

РЕШЕНИЕ

по жалобе № 042/07/3-692/2019

«22» мая 2019 г.

г. Кемерово, Ноградская, 5

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, ведению реестра недобросовестных поставщиков, утверждению порядка рассмотрения жалоб (далее – Комиссия Кемеровского УФАС России) в составе:

Заместителя председателя комиссии: <...> – <...>;

<...> – <...>;

<...> – <...>;

Членов комиссии:

<...> – <...>;

<...> – <...>;

<...> – <...>

при ведении аудиозаписи заседания Комиссии,

при участии:

- <...> – представителя Открытого акционерного общества «Северо-Кузбасская энергетическая компания» (по доверенности),

рассмотрев в порядке, установленном ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) жалобу Общества с ограниченной ответственностью «ЛЭП-МАРКЕТ» и материалы жалобы № 042/07/3-692/2019.

УСТАНОВИЛА:

Кемеровским УФАС России принята к рассмотрению жалоба (вх. № 2209 от 25.04.2019) Общество с ограниченной ответственностью «ЛЭП-МАРКЕТ» (далее также – ООО «ЛЭП-МАРКЕТ», Заявитель) на действия организатора торгов ОАО «Северо-Кузбасская энергетическая компания» (далее – Организатор торгов, ОАО «СКЭК»), заказчика АО «Кемеровская горэлектросеть» (далее – АО «КГЭС», Заказчик) при проведении запроса коммерческих предложений (открытый, лотовый, неэлектронный, с правом проведения переторжки, одноэтапный, без проведения предварительного квалификационного отбора) на право заключения Договора на поставку стоек ЖБ марок СВ 95-3 и СВ110-5 для нужд АО «КГЭС», извещение о проведении которого было опубликовано 18.04.2019 в Единой информационной системе в сфере закупок в информационно-телекоммуникационной сети Интернет по адресу: <http://zakupki.gov.ru> (далее – ЕИС) под № 31907784401 (далее – Закупка).

По мнению Заявителя, в п. 3.1 ч. 3 Документации о проведении закупочной процедуры на право заключения Договора на поставку стоек ЖБ марок СВ 95-3 и

СВ110-5 для нужд АО «КГЭС» № ЗКП-2302 от 12.04.2019 (далее – Документация о закупке) установлено требование к участнику закупки: участник процедуры закупки должен являться изготовителем Продукции или иметь действующие дилерские полномочия с изготовителем Продукции. В п. 3.2 ч. 3 Документации о закупке указано, что участник закупочной процедуры должен предоставить дилерский сертификат. Согласно правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной 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» (далее – Закон № 223-ФЗ), утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.05.2018), установление заказчиком требования о том, что участник должен являться производителем продукции или иметь действующие дилерские полномочия не относится к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, связанным с определением соответствия поставляемого товара и требуемым включения в документацию. 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.

В пп. 3.2.1 п. 3.2 ч. 3 Документации о закупке установлены обязанности участника закупки по представлению документов, необходимых для проверки участника закупки на налоговую достоверность. Однако согласно Решению ФАС России от 05.09.2018 № 223ФЗ-656/18 требование о представлении в составе заявки справки ФНС накладывает на участника дополнительные обязанности, связанные с необходимостью обращения в налоговый орган. Кроме того, отсутствие в составе заявки справки ФНС не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Согласно пп. 3.2.1 п. 3.2 ч. 3 Документации о закупке участник процедуры обязан предоставить по требованию Организатора процедуры документ, подтверждающий наличие у участника персонала, необходимого для выполнения работы, оказания услуги, реализации товара (сведения о среднесписочной численности работников за предшествующий календарный год по форме, утвержденной приказом ФНС от 29.03.2007 № ММ-3-25/174@, документ, подтверждающий представление указанных сведений в налоговый орган и т. п.).

Вместе с тем отсутствие у участника на момент подачи заявки квалифицированного персонала, а также подтверждающих документов, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому в дальнейшем, поскольку такой квалифицированный персонал может быть привлечен участником после подведения итогов закупки, в случае признания такого участника победителем закупки, а, напротив, налагает дополнительные финансовые обязательства на участника закупки для целей принятия участия в закупке (также в Документации о закупке отсутствуют требования к квалификации такого персонала).

Между тем, согласно размещенному в ЕИС проекту договора, заключаемого по результатам подведения итогов Закупки, предполагается простая поставка товара на склад Покупателя, не требующая инжиниринговых и любых иных работ,

оказания иных услуг, что исключает необходимость указания потенциальным участником среднесписочных сведений о наличии квалифицированного персонала для надлежащего исполнения договора поставки товара.

Согласно п. 5.1 Документации о закупке для участия в процедуре Закупки участник закупочной процедуры подает заявку посредством факсимильной связи, электронной связи или на бумажном носителе на почтовый адрес Организатора торгов. Однако в Документации о закупке не содержится положений о порядке вскрытия конвертов с заявками. Таким образом, следует, что заявки могут быть вскрыты и до начала процедуры рассмотрения заявок.

Согласно п. 7.1 ч. 7 Документации о закупке установлен критерий оценки заявок участников – наличие положительного опыта работы с Заказчиком за последние 2 года. Считаем, что устанавливать в Документации о закупке данный критерий оценки и сопоставления заявок неправомерно.

Данный критерий оценки и сопоставления заявок, по мнению Заявителя, ограничивает конкуренцию, поскольку, не понятно, чем опыт работы с Заказчиком отличается от аналогичного опыта работы с другими организациями. Данная правовая позиция подтверждается Решением ФАС России от 22.03.2017 по делу № 223ФЗ-227/2017. Кроме того, даже полное отсутствие у участника на момент подачи заявки опыта выполнения работ по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Закупки.

Уведомлением Кемеровского УФАС России (исх. № 03/4740 от 30.04.2019) жалоба № 042/09/18.1-692/2019 назначена к рассмотрению на 13.05.2019 на 13 часов 35 минут.

Вместе с тем в адрес Комиссии от Организатора торгов ОАО «СКЭК» поступило ходатайство (вх. № 2847э от 08.05.2019) о продлении сроков представления запрошенных документов и перенесении сроков рассмотрения жалобы №042/07/3-692/2019 на поздний срок, в связи с получением уведомления 07.05.2019 и предстоящими праздничными днями с 9 по 12 мая.

Уведомлением об отложении жалобы № 042/09/18.1-691/2019 (исх. № 03/5385 от 21.05.2019) рассмотрение жалобы назначено на 22.05.2019 на 11 часов 20 минут.

До даты заседания Комиссии Организатором торгов были представлены письменные пояснения (вх. № 3111 от 20.05.2019), дополнительные сведения и документы.

22.05.2019 на заседание Комиссии законный представитель Организатора торгов, Заказчика, Заявителя надлежащим образом, уведомленные о дате месте и времени заседания Комиссии не явились, ходатайств не направили.

На заседание Комиссии явилась представитель ОАО «СКЭК» по доверенности.

Представитель ОАО «СКЭК» дала пояснения по доводам жалобы, просила признать жалобу необоснованной.

Выслушав представителя ОАО «СКЭК», а также, изучив имеющиеся материалы жалобы № 042/07/3-691/2019, Комиссия установила следующее:

В соответствии с п 1. п. 2 ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее также – Закон № 223-ФЗ) настоящий Федеральный закон устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг государственными корпорациями, государственными компаниями, публично-правовыми компаниями, субъектами естественных монополий, организациями, осуществляющими регулируемые виды деятельности в сфере электроснабжения, газоснабжения, теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, обработки, утилизации, обезвреживания и захоронения твердых коммунальных отходов, автономными учреждениями, а также хозяйственными обществами, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в совокупности превышает пятьдесят процентов, дочерними хозяйственными обществами, в уставном капитале которых более пятидесяти процентов долей в совокупности принадлежит указанным в пункте 1 настоящей части юридическим лицам.

АО «КГЭС» является дочерней компанией ОАО «СКЭК», осуществляющей регулируемые виды деятельности.

Таким образом, требования Закона № 223-ФЗ при проведении закупок товаров работ услуг распространяются на АО «КГЭС».

В силу ч. 2 ст. 2 Закона № 223-ФЗ положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 настоящего Федерального закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Протоколом заседания Совета директоров АО «КГЭС» от 31.01.2019 утверждено Положение о закупках товаров, работ, услуг для нужд АО «КГЭС» (далее – Положение о закупке).

Согласно глоссарию Положения о закупке организатором процедуры закупки является юридическое лицо, которому по договору Заказчиком передаются функции и полномочия организатора размещения заказа, а также могут быть переданы права подписания договора.

На основании п. 3.3.1 Положения о закупки Заказчик вправе привлечь Организатора процедуры закупки для осуществления процедуры закупки – разработки извещения о закупке, документации о закупке, изменений, вносимых в такое извещение и такую документацию, проекта договора, протоколов, составляемых в ходе закупки, а также иных документов; размещения информации о закупке в единой информационной системе и осуществления иных функций связанных с осуществлением процедуры закупки. При этом создание комиссии по закупкам, определение сведений о начальной (максимальной) цене договора, утверждения извещения о закупке, документации о закупке, изменений вносимых в такое извещение и в такую документацию, разъяснение такой документации, определение условий закупки и их изменение, а также подписание договора осуществляется Организатором процедуры закупки.

Согласно п. 3.3.2 Положения о закупке Полномочия Организатора процедуры закупок на осуществление закупок ТМЦ от имени и за счет Заказчика подтверждаются агентским договором, заключенным между АО «КГЭС» и Организатором процедуры закупок.

12.04.2012 между АО «КГЭС» (принципал) и ОАО «СКЭК» (агент) был заключен агентский договор № А-0002, по которому агент обязуется за вознаграждение совершать по поручению принципала юридические и иные действия, направленные на обеспечение принципала продукцией (товарами, работами, услугами), необходимой для его производственной деятельности, в том числе заключать от имени принципала и за его счет договоры на поставку и доставку продукции, выполнение работ, оказания услуг для принципала.

18.04.2019 в ЕИС было размещено извещение о проведении запроса коммерческих предложений (открытый, лотовый, неэлектронный, с правом проведения переторжки, одноэтапный, без проведения предварительного квалификационного отбора) на право заключения договора на поставку стоек ЖБ марок СВ 95-3 и СВ110-5 для нужд АО «КГЭС», а также документация о проведении закупочной процедуры на право заключения Договора на поставку стоек ЖБ марок СВ 95-3 и СВ110-5 для нужд АО «КГЭС» № ЗКП-2302 от 12.04.2019 (далее – Документация о закупке).

30.04.2019 в ЕИС был размещен Протокол № 1/ЗКП-2302 рассмотрения, оценки и сопоставления заявок на участие в Закупке от 26.04.2019, из которого следует, что в адрес Организатора торгов поступили четыре заявки (три заявки были допущены до участия в Закупке, одна заявка была отклонена).

В письменном отзыве на жалобу ОАО «СКЭК» возразило по доводам, изложенным Заявителем, также представитель ОАО «СКЭК», явившаяся на заседание Комиссии, дала устные пояснения, ответила на вопросы Комиссии.

Согласно п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона № 223-ФЗ в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

В соответствии с ч. 1 ст. 1 Закона № 223-ФЗ целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

На основании п. 6.1 Положения о закупке Документация о закупке при проведении конкурентной закупки утверждается Заказчиком (Организатором процедуры закупки) и включает в себя, в том числе: требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям, критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке и их значимость, порядок оценки и сопоставления

заявок на участие в закупке.

Перечень сведений, содержащийся в документации о закупке, может быть расширен по усмотрению Заказчика (Организатора процедуры закупки), в том числе в зависимости от проводимого способа закупки.

Таким образом, Организатор торгов (Заказчик) в праве установить, требования к участникам Закупки, в том числе, учитывающие особенности предмета закупки и специфику конкретной закупочной процедуры.

С учетом ч. 1 ст. 1 Закона № 223-ФЗ Организатор торгов (Заказчик) обязан обеспечить создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, в том числе обеспечить условия для надлежащего исполнения принятых на себя обязательств участниками закупочной процедуры «запрос коммерческих предложений», обеспечения гарантированной и своевременной поставки товара, выполнения работ, оказания услуг в ограниченные сроки.

Комиссия соглашается с правой позицией Организатора торгов в отношении доводов Заявителя, что требования обязанности участника закупки по представлению документов, необходимых для проверки участника закупки на налоговую достоверность, включая требование о представлении в составе заявки справки ФНС, а также требование о предоставлении документа, подтверждающего наличие у участника персонала, необходимого для выполнения работы, оказания услуги, реализации товара (сведения о среднесписочной численности работников за предшествующий календарный год по форме, утвержденной приказом ФНС от 29.03.2007 № ММ-3-25/174@), в рассматриваемом случае не направлены исключительно на ограничение конкуренции и не являются обстоятельством обременяющим всех потенциальных участников Закупки, ссылка Заявителя на решения ФАС России по конкретным жалобам отклоняется, поскольку в настоящей жалобе имеются иные обстоятельства.

В разделе 3 Документации о закупки установлены требования Организатора торгов к участникам закупки, перечень документов подтверждающих соответствие участников установленным требованиям.

В п. 3.1, п. 3.2 Документации о закупке перечислены обязательные требования к участникам Закупки, несоответствие которым в силу п. 6.1.2 Документации о закупке является основанием для отклонения (не допуска) участников закупочной процедуры.

В соответствии п. 3.2.1 Документации о закупки также по требованию Организатора процедуры закупки участник процедуры закупки обязан предоставить пакет следующих документов, необходимых Организатору процедуры закупки для проверки участника на налоговую добросовестность, в том числе:

- копию справки (форма № 39-1) о состоянии расчетов по налогам, сборам, взносам на дату предшествующую дате совершения сделки, но не ранее чем за 30 дней до совершения сделки;
- документ, подтверждающий наличие у Участника персонала, необходимого для

выполнения работы, оказания услуги, реализации товара (сведения о среднесписочной численности работников за предшествующий календарный год по форме, утвержденной Приказом ФНС от 29.03.2007 № ММ-3-25/174@, документ, подтверждающий представление указанных сведений в налоговые органы и т.п.).

При этом представление данных документов участниками осуществляется только по требованию Организатора торгов, необходимость представления данных документов участником документов при подаче заявки не установлено.

Представителем ОАО «СКЭК» были даны пояснения, что данные требования, как правило, предъявляются Организатором торгов выборочно к конкретным участникам (а не потенциальным), в случае возникновения соответствующих оснований и относятся к необходимости снижения рисков ненадлежащего исполнения договора уже после истечения сроков подачи заявки на участие и определения участников.

В соответствии с п. 4.1 Документации о закупке участник процедуры закупки должен направить Организатору процедуры закупки Заявку на участие в закупочной процедуре, Анкету участника процедуры закупки (Форма №1) на фирменном бланке предприятия.

В п. 4.2 Документации о закупке установлены требования к заявке на участие в Закупке, при этом данный пункт не содержит требование о представлении указанных сведений (документов) в качестве обязательных, следовательно, их отсутствие не является препятствием для подачи потенциальным участником заявки на участие в Закупке и не является основанием для отклонения.

Кроме того, сведения, содержащиеся в документах, указанные в п. 3.2.1 Документации о закупке, не входят в критерии оценки заявок участников, таким образом, их представление, а также содержащаяся в них информация не влияет на оценку предложения участника и не может его ухудшить.

В соответствии с ч. 6. ст. 3 Закона № 223-ФЗ заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. 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.

Из материалов жалобы № 042/07/3-692/2019 следует, что Организатором торгов в процессе проведения Закупки указанные требования к лицам, подавшим заявки на участие в Закупке, не предъявлялись ни к одному из участников, таким образом, представление вышеуказанных документов для подачи заявки на участие в Закупке не требовалось, их установление не препятствовало подаче Заявителем своего предложения.

Комиссия также соглашается с правовой позицией Организатора торгов в

отношении довода Заявителя, что установление критерия оценки заявок участников – наличие положительного опыта работы с Заказчиком за последние 2 года, указанного в п. 7.1 ч. 7 Документации о закупке, не направлено на ограничение конкуренции и не создает само по себе преимущественные условия для участия в Закупке определенных лиц, в связи со следующим:

Финансовые показатели деятельности участника позволяют судить о его финансовой устойчивости и способности выполнить объем работ, предусмотренный закупочной документацией, в связи с чем использование названных критериев допуска к участию в закупке является обоснованным (Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»).

Комиссия соглашается с Заявителем в той части довода, что отсутствие у участника на момент подачи заявки опыта выполнения работ по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Закупки.

Вместе с тем согласно правовой позиции, изложенной в Постановлении Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.12.2010 № 11017/10, в котором указано на то, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказа, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотребления в сфере размещения заказов.

В рассматриваемом случае условие наличия положительного опыта работы с Заказчиком за последние 2 года не являлось требованием к участнику Закупки, соответственно, не ограничивало конкуренцию и не препятствовало подаче заявки на участие в Закупке.

Согласно глоссарию Положения о закупке запрос коммерческих предложений – конкурентный способ закупки, не являющийся торгами, победителем которого определяется участник закупки, предложивший наиболее выгодные условия для заключения договора не только по наименьшей стоимости, но и по другим критериям, в том числе качеству, техническим и потребительским характеристикам, квалификации, статусу, опыту работы, срокам поставки (выполнения работ, оказания услуг), условиям оплаты и иным критериям, определенным в закупочной документации, проводимый при ограниченных сроках.

Таким образом, опыт работы может являться одним из целевых критериев для определения выгоды предложения участника.

Между тем, Организатором торгов (Заказчиком) критерию оценки «наличие положительного опыта работы с заказчиком за последние 2 года» было присвоено минимальное количество баллов (10), с учетом чего любой участник Закупки мог претендовать на победу в запросе коммерческих предложений, благодаря большему количеству баллов по другим критериям (при общем весе не ценовых критериев 0,5), в том числе по цене предложения.

Комиссия также соглашается с правовой позицией Организатора торгов в отношении довода Заявителя, что в Документации о закупке не содержится положений о порядке вскрытия конвертов с заявками, поскольку данная процедура не предусмотрена действующим законодательством Российской Федерации и Положением о закупке.

Выбранная Организатором о торгов (заказчиком) форма закупки – запрос коммерческих предложений (открытый, неэлектронный) – является открытой конкурентной закупкой.

Законом № 223-ФЗ требования подачи заявок в запечатанном конверте, не позволяющем просматривать ее содержание до вскрытия конверта, установлены только для конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом.

Представителем Организатор торгов указано на то, что требования о представлении заявки в запечатанном виде для участия в процедуре запроса коммерческих предложений не предусмотрены в Положении о закупке.

Согласно п. 5.1 Документации о закупке для участия в процедуре Закупки участник закупочной процедуры подает заявку посредством факсимильной связи, электронной связи или на бумажном носителе на почтовый адрес Организатора торгов.

Подача заявки возможна способами, в том числе посредством факсимильной связи, электронной почты, то есть в открытой форме.

Таким образом, положение о порядке вскрытия конвертов с заявками в Документации о закупке отсутствует, поскольку данная процедура при проведении Закупки не предусмотрена.

Вместе с тем Комиссией отклонен довод Организатора торгов, что поскольку ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» участником Закупки в смысле, придаваемом ему Законом № 223-ФЗ, не являлся, следовательно, проверка соответствия требованиям, установленным Заказчиком в Положении о закупке, документации о проведении Закупки возможна при подаче таким лицом заявки, что в данном случае не сделано.

Согласно ч. 2 ст. 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; акты и (или) действия (бездействие) уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, могут быть обжалованы юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, права или законные интересы которых, по их мнению, нарушены в результате осуществления в отношении таких лиц процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, либо предъявления требования осуществить процедуру, не включенную в исчерпывающий перечень процедур в соответствующей сфере строительства (далее в настоящей статье – заявитель).

Согласно ч. 11 ст. 3 Закона № 223-ФЗ (введенной Федеральным законом от 31.12.2017 № 505-ФЗ) в случае, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке, обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в закупке.

Из материалов жалобы № 042/07/3-692/2019 следует, что настоящая жалоба была подана ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» до окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке, таким образом, жалоба принята правомерна.

Ссылка Организатора торгов на приведенную судебную практику Комиссией отклоняется, поскольку данная практика правоприменения сложилась в период действия иной нормативной правовой базы, в том числе редакции Закона № 223-ФЗ.

Также Комиссией отклонен довод Организатора торгов о том, что возможность обращения с жалобой лица, не подавшего заявку на участие в Закупке, по данному конкретному делу определяется наличием реального (а не мнимого) нарушения прав или действительной угрозы правам или законным интересам заинтересованного лица, которые могут быть ущемлены или нарушены в результате несоблюдения порядка организации и проведения Закупки.

По мнению Организатора торгов, факт отсутствия реального намерения участия в Закупке подтверждает и то, что ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» не обращалось за разъяснениями положений Документации о закупке.

Организатором торгов указано на то, что ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» было зарегистрировано в качестве юридического лица в октябре 2018 года, в закупках в качестве поставщика или заказчика не участвовало, имеет уставной капитал 10 тыс. руб.

Также отсутствует достоверная информация о том, что лицо обладает необходимыми и достаточными производственными мощностями.

Между тем, согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» является профессиональным участником рынка бетонных изделий в строительстве, в связи с чем, обращаясь с настоящей жалобой в антимонопольной орган, защищало свои законные интересы в сфере предпринимательской деятельности.

То обстоятельство, что ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» не обращалось за разъяснениями положений Документации о закупке, не может подтверждать отсутствие реального намерения участия в Закупке, поскольку Заявителю данные разъяснения не требовались, в виду того, что Заявитель был не согласен с порядком проведения закупки, в том числе с Документацией о закупке (по доводам изложенным жалобе), полагая, что указанные в жалобе требования Организатора торгов (Заказчика) и обстоятельства носят антиконкурентный характер, препятствуют Заявителю участвовать Закупке.

Довод Организатора торгов о том, что ООО «ЛЭП-МАРКЕТ» было организовано в октябре 2018 года, имеет уставной капитал 10 тыс. руб., не имеет опыта оказания поставки соответствующих товаров, в связи с чем не может надлежащим образом выполнить договорные обязательства, Комиссией отклоняется, поскольку основан исключительно на предположении.

Кроме того, Комиссией отмечено, что отсутствие у участника на момент подачи заявки опыта выполнения работ по предмету закупки само по себе не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Закупки.

Комиссией принят и признан обоснованным довод Заявителя, что требования, установленные в п. 3.1 ч. 3 Документация о закупке «участник процедуры закупки должен являться изготовителем Продукции или иметь действующие дилерские полномочия с изготовителем Продукции», нарушает правовой принцип, предусматривающий отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Согласно п. 3.1 Документации о закупке участник процедуры закупки должен являться изготовителем Продукции или иметь действующие дилерские полномочия с изготовителем Продукции.

В п. 3.2 ч. 3 Документации о закупки указано, что участник закупочной процедуры должен предоставить дилерский сертификат.

Требования, указанные в данном пункте Документации о закупке, являются обязательными для всех участников закупки, отсутствие дилерского сертификата, в случае если участник не является производителем данного товара, служит основанием отклонения (не допуска) участников закупочной процедуры (п. 6.9 Документации о закупке).

Данное обстоятельство было подтверждено пояснением представителя Организатора торгов, данного Комиссии.

Комиссия приходит к выводу, что положения п. 4.2.8 Документации о закупке о представлении дилерского сертификата по запросу Организатора торгов противоречит положению п. 3.1 Документации о закупке, в согласно которому Участник процедуры закупки должен предоставить Организатору процедуры закупки дилерский сертификат, без каких-либо оговорок и условий.

Согласно п. 1 ч. 10 Закона № 223-ФЗ В документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика. Если заказчиком в документации о закупке не используются установленные в соответствии с

законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Комиссией установлено, что вместо указания технических характеристик поставляемого товара, Организатором торгов указаны конкретные технические условия ТУ 5863-007-96502166-2016, в соответствии с которыми должен был произведен товар либо которым он должен соответствовать (п. 2.9 Документации о закупке).

Вместе с тем ТУ 5863-007-96502166-2016 разработаны конкретным лицом, права на данные ТУ принадлежат правообладателям и предоставляются по согласию собственника.

Из материалов жалобы № 042/07/3-692/2019 следует, что в заявках участников, поступивших адрес Организатора торгов, в качестве соответствия ТУ 5863-007-96502166-2016 представлены заключения экспертных организаций, в части которых указано, что продукция соответствует устаревшим ТУ 5863-007-00113557-94, одним из участников представлены ТУ собственной разработки.

В связи с отсутствием для производства данного товара единой нормативной базы по стандартизации (Технических регламентов, ГОСТ либо иного), каждый производитель вправе разработать и зарегистрировать в установленном порядке индивидуальные ТУ и производить товар в соответствии с ними.

С учетом изложенного производитель товара, являющегося предметом закупки, может производить товар, соответствующий основным техническим и эксплуатационным характеристикам, при этом данный товар может не полностью соответствовать ТУ 5863-007-96502166-2016, либо являться производителем изделий из бетона, но не иметь соответствующей номенклатуры либо количества товара, между тем, вправе участвовать в Закупке предлагая товар, как собственного производства, так и приобретенного на соответствующем товарном рынке.

Согласно обзору судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» требование Заказчика о том участник закупочной процедуры должен являться производителем поставляемых материалов, конструкций и изделий либо обладать соответствующим правом на его поставку (дилерский договор) 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 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.

Комиссией оценен и отклонен довод Организатора торгов, что понятие дилер, является широким понятием, включает в себя всех законных владельцев товара, занимающихся продажей законно приобретенного товара. Соответственно, требования, содержащиеся в Документации о закупке, в части предоставления документов, подтверждающих, статус участника в качестве производителя товара, дилера, и не ограничивают круг участников.

Дилерский сертификат – это любой документ, подтверждающий полномочия поставщика в отношении поставляемого товара, законность владения товаром, продукции (письма, договоры купли – продажи, свидетельства, иные документы), поскольку в данном случае речь идет о документальном подтверждении наличия правомочия быть стороной по договору поставки, а также правомочия по распоряжению товаром, в целях избежания поставки краденной, бракованной (списанной), контрафактной продукции.

Дилерское соглашение (договор) не поименовано в Гражданском Кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), вместе с тем его заключение возможно из общих основ гражданского законодательства.

Сколько бы широко не толковались понятия дилер, дилерское соглашение и дилерский сертификат, их определение, применение вполне устоялось в современной правоприменительной практике, при этом дилерский сертификат выдается участнику (юридическому лицу, ИП), а не на конкретный товар для разовой поставки.

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» судами дана правовая оценка, рассматриваемым Комиссией в настоящей жалобе правоотношениям, в том числе требованию заказчика о подтверждении соответствующим правом на его поставку (дилерского соглашения).

Между тем, лицо приобретающее товар получает на него права в соответствии с ГК РФ и не обременено более никакими правовыми отношениями с продавцом, в том числе обременением получения документа от продавца, подтверждающее соответствующее право на его поставку.

И именно том смысле, который указан 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», толкует данные понятия (правоотношения) Комиссия.

При этом понятие дилерский сертификат в Документации о закупке не раскрыто и не позволяет потенциальным участникам Закупки сделать вывод, что представление дилерского сертификата как такового отсутствует, достаточно лишь предоставить договор купли-продажи товара.

При этом в п. 3.1 Документации о закупке прямо указано, что участник Закупки иметь действующие дилерские полномочия изготовителя продукции.

Кроме того Комиссией отклонен довод Организатора торгов, что представление дилерского сертификата необходимо для подтверждения происхождения товара и исключения из оборота контрафактной продукции, поскольку требование к представлению потенциальным участником сведений о происхождении товара является отдельным самостоятельным требованием, не относящимся к заключению участником дилерских соглашений с продавцом и получением от него дилерских сертификатов.

Как было указано выше, требование о представлении дилерского сертификата сами по себе не могут гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке оборудования.

Недобросовестный участник Закупки, имеющий дилерский сертификат производителя, может приобрести и поставить Заказчику контрафактную продукцию, в то же время добросовестный участник Закупки может поставить товар надлежащего качества без заключения какого-либо дилерского соглашения, получения дилерских полномочий и без представления дилерского сертификата.

При этом заключение дилерских соглашений, исполнение обязательств по ним, а также получение дилерских сертификатов для участия в конкретной закупке, представление которых не предусмотрено никакими императивными правовыми нормами, является существенным обременением для потенциального участника.

В силу п. 2 ч. 1 ст. 3 Закон №223-ФЗ установлена обязанность Заказчика руководствоваться принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с правовой системой Российской Федерации принципы права имеют большую юридическую силу и являются основой действующей системы правовых норм, предназначены для сохранения и поддержания правопорядка даже ввиду отсутствия прямых императивных норм, регулирующих ту или область правоотношений.

В силу этого соблюдение институциональных принципов права, прямо закрепленных в Законе № 223-ФЗ, является обязательным для всех лиц, осуществляющих закупки в рамках данного закона, несмотря на отсутствие конечного перечня императивных правовых норм регулирующих информационное раскрытие в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

В рассматриваемом случае требование, установленное п. 3.2 Документации о закупке о необходимости представления участником Закупки, в случае если он не является производителем данного товара, дилерского сертификата, не соответствует правовому принципу отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Руководствуясь ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, Федеральным законом от

18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Комиссия Кемеровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «ЛЭП Маркет» № 042/07/3-692/2019 обоснованной.
2. Признать Организатора торгов ОАО «СКЭК», Заказчика АО «КГЭС» нарушившим положения п. 1 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров».
3. Выдать Организатору торгов ОАО «СКЭК», Заказчику АО «КГЭС» предписание о совершении действий, направленных на устранение нарушений, допущенных при проведении Закупки.
4. Передать материалы жалобы № 042/07/3-692/2019 должностному лицу для решения вопроса о возбуждении административного производства.

Заместитель председателя комиссии: <...>

<...>

<...>

Члены комиссии:

<...>

<...>

<...>

Примечание.

В соответствии с ч. 23 ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» решение и предписание Комиссии антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания.