

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-10528/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

24.09.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия)

в присутствии представителей:

от ОАО «РЖД»: <...> (по доверенности от 24.06.2019 № 364-ДП), <...> (по доверенности от 27.12.2018 № 969-ДП),

от ООО «Эффест»: <...> (по доверенности от 23.09.2019),

рассмотрев жалобу ООО «Эффест» (далее - Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора поставки системы энергоэффективного светодиодного освещения с выполнением монтажных и пусконаладочных работ (реестровый № 31908257679) (далее — Конкурс),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Конкурса.

Согласно доводам жалобы нарушения со стороны Заказчика при проведении закупочной процедуры выразилось установлении положений Конкурсной документации, противоречащих Федеральному закону от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закона о закупках).

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Закона о закупках.

Комиссия, рассмотрев жалобу Заявителя приняла решение о признании ее обоснованной в части, исходя из следующих фактических обстоятельств дела.

Как следует из материалов дела, Заказчиком в единой информационной системе закупок опубликовано извещение о проведении Конкурса.

1. Заявителем оспаривается требование Конкурсной документации, согласно которому, банковская гарантия, принимаемая в качестве обеспечения надлежащего исполнения договора, может быть получена в ограниченном перечне банков.

В соответствии с п. 3.16.6 Конкурсной документации, 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» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.16.8.

Согласно п. 3.14.7 при выборе способа обеспечения заявки в форме банковской гарантии участник должен предоставить банковскую гарантию, выданную одним из банков, размер собственных средств (капитала) которого («Базель III») по форме 123 на последнюю отчетную дату и в течение предыдущих шести месяцев составляет не менее двадцати миллиардов рублей в соответствии с информацией, размещенной Центральным банком Российской Федерации на сайте www.cbr.ru, или одним из банков, согласно перечню, приведенному на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Срок действия банковской гарантии должен составлять 120 (сто двадцать) дней со дня вскрытия заявок. Банковская гарантия должна соответствовать требованиям конкурсной документации, изложенным в пункте 3.14 конкурсной документации. Рекомендуемая форма банковской гарантии представлена в приложении № 3.1 конкурсной документации.

Согласно п. 3.16.8 Конкурсной документации 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)), согласовывает банковскую гарантию с заказчиком, направив проект банковской гарантии либо банковскую гарантию заказчику. Победитель, участник конкурса, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

В соответствии с п. 3.16.15 Конкурсной документации участник вправе согласовать замену способа обеспечения исполнения договора, направив письменное обращение заказчику с приложением банковской гарантии или копии платежного поручения, подтверждающего перечисление на счет заказчика денежного обеспечения. Обращение о согласовании замены способа обеспечения исполнения договора рассматривается в течение 5 (пяти) рабочих дней с даты получения обращения. При соответствии банковской гарантии и кредитной организации требованиям конкурсной документации, при наличии реквизитов для осуществления возврата денежного обеспечения, замена обеспечения может быть согласована.

Вместе с тем возможность участия в Конкурсе с учетом указанных положений Конкурсной документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам Конкурса, что ограничивает количество участников Конкурса.

Предоставленное заказчику право самостоятельно определять положения Конкурсной документации, ориентируясь на удовлетворение потребностей, не

освобождает его от обязанности при формировании Конкурсной документации соблюдать иные требования действующего законодательства и в любом случае не должно приводить к нарушению Закона о закупках в части ограничения круга участников. Установление любых требований в Конкурсной документации должно иметь под собой объективную необходимость, однако в настоящем случае Заказчиком не представлено доказательств наличия у него такой необходимости применительно к обеспечению заявки.

В силу части 1 статьи 369 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром. Главным предназначением банковской гарантии является ее обеспечительная функция.

Доказательств того, что банковская гарантия представленная иными кредитными организациями, не входящие в перечень банков установленный Заказчиком, не будет выполнять обеспечительную функцию, Заказчиком представлено не было, а Комиссией не установлено.

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

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам Конкурса в качестве обязательного, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

2. По мнению Заявителя, квалификационное требование, согласно которому участник должен являться производителем или обладать правом поставки товара, установлено Заказчиком неправомерно.

Квалификационные требования установлены пунктом 1.9 Конкурсной документации. Согласно п. 1.9.2 участник должен являться производителем автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения либо обладать правом поставки автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения, указанного в приложении № 1.1 к Конкурсной документации, предоставленным производителем.

В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.

В подтверждение того, что участник является производителем либо обладает правом поставки автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения, указанного в приложении № 1.1 к Конкурсной документации, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, с указанием перечня оборудования, о праве участника осуществлять поставку оборудования;

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 о праве участника осуществлять поставку автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения.

Комиссия исходит из того, что вышеназванное требование нельзя рассматривать как надлежащее ввиду того, что представление информационных писем либо договора не является гарантией исполнения, надежности участника, однако налагает бремя на такое лицо по получению указанных документов.

Данный довод Комиссия соотносит также с тем, что Закон о закупках не обязывает участников на момент подачи заявок иметь ресурсы необходимые для поставки товаров. В связи с чем дача согласия на поставку товара надлежит расценивать как достаточное для принятия участия в такой процедуре.

В этой связи, Комиссия усматривает нарушение в действиях Заказчика, выразившиеся в формировании документации, потенциально влекущей ограничение количества участников Конкурса.

Таким образом, упомянутые документы необходимы участнику Конкурса на этапе исполнения договора. Более того, Заказчик устанавливая подобное требование на этапе подачи заявок не защищает себя от ненадлежащим образом подготовленного исполнителя договора, а, напротив, фактически рискует получить в контрагенты лицо, которое в спешном порядке заключило серию сделок, позволяющих формально войти в круг участников Конкурса.

При этом в целях защиты Заказчика от лица, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, законодателем введен институт публично-правовой ответственности в виде включения сведений о таких лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с частью 2 статьи 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

Реализуя свое право на участие в закупочной процедуре, участник, согласившись на условия проведения Конкурса, подает соответствующую заявку.

При таких обстоятельствах заключение договора на условиях, установленных в Конкурсной документации, является обязанностью как участника, так и Заказчика, исходя из положений статьи 5 Закона о закупках.

В связи с этим установление дополнительного механизма отбора, который способен исключить из числа возможных участников Конкурса лиц, имеющих как соответствующие намерения, так и соответствующие возможности, не может отвечать правилам и принципам проведения закупок, установленным в законодательстве.

Таким образом, следует признать, что установленная Заказчиком практика включения спорного требования в состав Конкурсной документации, учитывая, что в любом случае услуги данного типа обязаны оказываться равнозначно качественно, не является общепринятым и допустимым способом защиты от действий недобросовестного контрагента, и, как следствие, основания расценивать отнесение данного бремени на участника как обоснованное требование отсутствуют.

В данном случае, действия Заказчика, выразившиеся в установлении требования о представлении документов, подтверждающих то, что участник является производителем автоматизированной системы энергоэффективного светодиодного освещения либо обладает правом поставки, нарушает требования пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

3. Заявитель считает неправомерным установление в Конкурсной документации подкритерия оценки о наличии заключения экспертизы АО «НИИАС».

Согласно Конкурсной документации, критерий «Качественные характеристики оборудования» оценивается на основании наличия заключения экспертизы АО «НИИАС» о соответствии предлагаемого осветительного оборудования техническим требованиям ОАО «РЖД» к светодиодным осветительным приборам, в составе заявки, поданной каждым участником в соответствии с пунктом подпунктом 1) пункта 2 приложения 1.4 к Конкурсной документации, следующим образом.

При наличии заключения экспертизы АО «НИИАС» о соответствии предлагаемого осветительного оборудования Техническим требованиям ОАО «РЖД» к светодиодным осветительному оборудованию, участнику присваивается 20 баллов.

0 баллов участник получает в случае:

– отсутствия у участника заключения экспертизы АО «НИИАС» о соответствии предлагаемого осветительного оборудования техническим требованиям ОАО «РЖД» к светодиодным осветительным приборам.

- представления в составе технического предложения, технических и функциональных характеристик товара, отличающихся от характеристик в заключении экспертизы АО «НИИАС» о соответствии предлагаемого осветительного оборудования Техническим требованиям ОАО «РЖД» к светодиодным осветительным приборам.

Комиссией установлено, что наличие данного подкритерия обусловлено потребностью Заказчика устранить риски поставки контрафактной продукции, и поскольку действующим законодательством не определен четкий порядок оценки критерия «Качественные характеристики оборудования», Заказчик вправе сам устанавливать, каким образом будет оцениваться данный критерий.

Согласно пункту 6 обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.05.2018 уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

Сама по себе невозможность получения определенного количества баллов участником, не отвечающим предъявленным Заказчиком требованиям, также не означает, что действия Заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Принимая во внимание то, что Заявителем в рассматриваемом случае не был доказан ограничивающий характер данного требования, с учетом конкретных фактических обстоятельств рассматриваемого дела у Комиссии отсутствуют основания для признания довода жалобы обоснованным.

4. Заявитель оспаривает требование проекта договора Конкурсной документации, из которого следует, что поставщик не вправе уступать кому-либо права и (или) обязанности по настоящему договору, в том числе права требования (факторинга) по настоящему договору, передавать в залог право требования по настоящему договору, без письменного согласия покупателя.

Исходя из текста жалобы, данное требование проекта договора противоречит Закону о закупках, поскольку запрет на уступки прав по договорам в соответствии с п. 7 ст. 448 ГК РФ не затрагивает требований по денежным обязательствам, исходя из сложившейся судебной практики.

Комиссия отмечает, что последствия применения вышеназванного требования затрагивает область частноправовых отношений.

При этом в рамках публично-правовых отношениях данный запрет не может однозначно свидетельствовать о нарушении Заказчиком требований Закона о закупках, поскольку требование направлено на обеспечение надлежащего исполнения подрядчиком своих обязательств, защиты интересов Заказчика от возможного недобросовестного поведения контрагента.

Таким образом, Заказчик применяет меры должной осмотрительности при заключении гражданско-правового договора, что не может являться ограничением прав Заявителя, а также ограничением конкуренции.

В связи с изложенным, довод жалобы признается необоснованным, с учетом того, что в настоящее время Заявителем не доказан ограничивающий характер указанного требования.

5. Также Заявитель обжалует установление требований о запросе информации и документов, до подведения итогов процедуры, а также отсутствия порядка проверки указанной информации и документов.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Конкурсной документации зависит от волеизъявления Заказчика, применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Кроме того, в Положении о закупке и Конкурсной документации не установлен порядок проведения указанных проверок, что ставит возможность проведения или не проведения выездной проверки в отношении конкретного участника Конкурса в зависимость от решения Заказчика, которое может быть различным в отношении разных участников.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения также противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

При таких обстоятельствах, рассматриваемый довод жалобы признается обоснованным.

На основании изложенного, Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Эффест» (ОГРН: 1147746574931, ИНН 7731471819) на действия ОАО «РЖД» (ОГРН 1037739877295, ИНН 7708503727) при проведении Конкурса обоснованной в части.

2. Установить в действиях ОАО «РЖД» нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

1.

3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия (изготовления в полном объеме).

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-10528/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

24.09.2019 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия)

руководствуясь п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии от 24.09.2019 по делу № 077/07/00-10528/2019,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора поставки системы энергоэффективного светодиодного освещения с выполнением монтажных и пусконаладочных работ (реестровый № 31908257679) (далее — Конкурс), а именно:

1.

1. Заказчику назначить новую дату рассмотрения поступивших заявок, подведения итогов Конкурса.
2. Заказчику рассмотреть поданные заявки на участие в Конкурсе с учетом решения Комиссии от 24.09.2019 по делу № 077/07/00-10528/2019, то есть без учета положений Конкурсной документации, признанных Комиссией не соответствующими Закону о закупках.
3. Заказчику не позднее трех дней со дня исполнения предписания, разместить в единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru) соответствующую информацию о ходе исполнения предписания.
4. Заказчику завершить процедуру Конкурса в соответствии с решением Комиссии от 24.09.2019 по делу № 077/07/00-10528/2019, требованиями Гражданского кодекса Российской Федерации, Положением о закупках Заказчика, Конкурсной документации.
5. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок до 16.12.2019.
6. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 18.12.2019 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа ст. 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

1.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание

антимонопольного органа.