

## РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-349/17

**по результатам рассмотрения жалобы ООО «ЖДС» 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»**

20.04.2017

Москва

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

<...>

(далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...> - доверенность от 14.12.2016 № РЖДС-172/Д, <...> - доверенность от 31.08.2016 б/н,

представители ООО «ЖДС» на заседание Комиссии ФАС России не явились, уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев жалобу ООО «ЖДС» от 12.04.2017 № 12-1204 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 2322/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку запасных частей путевой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31704926014) 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 «ЖДС» (далее - Заявитель) от 12.04.2017 № 12-1204 (от 12.04.2017 вх. 54478/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 2322/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки запасных частей путевой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31704926014) (далее — Аукцион, 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.

23.03.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно:

1. Заказчиком в Документации неправомерно объединены в один лот закупки разнородного оборудования;
2. Заказчиком неправомерно установлен запрет на поставку эквивалентного оборудования;
3. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о соответствии оборудования требованиям ГОСТ 52277-2004.

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Аукциона 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. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком неправомерно объединены в один лот закупки разнородного оборудования, а именно подбойки для выправочных машин и колесная пара.

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.

В соответствии с пунктом 77 Положения о закупке при формировании лота не допускается ограничение конкуренции между участниками конкурентной процедуры закупки путем включения в один лот товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом конкурентной процедуры закупки, за исключением случаев, когда такое включение обусловлено необходимостью выполнения комплекса работ, оказания комплекса услуг, комплексной поставки товаров, и/или случаев, когда включение таких товаров, работ, услуг позволит сократить издержки заказчика, эффективно расходовать денежные средства.

Пунктом 1.3 Документации установлено, что предметом аукциона является право на заключение договора поставки запасных частей путевой техники. Номенклатура и объем поставляемого товара по лоту указаны в приложении № 12 к Документации.

Согласно приложению № 12 к Документации в перечень закупаемого оборудования входят подбойки разного типа и колесная пара.

На заседании Комиссии ФАС России, представитель Заказчика представил материалы, графические изображения и сообщил, что все запасные части, указанные в приложения № 12 к Документации, являются запасными частями к одной выпровочно-подбивочно-рихтовочной путевой машине ДУОМАТИК 09-32, в связи с чем Заказчиком принято решение о закупке запасных частей, технологически и функционально связанных, одним лотом.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не явился и не представил доказательств, подтверждающих ограничение количества участников закупки путем объединения в один лот оборудования по предмету Аукциона.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно установлен запрет на поставку эквивалентного оборудования.

Пунктом 3.2 Документации установлено, что во избежание выхода из строя крупных узлов и агрегатов путевой техники и других технических средств ОАО «РЖД», нарушения их эксплуатационных характеристик, а также нарушения гарантийных обязательств, в техническом предложении участника не может быть предложен эквивалентный товар.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика сообщил, что в связи с тем, что закупаемое оборудование является запасными частями к единому механизму, применение аналогичных запасных частей влечет риск преждевременного выхода их строя оборудования.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не явился и не представил доказательств, подтверждающих ограничение количества участников закупки путем установления запрета на поставку эквивалентного оборудования по предмету Аукциона.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

3. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о соответствии оборудования требованиям ГОСТ 52277-2004, а именно в требованиях к указанному ГОСТу отсутствуют подбойки с лопаткой, усиленной твердосплавными вставками и подбойки с твердосплавным покрытием.

Пунктом 5.7 ГОСТ 52277-2004 установлено, что для целей повышения стойкости против ударно-абразивного износа лопатки подбоек должны быть упрочнены одним из ниже перечисленных способов:

- наплавкой износостойкими электродами, обеспечивающими твердость от 56 до 64 HRC;
- приваркой износостойкого наконечника из стали 110Г13Л по ГОСТ 977 или других сталей, не уступающих ей по износостойкости;
- напайкой твердосплавных пластин.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу о соответствии закупаемой продукции техническим требованиям ГОСТ 52277-2004.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

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

4. В соответствии с пунктом 1.5 Документации при проведении Аукциона применяются антидемпинговые меры, перечисленные в пункте 6.9.2.1 и подпункте а) пункта 6.9.2.2 Документации, в порядке, установленном в указанном пункте.

Согласно подпункту а) пункта 6.9.2.2 Документации участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить при направлении заказчику подписанного проекта договора обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), которое может включать один или несколько документов, заверенных подписью и печатью (при ее наличии) участника, а именно гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара.

В случае невыполнения участником Аукциона требования о представлении документов или признания заказчиком предложенной цены договора (цены лота) необоснованной, участник признается уклонившимся от заключения договора.

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что возможность участия в Аукционе и снижение цены договора ставится в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Аукциона должен являться производителем либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем товаров

либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

– документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

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

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.

Вместе с тем, участник Аукциона 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.

Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник Аукциона должен иметь опыт осуществления поставок запасных частей путевой техники, стоимость которой составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в пункте 3.1 Документации. При этом учитывается стоимость всех поставленных, выполненных, оказанных участником закупки (с учетом правопреемственности) товаров, работ, услуг (по выбору участника закупки) по поставке запасных частей путевой техники. В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки представляет:

– документ по форме приложения № 7 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.2 Документации;

– накладные о поставке товаров;

– договоры на поставку товаров (представляются все листы договоров со всеми приложениями);

– копии документов, подтверждающих 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, согласно части 3 статьи 506 Гражданского кодекса Российской Федерации, учитывая природу поставки, 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 Аукциона.

Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с квалификационной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение аукционных заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.5.10 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 Аукционе 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 Аукциона.

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 Аукциона 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 Аукциона. При этом, законодательством не установлена обязанность участника Аукциона допускать представителей Заказчика на территорию своей организации, а отказ в таком допуске не является подтверждением предоставления участником в составе заявки документов, содержащих недостоверную информацию.

Пунктом 5.3.3.1 установлено, что участник Аукциона должен соответствовать требованию об «отсутствии у участника аукциона 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 аукциона считается соответствующим установленному требованию в случае наличия у него задолженности по налогам, сборам и пени на дату подачи участником заявки на участие в аукционе в размере не более 1000 рублей».

Вместе с тем, 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 отборе.

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.

Пунктом 3.2 Документации установлены требования, предъявляемые к предлагаемым запасным частям путевой техники:

– производитель предлагаемой к поставке продукции должен являться разработчиком конструкторской документации, либо обладать правом ее использования, предоставленным разработчиком/владельцем;

Документы, которые представляются участником в подтверждение соответствия предлагаемых запасных частей путевой техники требованиям технического задания:

– информационное письмо (в свободной форме), что производитель запасных частей является разработчиком/владельцем конструкторской документации, либо обладает правом ее использования, предоставленным владельцем конструкторской документацией, с приложением копий подтверждающих документов (копии титульных листов конструкторской документации или копии писем выданных разработчиком/владельцем о передаче конструкторской документации или иных документов, подтверждающих наличие, либо передачу права пользования конструкторской документацией).

Вместе с тем, указанное требование ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления третьих лиц, что может ограничить количество

участников закупки.

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

Вместе с тем, указанные нарушения не повлияли на результаты закупки поскольку по указанным основаниям заявки участников Аукциона не отклонялись.

5. Согласно пункту 8.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Аукциона должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 3 Документации.

При этом приложением № 3 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 8.1.9 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), единственный участник, допущенный к участию в аукционе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), вправе согласовать предоставление банковской гарантии иным банком, направив письменное обращение заказчику с приложением проекта банковской гарантии, соответствующего требованиям Документации.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Пунктом 8.2.1 Документации установлено, что до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам Аукциона, предоставляет сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, с приложением подтверждающих документов. В случае непредставления указанных сведений и документов победитель, иной участник, с которым заключается договор, считается уклонившимся от заключения договора.

Вместе с тем, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта



32 Положения о закупке и нарушают требования части 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

### **Р Е Ш И Л А:**

1. Признать жалобу ООО «ЖДС» от 12.04.2017 № 12-1204 (от 12.04.2017 вх. 54478/17) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 2322/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора на поставку запасных частей путевой техники для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31704926014) необоснованной.

2. Признать ОАО «РЖД» 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 для исполнения предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, с учетом принятого решения от 20.04.2017 № 223ФЗ-349/17.

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