

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-182/21

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ЖДК-СПБ» 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»

13.04.2021 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе: <...>(далее - Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...>,

ООО «ЖДК-СПБ»: <...>

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

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу ООО «ЖДК-СПБ» от 05.04.2021 № 127 на действия (бездействие) заказчика

ОАО «РЖД» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 1316/ОАЭ-ДКРС/21 на право заключения договора поставки оборудования автоматике и телемеханики на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 32110126782), 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 «ЖДК-СПБ» (далее – Заявитель) от 05.04.2021 № 127 на действия (бездействие) заказчика

ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 1316/ОАЭ-ДКРС/21 на право заключения договора поставки оборудования автоматики и телемеханики на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 32110126782) (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.

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.

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 Законом о закупках и положением о закупке, за исключением случаев,

предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

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 извещением об осуществлении закупки, протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1.

1.

1. Извещение о проведении Аукциона, документация о проведении закупочной процедуры (далее – Извещение, Документация) размещены в ЕИС - 26.03.2021;
2. Начальная (максимальная) цена договора – 148 075 293,14 рубля;
3. Дата окончания срока подачи заявок – 12.04.2021;
4. Дата рассмотрения первых частей заявок – 26.04.2021;
5. Дата рассмотрения вторых частей заявок – 18.05.2021;
6. Дата подведения итогов – 18.05.2021.

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

1.

1.

1. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участником закупки в составе заявки гарантийного письма производителя, а также иных документов, подтверждающих наличие товара у

- участника при предложении демпинговой цены;
2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Аукциона о наличии опыта поставки оборудования по предмету закупки;
 3. Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Аукциона об обязанности участника являться производителем оборудования, либо обладать правом поставки оборудования по предмету закупки;
 4. Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование к составу заявки об указании наименования предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно-вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации;
 5. Заказчиком в Документации не установлены технические и функциональные требования к устанавливаемому на поставляемое оборудование программному обеспечению;
 6. Заказчиком в Документации неправомерно установлено право осуществлять дозапрос информации и документов в отношении участников закупки.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Аукциона 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 представителей Заказчика, Заявителя, 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.

1.

1.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участником закупки в составе заявки гарантийного письма производителя, а также иных документов, подтверждающих наличие товара у участника при предложении демпинговой цены.

Пунктом 1.3 Документации установлено, что при проведении конкурентной закупки применяются следующие антидемпинговые меры, в том числе участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить в составе заявки обоснование предлагаемой цены договора, которое включает:

- а) гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара;
- б) документы, подтверждающие наличие товара у участника, иные документы, подтверждающие возможность участника осуществить поставку товара по предлагаемой цене.

Вместе с тем согласно статье 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 (декларацию соответствия, технический паспорт, сертификат качества и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Согласно части 24 Положения о закупках участник при представлении предложения с демпинговой ценой вправе представить в составе такой заявки обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), которое может включать в себя гарантийное письмо от производителя с указанием цены и количества поставляемого товара, документы, подтверждающие наличие товара у участника, иные документы и расчеты, подтверждающие возможность участника осуществить поставку товара по предлагаемой цене.

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 соответствующий товар, при поставке которого передаются соответствующие документы, такие

как: гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара а также документы, подтверждающие наличие товара у участника, иные документы, подтверждающие возможность участника осуществить поставку товара по предлагаемой цене.

Учитывая изложенное, требование об обязательном представлении в составе заявки участника документов, указанных в пункте 1.3 Документации, обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанный в Документации товар, а также указанное требование противоречит Положению о закупках, так как согласно Положению о закупках участник при предоставлении предложения с демпинговой ценой вправе предоставить вышеназванные документы, указанных в пункте 1.3 Документации, в составе такой заявки.

Кроме того, в отсутствии 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.

При этом Закон о закупках не устанавливает обязанность участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о соответствующих свойствах товара, предлагаемого к поставке, при заполнении заявки на участие в закупке.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего вышеназванные требования к составу заявки участника закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования пункта 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.

1.

1.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Аукциона о наличии опыта поставки оборудования по предмету закупки.

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Пунктом 1.7.1.1 Документации установлено, в том числе следующее квалификационное требование к участникам Аукциона:

«Участник должен иметь опыт поставки оборудования автоматике и телемеханики на объекты строительства, стоимость которого составляет не менее 20 % (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в Приложении № 1.1 к Документации. При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) оборудования автоматике и телемеханики (по выбору участника закупки) на объекты строительства.

В подтверждение опыта поставки оборудования автоматике и телемеханики на объекты строительства участник в составе заявки представляет:

- документ, подготовленный в соответствии с Формой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в Приложении № 1.3 Документации о наличии требуемого опыта;
- накладные о поставке товаров;
- договоры на поставку товаров (представляются все листы договоров со всеми приложениями и дополнительными соглашениями);
- документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.)».

Согласно пункту 199 раздела 20 Положения о закупках Заказчик вправе предъявлять иные единые требования к участникам закупки, в том числе квалификационные требования, которые устанавливаются в документации о закупке в зависимости от технических, технологических, функциональных (потребительских) характеристик товаров, работ, услуг, требований, предъявляемых к их безопасности, и/или иных показателей, связанных с определением соответствия участника закупки требованиям, предъявляемым законодательством Российской Федерации, нормативными документами

ОАО «РЖД» к поставщикам (исполнителям, подрядчикам).

К таким требованиям относится, в том числе наличие опыта осуществления поставок, выполнения работ или оказания услуг по предмету закупки, стоимость которых составляет не менее чем 20 процентов начальной (максимальной) цены договора (цены лота), указанной в извещении, документации о закупке.

Таким образом, в случае, если законодательством Российской Федерации не установлены обязательные требования о наличии опыта, связанного с предметом закупки, Заказчик не вправе устанавливать соответствующие требования в документации о закупке.

Вместе с тем Комиссия ФАС России, изучив представленные материалы, приходит к выводу, что отсутствие у участника закупки опыта выполнения работ по предмету закупки, а также подтверждающих документов в соответствии с пунктом 1.7.1.1 Документации, не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона, что ограничивает количество участников закупки.

Кроме того, в случае, если законодательством Российской Федерации не установлены обязательные требования о наличии опыта, связанного с предметом закупки, Заказчик не вправе устанавливать соответствующие требования в документации о закупке.

Таким образом, вышеуказанные действия Заказчика, установившего к участникам Аукциона неправомерное квалификационное требование, ограничивают количество участников Аукциона, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

1.

1.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Аукциона об обязанности участника являться производителем оборудования либо обладать правом поставки оборудования по предмету закупки.

Пунктом 1.7.1.2 Документации установлено следующее

квалификационное требование к участникам Аукциона:

«Участник должен являться производителем либо обладать правом поставки оборудования, предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в Приложении № 1.1.1 к Документации. В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.

В подтверждение того, что участник является производителем оборудования либо обладает правом поставки оборудования, предоставленным производителем по позициям, отмеченным в Приложении № 1.1.1 к Документации, участник в составе заявки должен представить:

- документ, подготовленный в соответствии с Формой сведений о праве поставки оборудования, представленной в Приложении № 1.3 Документации о праве поставки оборудования;

- 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 о праве участника осуществлять поставку товаров».

Вместе с тем участник Аукциона может не являться производителем оборудования *по предмету Аукциона*, и не иметь договорных отношений с производителем такого оборудования, при этом ранее осуществлять поставки иного товара надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки, не обладая документально подтвержденным правом поставки такого оборудования.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении, в срок до окончания подачи заявок на участие в Аукционе, подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки товара по предмету Аукциона, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Аукционе.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, установившего к участникам Аукциона неправомерное требование о том, что участник Аукциона должен являться производителем либо обладать правом поставки оборудования по предмету закупки ограничивают количество участников Аукциона, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

1.

1.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование к составу заявки об указании наименования предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации.

В соответствии с пунктом 2 «Технические и функциональные характеристики оборудования» раздела 2 Приложения № 1.1 «Техническое задание» к Документации (далее - Техническое задание) установлено, в том числе следующее: «По позициям, отмеченным в Приложении № 1.1.1 к Документации, участнику в Приложении № 1 к техническому предложению, оформляемому по форме, содержащейся в Приложении № 1.3 к Документации, необходимо указать предустановленную операционную систему отечественного производства, находящуюся в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации».

Согласно пояснениям представителя Заявителя в соответствии с Документацией участник в составе заявки указывает наименование предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно-вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации. Из чего следует, что оборудование по предмету закупки должно быть скомплектовано и находиться у производителя или поставщика с установленными программами.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что участник Аукциона предоставляет по данному требованию соответствующую информацию из общедоступного официального сайта, при этом требование о предоставлении данной информации установлено в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Вместе с тем Закон о закупках не устанавливает обязанность установки исключительно операционной системы отечественного производства, находящуюся в реестре российских программ для электронно вычислительных машин и баз данных.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика в части установления в Документации требований об указании предустановленной операционной системы отечественного производства и/или пакете офисных приложений, находящихся в реестре российских программ для электронно вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации *противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования пункта 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.*

1.

1.

5. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации не установлены технические и функциональные требования к устанавливаемому программному обеспечению на поставляемое оборудование.

В соответствии с пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к

размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что согласно Приложению № 1.1.1 к Документации к поставке требуется Комплекс электрической централизации транспортабельный. Кроме того, все технические и функциональные требования к поставляемому оборудованию предусмотрены в Приложении № 1.1.2 к Документации.

Вместе с тем представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представил доказательств, подтверждающих обоснованность своего довода.

Учитывая изложенное, а также изучив положения Документации, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

1.

1.

6. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено право осуществлять дозапрос информации и документов в отношении участников закупки.

Пунктом 3.7.11 Документации установлено требование, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников Аукциона 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 Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку применение Заказчиком права запрашивать дополнительную информацию применяется не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего положения Документации, о праве Заказчика осуществлять дополнительный запрос информации в отношении участников Аукциона, 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.

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 частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1.

1.

1. Признать жалобу ООО «ЖДК-СПБ» (ИНН: 7838070168; ОГРН: 1177847187561) от 05.04.2021 № 127 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 1316/ОАЭ-ДКРС/21 на право заключения договора поставки оборудования автоматике и телемеханики на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 32110126782) обоснованной в части:

- установления неправомерных требований в Документации о предоставлении участником закупки в составе заявки гарантийного письма производителя и иных документов, подтверждающих наличие товара у участника при предложении демпинговой цены, о предоставлении информации участником о предустановленной операционной системе отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации,

- установления неправомерных квалификационных требований к участнику Аукциона в части наличия опыта поставки по предмету закупки, а также об обязанности участника Аукциона являться производителем оборудования либо обладать правом поставки оборудования по предмету закупки;
- установления неправомерного права Заказчика осуществлять дозапрос информации и документов в отношении участников закупки.

1.

1.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 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 обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 13.04.2021 № 223ФЗ-182/21.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 13.04.2021 № 223ФЗ-182/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

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