

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ- 362/21

по результатам рассмотрения жалобы ООО «БЭК-XXI Век» 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»

09.07.2021 Москва

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

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...>,

ООО «БЭК-XXI Век»: <...>,

представители ООО «РТС-тендер» 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 «БЭК-XXI Век» от 01.07.2021 № 01/07 на действия (бездействие)
заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в
электронной форме № 3167/ОАЭ-ДКСС/21 на право заключения
договора на поставку инженерного и технологического оборудования
для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» (извещение №
32110409207), в соответствии
со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ
«О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В ФАС России поступила жалоба ООО «БЭК-XXI Век»
(далее – Заявитель) от 01.07.2021 № 01/07 на действия (бездействие)
заказчика

ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 3167/ОАЭ-ДКСС/21 на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» (извещение № 32110409207) (далее – Аукцион, 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» от 27.05.2021 (протокол № 11) (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе

в сфере закупок размещаются информация о закупке, в том числе извещение

об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки

и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой в единой информационной системе предусмотрено Законом о закупках и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

В соответствии с извещением о проведении Аукциона, документацией о закупке (далее – Извещение, Документация), протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1) извещение о проведении Аукциона размещено в единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru (далее – ЕИС) – 23.06.2021;

2) начальная (максимальная) цена договора – 165 962 203, 52 рублей;

3) дата окончания срока подачи заявок на участие в Аукционе – 19.07.2021;

4) дата рассмотрения заявок на участие в Аукционе – 03.08.2021;

5) дата подведения итогов Аукциона – 05.08.2021.

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.

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

1. Заказчиком неправомерно установлено квалификационное

требование о наличии у участника Аукциона опыта поставки оборудования
по предмету закупки для допуска к участию в закупке;

2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Аукциона о подтверждении полномочий на поставку оборудования для допуска к участию в закупке;
3. Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование об указании участниками закупки в составе своих заявок наименования предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно-вычислительных машин и баз данных с указанием номера регистрации;
4. Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование об указании участниками закупки в составе заявок наименования предлагаемого товара, марки (при наличии), модели (при наличии), наименования производителя (если такое требование предусмотрено формой технического предложения) по каждой номенклатурной позиции;
5. Заказчиком в Документации неправомерно установлено право осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников закупки;
6. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участниками закупки банковской гарантии, выданной для обеспечения заявки участника закупки, из установленного списка банков.

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

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба Заявителя 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 Заказчика, Заявителя, Комиссия ФАС России

установила следующее.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование о наличии у участника Аукциона опыта выполнения работ по предмету закупки для допуска к участию в закупке.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Подпунктом 1.9.1 пункта 1.9 части 1 Документации к участникам закупки установлено следующее квалификационное требование: «Участник должен иметь опыт поставки инженерного и/или технологического оборудования, стоимость которого составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1.1 к аукционной документации.

При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) инженерного и/или технологического оборудования (по выбору участника закупки).

В подтверждение опыта осуществления поставок инженерного и/или технологического оборудования участник в составе заявки представляет:

– документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении № 1.3 аукционной документации о наличии требуемого опыта;

и

– накладные о поставке товаров;

и

– договоры на поставку товаров (представляются все листы договоров со всеми приложениями и дополнительными соглашениями);

и

– документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.)».

Согласно пункту 199 раздела 20 Положения о закупках иные единые требования к участникам, в том числе квалификационные требования, устанавливаются в документации о конкурентной закупке в зависимости от технических, технологических, функциональных (потребительских) характеристик товаров, работ, услуг, требований, предъявляемых к их безопасности, и/или иных показателей, связанных с определением соответствия участника закупки требованиям, предъявляемым законодательством Российской Федерации, нормативными документами ОАО «РЖД» к поставщикам (исполнителям, подрядчикам).

К таким требованиям относится, в том числе наличие опыта осуществления поставок, выполнения работ или оказания услуг по предмету закупки, стоимость которых составляет не менее чем 20 процентов начальной (максимальной) цены договора (цены лота), указанной в извещении, документации о закупке.

Комиссия ФАС России, изучив представленные материалы, приходит к выводу, что отсутствие у участника закупки опыта выполнения работ по предмету закупки, а также подтверждающих документов в соответствии

с подпунктом 1.9.1 пункта 1.9 части 1 Документации не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам проведения Аукциона, а также ограничивает количество участников закупки.

Учитывая изложенное, вышеуказанные действия Заказчика, установившего к участникам Аукциона неправомерное квалификационное требование, ограничивают количество участников Аукциона, противоречат Положению о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которых 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 квалификационное требование к участникам Аукциона

о подтверждении полномочий на поставку оборудования для допуска к участию в закупке.

Подпунктом 1.9.2 пункта 1.9 части 1 Документации установлено следующее квалификационное требование к участникам Аукциона: «Участник должен являться производителем либо обладать правом поставки оборудования, предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в приложении

№ 1.1 к аукционной документации. В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.

В подтверждение того, что участник является производителем либо обладает правом поставки оборудования, предоставленным производителем

по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к аукционной документации, участник в составе заявки должен представить:

– информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем оборудования;

или

– информационное письмо, иной документ выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем оборудования с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, о праве участника осуществлять поставку оборудования;

или

– договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику о праве участника осуществлять поставку товаров».

Вместе с тем участник Аукциона может не являться производителем либо официальным дистрибьютором предлагаемого к поставке товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом

в соответствии с требованиями договора поставки.

При этом указанное требование не характеризует квалификацию

поставщика по договору, в связи с чем не является подтверждением надлежащего исполнения участником обязательств по договору, заключаемому по результатам проведения Аукциона, и является излишним.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки

о представлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки оборудования, а также учитывая сроки подачи заявок

на участие в Аукционе, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц (производителя/поставщика), его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Аукционе и не соответствует требованиям Закона о закупках.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3, части 1 статьи 2 Закона о закупках

и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование об указании участниками закупки в составе своих заявок наименования предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в реестре российских программ для электронно-вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации.

Пунктом 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в Документации должны быть указаны, в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Пунктом 2 приложения 1.1 к Документации определено, что по позициям, отмеченным в приложении № 1.1 к Документации, участнику в приложении № 1 к техническому предложению, оформляемому по форме, содержащейся в приложении № 1.3 к Документации, участником должна быть отображена предустановленная операционная система отечественного производства, находящаяся в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз

данных, с указанием номера регистрации.

При выборе программного обеспечения, при идентичности параметров и характеристик, предпочтение должно отдаваться программному обеспечению российского производства.

При этом Закон о закупках не обязывает заказчиков устанавливать на закупаемое оборудование операционную систему исключительно отечественного производства и/или закупать пакет офисных приложений, находящихся в реестре российских программ для электронно вычислительных машин и баз данных.

Кроме того, Закон о закупках не обязывает участников закупки иметь оборудование, предлагаемое к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявок на участие в закупке, в связи с чем участники закупки могут не обладать информацией о стране происхождения предустановленной операционной системы на предлагаемом к поставке оборудовании.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика в части установления в Документации требования об указании предустановленной операционной системы отечественного производства, находящейся в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации, противоречат Положению о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования пунктов 1, 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлено ненадлежащее требование об указании участниками закупки в составе заявок наименования предлагаемого товара, марки (при наличии), модели (при наличии), наименования производителя (если такое требование предусмотрено формой технического предложения) по каждой номенклатурной позиции.

В соответствии с пунктами 4 и 5 формы технического предложения приложения № 1.3 к Документации участнику закупки необходимо указать в техническом предложении, в том числе модели и наименования предлагаемого товара по каждой номенклатурной позиции, а также пунктом 5 формы технического предложения предусмотрено, что участник закупки должен указать, в том числе производителя предлагаемого к поставке товара.

Вместе с тем Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о наименовании производителя товара.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика в части установления требования об указании наименования производителя поставляемой продукции противоречат Положению о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

5. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено право осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников закупки.

Пунктом 3.6.11 Документации установлено требование о том, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников Аукциона информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Вместе с тем возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку право Заказчика запрашивать дополнительную информацию и документы у участников закупки может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, установившего положения Документации о праве Заказчика осуществлять дополнительный запрос информации у участников Аукциона, ограничивают количество участников закупки и противоречат Положению о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

6. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участником закупки банковской гарантии, выданной для обеспечения заявки участника

закупки,
из установленного списка банков.

Пунктом 3.13.7 Документации установлено, что при выборе способа обеспечения заявки в форме банковской гарантии участник должен предоставить банковскую гарантию, выданную одним из банков, размер собственных средств (капитала) которого («Базель III») по форме 123 на последнюю отчетную дату и в течение предыдущих шести месяцев составляет не менее двадцати миллиардов рублей в соответствии с информацией, размещенной Центральным банком Российской Федерации на сайте www.cbr.ru, или одним из банков, согласно перечню, приведенному на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Срок действия банковской гарантии должен составлять не менее 120 (ста двадцати) дней со дня окончания срока подачи заявок.

Кроме того, согласно пункту 3.15.6 Документации при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в перечне банков, представленном на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.15.8 Документации.

Также, пунктом 3.15.8 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), единственный участник, допущенный к участию в аукционе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), согласовывает банковскую гарантию с заказчиком, направив проект банковской гарантии либо банковскую гарантию заказчику. Победитель, участник Аукциона, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

Учитывая изложенное, возможность участия в Аукционе с учетом указанных положений зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования в Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

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

РЕШИЛА:

1.

1.

1. Признать жалобу ООО «БЭК-XXI Век» (ИНН: 7826163837; ОГРН: 1037851040281) от 01.07.2021 № 01/07 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении при проведении открытого аукциона в электронной форме № 3167/ОАЭ-ДКСС/21 на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» (извещение № 32110409207) обоснованной.
2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 1, 2, 9 части 10 статьи 4 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 нарушений, в соответствии с принятым решением от 09.07.2021 № 223ФЗ-362/21.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного оборонного заказа ФАС России материалы дела от 09.07.2021 № 223ФЗ-362/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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