

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-973/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Атрэйдес» 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»

21.11.2017 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе: <...>

при участии представителей: <...>

рассмотрев жалобу ООО «Атрэйдес» от 13.11.2017 № 145/2 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 8059/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ по ремонту и восстановлению емкости аккумуляторных батарей Московской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705380286), 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 «Атрэйдес» (далее-Заявитель) от 13.11.2017 № 145/2 (вх. 173223-ЭП/17 от 13.11.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 8059/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ по ремонту и восстановлению емкости аккумуляторных батарей Московской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705380286) (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.

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 (далее - положение о закупке).

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров ОАО «РЖД» 30.06.2014.

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе в сфере закупок (далее - ЕИС) размещается информация о закупке, в том числе извещение о закупке, документация о закупке, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, изменения, вносимые в такое извещение и такую документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые в ходе закупки, а также иная информация, размещение которой в ЕИС предусмотрено Законом о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

31.07.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе Заявителю в допуске на участие в Аукционе.

Представитель Заказчика с доводом жалобы не согласился и указал, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Рассмотрев представленные материалы и выслушав пояснения представителя Заказчика, а также руководствуясь частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. 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.

В соответствии с частью 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В соответствии с протоколом рассмотрения аукционных заявок от 19.10.2017 № 8059/ОАЭ-ЭЭ/17/1 Заявителю отказано в допуске на участие в Аукционе на основании пункта 6.7.4 Документации в связи с представлением документов предусмотренных пунктом 2.1 Документации содержащих недостоверную информацию.

Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Аукциона должен иметь опыт

по фактически выполненным работам по ремонту и/или обслуживанию аккумуляторных батарей тяговых подстанций, стоимость которых составляет не менее 20 % (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 3 к Документации. При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) работ (по выбору участника закупки) по ремонту и/или обслуживанию аккумуляторных батарей тяговых подстанций.

В подтверждение опыта выполнения работ участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 11 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 Документации;
- акты о выполнении работ;
- договоры на выполнения работ (представляются все листы договоров со всеми приложениями);
- 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 заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы, заявки участников Аукциона и сообщил, что Заявителем в подтверждение опыта выполнения работ по ремонту и/или обслуживанию аккумуляторных батарей тяговых подстанций представлены сведения об опыте выполнения таких работ по форме приложения № 11 Документации. При этом в графе «Наличие жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением исполнителем участником обязательств по договору» Заявителем указано об отсутствии таких жалоб и претензий, в том числе по договору с ОАО «РЖД» от 23.11.2016 № 2156655.

Вместе с тем, представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России представил материалы и сообщил, что в адрес Заявителя за нарушение сроков выполнения работ выставлена претензия от 02.02.2017 № 341/3-СИБ НТЭ.

Пунктом 6.7.4 Документации установлено, что в случае установления недостоверности информации, содержащейся в документах, представленных участником в составе заявки, заказчик обязан устранить такого участника аукциона на любом этапе проведения Аукциона.

Кроме того, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не явился и не представил доказательств обоснованности довода Жалобы.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, отклонившего заявку Заявителя, не противоречит требованиям Закона о закупках, Положению о закупке и Документации.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

Кроме того, при рассмотрении Жалобы в действиях Заказчика выявлены

следующие нарушения.

2. Пунктом 5.3.3.1 установлено, что отсутствие у участника аукциона недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации. Участник аукциона считается соответствующим установленному требованию в случае, если им в установленном порядке подано заявление об обжаловании указанных недоимки, задолженности и решение по такому заявлению на дату рассмотрения заявки на участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) не принято.

Вместе с тем, дата окончания подачи заявок — 21.09.2017, дата рассмотрения заявок — 19.10.2017. Таким образом, участник Аукциона на момент подачи заявки может не иметь недоимки по налогам, сборам, а также задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации. При этом к моменту рассмотрения заявок возникновение недоимки и задолженности, например, не по вине такого участника, повлечет признание Заказчиком таких сведений (содержащихся в представленных участником в составе заявки документах) недостоверными, что является основанием для отказа в допуске на участие в Аукционе такому участнику Аукциона на любом этапе проведения Аукциона, согласно требованиям пункта 6.5.4 Документации.

На основании вышеизложенного, а также учитывая особенности налогообложения, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что требование о предоставлении в составе заявки на участие в Аукционе декларации об отсутствии задолженности перед бюджетом Российской Федерации на дату рассмотрения заявки на участие в Аукционе может привести к ограничению количества участников в виду сокращения количества участников закупки, так как фактически задолженность участника на момент подачи заявки должна соответствовать 0 рублей 00 копеек.

2.1 Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с квалификационной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение аукционных заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.5.10 Документации Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, в том числе путем выездных проверок. В случае препятствования участником данной проверки, его заявка может быть отклонена.

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

Кроме того, в Положении о закупке и Документации не установлен порядок проведения указанных проверок, что ставит возможность проведения или не проведения выездной проверки в отношении конкретного участника Аукциона в зависимости от решения Заказчика, которое может быть различным в отношении разных участников.

Вместе с тем, препятствование участником осуществлению выездной проверки является основанием для отклонения заявки участника Аукциона. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Аукциона допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

- - Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник Аукциона должен располагать квалифицированным персоналом, в том числе:
 - не менее двух электромонтеров по ремонту и обслуживанию электрооборудования (по отраслям), имеющих группу допуска по электробезопасности не ниже 3.

В подтверждение наличия квалифицированного персонала участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 12 к Документации;
- копии дипломов/ сертификатов о повышении квалификации/ удостоверений или иных документов, подтверждающих наличие у задействованных сотрудников необходимой квалификации.

Вместе с тем, отсутствие у участника на момент подачи заявки указанного в Документации квалифицированного персонала, а также подтверждающих документов, указанных в пункте 2.2 Документации, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона, поскольку такой квалифицированный персонал может быть привлечен участником закупки после подведения итогов закупки в случае признания такого участника победителем закупки, а, напротив, налагают дополнительные непредусмотренные финансовые обязательства на участника закупки для целей принятия участия в Аукционе.

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

Вместе с тем, вышеуказанные нарушения не повлияли на результаты проведения Аукциона, поскольку по указанным основаниям заявки участников Аукционе не отклонялись.

3. Согласно пункту 8.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 6 Документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

При этом приложением № 6 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 8.1.9 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 Документации.

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

3.1 Пунктом 8.2.1 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.

Вместе с тем, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров 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 положение Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

- - - Пунктом 9.3 проекта договора Документации установлено: «(б – для ДЗО ОАО «РЖД») В случае, если путем переговоров и в претензионном порядке между Сторонами не достигнуто согласие, то все споры, связанные с заключением, исполнением, изменением, расторжением и прекращением настоящего Договора разрешаются в Постоянно действующем Третейском суде ЗАО «Ассоциация Профессиональной Правовой Помощи» в соответствии с Положением и Регламентом Постоянно действующего Третейского суда. Местонахождение Постоянно действующего Третейского суда ЗАО «Ассоциация Профессиональной Правовой Помощи»: 125167, г. Москва, ул. Степана Супруна, д. 4/10, офис 147, телефоны: 613-87-23, 613-61-27».

В соответствии пунктом 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом целевого и экономически эффективного расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла

закупаемой продукции) и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

Вместе с тем, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, самостоятельно устанавливаемых каждым постоянно действующим третейским судом, что не отвечает цели экономии средств заказчика.

В соответствии со статьей 4 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» третейские суды не входят в судебную систему Российской Федерации.

Частью 1 статьи 5 Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» предусмотрено, что спор может быть передан на разрешение третейского суда при наличии заключенного между сторонами третейского соглашения.

Согласно части 9 статьи 3 Закона о закупках участник закупки вправе обжаловать в судебном порядке действия (бездействия) заказчика при закупке товаров, работ, услуг.

Таким образом, в связи с тем, что разрешение третейским судом споров, разногласий, требований, возникающих из договора или в связи с ним, в том числе касающихся его исполнения, нарушения, изменения, прекращения или недействительности, не предусмотрено Законом о закупках, данное положение проекта договора Документации не соответствует положениям Закона о закупках.

Кроме того, осуществление правосудия в Российской Федерации происходит, в том числе, в соответствии с принципами гласности и публичности, которые реализуются через открытость судебного заседания (исключения составляют случаи предусмотренные законом), обеспечения доступности правосудия, размещение решений судов в открытом доступе в сети Интернет.

Таким образом, принципы третейского разбирательства, которые основаны на конфиденциальности, закрытости процесса, неформальном характере разбирательства, упрощенном порядке сбора и предоставления доказательств, отсутствии информации о принятых решениях, а также невозможности их проверки и пересмотра по существу, не позволяют обеспечить цели, установленные Законом о закупках.

Кроме того, участник закупки, подавая заявку на участие в Аукционе и соглашаясь на все условия Документации, лишен возможности изменить условие о порядке разрешения споров, в связи с тем, что такое условие установлено в проекте договора Документации и не может быть изменено участником закупки в одностороннем порядке.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, установившего указанное положение проекта договора Документации, противоречит пункту 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу ООО «Атрэйдес» от 13.11.2017 № 145/2 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 8059/ОАЭ-ЭЭ/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ по ремонту и восстановлению емкости аккумуляторных батарей Московской дирекции по энергообеспечению (извещение № 31705380286) необоснованной.
 - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
 - Выдать ОАО «РЖД» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, с учетом принятого Комиссией ФАС России решения от 21.11.2017 № 223ФЗ-973/17.

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