

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-902/18

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Северная Энергетическая

Компания» 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»

04.12.2018 Москва

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

<...>

при участии представителей:

<...>

рассмотрев жалобу ООО «Северная энергетическая компания» от 26.11.2018 № 06/11 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7731/ОАЭ-ДКРС/18 на право заключения договоров поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31807096977) 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 «Северная энергетическая компания» (далее — Заявитель) от 26.11.2018 № 06/11 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7731/ОАЭ-ДКРС/18 на право заключения договоров поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31807096977) (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.

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 (далее - ЕИС) 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 Законом о закупках и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

- - - Извещение о проведении Аукциона, аукционная документация (далее — Извещение, Аукцион) размещены в ЕИС – 31.10.2018;
 - Начальная (максимальная) цена договора — 57 744 699,77 рублей;
 - Дата окончания подачи заявок — 26.11.2018;
 - Дата проведения Аукциона — 05.12.2018,
 - На участие в Аукционе подано — 3 заявки.

В ходе заседания 30.11.2018 Комиссией ФАС России в целях полного и всестороннего рассмотрения жалобы Заявителя объявлен перерыв до 04.12.2018.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, 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 при проведении Аукциона Заказчиком нарушены положения Закона о закупках, а именно:

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование в качестве критерия допуска к участию в Аукционе о наличии у участника Аукциона опыта по фактически поставленному инженерному и технологическому оборудованию на объекты строительства;
 - Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование в качестве критерия допуска к участию в Аукционе о том, что участник должен являться производителем либо обладать правом поставки, предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к Документации.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о закупках, 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 представителей Заказчика, Заявителя, Комиссия ФАС России установила следующее.

- - - Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование в качестве критерия допуска к участию в Аукционе о наличии у участника Аукциона опыта по фактически поставленному инженерному и технологическому оборудованию на объекты строительства.

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.

Пунктом 1.9.1 Документации установлено требование, что участник Аукциона должен иметь опыт по фактически поставленному инженерному и технологическому оборудованию на объекты строительства, стоимость которого

составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1 к Документации. При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) инженерного и технологического оборудования (по выбору участника закупки) на объекты строительства.

В подтверждение опыта поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства участник в составе заявки представляет:

- документ по форме 5.6 приложения № 5 Документации о наличии требуемого опыта;

и

- накладные о поставке инженерного и технологического оборудования на объекты строительства;

и

- договоры на поставку инженерного и технологического оборудования на объекты строительства (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями, в том числе с приложением перечня оборудования поставляемого по договору);

- 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.)

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу, что отсутствие у участника Аукциона опыта по фактически поставленному инженерному и технологическому оборудованию на объекты строительства не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона, и не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное положение Документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

- - - Согласно доводу Жалобы, Заказчиком неправомерно установлено требование в качестве критерия допуска к участию в Аукционе о том, что участник должен являться производителем либо обладать правом поставки, предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к Документации.

Пунктом 1.9.2 Документации установлено требование, что участник Аукциона Пунктом 1.9.2 Документации установлено требование, что участник Аукциона должен являться производителем либо обладать правом поставки,

предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к Документации.

В подтверждение того, что участник является производителем оборудования либо обладает правом поставки оборудования, предоставленным производителем по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к заявке, участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме 5.7 приложения № 5 к Документации;

и

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

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

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии 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.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки оборудования, предоставленным производителем по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к заявке, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в Аукционе, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Приложения к извещению всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Аукционе.

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, подпункту 32 пункта 2 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Предмет обжалования согласно доводу Жалобы составляют действия Заказчика, выразившиеся в неправомерном установлении требований в качестве критерия допуска к участию в Аукционе, что является основанием обращения в ФАС России закрепленным в пункте 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, в соответствии с которым антимонопольный орган осуществляет контроль за соблюдением Закона о закупках. Учитывая изложенное, Комиссией ФАС России выявлены следующие

нарушения.

3. Пунктом 3.8.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения аукциона в письменной форме запросить у участников аукциона информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

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

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное положение Приложения к извещению, ограничивает количество участников закупки и противоречат подпункту 32 пункта 2 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Согласно пункту 3.23.9 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 4 к Документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

При этом приложением № 4 к Документации установлен перечень из 12 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 3.23.10 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), 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 аукционной документации.

В силу пункта 3.23.11 Документации обращение о согласовании банка рассматривается в течение 5 (пяти) рабочих дней с даты получения обращения. В случае если предложенный банк соответствует требованиям заказчика к кредитным качествам и платежеспособности банков, указанным в пункте 3.21.8 предоставление гарантии предложенным банком может быть согласовано.

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

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам Аукциона в качестве обязательного, противоречат пункту 2 части 1

статьи 3 Закона о закупках, подпункту 33 пункта 6 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Пунктом 3.24.1 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.

При этом в соответствии с пунктом 466 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 Аукциона.

Кроме того, в случае если участником Аукциона, 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.

Кроме того, 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, подпункту 33 пункта 6 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

6. Пунктом 3.1.12 проекта договора к Документации установлено, что подрядчик не вправе привлекать к выполнению работ по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком.

Вместе с тем, указанное положение Приложения к извещению ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления Заказчика. Кроме того, согласование перечня привлекаемых субподрядчиков с Заказчиком (третьим лицом), является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, могут ограничить количество участников закупки, противоречат

подпункту 33 пункта 6 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

7. Согласно пунктам 2, 3 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке, а также требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками такой закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом конкурентной закупки, их количественных и качественных характеристик.

В соответствии с пунктом 3.22.1 Документации участник в составе заявки 3.1.1 должен представить техническое предложение, оформленное по форме приложения № 5.2 Документации, заверенное подписью и печатью (при ее наличии) участника, а также документы, предоставляемые в подтверждение соответствия предлагаемых участником товаров, работ, услуг в случае, если предоставление таких документов предусмотрено приложением № 1 Документации. В техническом предложении участника должны быть изложены характеристики товаров, работ, услуг, соответствующие требованиям технического задания, являющегося приложением № 1 Документации.

При этом согласно пункту 3.22.2 Документации техническое предложение должно содержать все показатели и характеристики товаров, работ, услуг, условия исполнения договора, указанные в техническом задании аукционной документации. Участником должны быть указаны марки, модели, наименования предлагаемых товаров, работ, услуг. Характеристики товаров, работ, услуг должны быть изложены таким образом, чтобы при рассмотрении заявок не допускалось их неоднозначное толкование, числовые показатели при описании характеристик товаров, работ, услуг должны быть указаны в абсолютных величинах.

Согласно форме приложения № 5.2 к Документации участникам Аукциона необходимо указать наименования работ, количество таких работ и единицы измерения.

В соответствии с пунктом 2 Технического задания Документации технические и функциональные характеристики оборудования указаны в приложениях № 1.1 и № 6 к Документации.

Согласно Форме 5.2 «Техническое предложение участника» приложение № 5 Документации: «Приложение № 1 к техническому предложению оформляется по форме 5.2.1 приложения № 5 к аукционной документации.

Согласно форме технического предложения (Приложение № 5 Документации), в приложении № 1 к техническому предложению участник должен указать информацию о предлагаемом оборудовании, соответствующую техническому заданию в т.ч. приложению № 1.1 к аукционной документации.

При оформлении приложения № 1 к техническому предложению участник должен соблюдать, в том числе, следующие требования:

- в случае отсутствия в Приложении № 1.1 к аукционной документации информации, достаточной для однозначной идентификации оборудования, участник может уточнить характеристики;

- участник может указать иные наименования, артикулы, типы, марки, коды, номера чертежей или оборудование иных производителей относительно указанных в приложениях № 1.1, 6 к аукционной документации при условии, что произведенные замены равноценны (эквиваленты) или превосходят по функционально-техническим характеристикам оборудование, указанное в приложениях № 1.1, 6 к аукционной документации. Все необходимые функционально-технические характеристики для определения эквивалентного оборудования, в соответствии с параметрами указанными выше, определены производителем в наименованиях, артикулах, типах, марках, кодах, номерах чертежей указанных в приложениях № 1.1 и 6 к аукционной документации».

В соответствии с пунктом «Наименование оборудование» раздела 1 технического задания: «Инженерное и технологическое оборудование (перечень оборудования указан в приложении № 1.1 к аукционной документации)».

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России установлено, что соответствующий перечень необходимых к поставке товаров установлен Приложением № 1 к изменениям в Документацию.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что при загрузке документов в ЕИС произошла техническая ошибка, в следствие чего файл не был переименован.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком в Документации установлено требование к техническому предложению о соответствии предлагаемых товаров требованиям, установленным несуществующим приложением к Документации.

Кроме того, Приложением № 1 к изменениям в Документацию установлен перечень соответствующих товаров с указанием их технических характеристик и артикула, типа, марки. Например, подпункт 1 пункта 1.1 «Шкаф SignaPro™ 42U, 2054x600x600 (ВхШхГ) мм, разборный, 19/21», артикул, тип, марка — REC-6426S.

При этом, приложением № 6 к Документации размещены более расширенные характеристики по некоторым позициям из перечня товаров, необходимых к поставке, например по подпункту 1 пункта 1.9, подпункту 1 пункта 1.8, подпункту 21 пункта 1.7 и т. д.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что участником при заполнении технического предложения необходимо руководствоваться только характеристиками, установленными в Документации, но и иными характеристиками, которыми обладают товары установленных в Документации артикулов, типов, марок и которые находятся в свободном доступе в сети «Интернет» руководствоваться не следует.

Вместе с тем, Документация не содержит по ряду товаров минимальных и максимальных значений технических и функциональных характеристик.

На основании вышеизложенного, Комиссия ФАС России, изучив требования

Документации, приходит к выводу, что Заказчиком в Документации не установлены конкретные технические и функциональные характеристики товара, определяющие параметры эквивалентности предлагаемого к поставке товара.

Таким образом, действия Заказчика, ненадлежащим образом установившего в Документации требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке, а также требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования пунктов 2, 3 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.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России установлены иные не являющиеся предметом обжалования нарушения Закона о закупках, в связи с чем принимает 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

Р Е Ш И Л А:

- Признать жалобу ООО «Северная энергетическая компания» (ИНН: 7714650350, ОГРН: 1067746655020) от 26.11.2018 № 06/11 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7731/ОАЭ-ДКРС/18 на право заключения договоров поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31807096977) обоснованной.
- Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2, пунктов 2, 3 части 10 статьи 4 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 04.12.2018 № 223ФЗ-902/18.
- Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 04.12.2018 № 223ФЗ-902/18 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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