Решение ФАС России от 02.09.2021 N 223Ф3-458/21 Нарушение: ч. 1 ст. 2, п. 3 ч. 9, п. 1, 2, 9, 13, 14 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках. Решение: Выдать предписание об устранении нарушений; передать материалы дела должностному лицу для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

РЕШЕНИЕ № 223Ф3-526/21

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ППК» 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»

05.10.2021 Москва

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

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...>, <...>

ООО «ППК»: <...>,

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 «ППК» от 17.09.2021 № 285 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 607/ОКЭ-ДКРС/21 на право заключения договоров на выполнение полного комплекса работ, включая инженерные изыскания, проектные работы, оформление исходно-разрешительной документации, строительно-монтажные работы, пусконаладочные работы и комплектацию оборудованием на объектах, относящихся к программе мероприятий по развитию железнодорожной инфраструктуры направления Кузбасс-Дальний Восток на период до 2024 года (включительно) (извещение № 321 10604797), 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 «ППК» (далее – Заявитель) от 17.09.2021 № 285 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме

№ 607/ОКЭ-ДКРС/21 на право заключения договоров на выполнение полного комплекса работ, включая инженерные изыскания, проектные работы, оформление исходно- разрешительной документации, строительно-монтажные работы, пусконаладочные работы и комплектацию оборудованием на объектах, относящихся к программе мероприятий по развитию железнодорожной инфраструктуры направления Кузбасс - Дальний Восток на период до 2024 года (включительно) (извещение № 32110604797) (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, 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» (протокол от 28.06.2021 № 10)

(далее – Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Конкурса, конкурсной документацией (далее – Документация):

1. извещение о проведении Конкурса размещено в единой информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru (далее – ЕИС) – 31.08.2021;
2. начальная (максимальная) цена договора – 1 785 206 119, 20 рублей;
3. дата окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе – 20.09.2021;
4. дата рассмотрения заявок на участие в Конкурсе – 06.10.2021;
5. дата подведения итогов Конкурса – 07.10.2021.

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.

В целях всестороннего изучения представленных материалов на основании части 14.1 статьи 18.1 Комиссией ФАС России объявлен перерыв с 24.09.2021 до 05.10.2021.

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

1. Заказчиком в проекте договора Приложения № 1.2 к Документации неправомерно включено условие о том, что ввод объекта в эксплуатацию осуществляется подрядчиком.
2. Заказчиком ненадлежащим образом сформирован лот по предмету закупки.
3. Заказчиком в Документации установлено неправомерное требование к участникам закупки в Документации о наличии у них выписки саморегулируемой организации с уровнем ответственности члена СРО, соответствующему предельному размеру взятых обязательств по Договорам.

4. Заказчиком в Документации не установлены обязательные квалификационные требования к участникам закупки, выполняющие инженерные изыскания и проектирование, предусмотренные Градостроительным кодексом Российской Федерации.
5. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о наличии опыта выполнения работ по предмету закупки.
6. Заказчиком в Документации неправомерно установлено право Заказчика осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников закупки.
7. Документация неправомерно определяет право участника закупки получать банковскую гарантию для обеспечения исполнения договора исключительно у банков, перечень которых установлен Заказчиком.
8. Заказчиком неправомерно установлено требование в проекте договора о согласовании субподрядчиков, выбранных подрядной организацией.
9. Заказчиком в проекте договора Документации установлено требование о наличии у подрядчика членства одновременно в трех саморегулируемых организациях по инженерным изысканиям, проектированию и строительству.
10. Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение по проверке добросовестности поведения участников закупки.
11. Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по подкритериям «Опыт участника», «Квалификация персонала» критерия «Квалификация участника» и критерия «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

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

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба 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 представителя Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

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

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в проекте договора приложения № 1.2 к Документации неправомерно включено условие о том, что ввод объекта в эксплуатацию осуществляется подрядчиком.

Пунктом 2.2.3 приложения № 1.2 проекта договора (далее – Проект договора) к Документации установлено, что «Работы, подлежащие выполнению Подрядчиком в соответствии с настоящим Договором, включают в себя: получение и (или) сопровождение (обеспечение) получения (всех необходимых в соответствии с Применимым законодательством Разрешений и иной исходно-разрешительной документации для выполнения Работ, включая согласование и предоставление на утверждение проекта планировки территории и проекта межевания территории, получение правоустанавливающих документов на земельные участки (лесные участки, объекты водного фонда), разрешения на строительство Объекта, заключения о соответствии в отношении Объекта и разрешения на ввод Объекта в эксплуатацию, а также обеспечение государственной регистрации права собственности на Объект (в том числе, представление и получение необходимых и достаточных документов для получения соответствующих Разрешений), подбор, согласование с Заказчиком и поставка Оборудования».

В соответствии с пунктом 13.2 Проекта договора «в случае, если для исполнения каких-либо обязательств Подрядчика по настоящему Договору требуются какие-либо доверенности, выдаваемые Заказчиком – в срок не позднее 5 (пяти) рабочих дней с даты получения мотивированного запроса Подрядчика, предоставляет Подрядчику соответствующие доверенности».

Согласно пояснениям представителей Заказчика в соответствии с приказом Минстроя России от 17.06.2020 № 322/пр «Об утверждении Административного регламента Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по выдаче разрешений на ввод в эксплуатацию объектов капитального строительства, указанных в пункте 4 и 5 и пункте 1 части 6 статьи 51 Градостроительного кодекса Российской Федерации (за исключением объектов капитального строительства, в отношении которых выдача разрешений на строительство возложена на иные федеральные органы исполнительной власти)» (далее – Административный регламент) допускается подача заявления об оказании государственной услуги по вводу объекта капитального строительства в эксплуатацию представителями заявителя, в случае передачи им таких полномочий надлежаще оформленными документами (доверенностью). Указанная государственная услуга предоставляется без взимания государственной пошлины или иной платы (пункт 31 Административного регламента). В связи с этим осуществление ввода объекта в эксплуатацию объекта капитального строительства представителем подрядчика не противоречит законодательству и не может повлиять на увеличение общей стоимости проекта.

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации, а также заслушав пояснения сторон, приходит к выводу, что действия Заказчика не противоречат Положению о закупке и Закону о закупках.

Вместе с тем представитель Заявителя не представил доказательств, свидетельствующих об обоснованности довода Жалобы, в связи с чем довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком ненадлежащим образом сформирован лот по предмету закупки.

Пунктом 1 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках установлено, что в описании предмета закупки указываются функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки.

В соответствии с пунктом 3 части 9 статьи 4 Закона о закупках в извещении об осуществлении конкурентной закупки должны быть указаны сведения о предмете договора с указанием количества поставляемого товара, объема выполняемой работы, оказываемой услуги.

Пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено,

что 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.

Согласно Извещению и Документации предметом закупки является выполнение полного комплекса работ, включая инженерные изыскания, проектные работы, оформление исходно-разрешительной документации, строительно-монтажные работы, пусконаладочные работы и комплектацию оборудованием на объектах, относящихся к программе мероприятий по развитию железнодорожной инфраструктуры направления Кузбасс-Дальний Восток на период до 2024 года (включительно).

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика представили сведения и пояснили, что объект закупки является единым технологическим комплексом и выполнение работ на данном участке целесообразно силами одной организации, поскольку это необходимо для обеспечения единых подходов к технологическим решениям, обеспечению оперативной увязки проектных решений на всем участке работ.

Также представители Заказчика сообщили, что выполнение полного комплекса работ на разъездах на перегонах «Джелингра – Амут» и «Маревая – Змейка» осуществляется для достижения целевых показателей в части провозной способности на участке «Тында – Улак» Байкало-Амурской железнодорожной магистрали, установленных паспортом инвестиционного проекта «Модернизация железнодорожной инфраструктуры Байкало-Амурской и Транссибирской железнодорожных магистралей с развитием пропускных и провозных способностей (второй этап)», утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.04.2021 № 1100-р.

Вместе с тем во исполнение пункта 5 раздела I Протокола заседания президиума Правительственной комиссии по транспорту от 28.05.2021 № 5 ФАС России сформированы условия и рекомендации по проведению

ОАО «РЖД» закупок, обеспечивающих эффективную и своевременную реализацию мероприятий проектов по развитию Восточного полигона, в том числе «под ключ», в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 № 223ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», изложенными в письме ФАС России от 30.07.2021 № МШ/63485/21.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу о необоснованности довода жалобы.

3. Заказчиком в Документации установлено неправомерное требование к участникам закупки в подпункте *1.9.1 пункта 1.9 части 1 Документации* о наличии у них выписки саморегулируемой организации с уровнем ответственности члена СРО, соответствующему предельному размеру взятых обязательств по Договорам.

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

Согласно пункту 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Пунктом 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 соответствовать требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации, к лицам, осуществляющим строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства.

Участник закупки считается соответствующим данному требованию при условии, что такой участник закупки является членом саморегулируемой организации (далее – СРО) в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства.

Если участие в конкурсе принимает несколько лиц на стороне одного участника, соответствие данному требованию подтверждается в

отношении лиц, которые в соответствии с договором простого товарищества осуществляют указанную деятельность.

При распределении в договоре простого товарищества (договоре о совместной деятельности) обязанностей и вкладов товарищей таким образом, что исполнителями работ, при выполнении которых участник должен соответствовать установленным настоящим пунктом требованиям, выступают несколько лиц, соответствие данному требованию подтверждается в отношении таких лиц.

В случае отсутствия распределения обязанностей, вкладов и указания на исполнителей работ в договоре простого товарищества (договоре о совместной деятельности), соответствие данному требованию подтверждается в отношении всех лиц, выступающих на стороне одного участника.

В подтверждение соответствия требованиям, установленным законодательством Российской Федерации, участник в составе заявки предоставляет сведения о наименовании СРО, членом которой является участник, в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства в декларативной форме в составе заявки участника, оформленной согласно форме заявки участника, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации.

Сведения о фактическом членстве в СРО, а также о соответствии участника требованию проверяются заказчиком, в том числе, на официальном сайте саморегулируемой организации, указанной участником в заявке, оформленной согласно Форме заявки участника, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации».

Частью 1 статьи 55.8 ГрК РФ установлено, что индивидуальный предприниматель или юридическое лицо имеет право выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, или региональным оператором, при условии, что такой индивидуальный предприниматель или такое юридическое лицо является членом соответственно СРО в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта

объектов капитального строительства, если иное не установлено ГрК РФ.

Пунктом 6 «Иные требования» приложения № 1.1 Технического задания Документации установлено, что «при заключении договора совокупный размер неисполненных обязательств, принятых на себя Исполнителем по договорам строительного подряда, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, в том числе по настоящему договору, должен соответствовать предельному размеру обязательств, исходя из которого Исполнителем был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 13 статьи 55.16 Градостроительного кодекса Российской Федерации».

На заседании Комиссии представители Заказчика пояснили, что требование о наличии членства в СРО у участника закупки установлено в соответствии с письмом ФАС России от 30.07.2021 № МШ/63485/21.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу о необоснованности довода жалобы.

4. Заказчиком не установлены обязательные квалификационные требования к участникам закупки, выполняющие инженерные изыскания и проектирование и строительство, предусмотренные Градостроительным кодексом Российской Федерации.

Пунктом 26.1 Проекта договора установлено, что Подрядчик гарантирует, что является членом саморегулируемой организации по инженерным изысканиям, архитектурно-строительному проектированию и строительству.

На заседании Комиссии представители Заказчика пояснили, что в силу положений договора, который будет заключен по результатам Конкурса, участник, признанный победителем, будет обязан иметь соответствующие разрешительные документы, в том числе лицензии и являться членом СРО. Кроме того, требования пункта 26.1 Проекта договора Документации распространяются также на субподрядчиков, привлеченных подрядчиком для выполнения Работ.

Вместе с тем представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не представил доказательств, подтверждающих обоснованность

достоинства Жалобы,

в связи с чем довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

5. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно установлено требование о наличии опыта выполнения работ по предмету закупки.

Подпунктом 1.9.2 пункта 1.9 Документации установлено следующее квалификационное требование к участникам Конкурса:

«Участник должен иметь опыт:

– выполнения проектно-изыскательских работ на линейных объектах, общая стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены проектных работ без учета НДС, установленной в пунктах 1.1, 2.1 Технического задания - приложения № 1.1 конкурсной документации;

– выполнения работ по строительству и/или реконструкции и/или техническому перевооружению линейных объектов, по перечисленным видам работ:

устройство земляного полотна;

и/или

устройство верхнего строения пути;

и/или

монтаж и/или демонтаж и/или устройство и/или переустройство искусственных сооружений;

и/или

монтаж и/или демонтаж и/или устройство и/или переустройство сигнализации, централизации и блокировки (СЦБ);

и/или

монтаж и/или демонтаж и/или устройство и/или переустройство сетей связи;

и/или

монтаж и/или демонтаж и/или устройство и/или переустройство сетей электроснабжения,

общая стоимость которого составляет не менее 20% (двадцати

процентов) начальной (максимальной) цены строительно-монтажных работ без учета НДС, установленной в пунктах 1.4, 2.4 Технического задания - приложения № 1.1 конкурсной документации.

При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) вышеуказанных работ.

В подтверждение опыта выполнения работ, поставки товаров 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 конкурсной документации о наличии требуемого опыта;
- договоры на выполнение работ (представляются все листы договоров со всеми приложениями и дополнительными соглашениями);
- документы, подтверждающие оплату по договору;
- акты выполненных работ;
- акты приемки законченного строительством объекта приемочной комиссией по форме № КС-14 и/или справки о стоимости выполненных работ и затрат по форме № КС-3 с реестром актов выполненных работ и затрат, выполненным по форме приложения к справке формы № КС-3 и/или копии актов о приемке выполненных работ по форме КС-2;
- 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.)».

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России приходит к выводу о неправомерности квалификационного требования о наличии в том числе опыта выполнения проектно-изыскательских работ, поскольку в рамках выполнения комплексных работ по проектированию и строительству подрядчик не обязан выполнять проектно-изыскательские работы самостоятельно, и может в том числе привлечь для выполнения таких видов работ субподрядчика.

Таким образом, вышеуказанные действия Заказчика, установившего к участникам Конкурса неправомерное требование о наличии опыта выполнения проектно-изыскательских работ на линейных объектах, ограничивают количество участников Конкурса, противоречат 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 которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

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

Пунктом 3.6.9 части 3 Документации установлено требование о том, 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 заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Вместе с тем возможность получения дополнительной информации и документов, с учетом указанного положения Документации, полностью 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 может привести к дискриминации участников Конкурса, а также может создать преимущества отдельным участникам закупки при осуществлении дозапроса документов, как и изменение в результате дозапроса тех сведений, которые могут повлиять на оценку заявок участников закупки.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, предусмотревшего в Документации возможность осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников Конкурса, ограничивают количество участников закупки и противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

7. Согласно доводу Жалобы Документация неправомерно определяет право участника закупки получать банковскую гарантию для обеспечения исполнения договора исключительно у банков, перечень

которых установлен Заказчиком.

Пунктом 3.17.6 части 3 Документации установлено, что 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» <https://company.rzd.ru/> в разделе «Закупки и торги» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.17.8.

В соответствии с пунктом 3.17.8 части 3 Документации победитель конкурса или участник, конкурсной заявке которого присвоен второй номер (в случае если победитель конкурса признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, конкурсной заявке которого присвоен второй порядковый номер, единственный участник, допущенный к участию в конкурсе (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 конкурса, участник конкурса, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

Вместе с тем, изучив положения Документации в указанной части, Комиссией ФАС России установлено, что в Документации отсутствуют сроки согласования банковской гарантии банка, не предусмотренного в соответствующем перечне банков, указанного в Документации, что может привести к признанию победителя закупки уклонившегося от заключения договора, ввиду того, что банковская гарантия не согласована Заказчиком в сроки, предусмотренные для заключения договора по результатам проведения Конкурса.

Кроме того, Документацией не предусмотрены основания, а также случаи для не согласования Заказчиком банковской гарантии банка, не предусмотренного в соответствующем перечне банков, указанного в Документации, что не позволят участнику закупки определить возможность согласования или не согласования представленной банковской гарантии.

Учитывая изложенное, возможность участия в Конкурсе с учетом указанных положений зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки и повлечь ограничение количества участников Конкурса.

Кроме того, Министерством финансов Российской Федерации на основании сведений, полученных от Центрального банка Российской Федерации ведется перечень банков, отвечающих требованиям указанным в статье 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации, согласно которому для включения в перечень Министерства финансов РФ банк должен удовлетворять следующим требованиям:

- наличие лицензии на осуществление банковских операций, выданной Центральным банком Российской Федерации, и осуществление банковской деятельности в течение не менее пяти лет;
- наличие собственных средств (капитала) банка в размере не менее 1 миллиарда рублей;
- соблюдение обязательных нормативов, предусмотренных Федеральным законом от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», на все отчетные даты в течение последних шести месяцев;
- отсутствие требования Центрального банка Российской Федерации об осуществлении мер по финансовому оздоровлению банка на основании параграфа 4.1 главы IX Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Вышеуказанный перечень ведется, и подлежит размещению на официальном сайте Министерства финансов Российской Федерации в информационно- телекоммуникационной сети «Интернет» и в настоящий момент включает многочисленное количество банков, отвечающих требованиям, перечисленным в статье 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации.

Таким образом, для получения банковской гарантии участник закупки вправе использовать услуги вышеуказанных банков, а не исключительно банков, указанных в перечне, представленном на сайте ОАО «РЖД».

Кроме того, получение банковской гарантии в иных банках не влияет на возможность исполнять обязательства по договору, заключаемому по итогам закупки, либо на качество исполнения обязательств по договору, а также обременяет участника закупки в случае признания его победителем по результатам закупочной процедуры получить банковскую гарантию в банке, указанном в Документации Заказчиком,

что может привести к ограничению количества участников закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование

в Документации, которое может повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

8. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование в проекте договора о согласовании субподрядчиков, выбранных подрядной организацией.

Пунктом 12.1.31 проекта Договора установлено, что «в случае привлечения Субподрядчиков, иных лиц для выполнения Инженерных изысканий, Проектных работ, Строительно-монтажных работ, Подрядчик обязан уведомить Заказчика, при этом Подрядчик обязан предоставить Заказчику заверенные подписью уполномоченного представителя Подрядчика и печатью копии соответствующих Договоров».

Согласно пояснениям представителей Заказчика, исходя из требований данного положения, в случае если Подрядчик решит привлечь к выполнению работ субподрядные организации ввиду невозможности выполнения работ самостоятельно, он должен исключительно уведомить Заказчика о таких субподрядных организациях.

Вместе с тем представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представил доказательств, подтверждающих обоснованность довода Жалобы, в связи с чем довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

9. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Проекте договора установлено требование по наличию у подрядчика одновременно трех саморегулируемых организаций по инженерным изысканиям, проектированию и строительству.

Пунктом 26.1 проекта Договора установлено, что Подрядчик гарантирует, что является членом саморегулируемой организации по инженерным изысканиям, архитектурно-строительному проектированию и строительству.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что требование о наличии членства СРО установлено не к участникам закупочной процедуры на этапе допуска на участие в закупке, а непосредственно к подрядчику и (или) организациям привлекаемым победителем на этапе исполнения работ по Договору. Также конкурсной документацией

предусмотрена возможность участия в конкурсе нескольких лиц на стороне одного участника путем заключения договора простого товарищества (договора о совместной деятельности). Указанный подход соответствует письму ФАС России от 30.07.2021 № МШ/63485/21.

Вместе с тем представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России

не представил доказательств, подтверждающих обоснованность довода Жалобы, в связи с чем довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

10. Согласно доводу жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение по проверке добросовестности поведения участников закупки.

Пунктом 3.7.2 Документации установлено, что Заказчик, в целях проявления должной осмотрительности, вправе проводить проверку сведений, представленных участниками конкурса в составе конкурсной заявки, на достоверность и отсутствие признаков компаний «однодневок», а также признаков недобросовестного поведения участника на рынке.

Согласно пояснениям представителей Заказчика, данное требование установлено с целью исключения административных, налоговых и иных рисков для финансово-хозяйственной деятельности Заказчика.

Кроме того, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России

не представил доказательств, подтверждающих обоснованность довода Жалобы.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

11. Согласно доводу Жалобы Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по подкритериям «Опыт участника», «Квалификация персонала» критерия «Квалификация участника», критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Частью 16 статьи 3.2 Закона о закупках установлено, что под конкурсом в целях о закупках понимается форма торгов, при которой победителем конкурса признается участник конкурентной закупки, заявка на участие в конкурентной закупке, окончательное предложение которого соответствует требованиям, установленным документацией о конкурентной закупке, и заявка, окончательное предложение которого

по результатам сопоставления заявок, окончательных предложений на основании указанных в документации о такой закупке критериев оценки содержит лучшие условия исполнения договора.

Согласно пунктам 13, 14 части 10 статьи 4 Закона 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.

11.1 Согласно пунктам 2.1 и 2.2 приложения № 1.4 к Документации установлен порядок оценки заявок участников закупки по подкритерию «Опыт участника» критерия «Квалификация участника» (далее – Подкритерий № 1 Критерия № 1).

11.1.1 Пунктом 2.1 приложения № 1.4 Документации предусмотрен порядок оценки по Подкритерию № 1, согласно которому:

«Оценка осуществляется на основании документов, представленных каждым

(j-ым) участником в составе заявки, в соответствии с подпунктом 3) пункта 2 приложения № 1.4 конкурсной документации следующим образом:

Оценивается путем деления стоимости выполненных каждым (j-ым) участником проектных работ и инженерных изысканий на линейных объектах, за период 2016-2021 гг. (включительно) до даты окончания подачи заявок (без учета НДС) на максимальную из всех предложенных участниками стоимость опыта в требуемой области по формуле:

$$B_j = \frac{C_j \sum \text{Опыт}}{C \sum \text{max}} * 10, \text{ где}$$

B_j – количество баллов j-го участника;

$J=1...n$, n – количество участников;

$C_j \sum \text{опыт}$ – стоимость выполненных каждым (j-ым) участником проектных работ и инженерных изысканий на линейных объектах, за период 2016-2021 гг. (включительно) до даты окончания подачи заявок (без учета НДС);

$C \sum \text{max}$ – максимальная стоимость выполненных проектных работ

и инженерных изысканий на линейных объектах, за период 2016-2021 гг. (включительно) до даты окончания подачи заявок (без учета НДС) из всех предложенных участниками;

10 – максимально возможное количество баллов по данному критерию.

0 – при отсутствии опыта выполнения проектных работ и инженерных изысканий на линейных объектах, за период 2016-2021 гг. (включительно) до даты окончания подачи заявок и/или непредставление документов, указанных

в подпункте 3) пункта 2 приложения № 1.4 к конкурсной документации».

В подтверждение наличия опыта выполненных проектных работ и инженерных изысканий на линейных объектах за период 2016-2021 гг. (включительно) до даты окончания подачи заявок (без учета НДС):

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

– акты выполненных работ по проектным работам, инженерным изысканиям;

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

– документы, подтверждающие оплату по договора;

– 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.).

11.1.2 Пунктом 2.2 приложения № 1.4 Документации предусмотрен порядок оценки по Подкритерию № 1 Критерия № 1, согласно которому оценка осуществляется на основании документов, указанных в подпункте 4) пункта 2 приложения № 1.4 конкурсной документации.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили,

что оценка заявок по критерию «Опыт участника» в части оценки договоров

по строительству и/или реконструкции и/или техническому

первооружению транспортных узлов и/или перегонов и/или разъездов

и/или главных путей
и/или станционных путей по всем перечисленным видам работ полностью соответствует предмету закупки и не ограничивается оценкой заявок участников, имеющих опыт исключительно на объектах железнодорожной инфраструктуры, а также обусловлено потребностью Заказчика в выявлении лучших условий исполнения договора.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу о необоснованности довода Жалобы.

11.2 Пунктами 2.3. и 2.4 приложения 1.4. к Документации установлен порядок оценки заявок участников закупки по подкритерию «Квалификация персонала» (далее – Подкритерий № 2), согласно которому оценка осуществляется на основании документов, указанных в подпунктах 1) и 2) пункта 2 приложения № 1.4 к конкурсной документации и представленных в заявках участников.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что установление Подкритерия № 2 Критерия № 1 не противоречит Закону о закупках и обусловлено спецификой закупки, а также потребностью Заказчика в выявлении лучших условий исполнения договора. Также, квалифицированный персонал в данной области нужен для выполнения работ по предмету закупки, в связи с чем Заказчиком установлен указанный критерий.

При этом на заседании Комиссии ФАС России, а также в составе жалобы, Заявителем не представлено доказательств, а также сведений, свидетельствующих о том, что указанный критерий оценки заявок ограничивает количество участников закупки и противоречит положениям Закона о закупках, Положению о закупке, в связи с чем у Комиссии ФАС России отсутствуют основания для признания вышеуказанных действий Заказчика, установившего соответствующий критерий оценки заявок в Документации, неправомерными.

Кроме того, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не представил доказательств, подтверждающих обоснованность довода Жалобы, в связи с чем довод Жалобы в части установления Подкритерия № 1

Критерия № 1

и Подкритерия № 2 не нашел своего подтверждения.

11.3 Пунктом 3 приложения № 1.4 Документации установлен критерий «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий № 2), согласно которому:

«Сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, уменьшается на 5 баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами.

При оценке по критерию учитывается опыт работ контрагента за период три 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;

в случае наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.».

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения представителей Заказчика, Комиссия ФАС России установила, что при оценке заявок по Критерию № 2 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.

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, наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами

может подтверждаться исключительно судебным актом, вступившим в законную силу.

Кроме того, Заказчиком в Документации не установлен порядок проверки

наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами для объективного присвоения баллов участникам закупки по вышеуказанному критерию оценки.

Комиссия ФАС России, изучив установленный порядок оценки заявок о наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами, считает, что оценка заявок по Критерию № 2 будет носить субъективный характер. Наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет оценить отрицательный опыт участника закупки.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по Критерию № 3, *противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках*, нарушают пункты 13, 14 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.

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. Признать жалобу ООО «ППК» (ИНН: 3666186360; ОГРН: 1133668034280) от 09.09.2021 № 280 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме

№ 607/ОКЭ-ДКРС/21 на выполнение полного комплекса работ, включая инженерные изыскания, проектные работы, оформление исходно-разрешительной документации, строительно-монтажные работы, пусконаладочные работы и комплектацию оборудованием на объектах, относящихся к программе мероприятий по развитию железнодорожной инфраструктуры направления Кузбасс-Дальний Восток на период до 2024 года обоснованной в части установления:

– неправомерного квалификационного требования к участникам закупки о наличии опыта выполнения проектно-изыскательских работ на линейных объектах по предмету закупки;

– ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами»;

– неправомерного права Заказчика осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников закупки;

– неправомерного требования о предоставлении участником закупки банковской гарантии, выданной для обеспечения исполнения договора, из установленного списка банков.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 2, 9, 13, 14 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 05.10.2021 № 223ФЗ-526/21.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа и государственного оборонного заказа

ФАС России материалы дела от 05.10.2021 № 223ФЗ-526/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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