

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-17507/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.12.2019 г. Москва

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

в отсутствие представителей ООО «Оникс» (уведомлено письмом Московского УФАС России от 12.12.2019 № ПО/67924/19),

рассмотрев жалобу ООО «Оникс» (далее также - Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7771/ОАЭАХУ/19 на право заключения договора по оказанию услуг по техническому обслуживанию тепловых завес и систем вентиляции, кондиционирования, холодоснабжения в административных зданиях (реестровый № 31908585007, далее — Закупка) в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «о защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

Заявитель в жалобе не согласен с положениями п. 1.7.1.2. ч. 1 к Документации, в котором указано, что участник Закупки должен подтвердить в составе заявки наличие квалифицированного персонала на этапе подачи заявки, полагает указанный критерий допуска необоснованным, избыточным, ограничивающими конкуренцию на торгах.

Представители Заказчика с доводами жалобы не согласились, представили письменные возражения.

Комиссия, рассмотрев жалобу Заявителя, приняла решение о признании её обоснованной, исходя из следующих фактических обстоятельств дела.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Согласно ч. 1 п. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке 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 свою очередь, Законом о закупках провозглашены принципы, которым должны соответствовать действия Заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принцип информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Как следует из материалов дела, заказчиком в единой информационной системе закупок (далее также - ЕИС) опубликована документация открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7771/ОАЭАХУ/19 на право заключения договора по оказанию услуг по техническому обслуживанию тепловых завес и систем вентиляции, кондиционирования, холодоснабжения в административных зданиях (далее - Документация).

Согласно п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Согласно п. 1.7.1.2. ч. 1 к Документации Заказчиком предъявлено квалификационное требование – участник Закупки Участник должен располагать квалифицированным персоналом:

1. Начальник службы (эксплуатации систем вентиляции, кондиционирования, холодоснабжения) (код ОКПДТР 24927) – в количестве не менее 1 (одного) работника.

2. Инженер вентиляции (код ОКПДТР 22542) – в количестве не менее 2 (двух) работников.

3. Инженер по контрольно-измерительным приборам и автоматике (КИПиА) (ОКПДТР 22587), не менее 1 (одного) работника.

4. Слесарь по ремонту и обслуживанию систем вентиляции и кондиционирования (код ОКПДТР 18526) не менее 14 (четырнадцать).

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае могли привести к ограничению круга потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог на заседании Комиссии представить объективных доказательств необходимости установления указанного требования к участникам Закупки на этапе подачи заявок на участие.

Комиссия отмечает, что предоставленное законом Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить Заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время, такое право Заказчика не является безусловным и

безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки.

Следует отметить, что Закупка проводится среди субъектов малого и среднего предпринимательства, что существенным образом может отсеять потенциальных претендентов на участие лишь по причине отсутствия у них квалифицированного персонала на этапе подачи заявки на участие в Закупке. В свою очередь, законодатель, обязывая Заказчиков размещать часть закупок исключительно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, преследует цели обеспечить возможность участия таких субъектов в секторе публичных закупок, а также поддержания малого бизнеса.

В настоящем случае Заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование как критерий допуска до участия в Закупке.

Комиссия отмечает, что наличие у участников Закупки ресурсов не может являться критерием допуска к участию в закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

В целях защиты Заказчика от лица, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, законодателем введен институт публично-правовой ответственности в виде включения сведений о таких лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с ч. 2 ст. 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

Установление оспариваемых требований к участникам в качестве именно допуска к дальнейшему участию в процедуре влечет за собой нарушение принципа равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участнику закупочной процедуры не означает, что реализация данного права может осуществляться произвольно. Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

В пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного 16.05.2018 Президиумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснено, что уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

В свою очередь, обоснованность спорных требований в Документации должно

быть доказано со стороны Заказчика, как равно и невозможность проведения Закупки без предъявления соответствующего требования непосредственно к участнику закупки. Также Комиссия принимает во внимание, что Заказчик, выбирая форму проведения закупки посредством проведения аукциона, не лишен был возможности прибегнуть к иной форме конкурентной процедуры (например, конкурс, запрос предложений), в рамках которых можно было установить соответствующее требование в качестве критерия оценки заявки участника закупки, что позволило бы обеспечить права большего количества субъектов малого и среднего предпринимательства при участии в закупке.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 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.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у Заказчика объективной необходимости в установлении таких требований последним не представлено.

Вместе с тем, оценивая спорное требование, следует признать, что критериям объективности и нормативности оно не соответствует. При этом сам по себе предмет Закупки не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов. На основании изложенного, Комиссия соглашается с доводами Заявителя о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3, а также п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

Кроме того, в самой жалобе Заявителя содержится указание на рассмотрение жалобы в порядке п. 1 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

На основании изложенного, Комиссией выявлены следующие нарушения.

Согласно п. 1.7.1.1 Документации должен иметь опыт по фактически оказанным услугам по техническому обслуживанию тепловых завес и систем вентиляции, кондиционирования, холодоснабжения в административных зданиях, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1 аукционной документации.

Следует отметить, что начальная максимальная цена Закупки составила 16 238 220,12 рублей. При этом Закупка проводится среди субъектов малого и среднего предпринимательства, что существенным образом может отсеять потенциальных претендентов на участие лишь по причине отсутствия у них опыта исполнения обязательств, релевантного предмету Закупки. В свою очередь, законодатель, обязывая Заказчиков размещать часть закупок исключительно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, преследует цели обеспечить возможность участия таких субъектов в секторе публичных закупок, а также поддержания малого бизнеса.

Соответственно, требование Заказчика о наличии у участника Закупки опыта аналогичному предмету Закупки не менее 20 % от НМЦ существенным образом ограничивает возможность участия в рассматриваемой закупке именно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, поскольку исключает возможность участия в Закупке лиц, не отвечающим таким требованиям.

Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены без соблюдения баланса частных интересов Заказчика и публичных интересов, расширения количества участников торгов, предотвращения различных злоупотреблений и недопущения ограничения конкуренции на торгах, что установлено не только законодательством о защите конкуренции, но и Законом о закупках. Рассматривая установленные в Документации требования, признать их соответствующими указанным принципам закупочной деятельности не представляется возможным.

В настоящем случае Заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование как критерий допуска до участия в Закупке.

Соответственно, требование Заказчика о наличии у участника Закупки опыта аналогичному предмету Закупки не менее 20 % от НМЦ существенным образом ограничивает возможность участия в рассматриваемой закупке именно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, поскольку исключает возможность участия в Закупке лиц, не отвечающим таким требованиям. Учитывая размер начальной максимальной цены (16 миллионов рублей), указанное требование в принципе не допускает возможность участия в Закупке субъектов малого и среднего предпринимательства, не обладающих опытом поставки менее 2 миллионов рублей.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены без соблюдения баланса частных интересов Заказчика и публичных интересов, расширения количества участников торгов, предотвращения различных злоупотреблений и недопущения ограничения конкуренции на торгах, что установлено не только законодательством о защите конкуренции, но и Законом о закупках. Рассматривая установленные в Документации требования, признать их соответствующими указанным принципам закупочной деятельности не представляется возможным.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае сузили круг потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

Кроме того, в соответствии с п. 4.1.5 проекта договора исполнитель должен представить Заказчику информацию об изменениях в составе владельцев исполнителя, включая конечных бенефициаров, и (или) в исполнительных органах Исполнителя не позднее чем через 5 (пять) календарных дней после таких изменений.

Вместе с тем в случае, если участником Закупки, 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.

Кроме того, 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.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, установившего вышеуказанное требование в качестве обязательного требования к участникам Закупки, противоречат п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

При этом в отношении выдачи предписания Комиссия отмечает следующее.

Согласно ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции в случае признания поданной жалобы обоснованной либо выявления в действиях организатора закупки иных нарушений требований действующего законодательства Российской Федерации антимонопольный орган принимает решение о необходимости выдачи последнему обязательного к исполнению предписания об устранении выявленного нарушения.

Данная норма права предоставляет антимонопольному органу возможность самостоятельно определить такую необходимость в зависимости от конкретных фактических обстоятельств.

Таким образом, основной целью выдаваемого антимонопольным органом предписания об устранении нарушения является его правосоставительная функция, направленная на устранение выявленного нарушения и восстановление нарушенных прав и законных интересов участника торгов, что может быть достигнуто в административном порядке путем исполнения требований такого предписания (ст. 11 ГК РФ).

При этом предписание антимонопольного органа не должно обладать в указанной части абстрактным и размытым характером, что свидетельствует о необходимости наличия у административного органа при его выдаче четких, бесспорных и убедительных доказательств того обстоятельства, что выдача им обязательного к исполнению предписания будет служить достижению упомянутых целей и повлечет за собой улучшающие изменения в правовом положении лица, в защиту прав которого такое предписание выдается. Обратное же приведет к несоблюдению баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации 29.03.2011 № 2-П), а также принципа стабильности публичных правоотношений, поскольку будет способствовать отнесению на заказчиков обязанностей по осуществлению бесполезных действий, не влияющих на ход и результат конкурентной процедуры.

В настоящем случае Комиссия исходит из отсутствия необходимости выдачи предписания по внесению изменений в Документацию, поскольку такое предписание приведет к затягиванию хода закупочной процедуры.

При таких данных Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи предписания об устранении выявленных нарушений путем допуска всех поданных заявок без учета критериев допуска заявок участников, установленных в разд. 1.7.1

ч. 1 к Документации.

С учетом изложенного и руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, ст. 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Оникс» (ИНН:7842504964, ОГРН:1137847373510) на действия ОАО «РЖД» (ИНН:7708503727, ОГРН:1037739877295) при проведении Закупки обоснованной.

1.

2. Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение п. 2 ч. 1 ст. 3, п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-17507/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

16.12.2019 г. Москва

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

руководствуясь п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии от 16.12.2019 по делу № 077/07/00-17507/2019,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении открытого аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7771/ОАЭАХУ/19 на право заключения договора по оказанию услуг по техническому обслуживанию тепловых завес и систем вентиляции, кондиционирования, холодоснабжения в административных зданиях (реестровый № 31908585007, далее — Закупка), а именно:

1.

1. Заказчику назначить новую дату рассмотрения поступивших заявок, подведения итогов Закупки.
2. Заказчику рассмотреть поданные заявки на участие в Закупке с учетом решения Комиссии от 16.12.2019 по делу № 077/07/00-17507/2019, то есть без учета критериев допуска заявок участников, указанных в разд. 1.7 части 1 к Документации.
3. Заказчику не позднее трех дней со дня исполнения предписания, разместить в единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) соответствующую информацию о ходе исполнения предписания.
4. Заказчику завершить процедуру Закупки в соответствии с решением Комиссии от 16.12.2019 по делу № 077/07/00-17507/2019, требованиями ч. 1 ст. 447 Гражданского кодекса Российской Федерации, Положением о закупках Заказчика, документации аукциона среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 7771/ОАЭАХУ/19.
5. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 29.01.2020.
6. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 31.01.2020 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа ст. 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

1.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.