

## РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-140/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Байкалэкоменеджмент» на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

01.03.2017 Москва

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

при участии представителей: <...> ,

рассмотрев жалобу ООО «Байкалэкоменеджмент» от 16.02.2017 № 1602-02 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 95/ОКЭ-ДКСС/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ, включающего поставку оборудования, по строительству объектов инфраструктуры Красноярской железной дороги (извещение № 31704738943) в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

У С Т А Н О В И Л А:

В ФАС России поступила жалоба ООО «Байкалэкоменеджмент» (далее — Заявитель) от 16.02.2017 № 1602-02 (вх. 24411/17 от 17.02.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 95/ОКЭ-ДКСС/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ, включающего поставку оборудования, по строительству объектов инфраструктуры Красноярской железной дороги (извещение № 31704738943) (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 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 для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров ОАО «РЖД» 30.06.2014 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе в сфере закупок (далее — ЕИС) размещается информация о закупке, в том числе извещение о закупке, документация о закупке,

проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, изменения, вносимые в такое извещение и такую документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые в ходе закупки, а также иная информация, размещение которой в ЕИС предусмотрено Законом о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

31.01.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно Заказчиком в Документации неправомерно установлено квалификационное требование к участникам Конкурса о подтверждении права осуществления поставки оборудования по предмету Конкурса.

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

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

1. В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Аналогичный принцип закупочной деятельности Заказчика установлен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Пунктом 2.4 Документации установлено, что участник Конкурса должен являться производителем оборудования, указанного в пунктах 1,2 и 6 (Устройство пешеходного перехода со световой и звуковой сигнализацией на перегоне Абакан-Подсиний 392км ПК8) и пункте 5 (Устройство пешеходного перехода со световой и звуковой сигнализацией на ст. Иланка) таблицы № 3 пункта 3.2 Документации либо обладать правом поставки, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем оборудования либо обладает правом поставки оборудования, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

- документ, подтверждающий, что участник является производителем оборудования;

или

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

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением 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.

Вместе с тем, поставщик может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки. Также указанное требование ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

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

- - - В соответствии пунктом 2.2 Документации участник Конкурса должен иметь опыт выполнения строительно-монтажных работ, поставок оборудования, стоимость которых составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в пункте 3.1 Документации. При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) строительно-монтажных работ, поставок оборудования (по выбору участника закупки).

В подтверждение опыта выполнения строительно-монтажных работ, поставок оборудования участник в составе заявки должен представить:

- документ по форме приложения № 10 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.2 Документации;
- акты о выполнении строительно-монтажных работ, накладные о поставке оборудования;
- договоры выполнения строительно-монтажных работ, поставки оборудования (представляются все листы договоров со всеми приложениями);
- документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).

Вместе с тем, содержанием договора поставки является обязанность поставщика доставить соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

Кроме того, поставщик может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Таким образом, учитывая природу договора поставки, отсутствие у данного поставщика фактов поставки товаров по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору заключаемому по результатам Конкурса.

Кроме того, в соответствии с пунктом 249 Положением о закупке победителем Конкурса признается участник, предложивший лучшие условия исполнения договора в соответствии с критериями и порядком оценки и сопоставления заявок, которые указаны в Документации.

С учетом изложенного, наличие у участников закупки опыта выполнения строительно-монтажных работ, поставок оборудования не может являться критерием допуска к участию в закупке.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам закупки в качестве обязательного для участников Конкурса, ограничивает количество участников закупки и противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

- - - Пунктами 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации указываются критерии оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке.

Согласно пункту 4.1 Документации, при сопоставлении заявок и определении победителя Конкурса оцениваются в том числе по критерию «Опыт участника» с максимальным количеством баллов — 20 баллов.

При этом оценка осуществляется путем деления стоимости выполненных каждым (j-ым) участником строительно-монтажных работ, поставок оборудования (без учета НДС) на начальную максимальную цену договора (без учета НДС), указанную в пункте 3.1 Документации.

Вместе с тем, указанный порядок оценки не позволяет выявить лучшее предложение участников закупки, поскольку согласно требованиям данного пункта, предложение участника закупки, подтвердившего наличие опыта поставок оборудования, будет оценено также как и предложение участника закупки, подтвердившего наличие опыта выполнения строительно-монтажных работ, при этом предметом Конкурса является выполнение строительно-монтажных работ. Также, с учетом формулировки пункта 4.1 Документации, не представляется возможность определить значимость для Заказчика ранее выполненных участником Конкурса работ и представленных в качестве подтверждения наличия опыта выполнения строительно-монтажных работ, поскольку сравнение в абсолютных значениях опыта строительства, например космодромов и дачных

домой, не позволяется объективно провести оценку квалификации таких участников. Аналогично не представляется возможным определить значимость для Заказчика опыта поставок оборудования.

При этом с учетом формулировки указанного пункта Документации, не представляется возможным определить какой именно опыт выполнения строительно-монтажных работ и поставок какого именно оборудования необходимо предоставить участникам Конкурса для подтверждения наличия опыта строительно-монтажных работ, поставок оборудования.

Кроме того, установление в Документации квалификационных требований одновременно в качестве критерия допуска и критерия оценки ограничивает количество участников закупки.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2, пункты 12, 13 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Указанные действия Заказчика содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

- - - Пунктом 2.3 Документации установлено, что участник Конкурса должен располагать производственными мощностями (ресурсами) для выполнения работ, а именно:
      - Кран на автомобильном ходу, грузоподъемностью не менее 20 т. — 1 ед.;
      - Компрессор передвижной с двигателем внутреннего сгорания давлением не менее 686 кПа (7 ат), производительностью не менее 2,2 м<sup>3</sup>/мин - 1 ед.;
      - Бульдозер, мощностью не менее 59 кВт (80 л.с.) - 1 ед.;

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

Отсутствие у участника на момент подачи заявки указанных производственных мощностей и подтверждающих документов, указанных в пункте 2.3 Документации, не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса, поскольку такие производственные мощности могут быть привлечены участником закупки после подведения итогов закупки в случае признания такого участника победителем закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть

- - - Пунктом 6.3.3.1 Документации установлено, что участник Конкурса должен соответствовать требованию об «отсутствии у участника Конкурса недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (за исключением сумм, по которым имеется вступившее в законную силу решение суда о признании обязанности заявителя по уплате этих сумм исполненной или которые признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, а также на которые представлены отсрочка (рассрочка) либо инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, либо реструктурированные в соответствии с законодательством Российской Федерации). Участник Конкурса считается соответствующим установленному требованию в случае наличия у него задолженности по налогам, сборам и пени на дату подачи участником заявки на участие в Конкурсе в размере не более 1000 рублей. Соответствие данному требованию подтверждается справкой об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, выданной по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и Конкурсной документации на сайтах, налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 21 июля 2014 г. № ММВ-7-8/378@, с учетом внесенных в приказ изменений. В случае наличия задолженности также необходимо представить справку о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций и индивидуальных предпринимателей, выданную по состоянию на дату не ранее дня опубликования извещения и конкурсной документации на сайтах, налоговыми органами по форме, утвержденной приказом ФНС России от 5 июня 2015 г. № ММВ-7-17/227@, с учетом внесенных в приказ изменений из каждой ИФНС, указанной в справке об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов. В случае наличия вступившего в законную силу решения суда о признании обязанности заявителя по уплате недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации исполненной или решения компетентного органа, которым указанные суммы признаны безнадежными к взысканию в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, дополнительно представляется соответствующее решение».

Кроме того, на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика не представил доказательств, подтверждающих невозможность исполнения

договора, заключенного по результатам закупки, в случае наличия у участника задолженности в размере более 1000 рублей по налогам, сборам и пени на дату рассмотрения заявки на участие в закупки.

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

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

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования, могут повлечь ограничение количества участников закупки, что противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Пунктом 7.8.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Конкурса в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с конкурсной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение конкурсных заявок участников.

В соответствии с пунктом 7.8.10 Документации Заказчик вправе проверять достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, путем получения сведений из любых официальных источников, использование которых не противоречит законодательству Российской Федерации, в том числе официальных сайтов государственных органов и организаций в сети Интернет, а также путем выездных проверок. В случае препятствования участником данной проверки, его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Конкурсе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика. Кроме того, применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию и осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Конкурса.

Кроме того, в Положении о закупке и 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.

Вместе с тем, препятствование участником осуществлению выездной проверки является основанием для отклонения заявки участника Конкурса. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Конкурса допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные требования, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

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

РЕШИЛА:

- - 
  - Признать жалобу ООО «Байкалэкоменеджмент» от 16.02.2017 № 1602-02 (вх. 24411/17 от 17.02.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 95/ОКЭ-ДКСС/17 на право заключения договора выполнения комплекса работ, включающего поставку оборудования, по строительству объектов инфраструктуры Красноярской железной дороги (извещение № 31704738943) обоснованной.
  - Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 12, 13 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
  - Выдать обязательное для исполнения предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, с учетом принятого решения от 01.03.2017 № 223ФЗ-140/17.
  - Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 01.03.2017 № 223ФЗ-140/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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