

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-586/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Интерсервис» 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»

22.06.2017 Москва

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

при участии представителей: <...> ,

рассмотрев жалобу ООО «Интерсервис» б/д б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 5082/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки кабельно-проводниковой продукции для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705121388), 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 «Интерсервис» (далее — Заявитель) б/д б/н (вх. от 14.06.2017 № 90048/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 5082/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки кабельно-проводниковой продукции для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705121388) (далее - Аукцион, 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 закупках).

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.

17.05.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно:

- - - В Документации неправомерно установлено требование о подтверждении участниками Аукциона наличия опыта осуществления поставок кабельно-проводниковой продукции.
 - В Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участниками Аукциона гарантийного письма в составе заявки на участие в Аукциона.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился и указал, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупках и Документации.

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

- - - Согласно доводу Жалобы, в Документации неправомерно установлено требование о подтверждении участниками Аукциона наличия опыта осуществления поставок кабельно-проводниковой продукции.

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 закупках.

Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник Аукциона должен иметь опыт осуществления поставок кабельно-проводниковой продукции, стоимость которых составляет не менее 20% (процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в пункте 3.1 Документации.

В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 7 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.2. Документации;
- накладные о поставке товаров или копии актов сверок взаиморасчетов;
- договоры на поставку товаров (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.).

Вместе с тем, согласно статье 506 Гражданского кодекса Российской Федерации, учитывая природу поставки, содержанием договора поставки является обязанность поставщика доставить соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

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, 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 Аукциона.

Кроме того, учитывая формулировку требования пункта 2.2 Документации, а именно опыт осуществления поставок кабельно-проводниковой продукции, не представляется возможным установить способность участия в Аукционе производителей, выпускаемую продукцию которых осуществляют исключительно дилеры или официальные представители.

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.

- - - Согласно доводу Жалобы, в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участниками Аукциона гарантийного письма в составе заявки на участие в Аукциона.

Пунктом 3.2 Документации установлено, в целях исключения поставки контрафактного товара на предприятия ОАО «РЖД», выхода из строя технических средств ОАО «РЖД», нарушения их эксплуатационных характеристик участник должен представить гарантийное письмо в свободной форме о том, что участник либо является производителем, либо о наличии у участника дилерских отношений с производителями, либо договоров с дилерами/поставщиками, либо о намерении заключить такие договоры, с указанием наименований организаций, либо сообщить наименования организаций, у которых будет приобретен товар.

На заседании Комиссии ФАС России установлено, что Заказчиком 14.06.2017 внесены изменения в Документацию, в том числе в части требований пункта 3.2 Документации, при этом требование о предоставлении гарантийного письма в составе заявки исключено из Документации.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

3. Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Аукциона должен являться производителем продукции, предлагаемой к поставке, либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем продукции либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем и/или дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику.

Вместе с тем, участник Аукциона может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки. Также указанное требование ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

3.1 Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона 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 аукционных заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.5.10 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 проверки, его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе 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 Аукциона.

Кроме того, в Положении о закупках и Документации не установлен порядок проведения указанных проверок, что ставит возможность проведения или не проведения выездной проверки в отношении конкретного участника закупки 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 Аукциона. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Аукциона 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, 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 закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Согласно пункту 8.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Аукциона должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 3 Документации.

При этом приложением № 3 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 8.1.9 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 аукционе (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, возможность участия в Аукционе с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

4.1 Пунктом 8.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам Аукциона, 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.

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 закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Пунктом 296 Положения о закупке установлено, что договор по результатам закупки заключается на условиях, указанных в Документации и в конкурсной заявке победителя или участника, с которым заключается договор.

Согласно пункту 394 Положения о закупке Заказчик по согласованию с контрагентом при заключении договора и/или в ходе исполнения договора вправе изменить количество всех предусмотренных договором товаров, объем предусмотренных работ, услуг при изменении потребности в товарах, работах, услугах, на поставку, выполнение, оказание которых заключен договор в пределах 30% от начальной (максимальной) цены лота, если иное не предусмотрено в документации о закупке, а также при выявлении потребности в дополнительном объеме работ, услуг, товаров, не предусмотренных договором, но связанных с такими работами, услугами, товарами, предусмотренными договором.

При поставке дополнительного количества таких товаров, выполнении дополнительного объема таких работ, оказании дополнительного объема таких услуг заказчик по согласованию с контрагентом вправе изменить первоначальную цену договора пропорционально количеству таких товаров, объему таких работ, услуг, а при внесении соответствующих изменений в договор в связи с сокращением потребности в поставке таких товаров, выполнении таких работ, оказании таких услуг заказчик в обязательном порядке меняет цену договора указанным образом.

Таким образом, Положение о закупке содержит положения исключительно о возможности изменения цены договора, заключаемого по результатам закупки.

Кроме того, пунктом 8.3.6 Документации установлено, что участник Аукциона, с

которым заключается договор, обязан заключить договор на условиях Документации, аукционной заявки. Договор заключается по цене, предложенной победителем аукциона при проведении аукциона без учета НДС, с учетом применяемой им системы налогообложения.

По согласованию сторон договор может быть заключен с победителем, участником, с которым заключается договор, по цене ниже, чем указана в его заявке без изменения остальных условий договора.

Вместе с тем, пунктом 3.1 Документации установлено положение об индексации стоимости единицы продукции, а именно установлено, что индексация цены на товар в части материальных затрат может осуществляться ежеквартально, начиная с квартала, следующего за кварталом, в котором был заключен договор, на основании предоставленных поставщиком покупателю калькуляции действующей цены с полными постатейными расшифровками по каждому виду товара и калькуляции с полными постатейными расшифровками по каждому виду товара с учетом изменения материальных затрат.

Индексированная цена применяется к товару, который должен отгружаться в соответствии с условиями договора после даты индексации. Товар, указанный покупателем в разрядке, подлежащий поставке в период действия прежней цены, но не отгруженный поставщиком до даты индексации цены, поставляется по цене, действовавшей до даты ее индексации.

Для определения структуры цены на товар поставщик предоставляет покупателю в течение месяца с даты заключения договора калькуляцию действующей цены с полной постатейной расшифровкой по каждому виду товара с приложением копии формы 5 бухгалтерского баланса, заверенной подписью единоличного исполнительного органа и главного бухгалтера и печатью поставщика. Покупатель, вправе запросить у поставщика иные документы, обосновывающие структуру цены на товар.

При первой индексации ценой в предыдущем периоде является базовая цена на товар. Цена текущего периода определяется в соответствии с приведенной формулой и фиксируется сторонами в дополнительных соглашениях к настоящему договору согласно пункту 2.1. проекта договора Документации.

Таким образом, в Документации и проекте договора Документации установлено возможность поставщика по согласованию с Заказчиком увеличивать стоимость единицы продукции, путем индексации стоимости единицы продукции.

Также на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика сообщил, что при исполнении обязательств по договору изменению подлежит цена единицы продукции с учетом изменений материальных затрат на производство продукции, поставляемой по результатам Аукциона.

Вместе с тем, Аукцион проводится путем снижения начальной (максимальной) цены договора (цены лота) за весь объем закупаемых товаров, работ, услуг без учета НДС.

Кроме того, пунктом 6.6.13 Документации установлено, что победителем Аукциона признается участник, предложивший наиболее низкую цену договора (цену лота),

или, если при проведении Аукциона цена договора (цена лота) снижена до нуля и аукцион проводится на право заключить договор, наиболее высокую цену договора (цену лота).

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о неправомерности установления положений Документации о возможности проведения индексации стоимости единицы продукции после подписания договора по результатам закупки, поскольку указанные положения противоречат требованиям Положения о закупке, а именно возможности изменения стоимости единицы продукции.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, выразившиеся в нарушении требований Положения о закупке, нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

- - - Пунктом 3.2 Документации установлены требования к продукции, а именно:
 - качество продукции подтверждается сертификатами соответствия, подтверждающими прохождение добровольной сертификации (при их наличии) или сертификатами/свидетельствами об утверждении типа средств измерений или титульными листами ТУ (в случае если производитель продукции не является держателем ТУ, необходимо предоставить документальное подтверждение права производителя на использование ТУ) или паспортами качества или техническими паспортами/инструкциями по эксплуатации или специализациями выпуска продукции или прочими документами по качеству, выдаваемыми производителем участнику либо иному лицу, делегировавшему право поставки по данному Аукциону.

В подтверждение соответствия качества предлагаемой продукции участник должен представить:

- сертификаты соответствия, подтверждающие прохождение добровольной сертификации (при их наличии) или сертификаты/свидетельства об утверждении типа средств измерений или титульные листы ТУ (в случае если производитель продукции не является держателем, ТУ необходимо предоставить документальное подтверждение права производителя на использование ТУ) или специализацию выпуска продукции или паспорта качества или технические паспорта/инструкцию по эксплуатации или прочие документы по качеству, выдаваемые производителем участнику либо иному лицу, делегировавшему право поставки по данному открытому аукциону - копии, заверенные подписью уполномоченного лица участника и печатью.

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 документы, подтверждающие соответствие товара, которым участник закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара при поставке которого передаются соответствующие документы, такие как: паспорт качества, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника сертификаты соответствия и иных документации, в соответствии с пунктом 3.2 Документации, обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в «Техническом задании» Документации продукцию.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера продукции как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении сертификатов соответствия, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера, его официального представителя.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что вышеуказанное требование является избыточным, поскольку для его исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры, в том числе произвести/приобрести соответствующий товар для получения копии указанных документов, либо запросить вышеуказанные документы у производителя/дилера, официального представителя, что 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.

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

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу ООО «Интерсервис» б/д б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 5082/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки кабельно-проводниковой продукции для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705121388) обоснованной.
 - 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 22.06.2017 № 223ФЗ-586/17.

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