РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-1075/19

по результатам рассмотрения жалобы ООО «СК Е2Е4» 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»

26.11.2019 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе:

«»

рассмотрев жалобу ООО «СК Е2Е4» на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 607/ОКЭ-ЦДПО/19 на право заключения договора на оказание услуг по уборке пассажирских обустройств Южно-Уральской дирекции пассажирских обустройств (извещение № 31908252721), 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 «СК Е2Е4» (далее — Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 607/ОКЭ-ЦДПО/19 на право заключения договора на оказание услуг по уборке пассажирских обустройств Южно-Уральской дирекции пассажирских обустройств (извещение № 31908252721) (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 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 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 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» (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе размещаются информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой в единой информационной системе предусмотрено настоящим Федеральным законом и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки, протоколами,

составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1.

1.

1. Извещение о проведении Конкурса, документация о проведении Конкурса (далее — Извещение, Документация) размещены в ЕИС – 30.08.2019;
2. Начальная (максимальная) цена договора – 118 175 195,76 **рублей**;
3. Дата окончания подачи заявок — 19.09.2019;
4. Дата рассмотрения первых частей заявок – 25.09.2019;
5. Дата рассмотрения вторых частей заявок – 07.10.2019;
6. Дата проведения торгов и подведения итогов — 07.10.2019;
7. По результатам проведения Конкурса победителем признан участник № 1;
8. Дата подведения итогов Конкурса — 07.10.2019.

На участие в Конкурсе подано 10 заявок, допущена к участию в Конкурсе 1 заявка.

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе Заявителю в допуске к участию в Конкурсе.

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

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба Заявителя 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, 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.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Согласно протоколу рассмотрения заявок от 29.04.2019 № 1750/ОАЭ-ЦДРП/19/1 в допуске к участию в Конкурсе отказано участнику № 5 (Заявитель) «на основании пункта 3.11.4. документации о закупке в связи с предоставлением недостоверной информации, содержащейся в документах, представленных участником №5, в составе заявки (в сведениях об опыте оказания услуг участника по форме приложения №1.3 к конкурсной документации указана недостоверная информация заключенных договорах».

Согласно пункту 1.7.1 Документации установлено квалификационное требование к участникам Конкурса, а именно:

- «Участник должен иметь опыт по фактически оказанным услугам по уборке, стоимость которых составляет не менее 20 % (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в приложении №1.1. конкурсной документации.
- При этом учитывается стоимость всех оказанных участником закупки (с учетом правопреемственности), услуг (по выбору участника закупки) по уборке. В подтверждение опыта оказания услуг участник в составе заявки представляет:

- документ, подготовленный в соответствии с Формой сведений об опыте оказания услуг, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации о наличии требуемого опыта;

и

- акты об оказании услуг;

и

- договоры оказания услуг (представляются 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, передаточный акт и др.)».

Комиссия ФАС России изучив требования Документации, пришла к выводу о том, что требование о подтверждении наличия опыта работ по предмету закупки является избыточным, поскольку отсутствие или недостаточность опыта оказания работ по предмету Конкурса не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Вместе с тем, представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России пояснил, что Заявителю отказано в допуске к участию в Конкурсе в связи с предоставлением недостоверной информации, содержащейся в документах, представленных Заявителем в составе заявки.

При этом, Заказчиком не представлены документы, подтверждающие наличие недостоверной информации в составе заявки Заявителя, на основании которых сделан вывод о наличии недостоверной информации.

Кроме того, на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика не представил иных доказательств, подтверждающих наличие в составе заявки Заявителя сведений, содержащих недостоверную информацию.

Таким образом, Комиссии ФАС России приходит к выводу об отсутствии доказательств, подтверждающих предоставление в составе заявки Заявителя недостоверной информации.

При этом Комиссией ФАС России установлено, что по аналогичному основанию отказано в допуске к участию в Конкурсе участникам №№ 2, 4, 6, 8, 9, 10.

Таким образом, действия Заказчика, установившего ненадлежащим образом требования о наличии требуемого опыта в Документации ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3, части 1 статьи 2 Закона о закупках и нарушает пункт 9 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.

Действия Заказчика, отклонившего заявки участников №№ 2, 4, 6, 8, 9, 10 и заявку Заявителя по указанному требованию Документации, ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3, части 1 статьи 2 Закона о закупках и нарушает часть 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.

Учитывая, что текст Жалобы содержит ссылку на пункт 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

2. Пунктом 3.21.4 Документации установлено, что участником должны быть указаны марки, модели, наименования предлагаемых товаров, работ, услуг.

Согласно пункту 3.21.4 Документации установлено, что в случае поставки товаров в техническом предложении должны быть указаны марки, модели, наименования предлагаемого товара по каждой номенклатурной позиции.

При этом Комиссией ФАС России установлено, что Документация не предполагает случаев отсутствия вышеуказанных «марок, моделей» у товара по предмету Конкурса.

Вместе с тем, положения Гражданского Кодекса Российской Федерации не содержат понятия такого средства индивидуализации товара как «марка» и не устанавливают обязанность производителя иметь торговую марку в обязательном порядке, в связи с чем, у производителя может отсутствовать торговая марка на конкретную произведенную продукцию. Также, Документация не содержит определение понятия «марки», что вводит участников закупки в заблуждение.

При этом Комиссия ФАС России приходит к выводу, что в данном случае, участники закупки, предлагающие к поставке продукцию производителя, не имеющего идентификационное обозначение на соответствующий товар, могут быть поставлены в неравное положение с иными участниками закупки, предлагающими к поставке товар производителя, имеющего соответствующую «марку» (товарный знак), что ограничивает количество участников закупки и противоречит требованиям законодательства о закупках.

Кроме того, отсутствие у продукции товара товарного знака или иного идентификационного обозначения не свидетельствует о несоответствии товара функциональным, техническим и качественным характеристикам, установленным Заказчиком в Документации.

Таким образом, вышеуказанные действия Заказчика, установившего в Документации требования об обязательном указании в техническом предложении «марок, моделей» товара по предмету Конкурса, ограничивают количество участников закупки, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, 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.

3. Пунктом 3.11.9 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов конкурса в письменной форме запросить у участников конкурса информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с конкурсной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в конкурсной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение конкурсных заявок участников.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурсе.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат пункту 33 раздела 5 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

Вместе с тем, вышеуказанные нарушения Закона о закупках не повлияли на результаты проведения Конкурса, поскольку по указанным основаниям заявки участников Конкурса не отклонялись.

4. Пунктом 3.24.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам конкурса, представляет сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, с приложением подтверждающих документов в электронной форме. В случае непредставления указанных сведений и документов победитель, иной участник с которым заключается договор, считается уклонившимся от заключения договора.

При этом в соответствии с пунктом 386 Положения о закупках установлено, что в случае непредставления Заказчику победителем, иным участником, с которым заключается договор, в срок, установленный в документации, сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующими документами, победитель, иной участник считаются уклонившимися от заключения договора.

Вместе с тем, Документация не содержит сведений о конкретных сроках предоставления сведений о владельцах участника Конкурса.

Кроме того, в случае если участником Конкурса, с которым принято решение заключить договор, или его совладельцем является акционерное общество, акции которого свободно торгуются на рынке ценных бумаг, предоставление актуальных сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующих документов, не представляется возможным, поскольку присутствует вероятность непредсказуемых изменений держателей акций.

При этом представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, до заключения договора по итогам проведения закупки не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, которое может повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, пункту 33 раздела 5 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках

5. Пунктом 3.23.6 Документации установлено, что при выборе способа

обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в перечне банков, представленном на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.23.8 .

Кроме того, пунктом 3.23.8 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)), согласовывает банковскую гарантию с заказчиком, направив проект банковской гарантии либо банковскую гарантию заказчику. Победитель, участник конкурса, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанных положений зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам Конкурса в качестве обязательного, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, пункту 33 раздела 5 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 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.

1.

1. Признать жалобу ООО «СК Е2Е4» (ИНН: 3811023075; ОГРН: 1153850004440) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 607/ОКЭ-ЦДПО/19 на право заключения договора на оказание услуг по уборке пассажирских обустройств Южно-Уральской дирекции пассажирских обустройств (извещение № 31908252721) обоснованной.
2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, часть 6 статьи 3, пунктов 2, 9 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» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 26.11.2019 № 223ФЗ-1075/19.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 26.11.2019 № 223ФЗ-1075/19 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течении трех месяцев со дня его вынесения.