

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ- 233/17

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Антей» 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»

24.03.2017

Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе:

<...> (далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

ПАО «ФСК ЕЭС»: <...> - доверенность от 12.09.2016 № 49-

16, <...> - доверенность от 28.02.2017 № 20-17,

ООО «Антей»: <...> - доверенность от 21.02.2017 № 02ФАС,

рассмотрев жалобу ООО «Антей» от 15.03.2017 № 04-34844 на действия (бездействие) заказчика ПАО «ФСК ЕЭС» при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на поставку высоковольтных вводов для нужд филиалов МЭС (извещение № 31704819112), 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 «Антей» (далее — Заявитель) от 15.03.2017 № 04-34844 (вх. от 16.03.2017 № 38413/17) на действия (бездействие) заказчика ПАО «ФСК ЕЭС» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на поставку высоковольтных вводов для нужд филиалов МЭС (извещение № 31704819112) (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 (далее – положение о закупке).

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о



закупке товаров, работ, услуг для нужд ПАО «ФСК ЕЭС», утвержденным решением Совета директоров ПАО «ФСК ЕЭС» от 09.01.2017 № 352 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4, частью 10 статьи 8 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе (www.zakupki.gov.ru) (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 и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

21.02.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Конкурса (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены положения Закона о закупках, а именно:

1. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование об обязательной регистрации участников для участия в Конкурсе на электронной торговой площадке, а также о подтверждении на электронной торговой площадке статуса принадлежности участника закупки к субъектам малого и среднего предпринимательства.

2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участником закупки в составе заявки справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций.

3. Документация неправомерно содержит требование о представлении в составе заявки комфортного письма.

4. Заказчиком неправомерно установлено требование о представлении гарантийного письма от производителя по форме 10.

5. Документация не содержит в полном объеме информацию о месте и дате рассмотрения заявок и подведения итогов по результатам закупки.

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и указали, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупках и Документацией.

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

1. Согласно доводу Жалобы Заявителя, Заказчиком неправомерно

установлено требование в Документации об обязательной регистрации участников для участия в Конкурсе на электронной торговой площадке, а также о подтверждении на электронной торговой площадке статуса принадлежности участника закупки к субъектам малого и среднего предпринимательства (далее - МСП).

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 5 статьи 1.3 Положения о закупке.

Частью 5 статьи 3 Закона о закупках установлено, что участником закупки может быть любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, независимо от организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения и места происхождения капитала либо любое физическое лицо или несколько физических лиц, выступающих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, выступающих на стороне одного участника закупки, которые соответствуют требованиям, установленным заказчиком в соответствии с положением о закупке.

Согласно части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В соответствии с пунктом 1 части 9 статьи 4 Закона о закупках извещение о закупке должно содержать, в том числе сведения о способе закупки (открытый конкурс, открытый аукцион или иной предусмотренный положением о закупке способ).

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о закупке должны быть указаны требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

В соответствии с пунктом 7 Извещения участвовать в Конкурсе может любое юридическое и физическое лицо (в том числе индивидуальный предприниматель), являющееся субъектом малого и среднего предпринимательства, зарегистрированное в системе ЭТП «ТЗС – Электра» (далее - ЭТП) и получившее на ЭТП статус принадлежности к субъекту малого и среднего предпринимательства, зарегистрированные на ЭТП в качестве

участника данной системы, то есть заключившие соответствующий договор с оператором системы в соответствии с правилами, условиями и порядком регистрации системы ЭТП.

Согласно пункту 2.3.1.1 Тома 1 Документации участвовать в Конкурсе может любое юридическое, физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель, являющееся субъектом малого и среднего предпринимательства, зарегистрированное в системе ЭТП и получившее на ЭТП статус принадлежности к субъекту малого и среднего предпринимательства.

В соответствии с пунктом 1.3.1 Тома 1 Документации для участия в Конкурсе лицо должно быть зарегистрировано в системе ЭТП в качестве участника данной системы, то есть должен заключить соответствующий договор с оператором системы в соответствии с правилами, условиями и порядком регистрации на ЭТП, а также должно быть зарегистрировано системой ЭТП в качестве Участника данного Конкурса в установленном порядке. Кроме того Участник должен указать на ЭТП наличие статуса принадлежности к субъектам малого и среднего предпринимательства в соответствии с регламентом и правилами данной ЭТП.

Согласно пункту 2.6.1.2 Тома 1 Документации заявки подаются на ЭТП, порядок подачи заявок на ЭТП определяется правилами и инструкциями данной системы.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчику пояснили, что требование о принадлежности к субъектам малого и среднего предпринимательства установлено Постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также, что Заявитель не зарегистрирован в качестве участника на ЭТП.

Как следует из пояснений Заказчика для участия в закупке участникам зарегистрированным на ЭТП необходимо поставить отметку в предусмотренном функционалом ЭТП окне о принадлежности к МСП.

Также представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России пояснил, что Заявитель не является зарегистрированным участником ЭТП, так как данное требование накладывает на Заявителя финансовые обременения.

Вместе с тем, Заявителем на заседание Комиссии ФАС России не представлено документов и информации подтверждающих, что требования Документации об обязательной регистрации участников для участие в Конкурсе на электронной торговой площадке, а также о подтверждении на электронной торговой площадке статуса принадлежности участника закупки к МСП являются неправомерными и ограничивают возможность участия в закупочной процедуре.

Таким образом, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

2. Согласно доводу Заявителя, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении участником закупки в составе заявки справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций.

В соответствии с пунктом 4.7.9 Положения о закупке требования к участникам закупки устанавливаются Документацией.

Согласно подпункту 8 пункта 2.4.1.2 Тома 1 Документации участник закупки должен подготовить заявку, включающую, в том числе документы, подтверждающие правоспособность, финансовую устойчивость, квалификацию участника конкурса.

Пунктом 2.3.2.2 Тома 1 Документации установлено, что документами, подтверждающими финансовую устойчивость участника Конкурса являются, в том числе оригиналы или нотариально заверенные копии: справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, форма которой утверждена Приказом от 21 июля 2014 г. № ММВ-7-8/378@, выданной соответствующими подразделениями Федеральной налоговой службы не ранее чем за 30 дней до срока окончания подачи заявок (код по классификатору налоговой документации 1120101); справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций и индивидуальных предпринимателей, форма которой утверждена Приказом ФНС России от 05.06.2015 № ММВ-7-17/227@, выданной соответствующими подразделениями Федеральной налоговой службы не ранее чем за 30 дней до срока окончания подачи заявок (код по классификатору налоговой документации 1160080) (далее — Справки из налогового органа).

Вместе с тем, требование о предоставлении в составе заявки оригиналов или нотариально заверенных копии Справок из налогового органа накладывает на участника закупки дополнительные обременения, связанные с необходимостью обращения в налоговый орган, а также указанные справки не являются подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемого по результатам закупки.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации требования о предоставлении указанных выше справок в составе заявки участника, противоречат подпункту 5 статьи 1.3 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

3. Согласно доводу Заявителя, Документация неправомерно содержит требование о представлении в составе заявки комфортного письма.

Подпунктом 9 пункта 2.4.1.1 Тома 1 Документации предусмотрено, что участник закупки также должен представить оригинал Комфортного письма

по каждому лоту отдельно (по лоту 1) (раздел 4, форма 14). Непредставление Комфортного письма или его представление с нарушением установленных выше требований и условий, может являться основанием для отклонения предложения Участника.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление требования о представлении в составе заявки участника закупки кроме банковской гарантии, комфортного письма, ограничивает возможность участия в закупке потенциальных участников, так как получение указанного письма накладывает на участника дополнительные финансовые затраты, а именно при получении указанного письма банком производится блокировка денежных средств на счете организации на период исполнения договора, что является вмешательством в хозяйственную деятельность субъекта.

Таким образом, установление указанного требования противоречит подпункту 5 статьи 1.3 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Из довода Жалобы следует, что Заказчиком неправомерно установлено требование о представлении гарантийного письма от производителя по форме 10.

Пунктом 2.14.5.2 Документации предусмотрено, что участнику необходимо представить оригинал документов, подтверждающих наличие у Участника правомочий от производителей предлагаемой им продукции и распространение фирменных гарантийных обязательств от производителей поставляемого электрического оборудования, в том числе поставку в определенные сроки, распространение всех фирменных гарантий на поставляемое оборудование и/или материалы в течение гарантийного срока (Форма 10), если участник не является производителем предлагаемой продукции.

Вместе с тем, в отсутствие обязанности производителя, изготовителя как-либо реагировать на обращения участников закупки на соответствующие запросы, возможность участия в закупке всецело зависит от волеизъявления третьего лица – производителя, изготовителя закупаемого товара, что ограничивает возможность участия в закупке.

Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что вышеуказанное требование является избыточным, поскольку для его исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры запросить вышеуказанные документы у производителя/дилера, официального представителя.

Таким образом, установление вышеуказанных положений, требований в Документации противоречит подпункту 5 статьи 1.3 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Согласно доводу Жалобы Заявителя, Документация не содержит в

полном объеме информацию о месте и дате рассмотрения заявок и подведения итогов по результатам закупки.

В соответствии с пунктом 7 части 9 статьи 4 Закона о закупках, пунктом 11 части 10 статьи 4 Закона о закупках извещение, документация должны содержать сведения о месте и дате рассмотрения предложений участников закупки и подведения итогов закупки.

Аналогичное требование предусмотрено пунктом 6.3.1.7 Положения о закупке.

Согласно пункту 12 Извещения предусмотрено, что Организатор Конкурса 14.03.2017 в 12:00 (мск) проводит публичную процедуру вскрытия поступивших Конкурсных заявок по адресу Организатора: 109028, г. Москва, Б. Николоворобинский переулок д. 9/11, 5-й этаж, офис 511.

Аналогичное положение предусмотрено пунктом 2.8.4 Тома 1 Документации.

Пунктом 2.11.3 Документации установлено, что решение конкурсной комиссии по подведению итогов Конкурса оформляется по адресу Организатора: 109028, г. Москва, Б. Николоворобинский переулок д. 9/11, 5-й этаж, офис 511 в срок до 10.04.2017 Протоколом выбора победителя, оформляемого на заседании комиссии и подписываемого Председателем Конкурсной комиссии.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком размещена информации о месте и дате рассмотрения заявок и подведения итогов по результатам закупки в соответствии с требованиями Закона о закупках, Положения о закупке, в связи с чем довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

Кроме того, при рассмотрении Жалобы Заявителя в действиях Заказчика выявлены следующие нарушения.

6. Пунктом 11.3 проекта договора Документации установлены требования к страховой компании, с которой поставщик заключает договор страхования:

Страховая компания, с которой Поставщик заключает Договор страхования, должна быть надежной и отвечать следующим требованиям:

- зарегистрирована на территории Российской Федерации;
- отсутствие неисполненных предписаний со стороны органа страхового надзора, страховая организация не должна находиться в процессе ликвидации, банкротства или реорганизации, на ее имущество не должен быть наложен арест;
- наличие лицензии на право проведения страхования грузов;
- соблюдение требований, установленных органом страхового надзора:
 - а) по соотношению между фактическим и нормативным размерами маржи платежеспособности (оценивается по форме № 6 - страховщик);
 - б) по составу и структуре активов, принимаемых для покрытия страховых

резервов и собственных средств (оценивается по формам №№ 7-страховщик и 14-страховщик);

- наличие лицензии на осуществление работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну;

- положительный финансовый результат по итогам работы за последние два отчетных года;

- ведение отчетности по международным стандартам финансовой отчетности (МСФО).

Вместе с тем, из положений Документации невозможно сделать вывод о необходимости наличия у страховой организации лицензии на осуществление работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну.

Кроме того, Заказчиком в Документации не установлен порядок оценки соблюдения страховой организацией требований, установленных органом страхового надзора по формам 6, 7, 14, положения Документации не содержат указания на то, какая именно оценка будет производиться.

Вместе с тем, Заказчик обременяет победителя закупки заключить договор со страховой организацией на условиях, установленных Заказчиком, что ограничивает возможность потенциального победителя в выборе страховой компании и является вмешательством в хозяйственную деятельность участника закупки. Кроме того, соответствие указанным требованиям не влияет на исполнение обязательств по договору страхования между поставщиком и страховой организацией.

7. В соответствии с подпунктом «d» пункта 2.3.2.1.1 Тома 1 Документации заявка участника должна содержать, в том числе анкету (в формате **Excel**) с приложением справки о цепочке собственников участника закупочной процедуры, включая бенефициаров (в том числе конечных) по установленной в Документации форме (раздел 4, форма 6, форма 6.1).

Вместе с тем, представление информации о цепочке собственников участника закупочной процедуры, включая бенефициаров (в том числе конечных) не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору заключаемому по результатам закупки.

Кроме того, пунктом 2.3.2.1.1 Тома 1 Документации предусмотрено, что в случае возникновения необходимости, организатор Конкурса по решению конкурсной комиссии вправе запросить сведения либо документы, подтверждающие сведения, представленные участником в «Справке о цепочке собственников» участника конкурсной процедуры, включая бенефициаров (в том числе конечных).

Также пунктом 2.9.2.3 Тома 1 Документации при проведении отборочной стадии организатор Конкурса вправе проверять соответствие предоставленных участником заявлений, документов и информации действительности, в том

числе путем направления запросов в государственные органы, лицам, указанным в Заявке, а также проводить выездные проверки.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что наделение организатора закупки правом запрашивать сведения либо документы, подтверждающие сведения, представленные участником в «Справке о цепочке собственников», содержит риски необъективного рассмотрения заявок и может применяться не в равной степени к участникам закупки, что в конечном счете может повлечь ограничение количества участников Конкурса.

Вместе с тем, применение Заказчиком права осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников закупки. При этом в Документации отсутствуют основания и порядок проведения выездных проверок.

Подпунктом «а» пункта 2.3.2.3 Документации установлено, что участник в составе заявки должен представить справку об опыте выполнения договоров за последние три года по установленной в Документации форме, с содержанием соответствующим подпункту «д» пункта 2.3.1.2 (раздел 4, форма 7).

С целью подтверждения указанных в форме 7 сведений участнику Конкурса рекомендуется предоставить копии документов по исполнению выполненных договоров (актов выполненных работ, договоров и т.п.)

Согласно подпункту «д» пункта 8 Извещения участник закупки должен иметь за последние 3 года не менее 1 завершенного договора поставки электрического оборудования напряжением 6 кВ и выше.

Аналогичное требование предусмотрено подпунктом «д» пункта 2.3.1.2 Тома 1 Документации.

Вместе с тем, согласно части 3 статьи 506 Гражданского Кодекса Российской Федерации учитывая природу договора поставки, поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях.

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 подтверждает невозможность участника Конкурса надлежащим образом исполнить обязательства по договору, заключаемому по результатам Конкурса.

Кроме того, в соответствии с пунктом 9.1.10.1 Положения о закупке победителем конкурса признается участник, представивший конкурсную заявку, которая решением конкурсной комиссии признана наилучшей по результатам оценочной стадии.

Следовательно, наличие у участников закупки опыта выполнения

договоров за последние три года не может являться критерием допуска к участию в закупке.

Пунктом 2.14.5.3 Тома 1 Документации предусмотрено, что на момент проведения преддоговорных переговоров победитель закупки должен передать Заказчику, в том числе документы, подтверждающие соответствие предлагаемого к поставке оборудования действующей нормативно-технической документации, а именно декларацию (сертификат) о соответствии на предлагаемое к поставке оборудование в соответствии с Техническим регламентом РФ «Подтверждение соответствия продукции», утвержденного Решением Комиссии Таможенного союза от 7 апреля 2011 года № 620.

В соответствии со статьей 456 Гражданского Кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (технический паспорт, сертификат качества, инструкцию по эксплуатации и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства Российской Федерации Заказчик не вправе требовать на момент проведения преддоговорных переговоров документы, подтверждающие соответствие товара, которыми участник/ потенциальный победитель закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара при поставке которого передаются вышеуказанные документы, такие как: паспорт качества, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

Учитывая изложенное, требование о представлении потенциальным победителем на момент проведения преддоговорных переговоров сертификатов на продукцию обременяет такого участника заблаговременно произвести/приобрести указанные в «Техническом задании» Документации материалы.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что установление вышеуказанных положений, требований в Документации противоречит подпункту 5 статьи 1.3 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает 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:

1. Признать жалобу ООО «Антей» от 15.03.2017 № 04-34844 на действия (бездействие) заказчика ПАО «ФСК ЕЭС» при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на поставку высоковольтных вводов для нужд филиалов МЭС (извещение № 31704819112)

обоснованной в части неправомерно установленного требования о предоставлении участником закупки в составе заявки справки об исполнении налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) обязанности по уплате налогов, сборов, пеней, штрафов, процентов, справки о состоянии расчетов по налогам, сборам, пеням, штрафам, процентам организаций, неправомерно установленного требования о представлении в составе заявки комфортного письма, а также неправомерно установленного требования о представлении гарантийного письма от производителя по форме 10 Документации.

2. Признать ПАО «ФСК-ЕЭС» нарушившим часть 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать ПАО «ФСК-ЕЭС» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

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