

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-138/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Эффективные технологии города» 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»

01.03.2017 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе: <...> ,

при участии представителей: <...> ,

рассмотрев жалобу ООО «Эффективные технологии города» от б/д № б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 25/ОКЭ-ЦДИДМ/17 на право заключения договора на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов для нужд Центральной дирекции инфраструктуры — филиала ОАО «РЖД» (извещение № 31704697808) 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 «Эффективные технологии города» (далее - Заявитель) от б/д № б/н (от 20.02.2017 № 25280/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 25/ОКЭ-ЦДИДМ/17 на право заключения договора на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов для нужд Центральной дирекции инфраструктуры — филиала ОАО «РЖД» (извещение № 31704697808) (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 заказчика 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 закупках товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров от 30.06.2014 (далее – Положение о закупке).

24.01.2017 в единой информационной системе (далее - 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, а именно:

- В Документации неправомерно установлено требование к участникам Конкурса об отсутствии у участника закупки недоимок по налогам, сборам, задолженности по иным платежам в размере более 1000 рублей, что подтверждается справкой из уполномоченного налогового органа по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения.
- Заказчиком в Документации неправомерно установлен перечень банков для обеспечения надлежащего исполнения договора, отличного от перечня банков, чьи гарантии Заказчик принимает для обеспечения заявки в закупочной процедуре.
- Заказчиком в проекте договора Документации установлены несоразмерные условия об ответственности подрядчика за неисполнение условий договора.
- Заказчиком в Документации не установлен порядок предоставления «технологических окон» обязательно необходимых для надлежащего производства работ.

Представители Заказчика с доводами жалобы не согласились и указали, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о закупках, Положением о закупке, Документацией.

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

- - - На основании части 24 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции доводы об установлении неправомерных требований Заказчиком к участникам Конкурса, а именно: об отсутствии у участника закупки недоимок по налогам, сборам, задолженности по иным платежам в размере более 1000 рублей, что подтверждается справкой из уполномоченного налогового органа по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения; об установлении перечня банков для обеспечения надлежащего исполнения договора, отличного от перечня банков, чьи гарантии Заказчик принимает для обеспечения заявки в закупочной процедуре, а также об отсутствии порядка предоставления «технологических окон» обязательно необходимых для надлежащего производства работ, Заявителем озованы на заседании Комиссии ФАС России.
 - Согласно доводу Заявителя, Заказчиком в проекте договора Документации установлены несоразмерные условия об ответственности подрядчика за неисполнение условий договора.

Пунктом 9 Проекта Договора Документации установлена ответственность сторон договора.

Согласно пункту 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 года № 51-ФЗ (далее — ГК РФ) Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Вместе с тем, представители Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не переставили доказательств и сведений, подтверждающих, что установленное Заказчиком требование об ответственности подрядчика, в части установления штрафных санкций за неисполнение условий договора исполнителя по договору, может привести к нарушению принципа равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Таким образом, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Заявителя Комиссией ФАС России в действиях Заказчика выявлены следующие нарушения.

- - - 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.

Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник должен иметь опыт выполнения работ по алюминотермитной сварке рельсов, 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 всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) работ по алюминотермитной сварке рельсов (по выбору участника закупки).

В подтверждение опыта выполнения работ по алюминотермитной сварке рельсов участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 10 к конкурсной документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.2 конкурсной документации;

и

- договоры на выполнение работ (представляются все листы договоров со всеми приложениями);

- документы, 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, представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России пояснил, что предоставление договоров, подтверждающих наличие опыта выполнения работ по алюминотермитной сварке рельсов, необходимо как для подтверждения соответствия требованиям Документации, так и для оценки участника закупки с целью выявления лучшего предложения.

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 выполнения работ не может являться критерием допуска к участию в закупке.

Пунктом 2.3 Документации установлено, что участник должен располагать квалифицированным персоналом для выполнения работ по алюминотермитной сварке рельсов.

В подтверждение наличия квалифицированного персонала участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 12 к конкурсной документации;

- штатное расписание (в случае привлечения персонала, находящегося в штате);

- информацию о трудовых договорах или гражданско-правовых договорах со специалистами, задействованными при выполнении работ, иных договорах на оказание услуг по предоставлению персонала (в виде справки либо по форме приложения № 12 к конкурсной документации).

- действующие документы, подтверждающие присвоение разряда не ниже указанного в пункте 2.3 Документации.

Вместе с тем, отсутствие у участника на момент подачи заявки указанного квалифицированного персонала и подтверждающих документов, указанных в пункте 2.3 Документации, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки, поскольку такой квалифицированный персонал может быть привлечен участником закупки после подведения итогов закупки в случае признания такого участника победителем закупки. Кроме того, представление вышеуказанных документов в составе заявки ограничивает количество участников закупки.

Пунктом 2.4 Документации установлено, что участник должен располагать производственными мощностями (ресурсами) для выполнения работ по алюминотермитной сварке рельсов в зависимости от применяемой технологии

производства работ, а именно: лот № 1-не менее 26 (двадцати шести) комплектов; лот № 2-не менее 1 (одного) комплекта; лот № 3-не менее 20 (двадцати) комплектов; лот № 4-не менее 9 (девяти) комплектов; лот № 5-не менее 7 (семи) комплектов; лот № 6-не менее 14 (четырнадцать) комплектов; лот № 7-не менее 11 (одиннадцать) комплектов; лот № 8-не менее 13 (тринадцать) комплектов; лот № 9-не менее 16 (шестнадцать) комплектов; лот № 10-не менее 15 (пятнадцать) комплектов; лот № 11-не менее 18 (восемнадцать) комплектов; лот № 12-не менее 17 (семнадцать) комплектов; лот № 13-не менее 7 (семи) комплектов; лот № 14-не менее 6 (шести) комплектов; лот № 15-не менее 8 (восемью) комплектов; лот № 16-не менее 7 (семи) комплектов.

Состав одного комплекта специализированного оборудования в зависимости от применяемой технологии производства работ приведен в пункте 3.2.1 Документации.

В подтверждение наличия производственных мощностей, ресурсов участник в составе заявки должен представить:

- справку по форме приложения № 11 к Документации;
- документы, подтверждающие наличие производственных мощностей, ресурсов на любом законном основании (например, карточки учета основных средств, договоры купли-продажи, аренды, иные договоры, иные документы).

Таким образом, на момент подачи заявки участник Конкурса должен располагать указанными производственными мощностями на праве собственности или аренды.

Отсутствие у участника на момент подачи заявки указанных производственных мощностей и подтверждающих документов, указанных в пункте 2.4 Документации, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса, поскольку такие производственные мощности могут быть привлечены участником закупки после подведения итогов закупки в случае признания такого участника победителем закупки.

Вместе с тем, представление вышеуказанных документов в составе заявки ограничивает количество участников закупки.

Пунктом 2.5 Документации установлено, что Участник должен обладать правом использования технологии выполнения работ.

В подтверждение наличия права использования технологии выполнения работ участник должен представить действующий лицензионный договор или авторское право на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов на территории Российской Федерации, обеспечивающие выполнение требований ТУ 0921-337-01124323-2016 «Рельсы железнодорожные, сваренные термитным способом. Технические условия», утвержденные распоряжением ОАО «РЖД» от 13 декабря 2016 г. № 2529/р (Приложение № 13 к Документации).

Также, пунктом 3.2.1 Документации установлено требование о необходимости выполнения работ исполнителем, имеющим допуск к выполнению работ по алюминотермитной сварке рельсов на сети железных дорог ОАО «РЖД».

В подтверждение наличия допуска к производству работ необходимо представить в составе заявки действующее заключение ОАО «ВНИИЖТ» о допуске к выполнению работ по алюминотермитной сварке рельсов на сети железных дорог ОАО «РЖД».

Следовательно, для исполнения указанного требования Документации участник закупки должен получить заключение аффилированной структуры Заказчика, а также иметь в наличии действующий лицензионный договор или авторское право на выполнение работ.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России приходит к выводу о неправомерности установленных требований к составу заявки, установленных в пункте 2.5, 3.2.1 Документации, поскольку получение допуска к производству работ зависит от волеизъявления третьих лиц. Также, получение заключения ОАО «ВНИИЖТ» требует временных затрат для его получения, что влечет риск несвоевременной подготовки участниками заявки на участие в Конкурсе.

Пунктом 6.3.3.1 Документации установлено, что участник Конкурса 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. Соответствие данному требованию подтверждается справкой об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, выданной по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и Документации на сайтах, налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 21 июля 2014 г. № ММВ-7-8/378@, с учетом внесенных в приказ изменений. В случае наличия задолженности также необходимо представить справку о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций и индивидуальных предпринимателей, выданную по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и Документации на сайтах, налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 5 июня 2015 г. № ММВ-7-17/227@, с учетом внесенных в приказ изменений из каждой ИФНС, указанной в справке об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов. В случае наличия вступившего в законную силу решения суда о признании обязанности заявителя по уплате недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации исполненной или решения компетентного органа, которым указанные суммы признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, дополнительно представляется соответствующее решение.

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, при этом полученной не ранее дня опубликования Извещения.

Кроме того, требование о предоставлении в составе заявки справки об исполнении налогоплательщиком обязанности по уплате налогов, сборов, штрафов, пеней, процентов, выданной по состоянию на дату не ранее дня опубликования Извещения и Документации в ЕИС, накладывает на участника Конкурса дополнительные обязанности, связанные с необходимостью обращения в налоговый орган в срок не ранее дня размещения в ЕИС Извещения и Документации, а также ограничивает возможность участников Конкурса в своевременном получении указанной справки, что влечет риск невозможности подать заявку участником закупки.

Также, указанное требование о задолженности в размере 1000 рублей по налогам, сборам и пени не может быть применено в равной степени к разным участникам, так как указанная величина налоговой задолженности может быть как значимой или напротив ничтожной по отношению к годовому денежному обороту соответствующего участника.

Пунктом 4.1.25 проекта Договора Документации установлено не допускать привлеченными для выполнения Работ субподрядчиками и третьими лицами передачу выполнения Работ по настоящему Договору другим третьим лицам без письменного согласия Заказчика. В случае получения согласия Заказчика, такое привлечение осуществляется в порядке, предусмотренном в подпункте 4.2 Договора.

Вместе с тем, указанное требование ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления Заказчика. Кроме того, согласование перечня привлекаемых субподрядчиков с Заказчиком (третьим лицом), является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору.

Пунктом 7.8.8 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 7.8.10 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.

Согласно пункту 9.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 конкурсной документации. Срок действия банковской гарантии должен превышать срок действия договора не менее чем на 1 (один) месяц.

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 конкурсе (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 Конкурсе с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают 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 «Эффективные технологии города» от б/д № б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого

конкурса в электронной форме № 25/ОКЭ-ЦДИДМ/17 на право заключения договора на выполнение работ по алюминотермитной сварке рельсов для нужд Центральной дирекции инфраструктуры — филиала ОАО «РЖД» (извещение № 31704697808) необоснованной.

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

3. В связи с тем, что по выявленным нарушениям выдано предписание от 01.03.2017 № 223ФЗ-139/17, по данному делу предписание не выдавать.

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