

РЕШЕНИЕ № 036/07/3-716/2023

по результатам рассмотрения жалобы индивидуального предпринимателя <...> на действия организатора торгов — ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме

17.05.2023

Воронеж

г.

Резолютивная часть решения объявлена 12.05.2023

Решение в полном объеме изготовлено 17.05.2023

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном ст.18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон «О защите конкуренции») на нарушение процедуры торгов (далее – Комиссия) в составе:

Логошин А.В. - председатель Комиссии, заместитель руководителя управления;

Колмаков Р.В.- член Комиссии, начальник отдела контроля органов власти;

Артамонов Д.В. – член Комиссии, ведущий специалист-эксперт,

при участии в рассмотрении жалобы: представителя заявителя – <...> (доверенность от 10.05.2023);

представителей заказчика: <...> (доверенность от 26.01.2022), <...> (доверенность от 28.11.2022), <...> (доверенность от 30.11.2022),

рассмотрев с применением системы видео-конференц-связи жалобу индивидуального предпринимателя <...> на действия организатора торгов — ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 455/ОКЭ-Ю-ВОСТ/23 на право заключения договора оказания услуг по техническому обслуживанию защитных сооружений Юго-Восточной железной дороги, в соответствии со статьей 18.1 Закона «О защите конкуренции»,

у с т а н о в и л а:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области поступила жалоба индивидуального предпринимателя <...> на действия организатора торгов — ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 455/ОКЭ-Ю-ВОСТ/23 на право заключения договора оказания услуг по техническому обслуживанию защитных сооружений Юго-Восточной железной дороги (далее — Закупка).

Существо жалобы, с которой обратился Заявитель, состоит в следующем. Действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий), являются незаконными. Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или третьими лицами) может подтверждаться исключительно судебным актом, вступившим в законную силу. В результате применения указанного Критерия при подведении итогов Закупки заявка Заявителя набрала на 5 баллов меньше заявки победителя. Своими фактическими действиями Заказчик признаёт необоснованность применения данного критерия, так как в иной закупке этот критерий был установлен, однако не учитывался.

В соответствии со статьей 18.1 Закона «О защите конкуренции» действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Заявитель является лицом, подавшим заявку на участие в торгах, следовательно, он входит в круг субъектов, наделенных правом обжалования в антимонопольном органе действий Заказчика, связанных с применением к его заявке предусмотренного конкурсной документацией спорного критерия.

Таким образом, указанная жалоба признана соответствующей требованиям, предусмотренным частью 6 статьи 18.1 Закона «О защите конкуренции», и принята к рассмотрению по существу.

О времени и месте рассмотрения жалобы стороны были уведомлены

надлежащим образом.

В ходе заседания комиссии представитель Заявителя поддержал доводы жалобы, пояснил, что в закупочной документации установлен ненадлежащий порядок оценки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами». В отношении Заявителя действительно имеется одно вступившее в силу решение суда о взыскании незначительной неустойки за ненадлежащее исполнение обязательства. Однако порядок оценки по указанному Критерию должен быть понятным и обоснованным.

Представители Заказчика выразили несогласие с доводами жалобы по основаниям, изложенным в устных и письменных возражениях; пояснили, что в части несогласия с установленным в закупочной документации критерием оценки жалоба подлежит оставлению без рассмотрения, так как подана после окончания срока подачи заявок на участие в закупке. При проверке заявки Заявителя на официальном сайте <https://my.arbitr.ru> было установлено наличие факта ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами по договору, не указанному в опыте выполнения работ, что подтверждено решением Арбитражного суда Воронежской области от 31.05.2021 по делу № А14-4728/2021. Оценка по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами» позволяет выявить недобросовестных исполнителей работ на стадии рассмотрения заявок и дать приоритет исполнителям, имеющими положительный опыт.

В результате рассмотрения настоящей жалобы и исследования всех имеющихся доказательств и материалов Комиссией установлено следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее – Закон о закупках, Закон № 223-ФЗ) при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - Положение о закупке).

Согласно части 2 статьи 2 Закона о закупках Положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность

заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Положение о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД» утверждено решением совета директоров ОАО «РЖД» от 28 июня 2018 г. (протокол № 26) (далее – Положение о закупке).

Целями названного Закона № 223-ФЗ являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

В силу части 6 статьи 3 Закона № 223-ФЗ заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Заказчик согласно части 2 статьи 1 Закона о закупках является хозяйствующим субъектом, на который распространяется действие Закона о закупках.

В силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ при закупке товаров, работ, услуг заказчики обязаны руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Аналогичные принципы закупочной деятельности закреплены в подпункте 2 пункта 32 Положения о закупке ОАО «РЖД».

В соответствии с пунктом 8 статьи 4 Закона "О защите конкуренции" дискриминационные условия - условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

21.03.2023 г. на сайте <http://company.rzd.ru> (раздел «Тендеры»), а также на электронной торговой площадке РТС-тендер (<http://www.rts-tender.ru>) заказчиком ОАО «РЖД» размещено извещение № 455/ОКЭ-Ю-ВОСТ/23 о проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по вырубке нежелательной древесно-кустарниковой растительности в охранных зонах высоковольтных воздушных линий 6-10 кВ.

В соответствии с извещением о закупке: время начала подачи заявок 21.03.2023, окончание подачи заявок - 29.03.2023 в 09 часов 00 минут по московскому времени; рассмотрение первых частей заявок 03.04.2023; рассмотрение вторых частей заявок и подведение итогов закупки 13.04.2023.

Согласно пунктам 13 и 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках и пункту 243 Положения 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.

Изложенная в части 5 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации презумпция добросовестности участников гражданских правоотношений не является императивной нормой, запрещающей потенциальным участникам таких правоотношений с применением предусмотренных законом процедур проверять контрагентов в целях выбора кандидата с наилучшей деловой репутацией. Однако такая проверка должна производиться в справедливых условиях, а ее результаты основываться на объективных доказательствах, имеющих юридическую силу.

В силу пункта 3.13.2 раздела 3.13 конкурсной документации (О должной осмотрительности заказчика) Заказчик, в целях проявления должной осмотрительности вправе проводить проверку сведений, представленных участниками конкурса в составе заявки, на

достоверность и отсутствие признаков компаний «однодневок», а также признаков недобросовестного поведения участника на рынке.

В силу части 9 статьи 3.2 Закона о закупках для осуществления конкурентной закупки заказчик разрабатывает и утверждает документацию о закупке (за исключением проведения запроса котировок в электронной форме), которая размещается в единой информационной системе вместе с извещением об осуществлении закупки и включает в себя сведения, предусмотренные в том числе частью 10 статьи 4 настоящего Федерального закона.

В силу пункта 4 части 1 статьи 3 Закона при закупке товаров, работ, услуг заказчики обязаны руководствоваться принципом отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

В соответствии с пунктом 32 Положения о закупке при закупке товаров, работ, услуг заказчик руководствуется следующими принципами:

- 1) информационная открытость закупки;
- 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;
- 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика;
- 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки;
- 5) стимулирование участия отечественных производителей, поставщиков, исполнителей, подрядчиков в закупках в порядке и пределах, установленных законодательством РФ.

Согласно Приложению № 1.4 к конкурсной документации, размещенной ОАО "РЖД" в единой информационной системе, одним из критериев оценки является критерий № 4, а именно: «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами» (далее – Критерий).

Данный критерий также предусмотрен подпунктом 11 пункта 209 Положения о закупке.

Сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем критериям,

уменьшается на 5 баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами.

При оценке по данному критерию учитывается опыт работ контрагента за период 3 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;

- наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, в том числе урегулированных как в судебном, так и досудебном порядке, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника, за исключением претензий, признанных необоснованными в досудебном или судебном порядке при предоставлении документов, подтверждающих отказ от претензий к участнику или судебного акта, вступившего в законную силу;

- уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.

В ходе рассмотрения жалобы Комиссией установлено, 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.

Кроме того, Заказчиком в Документации не установлен порядок проверки и установления наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами для надлежащего присвоения баллов участникам закупки по вышеуказанному 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, при оценке по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и (или) третьими лицами» должны учитываться только те факты, которые подтверждены исключительно судебными актами, вступившими в законную силу.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по Критерию, нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках. Заказчиком не соблюдены предусмотренные законодательством Российской Федерации в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц требования к содержанию документации о закупке товаров, работ, услуг.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона «О защите конкуренции» Комиссия приходит к выводу об отсутствии оснований для выдачи предписания, в связи с тем, что по настоящей Закупке внесение указанных выше изменений в конкурсную документацию фактически не приведет к изменению оценки заявки Заявителя, так как решением Арбитражного суда Воронежской области от 31.05.2021, вступившим в законную силу 16.06.2021 (дело № А14-4728/2021), с индивидуального предпринимателя <...> в пользу ОАО «РЖД» взысканы 3223 рублей 91 копеек пени (штрафа) по договору возмездного оказания услуг № 3764422 от 30.12.2019 (согласно представленной ОАО «РЖД» информации срок оказания услуг по договору с 01.01.2020 г. по 31.12.2020 г.) и 2000 рублей расходов по уплате государственной пошлины, что объективно свидетельствует о наличии факта ненадлежащего исполнения обязательства и не оспаривалось Заявителем в ходе производства по настоящей жалобе.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1, частью 1 статьи 23 Закона «О защите конкуренции», Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу Индивидуального предпринимателя <...> на действия организатора торгов — ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме № 455/ОКЭ-Ю-ВОСТ/23 на право заключения договора оказания услуг по техническому обслуживанию защитных сооружений Юго-Восточной железной дороги, обоснованной.

2. В соответствии с ч. 1 ст. 23 Закона о «О защите конкуренции» в целях соблюдения прав имущественного и неимущественного характера участников правоотношений, предписание не выдавать.

Настоящее решение размещено на сайте Воронежского УФАС России в сети «Интернет»: voronezh.fas.gov.ru.

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

Председатель Комиссии
Логошин

А.В.

Члены Комиссии
Колмаков

Р.В.

Артамонов

Д.В.