/23.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 13.12.2023 № 223ФЗ-463/23 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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

Ведущий заседание Комиссии ФАС России:

<...>

Члены Комиссии ФАС России:

<...>

<...>