

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-13660/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров
24.08.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

в отсутствие представителей ООО «СД-К» (уведомлено письмом Московского УФАС России от 18.08.2020 № ПО/45841/20),

рассмотрев жалобы ООО «СД-К» (далее также - Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении открытых аукционов в электронной форме № 3703/ОАЭ-ДКРС/20 на право заключения договоров поставки оборудования электрификации и электроснабжения на объекты строительства ОАО «РЖД»; № 3719/ОАЭДКРС/20 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (реестровые № 32009371792, № 32009371880, далее — Закупки) в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступили жалобы Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупок.

Заявитель в жалобах не согласен с положениями разд. 1.9 Приложения № 1 к Документаций, поскольку полагает их необоснованными, избыточными, ограничивающими конкуренцию на торгах. Как указывает Заявитель в жалобах, Заказчик в документациях необоснованно установил в качестве критериев допуска к участию в Закупке требование о наличии опыта поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства в размере 20 процентов от начальной максимальной цены (п. 1.9.1 Приложения № 1 к аукционной документации) и опыта поставки оборудования электрификации и электроснабжения (п. 1.7.1 Приложения № 1 к аукционной документации) и о том, что участник должен являться производителем оборудования либо обладать правом поставки оборудования, указанного в приложении № 1.1 к Документации, предоставленным производителем (п. , 1.7.1.2, п. 1.9.2 Приложений № 1 к аукционным документациям).

Представитель Заказчика с доводами жалоб не согласился, представив письменные возражения.

Комиссия, рассмотрев жалобы Заявителя, приняла решение о признании её обоснованной, исходя из следующих фактических обстоятельств дела.

Жалобы рассмотрены по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Согласно ч. 1 п. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке 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.

В свою очередь, Законом о закупках провозглашены принципы, которым должны соответствовать действия Заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принцип информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Как следует из материалов дела, заказчиком в единой информационной системе закупок (далее также - ЕИС) опубликованы документации открытых аукционов в электронной форме № 3703/ОАЭ-ДКРС/20 на право заключения договоров поставки оборудования электрификации и электроснабжения на объекты строительства ОАО «РЖД»; № 3719/ОАЭДКРС/20 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (далее - Документация).

Согласно п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Согласно п. 1.9.1 Приложения № 1 к Документации Заказчиком предъявлено квалификационное требование – Участник должен иметь опыт поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства, стоимость которого составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в Техническом задании - приложении № 1.1 к аукционной документации. При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) инженерного и технологического оборудования и (по выбору участника закупки) на объекты строительства. Аналогично и в другой закупке — там в качестве критерия допуска установлена необходимость наличия опыта поставки оборудования электрификации и электроснабжения.

Согласно п. 1.9.2 Приложения № 1 к Документации Заказчиком предъявлено иное квалификационное требование - участник должен являться производителем оборудования либо обладать правом поставки оборудования, указанного в приложении № 1.1 к аукционной документации, предоставленным производителем.

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 либо обладает правом поставки оборудования, указанного в приложении № 1.1 к аукционной

документации, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

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

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.

В отношении критерия допуска заявок участник в п. 1.7.1 и 1.9.2 Приложений № 1 к Документации Комиссия отмечает, что данное требование идет вразрез с судебной практикой, установленной в отношении реализации принципов осуществления закупочной деятельности, указанных в п. 6 обзора судебной практики практики от 16.05.2018 по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации (далее - Обзор).

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 п. 1 ч. 10 ст. 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, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемых товаров.

Кроме того, предъявление к участникам такого требования само по себе не может гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке товаров. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к поставщику иных квалификационных требований.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае могли привести к ограничению круга потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог на заседании Комиссии представить объективных доказательств необходимости установления указанного требования.

Кроме того, Комиссия учитывает, что критерием допуска фактически является опыт

поставки инженерного и/или технологического оборудования и опыт поставки оборудования электрификации и электроснабжения, при этом опыт поставки иного оборудования, по мнению Заказчика, не является надлежащим подтверждением добросовестности и квалификации участника, а Заказчик, исходя из представленных в материалы дела доказательств, не доказал специфичность такого опыта.

Учитывая неспецифичность (неизменность самого процесса поставки, способа ее выполнения) поставки инженерного и/или технологического оборудования и опыта поставки оборудования электрификации и электроснабжения, Комиссия делает вывод о намеренном сужении круга потенциальных участников Закупки путем установления вышеуказанного критерия допуска заявок участников.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае сузили круг потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог пояснить цель сужения необходимого опыта по предмету Закупки только поставкой инженерного и/или технологического оборудования.

Комиссия отмечает, что предоставленное законом Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить Заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время, такое право Заказчика не является безусловным и безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки.

Требование Заказчика о наличии у участника Закупки опыта аналогичному предмету Закупки не менее 20 % от НМЦ существенным образом ограничивает возможность участия в рассматриваемой закупке именно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, поскольку исключает возможность участия в Закупке лиц, не отвечающим таким требованиям. Учитывая размер начальной максимальной цены (63 871 757,44 и 83 750 606,64 рублей), указанное требование в принципе не допускает возможность участия в Закупке субъектов малого и среднего предпринимательства, не обладающих опытом поставки менее 12 миллионов 774 тысяч рублей в первой закупке и 16 миллионов 750 тысяч рублей во второй закупке.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены без соблюдения баланса частных интересов Заказчика и публичных интересов, расширения количества участников торгов, предотвращения различных злоупотреблений и недопущения ограничения конкуренции на торгах, что установлено не только законодательством о защите конкуренции, но и Законом о закупках. Рассматривая установленные в Документации требования, признать их соответствующими указанным принципам закупочной деятельности не представляется возможным.

В настоящем случае Заказчик посчитал возможным рассматривать указанные требования как критерии допуска до участия в Закупке.

Комиссия отмечает, что наличие у участников Закупки опыта выполнения договоров (ресурсов) не может являться критерием допуска к участию в закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

В целях защиты Заказчика от лица, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, законодателем введен институт публично-правовой ответственности в виде включения сведений о таких лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с ч. 2 ст. 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

Установление оспариваемых требований к участникам в качестве именно допуска к дальнейшему участию в процедуре влечет за собой нарушение принципа равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участнику закупочной процедуры не означает, что реализация данного права может осуществляться произвольно. Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

В пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного 16.05.2018 Президиумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснено, что уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

В свою очередь, обоснованность спорных требований в Документации должно быть доказано со стороны Заказчика, как равно и невозможность проведения Закупки без предъявления соответствующего требования непосредственно к участнику закупки. Также Комиссия принимает во внимание, что Заказчик, выбирая форму проведения закупки посредством проведения аукциона, не лишен был возможности прибегнуть к иной форме конкурентной процедуры (например, конкурс, запрос предложений), в рамках которых можно было установить соответствующее требование в качестве критерия оценки заявки участника закупки, что позволило бы обеспечить права большего количества субъектов малого и среднего предпринимательства при участии в закупке.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 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.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у Заказчика объективной необходимости в установлении таких требований последним не представлено.

Вместе с тем, оценивая спорное требование, следует признать, что критериям объективности и нормативности оно не соответствует. При этом сам по себе предмет Закупки не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов. На основании изложенного, Комиссия соглашается с доводами Заявителя о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3, а также п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

При этом в отношении выдачи предписания Комиссия отмечает следующее.

Согласно ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции в случае признания поданной жалобы обоснованной либо выявления в действиях организатора закупки иных нарушений требований действующего законодательства Российской Федерации антимонопольный орган принимает решение о необходимости выдачи последнему обязательного к исполнению предписания об устранении выявленного нарушения.

Данная норма права предоставляет антимонопольному органу возможность самостоятельно определить такую необходимость в зависимости от конкретных фактических обстоятельств.

Таким образом, основной целью выдаваемого антимонопольным органом предписания об устранении нарушения является его правосстановительная функция, направленная на устранение выявленного нарушения и восстановление нарушенных прав и законных интересов участника торгов, что может быть достигнуто в административном порядке путем исполнения требований такого предписания (ст. 11 ГК РФ).

При этом предписание антимонопольного органа не должно обладать в указанной части абстрактным и размытым характером, что свидетельствует о необходимости наличия у административного органа при его выдаче четких, бесспорных и убедительных доказательств того обстоятельства, что выдача им обязательного к исполнению предписания будет служить достижению упомянутых целей и повлечет за собой улучшающие изменения в правовом положении лица, в защиту прав которого такое предписание выдается. Обратное же приведет к несоблюдению баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации 29.03.2011 № 2-П), а также принципа стабильности публичных правоотношений, поскольку будет способствовать отнесению на заказчиков обязанностей по осуществлению бесполезных действий, не влияющих на ход и результат конкурентной процедуры.

В настоящем случае Комиссия исходит из отсутствия необходимости выдачи

предписания по внесению изменений в Документацию, поскольку такое предписание приведет к затягиванию хода закупочной процедуры.

При таких данных Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи предписания об устранении выявленных нарушений путем допуска всех поданных заявок без учета критериев допуска заявок участников, установленных в разделе 1.9 Приложения № 1 к Документации.

С учетом изложенного и руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, ст. 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1.

1. Признать жалобы ООО «СД-К» (ОГРН: 1197746535832, ИНН: 9715360569) на действия ОАО «РЖД» (ОГРН: 1037739877295, ИНН: 7708503727) при проведении Закупки обоснованными.
2. Признать в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1 ст. 3, п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия (изготовления в полном объеме).

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-13660/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров
24.08.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

руководствуясь п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии от 24.08.2020 по делу № 077/07/00-13660/2020,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении открытых аукционов в электронной форме № 3703/ОАЭ-ДКРС/20 на право

заключения договоров поставки оборудования электрификации и электроснабжения на объекты строительства ОАО «РЖД»; № 3719/ОАЭДКРС/20 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (реестровые № 32009371792, № 32009371880, далее — Закупки), а именно:

1.

1. Заказчику рассмотреть поданные заявки на участие в Закупках с учетом решения Комиссии от 24.08.2020 по делу № 077/07/00-13660/2020, то есть без учета критериев допуска заявок участников, указанных в разд. 1.9 Приложения № 1 к Документации (по закупке № 32009371880) и в разд. 1.7 Приложения № 1 к Документации (по закупке № 32009371792).
2. Заказчику не позднее трех дней со дня исполнения предписания, разместить в единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) соответствующую информацию о ходе исполнения предписания.
3. Заказчику завершить процедуру Закупок в соответствии с решением Комиссии от 24.08.2020 по делу № 077/07/00-13660/2020, требованиями ч. 1 ст. 447 Гражданского кодекса Российской Федерации, Положением о закупках Заказчика, документаций открытых аукционов в электронной форме № 3703/ОАЭ-ДКРС/20 на право заключения договоров поставки оборудования электрификации и электроснабжения на объекты строительства ОАО «РЖД»; № 3719/ОАЭДКРС/20 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД».
4. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 28.09.2020.
5. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 30.09.2020 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа ст. 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

1.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание

антимонопольного органа.