

## РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-95/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО ПКП «Теплосфера» 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

01.02.2017 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе:

<...> (далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...> - доверенность от 25.02.2015 № 150-ДП, Шкурова Д.С. - доверенность от 31.08.2016 № 77АВ1900436.

представители ООО ПКП «Теплосфера» на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев жалобу ООО ПКП «Теплосфера» от 20.01.2017 № 37 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 2605/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора на поставку и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604636418) 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 ПКП «Теплосфера» (далее - Заявитель) от 20.01.2017 № 37 (вх. от 23.01.2017 № 9228/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 2605/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора на поставку и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604636418) (далее — Жалоба, Конкурс).

Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными

законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

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

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе (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 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 положения Закона о закупках, а именно Заказчиком в пункте 2.1, 2.2, 3.2 Документации неправомерно установлены требования к участникам Конкурса, что по мнению Заявителя, ограничивает количество участников закупки.

1. Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о закупке должны быть указаны требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются 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 должен иметь опыт осуществления поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования, 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 всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) компрессорного оборудования с учетом выполнения монтажных и пусконаладочных работ.

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

- документ по форме приложения № 9 к конкурсной документации о наличии опыта,

указанного в пункте 2.1 документации;

и

- договоры на поставку и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями).

и

- накладные об осуществлении поставок компрессорного оборудования, акты о выполнении монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования;

- 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.).

Согласно части 3 статьи 506 ГК РФ учитывая природу договора поставки, поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях.

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 товаров по предмету закупки не подтверждает невозможность участника Конкурса исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Также, на заседании Комиссии ФАС России установлено, что предоставление договоров, подтверждающих наличие опыта поставок и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования, необходимо для подтверждения соответствия требованиям Документации, а также для оценки участника закупки с целью выявления лучшего предложения.

Кроме того, указанные требования, позволяют Заказчику двойственно толковать разработанную им Документацию, что дает возможность отклонять одного участника за непредставление указанных форм, а второго участника по данному требованию оценивать, что может привести к нарушению принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

2. В соответствии с пунктом 2.2 Документации Участник должен иметь возможность осуществления гарантийного ремонта компрессорного оборудования (указанного в пунктах 3.1, 3.2 Документации) в технических, сервисных службах.

В подтверждение возможности осуществления гарантийного ремонта товара в технических, сервисных службах участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 10 к конкурсной документации;

и

- 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 (производителя, сервисной службы). При этом документы, подтверждающие возможность 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.

3. Пунктом 3.2 Документации установлено, что участник должен представить расчет затрат жизненного цикла с использованием показателя «Удельные годовые расходы с учетом приобретения», выполненный в соответствии с приложением № 2 к Рекомендациям (приложение № 11 к Документации).

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России установлено, что удельные годовые расходы с учетом приобретения, необходимо представить для подтверждения соответствия требованиям Документации, а также для оценки участника закупки с целью выявления лучшего предложения.

Кроме того, указанные требования, позволяют Заказчику двойственно толковать разработанную им Документацию, что дает возможность отклонять одного участника за непредставление указанных форм, а второго участника по данному требованию оценивать, что может привести к нарушению принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Также, пунктом 3.2 Документации установлено, что в подтверждение соответствия технических характеристик товара требуемым в техническом задании, участник в составе заявки должен представить действующий сертификат соответствия требованиям технического регламента таможенного союза «О безопасности машин и оборудования».

В соответствии со статьей 456 Гражданского Кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (технический паспорт <...>

сертификат качества, инструкцию по эксплуатации и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства Российской Федерации, Заказчик вправе требовать документы, подтверждающие соответствие продукции, которым участник закупочной процедуры может обладать не приобретая соответствующей продукции на момент подачи заявки на участие в закупке.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника сертификатов соответствия обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в Техническом задании Документации продукцию.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что вышеуказанное требование является избыточным, поскольку для его исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры, в том числе произвести/приобрести соответствующий товар для получения копии указанных документов на момент подачи заявки на участие в Конкурсе.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации квалификационных требований в качестве обязательных требований и отказ в допуске участникам Конкурса в случае несоответствия им, а также требований установленных одновременно в качестве критерия допуска и критерия оценки заявок участников закупки противоречат подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

В рамках рассмотрения Жалобы Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

4. Пунктом 6.3.3.1 Документации установлено, что участник закупки 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 не может быть признано равноправным, поскольку участники имеющие задолженности в размере 1000 рублей по налогам, сборам и пени не может быть применено в равной степени к соответствующим участникам, так как указанная величина налоговой задолженности может быть значимой или напротив ничтожной по отношению к годовому денежному обороту соответствующего участника.

В соответствии с пунктом 7.5.8 Документации Заказчик вправе до подведения итогов конкурса в письменной форме запросить у участников конкурса информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с конкурсной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в конкурсной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение конкурсных заявок участников.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что наделение конкурсной комиссии Заказчика правом запрашивать дополнительную информацию и документы, не представленные в составе заявки, содержит риски необъективной оценки заявок и может применяться не в равной степени к участникам закупки, что в конечном счете может повлечь ограничение количества участников Конкурса.

Пунктом 7.5.10 Документации Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в конкурсных 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 закупки.

Кроме того, в Документации отсутствуют основания и порядок проведения выездных проверок.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанных требований в качестве обязательных требований к участникам Конкурса и отказ в допуске участникам Конкурса в случае несоответствия им, может повлечь ограничение количества участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает 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

**Р Е Ш И Л А:**

1. Признать жалобу ООО ПКП «Теплосфера» от 20.01.2017 № 37 на действия

(бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 2605/ОКЭ-РЖДС/16 на право заключения договора на поставку и выполнения монтажных и пусконаладочных работ компрессорного оборудования для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31604636418) обоснованной.

2. Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части

1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных с учетом принятого решения от 01.02.2017 № 223ФЗ-95/17 нарушений.

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