РЕШЕНИЕ

по делу № 8-01/366

24 декабря года г. Хабаровск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю в составе председательствующего <…> – заместитель руководителя Хабаровского УФАС России, начальник отдела контроля органов власти, членов Комиссии: <…> – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти Хабаровского УФАС России, <…>– ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти Хабаровского УФАС России,

в присутствии представителей:

ООО «А ГРУПП» - <…> (доверенность от 20.06.2018 № 132),

АО «РусГидроСнабжение» - <…> (доверенность от 10.08.2018 № 62),

АО «ДГК», уведомленное о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку своего представителя не обеспечило,

рассмотрев жалобу ООО «А ГРУПП» на действия организатора торгов – АО «РусГидроСнабжение», материалы дела № 8-01/366,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю поступила жалоба ООО «А ГРУПП» на действия организатора торгов – АО «РусГидроСнабжение» при проведении открытого одноэтапного конкурса на право заключения договора на поставку труб большого диаметра для нужд филиалов АО «ДГК» (ГКПЗ № 70019.1).

Из жалобы общества следует, что установленное в конкурсной документации требование о том, что участник конкурса должен являться производителем продукции либо аффилированным производителю продукции лицом является ограничивающим условием, нарушает права и интересы участников конкурса, что противоречит требованиям Положения о закупках продукции для нужд АО «ДГК», Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Действия заказчика, установившего указанное требование в качестве обязательного для участников конкурса, и отклонившего заявку заявителя в связи с несоответствием такому требованию, противоречат Положению и нарушают требования Закона № 223-ФЗ.

Заявитель в заседании Комиссии доводы жалобы поддержал в полном объеме.

АО «РусГидро Снабжение» в представленном отзыве и его представитель в заседании комиссии доводы жалобы отклонили, пояснив, что установленные конкурсной документацией требования и условия обоснованы необходимостью своевременного и полного удовлетворения потребности заказчика. Работа непосредственно с производителями минимизирует риск поставки некачественной либо контрафактной продукции, взаимодействие производится непосредственно с производителем, что особенно важно при закупке сложного в изготовлении,

дорогостоящего товара. Оспариваемое требование к участникам закупки направлено на обеспечение потребности заказчика, в равной степени применяется ко всем участникам закупки и не приводит к исключению из числа участников закупки хозяйствующих субъектов по причинам, не связанным с обеспечением удовлетворения потребностей заказчика, в действиях организатора конкурса отсутствуют признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Поскольку доводы жалобы подпадают под основания, указанные в части 10 статьи 3 Закона № 223-ФЗ, жалоба рассматривается комиссией по правилам статьи 18.1 Федерального закона от 26.06.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Заслушав представителей лиц, участвующих в деле, рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц установлены Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон № 223-ФЗ).

В соответствии с частями 1, 2 статьи 2 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закон № 223-ФЗ не определяет порядок закупки товаров, работ, услуг, а устанавливает обязанность заказчиков разработать и утвердить положение о закупках - документ, регламентирующий закупочную деятельность заказчика и содержащий

требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (способы закупки) и условия их применения, а также порядок заключения и исполнения договоров, в связи с чем заказчик вправе самостоятельно установить в положении о закупке способы закупок, порядок и условия их применения.

Положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе

порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Частью 5 статьи 4 Закона № 223-ФЗ установлено, что при закупке в единой информационной системе размещается информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, 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 законом и положением о закупке.

Из части 10 статьи 4 Закона № 223-Ф следует, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке: требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке; требования к участникам такой закупки.

27.09.2018 АО «РГС» на официальном сайте www.zakupki.gov.ru размещено извещение № 31806965633 о проведении открытого одноэтапного конкурса на право заключения договора на поставку труб большого диаметра для нужд филиалов АО «ДГК» (ГКПЗ № 70019.1), закупочная документация. Срок подачи заявок установлен до 01.11.2018, рассмотрение заявок - 14.11.2018, подведение итогов – 28.11.2018.

Начальная (максимальная) цена договора - 163 222 000,00 руб.без НДС; - 192 601 960,00 руб. с учетом НДС.

Пунктом17 Технического задания конкурсной документации установлены дополнительные к установленным в документации о закупке требования к участнику:

- участник закупки должен являться: а) либо непосредственно и на законном основании производящим и реализующим трубы большого диаметра (заводом – изготовителем). Соответствие данному требованию подтверждается представлением участником в составе заявки копий документов, подтверждающих его статус производителя (завода – изготовителя) или правообладателя, выпускаемых им труб большого диаметра. Также участник должен иметь собственную или арендованную производственную базу, что подтверждается путем представления справки о материально-технических ресурсах по форме, приведенной в документации о закупке, с представлением документов, подтверждающих право собственности, либо действующего договора аренды.

б) либо аффилированным заводу – изготовителю (в силу принадлежности к одной холдинговой структуре, наличия общих органов управления или по иным основаниям), единственной или основной деятельностью которого является реализация продукции, производимой заводом – изготовителем, самостоятельно не реализующим производимую продукцию. Соответствие данному требованию подтверждается представлением участниками в составе заявки справки об аффилированности участника закупки по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в приложении №2 к настоящему Техническому заданию (п. 17.1).

17.2. Участник должен иметь опыт производства (в случае если это специально созданная организация, аффилированная производителю, то участник должен иметь опыт поставки продукции, производимого заводом – изготовителем, самостоятельно не реализующим производимую им продукцию) труб большого диаметра (не менее одного договора) за последние 5(пять) лет, предшествующие

дате подачи заявок участников на участие в настоящей закупочной процедуре. При этом учитываются только выполненные участником договоры (с учетом правопреемственности). Соответствие установленному требованию подтверждается путем представления участниками закупки в составе заявки сведений о ранее выполненных договорах по форме «Справки о перечне и годовых объемах выполнения договоров, подтверждающих опыт Участника», приведенной документации о закупке, с представлением сканов-копий договоров либо их частей (с приложением документов, предусмотренных требованиями договора, подтверждающих факт его исполнения), подписанных с обеих сторон. При рассмотрении и оценке заявок участников будут учитываться только те сведения об объемах выполнения аналогичных договоров, которые подтверждены документами, указанными выше.

2.8.2.4 закупочной документации установлено, что по результатам проведения отборочной стадии закупочная комиссия вправе отклонить заявки, которые: поданы участниками конкурса, которые не отвечают требованиям настоящей документации о закупке; содержат предложения, не соответствующие установленным условиям настоящей документации о закупке; не содержат документов, требуемых в соответствии с условиями настоящей документации о закупке; содержат недостоверные сведения или намеренно искаженную информацию или документы; поданы участниками конкурса, которые не согласились с предложениями организатора по исправлению очевидных арифметических или грамматических ошибок в их заявках.

На участие в закупке поданы заявки ООО «Северо-Западная трубная компания», АО «Выксунский Металлургический Завод», ПАО «Челябинский трубопрокатный завод», ООО «А ГРУПП».

Заявки ООО «СЗТК», ООО «А ГРУПП» отклонены как несоответствующие документации о закупке.

Заявка ООО «А ГРУПП» 2 отклонена на основании пункта 2.8.2.4 «в» документации о закупке, так как в составе участника не представлена (в том числе в результате ответа на запрос разъяснений положений заявок), справка об аффилированности участника закупки по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в приложении № 2 к Техническому заданию/требованиям, подтверждающая отношения с заводом-изготовителем, что не соответствует требованиям раздела 17 п. 17.1 б) Технического задания/требований (Приложение № 1 к Документации о закупке)), в котором указано, что участник закупки должен являться:… б) либо аффилированным заводу – изготовителю (в силу принадлежности к одной холдинговой структуре, наличия общих органов управления или по иным основаниям), единственной или основной деятельностью которого является реализация продукции, производимой заводом – изготовителем, самостоятельно не реализующим производимую продукцию. Соответствие данному требованию подтверждается представлением участниками в составе заявки справки об аффилированности участника закупки по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в приложении №2 к настоящему Техническому заданию (протокол от 07.12.2018 № РГС-280/ОК-Р).

Из содержания части 1 статьи 2 Закона № 223-ФЗ следует, что правовая основа закупки товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц не ограничивается регулированием нормами данного закона.

В соответствии со статьей 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Предоставленное заказчику право формировать предмет закупки должно реализовываться в системе действующего правового регулирования с учетом установленных Законом № 223-ФЗ принципов. Реализация заказчиком полномочий, предоставленных ему Законом 223-ФЗ, в ущерб конкуренции при проведении торгов является недопустимой.

Участником закупки может быть любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки, которые соответствуют требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке (ч. 5 ст. 3).

В силу части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами: 1) информационная открытость закупки; 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки; 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика; 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Аналогичные принципы закупочной деятельности заказчика установлены подпунктами «в»-«е» пункта 1.3.2.2 Положения о закупке продукции для нужд ПАО «РусГидро» (далее – Положение).

Пунктом 6.4.1 Положения установлено, что при подготовке документации о закупке, а также на других этапах закупочной процедуры (в том числе на этапе формирования технических требований) запрещается устанавливать требования и условия, необоснованно ограничивающие конкуренцию среди участников закупки и не позволяющие добиться максимальной эффективности закупки.

В Положении не предусмотрено право заказчика устанавливать требования о возможности участия в закупке только производителей или аффилированных ему участников.

Кроме того, участник закупки может не являться производителем товара и не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора

поставки.

с тем, установление приведенных требований к участнику закупки ограничивают количество потенциальных участников закупки производителями и аффилированными с ними лицами.

В этой связи указание в закупочной документации требования к участнику о том, что участник должен являться производителем (изготовителем с наличием производственной базы или участником, напрямую аффилированным с изготовителем), является нарушением указанных выше норм Закона № 223-ФЗ.

Установленные заказчиком требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, связанным с определением соответствия поставляемого товара и требуемым к включению в документацию на основании пункта 1 части 10 статьи 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень поставщика товара и приводят к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку потенциальный участник закупки может не быть производителем оборудования, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемого оборудования надлежащим образом. Кроме того, предъявленные к участникам требования сами по себе не могут гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке оборудования. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к поставщику квалификационных требований, в частности о наличии опыта поставки на соответствующем товарном рынке.

Данная правовая позиция подтверждена Верховным Судом Российской Федерации в Обзоре судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018.

То обстоятельство, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов, на что ссылается организатор торгов, не свидетельствует о допустимости злоупотребления правом со стороны заказчика.

Организатором торгов не доказан факт соответствия потребностям заказчика исключительно товаров производителей либо аффилированных с ними лиц и несоответствие требованиям заказчика продукции дилеров либо иных поставщиков требуемой продукции.

именно объективной необходимости заказчика в получении товара исключительно производителей или лиц, с ними аффилированных, в заседание Комиссии представлено не было. Таким образом, указанные действия организатора торгов привели к объективной невозможности для иных лиц предложить свой товар к поставке.

Таким образом, действия заказчика, установившего указанное требование в закупочной документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ, подпункту «г» пункта 1.3.2.2 Положения о закупке продукции для нужд ПАО «РусГидро», нарушают требования части 1 статьи 2 Закона № 223-ФЗ.

допущенное нарушение повлияло на результат закупки, комиссия полагает необходимым выдать организатору закупки предписание об устранении допущенных нарушений.

В соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии. В случае, если в ходе рассмотрения жалобы комиссией антимонопольного органа установлены иные нарушения в действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.

По результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных не являющихся предметом обжалования нарушений (нарушений порядка организации и проведения торгов, заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися) принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 настоящего Федерального закона (часть 20 статьи 18.1).

На основании изложенного, руководствуясь статьями 18.1, 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу жалоба ООО «А ГРУПП» на действия организатора торгов – АО «РусГидроСнабжение» при проведении открытого одноэтапного конкурса на право заключения договора на поставку труб большого диаметра для нужд филиалов АО «ДГК» (ГКПЗ № 70019.1) (извещение № 31806965633) обоснованной.

2. Признать действия АО «РусГидроСнабжение» при проведении указанной закупки нарушающими часть 1 статьи 2, пункт 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг, отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать АО «РусГидроСнабжение» предписание об устранении нарушения порядка организации и проведения закупки.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд Хабаровского края в течение трех месяцев со дня его принятия.