

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-458/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

21.01.2021 г. Москва

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

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ПАО «МОЭК», ООО «Торговый Дом ЗЕВС»,

рассмотрев жалобу ООО «Торговый Дом ЗЕВС» (далее также - Заявитель) на действия ПАО «МОЭК» (далее также - Заказчик) при проведении открытого конкурентного отбора в электронной форме на право заключения договора на поставку электроустановочных изделий для нужд ПАО «МОЭК» (реестровый № 32009859326, далее — Закупка) в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки, мотивированная несогласием с положениями Документации.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи 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 Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия

(бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленных нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Законом о закупках частью 10 статьи 3 предусмотрены основания, позволяющие участникам закупок а также иным заинтересованным лицам обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований названного закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В рамках первого довода Заявитель оспаривает положение 5.7.1.9 Документации, в котором указано, что в случае, если участник не является производителем (изготовителем) продукции, в состав своей заявки он должен включить письмо, выданное производителем (изготовителем) продукции, о готовности производителя (изготовителя) продукции осуществлять отпуск продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации).

Также допускается, что участник/коллективный участник может не располагать возможностью по предоставлению письма от производителя (изготовителя) продукции, указанного выше, если продукция приобретается не у производителя (изготовителя) продукции, а у лица, уполномоченного производителем (изготовителем) продукции на реализацию продукции (далее – Уполномоченное лицо). В этом случае участником / коллективным участником в состав своей заявки включается письмо, выданное уполномоченным лицом, о готовности уполномоченного

лица осуществить отпуск продукции для нужд Заказчика (Форма 11 раздела 7 Документации). При этом Участником / коллективным Участником должна быть приложена копия актуального (действительного) документа, выданного производителем (изготовителем) продукции, удостоверяющего полномочие уполномоченного лица на реализацию продукции данного производителя (изготовителя) продукции.

Заказчик в своих возражениях указывает, что в данной закупке может принять участие любое лицо, как производители, дилеры/дистрибьютеры, так и другие лица, не обладающие указанным статусом (производителя или дилера).

Заказчик также считает, что реализация положения подпункта 1 пункта 8.2 закупочной документации направлена подтверждение наличия возможности поставить товар в соответствии с предметом закупки и привлечь к участию в закупке максимальное количество участников, способных обеспечить реализацию предмета закупки. Заказчик в своих возражениях указывает, что в противном

случае (в случае отсутствия такого требования) возможно участие в закупке недобросовестного лица, у которого отсутствует возможность поставить товар, которое приведет к срыву срока поставки, расторжению договора, срыву производственного процесса, необходимости повторно осуществлять закупку и, в конечном счете, приведет к неэффективному использованию денежных средств, выделенных заказчиком на ее проведение.

Комиссия отмечает, что несмотря на доводы Заказчика о наличии и потенциальной возможности такого участия со стороны недобросовестных лиц, конкретных доказательств и материалов, подтверждающих указанную в возражениях позицию представлено не было (кроме устных доводов о нарушении прав Заказчика в случае отсутствия такого требования), например не было представлено ссылок на закупки, в которых данное требование отсутствовало, что впоследствии привело к расторжению и неисполнению договора.

При этом ранее Верховный суд РФ в п. 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018, отметил, что установленные такие 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.

Вместе с тем Комиссия в данном случае отмечает, что предоставление документов, цепочку лиц по поставке должно учитывать то обстоятельство, что участник Закупки не имеет право требовать, а изготовитель товара/его дилер ни в рамках договора, в случае его наличия, ни в рамках действующего законодательства не обязан предоставлять участнику закупки любые письма и подтверждения возможности поставки товара в адрес третьего лица, то есть Заказчика. Дополнительно необходимо учитывать, что в указанной закупке участнику требовалось подтверждение от большого количества производителей товаров.

В отсутствие обязанности производителя как-либо реагировать на обращения участников закупки на соответствующие запросы о представлении писем с гарантиями, соглашениями, возможность участников закупки сформировать и подать заявку, а также заключить договор по результатам Закупки в соответствии с требованиями Документации не должна всецело зависеть от волеизъявления третьих лиц — производителей закупаемого товара и его дилеров.

Как указано ранее, Заказчик в письменных возражениях также указывает, что Закон о закупках не запрещает заказчику устанавливать дополнительные требования, которые подтверждают возможность участника поставить предложенные им товары.

При этом Комиссия отмечает, что в законе не могут быть прописаны все возможные

виды ограничения конкуренции, поэтому Законом о закупках указано, что Заказчик при установлении требований должен руководствоваться перечнем принципов, а именно: отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

При этом объективное обоснование установления указанного требования Заказчиком не приведено. Вместе с тем участник закупки, подав заявку, принимает на себя весь объем обязательств по своевременной поставке товара в соответствии с условиями Документации, также, подписывая договор с Заказчиком, второй раз подтверждает свои обязательства по поставке, кроме того, может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков, в связи с чем требование дополнительного подтверждения возможности исполнить обязательства путем представления копий дилерских или иных договоров с производителями или дилерами является излишним и ограничивает количество участников Закупки.

Указанная правовая позиция подтверждается постановлением Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2016 по делу № А14-9750/2015, решением Арбитражного суда г. Москвы от 24.10.2016 по делу № А40-127484/2016-92-1091.

Исходя из презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений (ч. 5 ст. 10 ГК РФ), каких-либо оснований сомневаться в готовности Заявителя поставить товары у Заказчика не имеется, поскольку участником могут быть представлены документы от одного из производителей, подтверждающие в достаточной степени намерение заключить договор и поставить определенный товар.

В этой связи Комиссия соглашается с доводом Заявителя о том, что участник закупки может не являться производителем товара или не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки, что также свидетельствует о необоснованности установления требования п. 5.7.1.9 Документации.

Таким образом, Комиссия считает, что действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, может повлечь ограничение количества участников закупки, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

В отношении второго довода Заявителя о неправомерном включении в п. 2.5 проекта договора требования об обязательной необходимости открытия счета в АО «Газпромбанк», Комиссией установлено следующее.

В соответствии с пунктом 2.5 проекта договора все расчеты по договору осуществляются с использованием Отдельного счета, открытого Поставщику в Банке Газпромбанк (Акционерное общество).

Пункт 4.1.4 Проекта договора предусматривает, что поставщик обязуется соблюдать условия банковского сопровождения, установленные в Приложении № 7 к Договору.

Согласно пункту п. 5.8.1 Проекта договора за нарушение поставщиком срока,

установленного подпунктом 2.1 или подпунктом 2.2 пункта 2 условий банковского сопровождения договора (Приложение № __ к настоящему Договору), покупатель вправе требовать от поставщика уплаты пени в размере 1/180 (одной сто восьмидесятой) ключевой ставки Банка России, действующей на дату уплаты пени, от стоимости товара по настоящему договору за каждый день просрочки.

Кроме того, за неисполнение поставщиком обязанности, установленной подпунктом 2.3 пункта 2 Условий банковского сопровождения Договора (Приложение № 2 к настоящему Договору), Поставщик уплачивает Покупателю неустойку (штраф) в размере 10 (десять) процентов от суммы каждой операции, совершенной не с использованием Отдельного счёта .

Таким образом, по условиям проекта договора Заказчик навязывает победителю необходимость осуществления расчетов по заключаемому договору исключительно в АО «Газпромбанк», при этом победитель также должен в обязательном порядке иметь (либо открыть) спец-счет в указанном банке, что налагает дополнительные затраты на лицо, победившее в Закупке.

Согласно статье 1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон о банках) кредитная организация - юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные настоящим Федеральным законом. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

В соответствии со статьей 13 Закона о банках осуществление банковских операций производится только на основании лицензии, выдаваемой Банком России в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, за исключением случаев, указанных в частях девятой и десятой настоящей статьи и в Федеральном законе «О национальной платежной системе».

В силу статьи 13 Закона о банках лицензии, выдаваемые Банком России, учитываются в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций.

Согласно вышеуказанной статье Закона о банках реестр выданных кредитным организациям лицензий подлежит публикации Банком России в официальном издании Банка России («Вестнике Банка России») не реже одного раза в год. Изменения и дополнения в указанный реестр публикуются Банком России в месячный срок со дня их внесения в реестр.

В соответствии со статьей 13 Закона о банках в лицензии на осуществление банковских операций указываются банковские операции, на осуществление которых данная кредитная организация имеет право, а также валюта, в которой эти банковские операции могут осуществляться.

Согласно статье 5 Закона о банках кредитная организация помимо перечисленных в части первой указанной статьи банковских операций вправе осуществлять следующие сделки:

- 1) выдачу поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме;
- 2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;
- 3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами;
- 4) осуществление операций с драгоценными металлами, монетами из драгоценных металлов в соответствии с законодательством Российской Федерации;
- 5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;
- 6) лизинговые операции;
- 7) оказание консультационных и информационных услуг;
- 8) выдача банковских гарантий.

Вместе с тем при осуществлении процедуры лицензирования, органом, осуществляющим лицензирование, производится проверка соответствия кредитной организации требованиям, установленным законодательством Российской Федерации.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что избрание банка, прошедшего процедуру лицензирования в установленном порядке, для открытия счетов, дальнейшего обслуживания, проведения денежных операций должно осуществляться каждым субъектом в самостоятельном порядке, исходя из степени выгоды для такого субъекта предложения соответствующего банка.

На заседании Комиссии представителем Заказчика не приведено доказательств, однозначно свидетельствующих о том, что использование будущим контрагентом для расчетов с Заказчиком счета, открытого в ином банке, каким-либо образом влияет на возможность контроля обоснованности расходов, а также на благонадежность поставщика.

В связи с чем Комиссия не усматривает оснований для лишения возможности победителя закупочной процедуры выбора лицензированной кредитной организации.

При этом факт того, что Заказчик входит в Группу Газпром, а сопровождение в АО «Газпромбанк» сокращает его издержки не может безусловно оправдывать действия Заказчика по навязыванию победителю необходимости открытия счета в таком банке.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы.

При этом Комиссия, учитывая конкретные фактические обстоятельства, приняла решение об отсутствии необходимости в выдаче предписания о внесении изменений в документацию, так как это приведет к затягиванию Закупки.

Указанные нарушения должны быть устранены путем рассмотрения заявок без учета требования 5.7.1.9 Документации, а также заключения договора без учета требований о сопровождении только АО «Газпромбанк».

Руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Торговый Дом ЗЕВС» (ИНН:7722351995) на действия ПАО «МОЭК» (ОГРН:1047796974092) при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание.

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