

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-891/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Умные машины» 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»

29.09.2017 Москва

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

ведущего заседания Комиссии – <...>

членов комиссии:

<...>

при участии представителей:

<...>

представители ООО «Умные машины» на заседание комиссии ФАС России не явились, уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев жалобу ООО «Умные машины» от б/д б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1251/ОКЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку бытовой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705437290), в 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 «Умные машины» (далее — Заявитель) от б/д б/н (от 144510/17 вх. 21.09.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1251/ОКЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку бытовой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705437290) (далее — Конкурс, 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 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.

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 в сфере закупок (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 в ЕИС предусмотрено Законом о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

18.08.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе Заявителю в допуске на участие в Конкурсе.

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и указал, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о закупках, Положения о закупке, Документации.

Рассмотрев представленные материалы и выслушав пояснения представителей Заказчика, Заявителя, а также руководствуясь частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, 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.

Аналогичный принцип закупочной деятельности Заказчика предусмотрен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Согласно части 6 статьи 3 Закона о закупках 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.

В соответствии с протоколом рассмотрения и оценки конкурсных заявок от 14.09.2017 № 1251/ОКЭ-РЖДС/17/2 (далее - Протоколу рассмотрения) Заявителю отказано в допуске на участие в Конкурсе на основании пунктов 7.5.3.1, 7.5.3.4 и 7.5.12 Документации в связи с непредставлением документов, предусмотренных пунктами 2.1 и техническим заданием Документации, а также в связи с несоответствием товаров, предлагаемых в соответствии с конкурсной заявкой Заявителя, требованиям Документации.

Пунктом 3 Документации установлено, что сведения о наименовании закупаемых товаров, работ, услуг, их количестве (объеме), единичных расценках, начальной (максимальной) цене договора, расходах участника, нормативных документах, согласно которым установлены требования, технических и функциональных характеристиках товара, работы, услуги, требования к их безопасности, качеству, упаковке, отгрузке товара, к результатам, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика, место, условия и сроки поставки товаров, оказания услуг, выполнения работ, форма, сроки и порядок оплаты изложены в техническом задании, являющемся приложением № 2 к Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы, заявку Заявителя и сообщил, что по позиции № 7 технического задания Документации Заявителем в техническом предложении предложена эквивалентная продукция, технические характеристики которой не соответствуют требованиям технического задания Документации, а именно Заявителем предложен кулер настольный с холодильником для воды объемом 14 л. При этом в техническом задании Документации установлено требование к объему холодильника для воды — 19 л.

Согласно пункту 7.5.12 Документации при наличии информации и документов, подтверждающих, что товары, работы, услуги, предлагаемые в соответствии с конкурсной заявкой участника, не соответствуют требованиям, изложенным в Документации, заявка участника отклоняется.

Таким образом, действия Заказчика, отклонившего заявку Заявителя на основании несоответствия предложенной продукции требованиям технического задания Документации, не противоречат требованиям Закона о закупках, Положения о закупке и Документации.

Учитывая изложенное, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Заявителя Комиссией ФАС России в

действиях Заказчика выявлены следующие нарушения.

2. Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Конкурса должен являться производителем либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем товаров либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

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.

Вместе с тем, участник Конкурса может не являться производителем товара или не иметь дилерских отношений с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки. Также указанное требование ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

2.1 Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник Конкурса должен иметь опыт осуществления поставок, аналогичному предмету конкурса, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в пункте 3.1. Документации. При этом учитывается стоимость всех поставленных участником закупки (с учетом правопреемственности) товаров (по выбору участника закупки) по предмету, аналогичному предмету Конкурса.

В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 9 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.2 Документации;
- накладные о поставке товаров, актов о выполнении работ, оказании услуг;
- договоры на поставку товаров, работ, услуг (представляются все листы договоров со всеми приложениями);

- копии документов, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточного акта и др.).

Вместе с тем, содержанием договора поставки является обязанность поставщика доставить Заказчику соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

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 продукции по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору заключаемому по результатам Конкурса.

Кроме того, в соответствии с пунктом 249 Положением о закупке победителем Конкурса признается участник, предложивший лучшие условия исполнения договора в соответствии с критериями и порядком оценки и сопоставления заявок, которые указаны в Документации.

С учетом изложенного, наличие у участников закупки опыта поставок не может являться критерием допуска к участию в закупке.

- - Пунктом 8.6.1 Документации установлено, что в составе конкурсной заявки участник должен представить техническое предложение, оформленное по форме Приложения № 3 к Документации, заверенное подписью и печатью (при ее наличии) участника, а также документы, предоставляемые в подтверждение соответствия предлагаемых участником товаров, работ, услуг в случае, если предоставление таких документов предусмотрено Приложением № 3 к Документации. В техническом предложении участника должны быть изложены условия, соответствующие требованиям технического задания, являющегося Приложением № 2 к конкурсной документации. Техническое предложение предоставляется в электронной форме и должно быть сканировано с оригинала.

Согласно техническому предложению к Документации по позициям участникам Конкурса в составе заявки на участие в Конкурсе необходимо представить сертификат соответствия или декларацию о соответствии на продукцию по позициям №№ 1-4, 8-13, 19.

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 не вправе требовать документы, подтверждающие соответствие товара, которым участник закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара при поставке которого передаются соответствующие документы, такие как: паспорт качества, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки на участие в Аукционе деклараций и сертификатов соответствия, в соответствии с приложением № 2 Документации, обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести эквивалент указанной в «Техническом задании» Документации продукции.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера продукции как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении сертификатов соответствия, возможность участников закупки подтвердить соответствие качества продукции на момент подписания договора, в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации, всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера, его официального представителя.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

Вместе с тем, согласно Протоколу рассмотрения участнику Конкурса ООО «Лесосибирская торговая компания» отказано в допуске на участие в Конкурса в связи с непредставлением документов, предусмотренных пунктами 2.1, 2.2 и техническим заданием Документации, а именно: не представлены документы подтверждающие, что участник является производителем товаров либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем; в подтверждение опыта поставки товаров не представлены: накладные о поставке товаров и договоры на поставку товаров; не представлены сертификаты соответствия или декларации о соответствии.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, отклонившего заявку ООО «Лесосибирская торговая компания» на основании неправомερных требований Документации, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 6 статьи 3 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

- - - Пунктом 7.5.8 Документации установлено, что 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 ограничивает количество участников Конкурса.

В соответствии с 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 Конкурса.

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

3.1 Пунктом 5.3.3.1 Документации установлено требование: «об отсутствии у участника Аукциона недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации. Участник аукциона считается соответствующим установленному требованию в случае, если им в установленном порядке подано заявление об обжаловании указанных недоимки, задолженности и решение по такому заявлению на дату рассмотрения заявки на участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) не принято»

С учетом особенностей налогообложения, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что требование о декларировании на момент подачи заявок отсутствия задолженности перед бюджетом Российской Федерации может привести к ограничению количества участников в виду сокращения количества участников закупки, так как фактически задолженность участника на момент подачи заявки должна соответствовать 0 рублей 00 копеек.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Пунктом 9.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с

которым заключается договор по итогам Конкурса, представляет сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, с приложением подтверждающих документов. В случае непредставления указанных сведений и документов победитель, иной участник с которым заключается договор, считается уклонившимся от заключения договора.

Вместе с тем, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

4.1 Согласно пункту 9.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Аукциона должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 Документации.

При этом приложением № 5 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 9.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, конкурсной заявке которого присвоен второй номер (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, заявке которого присвоен второй порядковый номер <...> единственный участник, допущенный к участию в Аукционе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), вправе согласовать предоставление банковской гарантии иным банком, направив письменное обращение заказчику с приложением проекта банковской гарантии соответствующего требованиям Документации.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанных положений Документации 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 положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Согласно пунктам 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации указываются критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Согласно подпункту 3 пункта 4.1 Документации, при сопоставлении заявок и определении победителя Конкурса оцениваются в том числе по критерию «Право поставки, подтвержденное производителем» с максимальным количеством баллов — 15 баллов.

При этом Заказчиком установлен следующий порядок начисления баллов по указанному критерию:

- максимальное количество баллов (100% от количества присвоенных баллов по

критерию № 3) присваивается в случае, если участник является производителем;

- в случае, если участник имеет документально подтвержденные отношения с производителем товара (дилер) начисляются баллы, в 2 раза меньше максимального количества баллов;
- в случае, если участник имеет документально подтвержденные отношения с дилером/поставщиком, баллы не начисляются;
- в случае, если по позициям представлено право поставки, подтвержденное производителем различно, оценка по данному критерию производится путем вычисления среднеарифметического значения баллов, присвоенных соответствующим позициям.

Вместе с тем, наличие у участников Конкурса документов, подтверждающих право поставки, зависит от волеизъявления третьих лиц, что ограничивает количество участников Конкурса и создает преимущественные условия участия в Конкурсе участникам, являющимися производителями.

Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по подкритерию «Право поставки, подтвержденное производителем» критерия оценки «Квалификация участника».

Таким образом, Заказчиком в Документации в нарушение пунктов 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках не установлен надлежащим образом критерии оценки и сопоставления заявок и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в Конкурсе, что не позволяет объективно выявить лучшее условие выполнения договора.

Указанные действия Заказчика содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно информации размещенной в ЕИС 26.09.2017 Заказчиком заключен договор от 25.09.2017 № 57708503727170184450000.

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

РЕШИЛА:

- - - Признать жалобу ООО «Умные машины» от б/д б/н (от 144510/17 вх. 21.09.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при

проведении открытого конкурса в электронной форме № 1251/ОКЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку бытовой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705437290) необоснованной.

- Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушение части 1 статьи 2, части 6 статьи 3, пунктов 12, 13 части 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
- Обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений в соответствии с принятым решением от 29.09.2017 № 223ФЗ-891/17 не выдавать, поскольку по результатам закупки заключен договор.
- Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 29.09.2017 № 223ФЗ-891/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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