

## РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-258/17

по результатам рассмотрения жалобы АО «Тормо» 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»

30.03.2017 Москва

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

при участии представителей: <...> ,

рассмотрев жалобу АО «Тормо» от 15.03.2017 № 24 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2595/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки и выполнения монтажных и пусконаладочных работ устройств зарядки и опробования тормозов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604635311), 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 АО «Тормо» (далее — Заявитель) от 15.03.2017 № 24 (от 23.03.2017 вх. 42322/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2595/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки и выполнения монтажных и пусконаладочных работ устройств зарядки и опробования тормозов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604635311) (далее — Конкурс, 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.

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

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.

30.12.2016 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно:

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Конкурса о наличии опыта поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ по предмету Конкурса;
    - В Документации неправомерно установлено право Заказчика дозапрашивать информацию у участников Конкурса;
    - Заказчиком неправомерно проведен Конкурс только среди субъектов малого и среднего предпринимательства;

Кроме того, на заседании Комиссии ФАС России, представитель Заявителя заявил дополнительные доводы, а именно:

- - - Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Конкурса о подтверждении возможности осуществления гарантийного ремонта товара закупки в технических, сервисных службах;
    - Заказчиком в Документации установлены противоречивые требования к участникам Конкурса в части предоставления альтернативных предложений.

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

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

- - Согласно части 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 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 предусмотрен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Конкурса должен иметь опыт осуществления поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ устройств зарядки и опробования тормозов и/или специализированного технологического оборудования для ремонта железнодорожного подвижного состава, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в пункте 3.1 Документации. При этом учитывается стоимость всех поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ участником закупки (с учетом правопреемственности) устройств зарядки и опробования тормозов и/или специализированного технологического оборудования для ремонта железнодорожного подвижного состава (по выбору участника закупки).

В подтверждение опыта осуществления поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ участник в составе заявки представляет:

- сведения по форме приложения № 8 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 Документации;
- договоры на поставку и выполнение монтажных и пусконаладочных работ устройств зарядки и опробования тормозов и/или специализированного технологического оборудования для ремонта железнодорожного подвижного состава (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями);
- накладные о поставке устройств зарядки и опробования тормозов и/или специализированного технологического оборудования для ремонта железнодорожного подвижного состава, акты о выполнении монтажных и пусконаладочных работ;

- 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.).

Вместе с тем, содержанием договора поставки является обязанность поставщика доставить соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

Кроме того, поставщик может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Таким образом, учитывая природу договора поставки, отсутствие у данного поставщика фактов поставки оборудования по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Кроме того, в соответствии с пунктом 249 Положения о закупке победителем Конкурса признается участник, предложивший лучшие условия исполнения договора в соответствии с критериями и порядком оценки и сопоставления заявок, которые указаны в Документации.

С учетом изложенного, наличие у участников закупки опыта осуществления поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ оборудования по предмету Конкурса не может являться критерием допуска к участию в закупке.

Кроме того, согласно протоколу рассмотрения заявок от 06.03.2017 № 2595/ОКЭ-РЖДС/16/2 (далее - Протокол) участникам Конкурса ООО «ПКФ «Новые технологии», ООО «Современные Технологии Клининга» отказано в допуске на участие в Конкурсе на основании пункта 7.5.3.2 Документации в связи с неподтверждением соответствия квалификационному требованию, установленному пунктом 2.1 Документации.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанного требования в качестве обязательного требования к участникам Конкурса и отказ в допуске участникам Конкурса в случае несоответствия такому требованию ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Указанные действия Заказчика нарушают требования части 1 статьи 2, части 6 статьи 3 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

- - - Пунктом 7.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Конкурса 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 конкурсных заявок участников.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурса с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего вышеуказанное требование Документации, 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.

- - - По мнению Заявителя, Заказчиком неправомерно проведена закупка среди субъектов малого и среднего предпринимательства, поскольку в плане закупок ОАО «РЖД» на 2016 год не установлено указанное требование к участникам Конкурса.

Пунктом 1.4 Документации установлено, что Конкурс проводится среди субъектов малого и среднего предпринимательства в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 11 декабря 2014 г. № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Постановление № 1352).

В соответствии с пунктами 8 и 10 Постановления № 1352 для проведения торгов, иных способов закупки, предусмотренных положением о закупке, в соответствии с подпунктом «б» пункта 4 Постановления № 1352 заказчики обязаны утвердить перечень товаров, работ, услуг, закупки которых осуществляются у субъектов МСП, и разместить его в ЕИС.

На заседании Комиссии ФАС России, представители Заказчика продемонстрировал план закупок ОАО «РЖД» на 2016 год и перечень товаров, работ, услуг, закупаемых ОАО «РЖД» у МСП (далее — Перечень) в электронном виде, и сообщили, что оборудование по предмету Конкурса входит в указанный Перечень.

Таким образом, довод Жалобы о неправомерности проведения закупки только среди МСП не нашел своего подтверждения.

- - - Согласно пункту 2.2 Документации участник Конкурса должен иметь возможность осуществления гарантийного ремонта товара (указанного в пунктах 3.1, 3.2 Документации) в технических,

сервисных службах.

В подтверждение возможности осуществления гарантийного ремонта товара (указанного в пунктах 3.1, 3.2 Документации) в технических, сервисных службах участник в составе заявки должен представить:

- сведения по форме приложения № 9 к Документации;
- документы, подтверждающие возможность осуществления гарантийного ремонта товара в технических, сервисных службах (например, договоры с сервисными центрами, службами; в случае если участник осуществляет функции сервисной, технической службы – документы, подтверждающие право осуществления ремонта товара, выданные производителем такого товара; письмо участника о том, что участник является производителем и осуществляет гарантийный ремонт самостоятельно и др.).

Установление в Документации указанных требований ограничивает количество возможных участников закупки, поскольку возможность участия в закупке поставлена в зависимость от решений (действий) третьих лиц (сервисной службы).

При этом документы, подтверждающие возможность поставки товара, осуществления гарантийного ремонта, могут быть получены участником Конкурса после заключения договора по результатам закупки.

Следовательно, отсутствие у участника документов, указанных в пункте 2.2 Документации, в составе заявки не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам закупки в качестве обязательного для участников Конкурса, противоречат 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.

- - - По мнению Заявителя, пунктами 7.11.1 и 1.10 Документации установлены противоречивые положения в части представления участниками Конкурса альтернативных предложений.

Пунктом 7.11.1 Документации установлено, что Заказчик вправе предусмотреть при проведении Конкурса право участника подать альтернативное(ые) предложение(я).

Согласно пункту 1.10 Документации подача альтернативных предложений не предусмотрена.

На заседании Комиссии ФАС России, представитель Заказчика сообщил, что указанные положения Документации не противоречат друг другу, поскольку пунктом 7.11.2 Документации предусмотрено, что альтернативное(ые) предложение(я) допускается(ются) только в отношении установленных требований к товарам, работам, услугам или условиям договора, указанных в пункте 1.10

Документации.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Заявителя Комиссией ФАС России в действиях Заказчика выявлены следующие нарушения.

6. В соответствии с пунктом 7.5.10 Документации Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, путем получения сведений из любых официальных источников, использование которых не противоречит законодательству Российской Федерации, в том числе официальных сайтов государственных органов и организаций в сети Интернет, а также путем выездных проверок. В случае препятствования участником данной проверки, его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

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 Конкурса в зависимость 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 Конкурса. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Конкурса допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

6.1 В соответствии с пунктом 1.5 Документации при проведении Конкурса применяются антидемпинговые меры, перечисленные в подпункте а) пункта 7.12.2.3 Документации, в порядке, установленном в указанном пункте.

Согласно подпункту а) пункта 7.12.2.3 Документации участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить при направлении заказчику подписанного проекта договора обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), которое может включать один или несколько документов, заверенных подписью и печатью (при ее наличии) участника, а именно гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара.

В случае невыполнения участником Конкурса требования о представлении документов или признания заказчиком предложенной цены договора (цены лота) необоснованной, участник признается уклонившимся от заключения договора.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что в отсутствие обязанности производителя/дилера продукции как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении вышеуказанных документов,

возможность участия в Конкурсе и снижение цены договора ставится в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

6.2 Пунктом 9.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам Конкурса, 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.

6.3 Согласно пункту 9.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Конкурса должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 4 Документации.

При этом приложением № 4 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 9.1.9 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 Конкурсе (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 Конкурсе с учетом указанных положений Документации о банковской гарантии участника закупки зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

- - Пунктом 6.3.3.1 Документации установлено, что участник Конкурса должен соответствовать требованию об «отсутствии у участника конкурса недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (за исключением сумм, по которым имеется вступившее в законную силу решение суда о признании обязанности заявителя по уплате этих сумм исполненной или которые признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, а также на которые представлены отсрочка (рассрочка) либо инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, либо реструктурированные

в соответствии с законодательством Российской Федерации). Участник конкурса считается соответствующим установленному требованию в случае наличия у него задолженности по налогам, сборам и пени на дату подачи участником заявки на участие в конкурсе в размере не более 1000 рублей».

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика не представил доказательств, подтверждающих невозможность исполнения договора, заключенного по результатам закупки, в случае наличия у участника задолженности в размере более 1000 рублей по налогам, сборам и пени на дату рассмотрения заявки на участие в закупки.

Также, указанное требование о задолженности в размере 1000 рублей по налогам, сборам и пени не может быть применено в равной степени к разным участникам закупки, так как указанная величина налоговой задолженности может быть как значимой или напротив ничтожной по отношению к годовому денежному обороту соответствующего участника, следовательно не может быть признано равноправным.

Таким образом, действия Заказчика, установившего вышеуказанные требования Документации, 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.

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

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу АО «Тормо» от 15.03.2017 № 24 (от 23.03.2017 вх. 42322/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 2595/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора поставки и выполнения монтажных и пусконаладочных работ устройств зарядки и опробования тормозов для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604635311) обоснованной в части неправомерного требования о наличии опыта поставок оборудования по предмету Конкурса, установления права Заказчика допрашивать информацию у участников Конкурса, требования о подтверждении возможности осуществления гарантийного ремонта оборудования в сервисных службах.
    - Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2, части 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
    - Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений в соответствии с принятым

решением от 30.03.2017 № 223ФЗ-258/17.

- Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 30.03.2017 № 223ФЗ-258/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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