

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-647/21

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ЮниТранс» 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»

08.12.2021 Москва

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

<...>.,

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...>.,

ООО «ЮниТранс»: <...>.,

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 «ЮниТранс» от 01.12.2021 № 520 на действия (бездействие)
заказчика

ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме
№ 1057/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договора на выполнение
работ по ремонту рельсов с дефектами в зоне сварных стыков
электродуговой наплавкой на эксплуатационных объектах Центральной
дирекции инфраструктуры (извещение № 32110871846), 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 «ЮниТранс» (далее – Заявитель) от 01.12.2021 № 520 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1057/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договора на выполнение работ по ремонту рельсов с дефектами в зоне сварных стыков электродуговой наплавкой на эксплуатационных объектах Центральной дирекции инфраструктуры (извещение № 32110871846) (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, 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), протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1. извещение о проведении Конкурса размещено в единой

информационной системе в сфере закупок www.zakupki.gov.ru
(далее – ЕИС) – 26.12.2021;

2. начальная (максимальная) цена договора по лоту № 1 – 72 549 000 рублей, по лоту № 2 – 46 674 000 рублей, по лоту № 3 – 45 295 200 рублей, по лоту № 4 – 67 341 528 рублей, по лоту № 5 – 67 894 200 рублей, по лоту № 6 – 13 557 240 рублей, по лоту № 7 – 27 194 400 рублей; по лоту № 8 – 55 801 440 рублей; по лоту № 9 – 34 529 040 рублей,
по лоту № 10 – 37 267 200 рублей, по лоту № 11 – 47 502 000 рублей, по лоту № 12 – 54 802 800 рублей, по лоту № 13 – 50 430 600 рублей, по лоту № 14 – 56 282 400 рублей, по лоту № 15 – 57 502 800 рублей.
3. дата окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе – 13.12.2021;
4. дата рассмотрения заявок на участие в Конкурсе – 17.12.2021;
5. дата подведения итогов Конкурса – 18.12.2021.

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.

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса права и законные интересы Заявителя нарушены следующими действиями Заказчика:

1. Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий).
2. Заказчиком в проекте договора Документации неправомерно установлены несоразмерные условия ответственности исполнителя по договору за ненадлежащее исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.
3. Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если

победитель уклоняется от подписания договора или заявка победителя не соответствует требованиям, указанным в Документации.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, 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 представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

В соответствии с пунктами 2 и 3 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, а также целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по Критерию.

Частью 16 статьи 3.2 Закона о закупках под конкурсом понимается форма торгов, при которой победителем 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 указаны 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.

Пунктом 3 приложения № 1.4 Документации установлен Критерий, 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 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 носит 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, *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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в проекте договора Документации неправомерно установлены несоразмерные условия ответственности исполнителя по договору за ненадлежащее исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Пунктом 9.5 проекта договора Документации установлено следующее: «В случае ненадлежащего выполнения Подрядчиком условий настоящего Договора, несоответствия результатов Работ обусловленным Сторонами требованиям Подрядчик уплачивает Заказчику (Получателю) штраф в размере 0,05% от общей цены настоящего Договора.

В случае возникновения при этом у Заказчика (Получателя) каких-либо убытков Подрядчик возмещает такие убытки Заказчику (Получателю) в полном объеме».

Из Жалобы следует, что Заказчиком в проекте договора Документации установлен несоразмерный размер неустойки в случае ненадлежащего исполнения подрядчиком обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса, поскольку оплата работы по договору производится по единичным расценкам, в связи с чем, по мнению Заявителя, Заказчику необходимо установить неустойку в процентном соотношении от единичной стоимости работы, в которой выявлен дефект.

Согласно требованиям статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации граждане и юридические лица свободны в заключении договора, стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор), условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

Таким образом, условие относительно ответственности за неисполнение условий договора является мерой реализации принципа свободы договора, при этом какие-либо требования, исключающие или ограничивающие установление указанных условий в проекте договора при условии равенства участников закупки ни Законом о закупках, ни антимонопольным законодательством не установлены.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы и пояснил, что установление условий договора относительно ответственности стороны за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам проведения Конкурса, является мерой реализации принципа свободы договоров, и обусловлено степенью ответственности исполнителей по договору при осуществлении соответствующих работ по предмету закупки, поскольку указанные работы непосредственно влияют на безопасность дорожного движения и пассажиров, в связи с чем Заказчиком в договоре предусмотрено нивелирование рисков существенных убытков, в случае ненадлежащего исполнения участником своих обязательств, связанных с повышенным уровнем опасности.

Кроме того, Закон о закупках, Положение о закупках не содержат ограничений установления в Договоре, заключаемом по результатам закупки, ответственности за неисполнение/ненадлежащее исполнение обязанностей по Договору.

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

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено положение, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если победитель уклоняется от подписания договора

или заявка победителя
не соответствует требованиям, указанным в Документации.

Пунктами 3.19.9, 3.19.10, 3.19.11 Документации установлены положения, регламентирующее право Заказчика не заключать договор с участником, заявке которого присвоен второй номер, в случае если победитель уклоняется от подписания договора или заявка победителя не соответствует требованиям, указанным в Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика сообщил, что Законом о закупках, а также Положением о закупке не предусмотрено требование об обязанности Заказчика заключать договор с участником закупки, заявке которого присвоен второй номер.

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

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.

1.

1. Признать жалобу ООО «ЮниТранс» (ИНН: 6829071413, ОГРН: 1116829000177) от 01.12.2021 № 520 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 1057/ОКЭ-ЦДИ ЦП/21 на право заключения договора на выполнение работ по ремонту рельсов с дефектами в зоне сварных стыков электродуговой наплавкой на эксплуатационных объектах Центральной дирекции инфраструктуры (извещение № 32110871846) обоснованной в части установления ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения,

ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим пункты 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 выявленного нарушения, в соответствии с принятым решением от 08.12.2021 № 223ФЗ-647/21.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа и государственного оборонного заказа ФАС России материалы дела от 08.12.2021 № 223ФЗ-647/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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