

"Обзор практики рассмотрения жалоб на действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с положениями Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (январь 2021 года)" (Управление контроля размещения государственного заказа ФАС России) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2021)

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-589/21

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Магистраль-Т» 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»

16.11.2021 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия ФАС России) в составе: <...> ,

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...> , <...> , <...> ,

ООО «Магистраль-Т»: <...> ,

представители ООО «РТС-тендер» (далее – Оператор) на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы посредством системы видео-конференц-связи уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу ООО «Магистраль-Т» от 01.11.2021 № 193 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 828/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договоров на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов (извещение № 32110755547, лоты №№ 1-8), 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 «Магистраль-Т» (далее – Заявитель) от 01.11.2021 № 193 на действия (бездействие) заказчика

ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 828/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договоров

на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов (извещение № 32110755547, лоты №№ 1-8) (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, а также принятыми в соответствии с ними

и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции 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 Законом о закупках.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением совета директоров ОАО «РЖД» (протокол от 28.06.2021 № 10) (далее – Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Конкурса, конкурсной

документацией (далее – Документация), протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1. извещение о проведении Конкурса размещено в единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru (далее – ЕИС) – 22.10.2021;
2. начальная (максимальная) цена договора по лоту № 1 – 419 680 800 рублей, по лоту № 2 – 513 226 080 рублей, по лоту № 3 – 450 354 600 рублей, по лоту № 4 – 311 015 880 рублей, по лоту № 5 – 331 076 160 рублей, по лоту № 6 – 312 833 880 рублей, по лоту № 7 – 290 861 460 рублей; по лоту № 8 – 291 830 860 рублей;
3. дата окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе – 19.11.2021;
4. дата рассмотрения заявок на участие в Конкурсе – 08.12.2021;
5. дата подведения итогов Конкурса – 09.12.2021.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В ходе заседания 12.11.2021 Комиссией ФАС России в целях полного и всестороннего рассмотрения жалобы Заявителя объявлен перерыв до 16.11.2021.

Из Жалобы следует, что права и законные интересы Заявителя нарушены следующими действиями Заказчика:

1. Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».
2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если победитель уклоняется от подписания договора или заявка победителя не соответствует

требованиям, указанным в Документации.

3. Заказчиком в проекте договора Документации неправомерно установлены несоразмерные условия ответственности Заказчика и исполнителя по договору за исполнение/ненадлежащее исполнение обязательств по договору, заключаемом по результатам Конкурса.

4. Заказчиком в Документации установлено неправомерное требование о предоставлении участниками закупки справки о своих владельцах, включая конечных бенефициаров.

5. Заказчиком в Документации не установлен приоритет товаров, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, предусмотренный постановлением Правительства Российской Федерации от 16.09.2016 № 925 «О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами» (далее – Постановление № 925).

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба содержит основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

В соответствии с пунктами 2 и 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются установленными

в Законе о закупках принципами, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, а также целевого

и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализации мер, направленных

на сокращение издержек заказчика.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в пункте 3 приложения № 1.4 Документации установлен критерий «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий).

Частью 16 статьи 3.2 Закона о закупках под конкурсом понимается форма торгов, при которой победителем признается участник конкурентной закупки, заявка на участие в конкурентной закупке, окончательное предложение которого соответствует требованиям, установленным документацией о конкурентной закупке, и заявка, окончательное предложение которого по результатам сопоставления заявок, окончательных предложений на основании указанных в документации о такой закупке критериев оценки содержит лучшие условия исполнения договора.

Согласно пунктам 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны критерии оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке, а также порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке.

Пунктом 3 приложения № 1.4 Документации установлен Критерий, согласно которому: «Сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, уменьшается на 5 баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами.

При оценке по критерию учитывается опыт работ контрагента за период три календарных года, предшествующих дате проведения настоящей закупки в случае расторжения договора заказчиком (ОАО «РЖД») или третьим лицом в одностороннем порядке или по решению суда с данным контрагентом в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) им своих обязательств по договору; в случае наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок».

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения представителей Заказчика, Комиссия ФАС России установила, что при оценке заявок по Критерию у участников закупки, обладающих различным количеством фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами (так,

например: 1 случай расторжения соответствующего договора или 5 случаев уклонения участника закупки от заключения договора) будет вычтено одинаковое количество баллов (5 баллов), что не позволяет Заказчику выявить лучшие условия исполнения договора и объективно оценить заявки участников закупки по указанному критерию оценки.

Вместе с тем вышеуказанные факты могут быть оспорены в судебном порядке. При этом на момент проведения оценки заявок участников закупки судебный процесс по вопросу правомерности применения штрафных санкций либо наличия фактов неисполнения может быть не окончен.

Таким образом, наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами может подтверждаться исключительно судебным актом, вступившим в законную силу.

Кроме того, Заказчиком в Документации не установлен порядок проверки наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами для объективного присвоения баллов участникам закупки по вышеуказанному критерию оценки.

Комиссия ФАС России, изучив установленный порядок оценки заявок о наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами, считает, что оценка заявок по Критерию будет носить субъективный характер. Наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет оценить отрицательный опыт участника закупки.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по Критерию, *противоречат пункту 2 части 1 статьи 3*

Закона о закупках, нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если победитель уклоняется от подписания договора

или заявка победителя
не соответствует требованиям, указанным в Документации.

Пунктами 3.19.9, 3.19.10 и 3.19.11 Документации установлены положения, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если победитель уклоняется от подписания договора или заявка победителя не соответствует требованиям, указанным в Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика сообщили, что Законом о закупках, а также Положением о закупке не предусмотрено требование об обязанности Заказчика заключать договор с участником закупки, заявке которого присвоен второй номер.

При этом на заседании Комиссии ФАС России и в составе Жалобы, Заявителем не представлено доказательств, а также сведений, свидетельствующих о том, что установление требования о предоставлении документов, подтверждающих оплату по договорам, ограничивает количество участников закупки и противоречит положениям Закона о закупках, Положению о закупке, в связи с чем у Комиссии ФАС России отсутствуют основания для признания вышеуказанных действий Заказчика, установившего соответствующее требование в Документации, неправомерными.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу о необоснованности довода жалобы.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в пунктах 9.6 и 9.10 проекта договора Документации неправомерно установлены несоразмерные условия ответственности Заказчика и исполнителя по договору за исполнение/ненадлежащее исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика представили материалы и пояснили, что установление условий Договора относительно ответственности сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по Договору, заключаемому по результатам проведения Конкурса, является мерой реализации принципа свободы договоров, и обусловлено степенью ответственности исполнителей по договору при осуществлении соответствующих работ по предмету закупки, поскольку указанные работы непосредственно влияют на безопасность дорожного движения и пассажиров, в связи с чем Заказчиком в Договоре предусмотрено нивелирование рисков существенных убытков, в случае ненадлежащего исполнения участником

своих обязательств, связанных с повышенным уровнем опасности.

Кроме того, Закон о закупках, Положение о закупках не содержат ограничений установления в Договоре, заключаемом по результатам закупки, ответственности за неисполнение/ненадлежащее исполнение обязанностей по Договору.

Вместе с тем представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представил иных доказательств, подтверждающих обоснованность довода Жалобы, в связи с чем довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлено неправомерное требование о предоставлении участниками закупки справки о своих владельцах, включая конечных бенефициаров.

В соответствии с пунктом 3.18.1 Документации до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам конкурса, представляет 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 Документация не содержит сведений о конкретных сроках предоставления сведений о владельцах участника Конкурса.

Кроме того, в случае если участником Конкурса, с которым принято решение заключить договор, или его совладельцем является акционерное общество, акции которого свободно торгуются на рынке ценных бумаг, предоставление актуальных сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующих документов, не представляется возможным, поскольку присутствует вероятность непредсказуемых изменений держателей акций.

При этом представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, до заключения договора по итогам проведения закупки 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 требование в Документации, которое может повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации не установлен приоритет товаров, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, предусмотренный Постановлением № 925.

Согласно пункту 1 части 8 статьи 3 Закона о закупках установлено, что Правительство Российской Федерации вправе установить приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Механизм осуществления импортозамещения в рамках Закона о закупках предусмотрен Постановлением № 925.

Согласно пункту 1 постановления № 925 заказчик обязан установить приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса, аукциона и иных способов закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Так, в соответствии с пунктом 3 Постановления № 925 установлено, что при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса или иным способом, при котором определение победителя проводится путем снижения начальной (максимальной) цены договора, указанной в извещении о закупке, на «шаг», установленный в документации о закупке, в случае, если победителем закупки представлена заявка на участие в закупке, содержащая предложение о поставке товаров, происходящих из иностранных государств, или предложение о выполнении работ, оказании услуг иностранными лицами, договор с таким победителем заключается по цене, сниженной на 15 процентов от предложенной им цены договора.

При этом, согласно пункту 1.8 Документации приоритет товаров, работ, услуг по Постановлению № 925 не установлен.

Таким образом, действия Заказчика, не установившего в Документации приоритет товаров, работ, услуг в соответствии с Постановлением № 925, противоречат пункту 1 части 8 статьи 3 и нарушают требования части 1

статьи 2 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

6. Решением от 16.11.2021 по делу № 223ФЗ-588/21 Комиссией ФАС России (далее – Решение) в действиях Заказчика выявлено нарушение пункта 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, выразившееся

в установлении ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки

по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», установлении неправомерного требования о предоставлении участниками закупки справки

о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, и неустановлении приоритета в соответствии с Постановлением № 925.

В соответствии с Решением Заказчику, Оператору выдано предписание от 16.11.2021 № 223ФЗ-588/21 об устранении выявленных нарушений *Закона о закупках*.

Срок исполнения предписания – 03.12.2021.

На основании вышеизложенного, Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1.

1.

1. Признать жалобу ООО «Магистраль-Т» (ИНН: 7820323530; ОГРН: 1109847037255) от 01.11.2021 № 193 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 828/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договоров на выполнение работ по

алюминотермитной сварке рельсов (извещение № 32110755547, лоты №№ 1-8) обоснованной в части:

- установления ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами»;
- установления неправомерного требования о предоставлении участниками закупки справки о своих владельцах, включая конечных бенефициаров;
- неустановления приоритета в соответствии с Постановлением № 925.

1.

1.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим пункты 13, 14 части 10 статьи 4, часть 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
3. Обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 16.11.2021 № 223ФЗ-589/21 не выдавать, поскольку предписание выдано ранее в соответствии с принятым решением от 16.11.2021 № 223ФЗ-588/21.
4. Материалы дела от 16.11.2021 № 223ФЗ-589/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях не передавать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа и государственного оборонного заказа ФАС России, поскольку соответствующие материалы ранее переданы по делу от 16.11.2021 № 223ФЗ-588/21.

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