

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-430/22

по результатам рассмотрения жалобы <...> 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»

02.11.2022 Москва

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

<...>,

при участии представителей:

<...>: <...>, <...>, <...>,

<...>: <...>, <...>,

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу <...> от 21.10.2022 № 069/2022

на действия (бездействие) заказчика <...> при проведении открытых переговоров на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по объекту: «Реконструкция аэровокзального комплекса международных/внутренних воздушных линий международного аэропорта Тюмень (Рощино)» (извещение № 32211682171), 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 <...> (далее – Заявитель) от 21.10.2022 № 069/2022 на действия (бездействие) заказчика <...> (далее – Заказчик) при проведении открытых переговоров на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по объекту: «Реконструкция аэровокзального комплекса международных/внутренних воздушных линий международного аэропорта Тюмень (Рощино)» (извещение № 32211682171) (далее – Открытые переговоры, 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.

В соответствии с пунктом 1 части 1 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.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

Согласно части 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе (далее – ЕИС), на официальном сайте единой информационной системы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее – официальный сайт) размещаются информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой предусмотрено частью 6 статьи 4 Закона о закупках и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

Частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг

установлено, что заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупке товаров, работ, услуг <...>, утвержденным Решением единственного акционера <...> от 20.04.2022 № 11/2022 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Открытых переговоров, документацией о проведении открытых переговоров (далее – Документация):

1. Извещение размещено в ЕИС – 09.09.2022.
2. Начальная (максимальная) цена договора (далее – НМЦД) – 7 912 000 000 руб.
3. Дата окончания срока подачи заявок на участие в Открытых переговорах – 24.10.2022.
4. Дата рассмотрения заявок – 27.10.2022.
5. Дата проведения Открытых переговоров – 31.10.2022.
6. Дата подведения итогов Открытых переговоров – 07.11.2022.

В ходе заседания 31.10.2022 Комиссией ФАС России в целях полного и всестороннего рассмотрения Жалобы объявлен перерыв до 02.11.2022.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном в статье 18.1 Закона о защите конкуренции, 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 Открытых переговоров права и законные интересы Заявителя нарушены следующими действиями Заказчика:

1) неправомерно установившего в Документации приоритет в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 16.09.2016 № 925

«О приоритете товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами» (далее – Постановление № 925);

2) неправомерно не установившего в Документации требование о предоставлении сертификатов о происхождении товара, выдаваемых уполномоченными органами (организациями) Донецкой Народной Республики, Луганской Народной Республики в соответствии с Постановлением № 925;

3) неправомерно не установившего в Документации положение Постановления № 925, в соответствии с которым условием предоставления приоритета является включение в закупочную документацию, в том числе сведений о начальной (максимальной) цене единицы каждого товара, являющихся предметом закупки;

4) неправомерно установившего в Документации требование к участникам закупки о наличии членства одновременно в двух саморегулируемых организациях (далее – СРО) в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, а также в области проектирования особо опасных, технически сложных и уникальных объектов капитального строительства (кроме объектов использования атомной энергии).

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Открытых переговоров 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.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно в Документации установлен приоритет в соответствии с Постановлением № 925, поскольку, по мнению Заявителя, вышеназванным постановлением не установлено, что его действие также распространяется на товары, поставляемые при выполнении работ по предмету закупки.

Пунктом 1 части 8 статьи 3 Закона о закупках установлено, что Правительство Российской Федерации вправе установить приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Механизм осуществления импортозамещения в рамках Закона о закупках предусмотрен Постановлением № 925.

Согласно пункту 1 Постановления № 925 заказчик устанавливает приоритет товаров российского происхождения, работ, услуг, выполняемых, оказываемых российскими лицами, при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса, аукциона и иных способов закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Пунктом 29 Документации установлено положение о предоставлении приоритета товарам российского происхождения работам, услугам, выполняемым, оказываемым российскими лицами по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами.

Так, в соответствии с пунктом 2 Постановления № 925 при осуществлении закупок товаров, работ, услуг путем проведения конкурса или иным способом, при котором победитель закупки определяется на основе критериев оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, указанных в документации о закупке, или победителем в котором признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора, оценка и сопоставление заявок на

участие в закупке, которые содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, выполнении работ, оказании услуг российскими лицами, по стоимостным критериям оценки производятся по предложенной в указанных заявках цене договора, сниженной на 15 процентов, при этом договор заключается по цене договора, предложенной участником в заявке на участие в закупке.

Пунктом 6 Постановления № 925 установлен перечень случаев, в соответствии с которым приоритет не предоставляется.

Комиссия ФАС России, изучив Документацию, приходит к выводу о том, что предметом закупки является выполнение строительно-монтажных работ, в связи с чем установление приоритета в соответствии с Постановлением № 925 является обязанностью для Заказчика. Вместе с тем случаи применения или неприменения приоритета определяются Заказчиком при рассмотрении и оценке заявок участников закупки.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно в Документации не установлено требование о предоставлении сертификатов о происхождении товара, выдаваемых уполномоченными органами (организациями) Донецкой Народной Республики, Луганской Народной Республики в соответствии с Постановлением № 925.

Пунктом 1 (1) Постановления № 925 установлено, что указанный в пункте 1 Постановления № 925 приоритет применяется к товарам, происходящим из Донецкой Народной Республики, Луганской Народной Республики, на равных условиях с товарами российского происхождения.

Происхождение товаров из Донецкой Народной Республики, Луганской Народной Республики подтверждается сертификатами о происхождении товара, выдаваемыми уполномоченными органами (организациями) Донецкой Народной Республики, Луганской Народной Республики.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что пунктом 29 Документации установлено, что приоритет предоставляется в порядке и на условиях, установленных Постановлением № 925, который в том числе, включает в себя вышеуказанное требование.

Представители Заказчика на заседании Комиссии ФАС России также пояснили, что вышеуказанный пункт постановления № 925 применяется при проведении закупки на поставку товаров, что не является предметом оспариваемой закупки.

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации, установила что Заказчиком установлен приоритет в соответствии с Постановлением № 925,

в том числе и оспариваемое Заявителем требование, в связи с чем довод Жалобы не нашел своего подтверждения в вышеуказанной части.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно не установлено в Документации положение Постановления № 925, в соответствии с которым условием предоставления приоритета является включение в Документацию, в том числе сведений о начальной (максимальной) цене единицы каждого товара, являющихся предметом закупки.

Пунктом 5 Постановления № 925 установлено, что условием предоставления приоритета является включение в документацию о закупке сведений, определенных положением о закупке, в том числе сведений о начальной (максимальной) цене единицы каждого товара, работы, услуги, являющихся предметом закупки.

Аналогичный пункт предусмотрен пунктом 83.1 Положения о закупке.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заявителя пояснили, что вышеуказанный пункт Постановления № 925 в рамках товаров, поставляемых при выполнении работ по предмету закупки, не установлен.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что сведения о начальной (максимальной) цене единицы каждого вида работ, являющихся предметом закупки, установлены в Документации в отношении выполняемых работ по предмету закупки, а не в отношении товаров.

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации установила, что пункт 5 Постановления № 925 применен Заказчиком в рамках выполняемых работ по предмету закупки, при этом сведения о начальной (максимальной) цене единицы каждого вида работ, являющихся предметом закупки представлены в составе Документации (таблица № 1 к составу заявки).

Таким образом, Комиссия ФАС России, приходит к выводу, что вышеуказанное требование установлено в Документации, в связи с чем основания для признания действий Заказчика неправомерными отсутствуют.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно установлено в Документации требование к участникам закупки о наличии членства одновременно в двух СРО в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, а также в области проектирования особо опасных, технически сложных и уникальных объектов капитального строительства (кроме объектов использования атомной энергии).

Частью 6 статьи 3 Закона о закупках определено, что не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

На основании пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках к принципам, которыми должны руководствоваться заказчики при закупке товаров, работ, услуг, относятся равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации по отношению к участникам закупки.

В соответствии с частью 1 статьи 743 Гражданского кодекса Российской Федерации подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ.

Частью 2 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее – ГрК РФ) установлено, что работы по договорам о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства, заключенным

с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, региональным оператором, должны выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, которые являются членами саморегулируемых организаций в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, если иное не установлено статьей 52 ГрК РФ.

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, снос объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, 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 саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства, если иное не установлено ГрК РФ.

Согласно части 6 статьи 52 ГрК РФ лицо, осуществляющее строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства, обязано осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства, в том числе в соответствии с проектной документацией.

При этом, согласно части 2 статьи 48 ГрК проектная документация представляет собой документацию, содержащую материалы в текстовой форме и в виде карт (схем) и определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, их частей, капитального ремонта, если при его проведении затрагиваются конструктивные и другие характеристики надежности и безопасности объектов капитального строительства.

Таким образом, выполнение строительно-монтажных работ осуществляется

на основании проектной документации, которая содержит показатели, связанные с определением соответствия выполняемых работ, потребностям Заказчика.

Пунктом 13.3 «Требования к составу заявки на участие в закупке» и пунктом 16 «Требования к участникам закупки» Документации установлено, что заявка на участие в закупке, а также участник закупки должны соответствовать обязательным требованиям, установленным в пункте 28 Информационной карты приложения № 1 к Документации (далее – Информационная карта).

Подпунктом 9 пункта 28 Информационной карты установлены требования и документы, подтверждающие соответствие участника закупки требованиям, устанавливаемым законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляемым выполнение работ, являющихся предметом закупки, а именно:

«Участник закупки должен быть членом СРО в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства, а также в области проектирования особо опасных, технически сложных и уникальных объектов капитального строительства (кроме объектов использования атомной энергии).

Соответствие участника данным требованиям подтверждается сведениями, содержащимися в едином реестре сведений о членах СРО и их обязательствах (в составе заявки участник предоставляет ссылку на единый реестр сведений о членах саморегулирующих организаций и их обязательствах, подтверждающую его соответствие установленным требованиям)».

На заседании Комиссии ФАС России представители Заявителя пояснили, что установление требования о членстве в СРО одновременно в области строительства и в области подготовки проектной документации ограничивает количество участников закупки, поскольку накладывает на участника закупки дополнительные финансовые бременения.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что вышеуказанные требования Документации установлены в соответствии с положениями градостроительного законодательства.

Кроме того, на заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что проектом Договора приложения № 4 Документации, а также техническим заданием приложения № 3 к Документации установлено, что в объем работ входит также разработка и/или корректировка (при необходимости) рабочей документации, а также выполнение изменений проектной документации, в том числе выполнение увязки со смежными проектными и строительными работами (при необходимости).

Вместе с тем Комиссия ФАС России отмечает, что пунктом 4.4 проекта договора приложения № 4 к Документации установлено, что завершение работ означает завершение в полном объеме и надлежащим образом всех соответствующих работ и услуг по строительству объекта, как определено в договоре, включая передачу заказчику всей исполнительной документации и прочей необходимой документации, и ввод в эксплуатацию, в связи с чем участник закупки должен являться членом саморегулируемой организации в области строительства.

Комиссией ФАС России также установлено, что положения Документации, устанавливающие требования о наличии у участника закупки членства одновременно в двух СРО в области строительства и в области подготовки проектной документации, не соответствуют требованиям Закона о закупках, поскольку выполнение каждого вида работ подразумевает наличие специальной правоспособности (членства в СРО), в связи с чем установление вышеуказанных требований Документации влечет за собой невозможность участия в такой закупке участника, не обладающего правом выполнения части работ, предусмотренных техническим заданием (например: осуществление разработки проектной документации).

Кроме того, учитывая, что подрядчиком может быть привлечен субподрядчик для выполнения работ по предмету закупки, требование о наличии у участника закупки членства одновременно в двух СРО является избыточным, поскольку отсутствие у участника Открытых переговоров членства одновременно в двух СРО в области строительства и в области подготовки проектной документации не свидетельствует о невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Открытых переговоров.

Таким образом, вышеуказанное требование Документации ограничивает количество участников закупки, которым направлены приглашения на

участие

в Открытых переговорах, что не соответствует требованиям Закона о закупках.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что вышеуказанные действия Заказчика, установившего вышеуказанные положения Документации, не соответствуют пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках

и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках, ответственность

за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленного нарушения.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу <...> от 21.10.2022 № 069/2022 на действия (бездействие) заказчика <...> при проведении открытых переговоров на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по объекту: «Реконструкция аэровокзального комплекса международных/внутренних воздушных линий международного аэропорта Тюмень (Рощино)» (извещение № 32211682171) обоснованной в части неправомерного установления в Документации требования к участникам закупки о наличии членства в саморегулируемой организации в области проектирования.
2. Признать <...> нарушившим часть 1 статьи 2 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 02.11.2022 по делу № 223ФЗ-430/22.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 02.11.2022 по делу № 223ФЗ-430/22 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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