

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-16962/2020 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

09.10.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее — Комиссия) в составе: рассмотрев жалобу ООО «БалтЭнергоКомплект - XXI Век» (далее также — Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 4829/ОАЭ-ДКСС/20 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования на объект капитального строительства ОАО «РЖД» (реестровый № 32009536653, далее — Закупка, Аукцион), направленная письмом ФАС России от 02.10.2020 № 17/85543/20.

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика, мотивированная установлением неправомерных требований к поставляемой продукции, а также неправомерных требований к участникам Закупки.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Положение о закупке товаров, работ, услуг Заказчика в редакции, действующей на момент объявления закупок (далее также — Положение о закупках), размещено на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее — Официальный сайт, ЕИС).

В соответствии с пунктами 1, 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципами информационной открытости закупки; равноправия, справедливости, отсутствия

дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупок.

В соответствии с пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках 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.

В своей жалобе Заявитель указывает, что Заказчиком ограничена конкуренция между участниками при установлении требования о подтверждении полномочий на поставку оборудования.

В соответствии с пунктом 1.9.2 Закупочной документации участник должен являться производителем оборудования либо обладать правом поставки оборудования, указанного в приложении № 1.1 к аукционной документации, предоставленным производителем.

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, указанного в приложении № 1.1 к аукционной документации, предоставленным производителем, 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 товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;

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.

При этом Комиссия отмечает, что наличие же у участника на этапе подачи заявок дилерского соглашения/ письма завода-изготовителя/иных документов от производителя не влияет на исполнение обязательств по договору, равно как и отсутствие перечисленных документов в составе заявки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Запроса предложений.

Фактически указанное условие ограничивает круг субъектов гражданских правоотношений - потенциальных участников закупки, имеет место быть необоснованное ограничение конкуренции.

Так, во-первых, участник должен либо быть производителем, либо уже иметь хозяйственные взаимоотношения с заводами-изготовителями товаров, являющихся предметом закупки. При этом, для участника Закупки, не являющегося производителем товара, требования на этапе подачи заявок о предоставлении документов от завода-производителя товара, подтверждающих право участника на поставку товара налагает на него дополнительные обязательства для целей принятия участия в Закупке. По сути, указанное требование - понуждение участника заключать договоры с третьими лицами, то есть обременение исполнением договорных обязательств перед третьими лицами в любом случае, независимо от победы в торгах, что противоречит принципу свободы предпринимательской деятельности.

Во-вторых, в отсутствие обязанности производителя товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о предоставлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом продажи производимого им товара, осуществлять сервисное обслуживание оборудования и т.п., возможность участников подать заявку на участие в Закупке в соответствии с указанными требованиями всецело зависит от волеизъявления третьих лиц - производителей, что ограничивает возможность участия в Закупке.

Стоит отметить, что участник закупки, подав заявку, берет на себя весь объем обязательств по своевременной поставке товара в соответствии с условиями документации о закупке и договора, также, подписывая договор с Заказчиком, второй раз подтверждает свои обязательства по поставке, в связи с чем требование дополнительного подтверждения возможности исполнить взятые на себя обязательства, как путем представления копии дилерских или иных договоров с производителями или дилерами, а также писем гарантии об отгрузке являются излишними и ограничивают количество участников закупки.

Вместе с тем, Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены безотносительно предмета закупочной процедуры (т.е. такие требования должны быть соотносимы с ним, проистекать из выраженной через положения закупочной документации потребности заказчика), а также 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 законодательством о защите конкуренции, в том числе Законом о закупках.

Требование о представлении спорных документов нельзя рассматривать как надлежащее ввиду того, что представление таких документов не является

гарантией исполнения, надежности участника, однако такое требование налагает бремя на участника закупки по получению указанных документов.

Действительно, предоставление такого рода документов в отсутствие гарантированности заключения в будущем договора влечет для участника закупки создание для себя состояния правовой неопределенности, когда, с одной стороны, а с другой стороны, такой потенциальный участник закупки фактически не может реализовать подобное право ввиду условий, позволяющих привлечь третьи лица, которые установил заказчик.

Соглашение о намерениях — документ, в котором стороны закрепляют свое желание сотрудничать друг с другом в определенной сфере или заключить конкретный договор. Стороны вправе заключить его в силу п. 2 ст. 421 ГК РФ. Отличительной особенностью соглашения о намерениях является то, что, если какая-либо из сторон передумала заключать основной договор, ее нельзя понудить к этому. То есть наличие такого соглашения у участника Закупки не подтверждает того, что на момент заключения договора по результатам закупочной процедуры у участника Закупки будет необходимый товар и который является качественным.

Вместе с тем в настоящем случае заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование и как критерий допуска до участия в торгах, что, в свою очередь, не может считаться надлежащим исполнением требований Закона о закупках.

Следует отметить, что по своей сути установленные заказчиком требования не позволяют в полной мере последнему считать, что в дальнейшем участник закупки, представивший подобного рода договоры (соглашения), в последующем в рамках исполнения договора исполнит свои обязательства или свои обязательства исполнит потенциальный контрагент такого участника.

Как отмечено 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» от 16.05.2018 установленные заказчиком требования 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 пункта 1 части 10 статьи 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.

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

В связи с чем антимонопольный орган полагает избыточным установление такого требования как по его содержанию, так и по порядку его реализации. На основании изложенного, Комиссия Управления, приняла решение о признании довода жалобы Заявителя обоснованным, а в действиях заказчика усматривается нарушение требований пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Также Заявитель указывает, что Заказчик представляет преимущественные условия определенным участникам при запросе и уточнении положений заявок участников.

Согласно пункту 3.6.11 Закупочной документации Заказчик вправе до даты проведения 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 аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Ответ от участника аукциона, полученный после даты, указанной в запросе, не подлежит рассмотрению.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования в Документации, которые могут повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Учитывая изложенное, Комиссия признает доводы жалобы Заявителя обоснованными.

Резюмируя изложенное и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «БалтЭнергоКомплект - XXI Век» (ОГРН: 1037851040281, ИНН: 7826163837) на действия ОАО «РЖД» (ОГРН: 1037739877295, ИНН: 7708503727) при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 1, 9 части 10 статьи 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.