

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-409/17

по результатам рассмотрения жалобы ЗАО «Чиркейгидроспецстрой» 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»

15.05.2017

Москва

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

<...> (далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

АО «ЧиркейГЭСстрой»: <...> - доверенность от 12.05.2017

№

б/н.

Представители ЗАО «Чиркейгидроспецстрой» на заседание Комиссии ФАС России не явились, уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев жалобу ЗАО «Чиркейгидроспецстрой» от б/д б/н на действия (бездействие) заказчика АО «ЧиркейГЭСстрой» при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по «Безнапорному деривационному туннелю №2» на участке ПК 25+00 – ПК 86+00 длиной 6100,0 м Зарамагской ГЭС-1 на р. Ардон» для нужд АО «ЧиркейГЭСстрой», лот №2-Туннель-ЗарГЭС-ЧГЭС-2017 (извещение № 31705040995), 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 ЗАО «Чиркейгидроспецстрой» (далее — Заявитель) от б/д б/н на действия (бездействие) заказчика АО «ЧиркейГЭСстрой» (далее — Заказчик) при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по «Безнапорному деривационному туннелю №2» на участке ПК 25+00 – ПК 86+00 длиной 6100,0 м Зарамагской ГЭС-1 на р. Ардон» для нужд АО «ЧиркейГЭСстрой», лот №2-Туннель-ЗарГЭС-ЧГЭС-2017 (извещение № 31705040995) (далее — Запрос предложений, 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 продукции для нужд АО «ЧиркейГЭСстрой», утвержденным решением Советом директоров АО «ЧиркейГЭСстрой» от 27.12.2016 № 7 (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при закупке в единой информационной системе (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.

21.04.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Запроса предложений (далее – Извещение, Документация).

Согласно Извещению, информации размещенной в ЕИС:

дата и время окончания подачи заявок — 02.05.2017 в 16:30;

дата и время рассмотрения заявок — 19.05.2017 в 16:30;

дата и время подведения итогов — 19.05.2017 в 16:30;

Начальная максимальная цена закупки - 1 626 284 460, 00 рублей.

Из Жалобы следует, что при проведении Запроса предложений Заказчиком, нарушены положения Закона о закупках, а именно в составе Документации Заказчиком не размещен проект договора являющейся его неотъемлемой частью.

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и указал, что при проведении Запроса предложений Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупке.

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, в составе Документации Заказчиком не размещен проект договора являющейся его неотъемлемой частью.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках при

закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом информационно открытости.

Аналогичные принципы предусмотрены подпунктом в) пункта 1.3.2.2 Положения о закупке.

Согласно части 5 статьи 4 Закона о закупках в ЕИС при закупке размещается, в том числе проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке.

В соответствии со статьей 427 Гражданского кодекса Российской Федерации в договоре устанавливаются отдельные условия для договоров соответствующего вида .

Ввиду вышеуказанной нормы Заказчик в проекте договора устанавливает условия исполнения такого договора.

Пунктом 1.1.5 Документации установлено, что проект договора, который будет заключен по результатам Запроса предложений, приведен в приложении №2 к Документации.

В соответствии с пунктом 2.4.1.1 Документации участник Запроса предложений должен подготовить заявку, включающую в том числе протокол разногласий по проекту договора (форма 6) по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в Документации о закупке (подраздел 5.6).

На заседание Комиссии ФАС России установлено, что в составе в приложение № 2 Документации размещены только приложения к договору, при этом проект договора не размещен.

Учитывая изложенное, отсутствие в составе Документации проект договора, противоречит пункту 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту в) пункта 1.3.2.2 Положения о закупке и нарушает часть 5 статьи 4 Закона о закупках, а также 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.

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

2. В соответствии с пунктом 3 части 9 статьи 4 Закона о закупках в извещении о закупке должны быть указаны предмет договора с указанием количества поставляемого товара, объема выполняемых работ, оказываемых услуг.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, установленные заказчиком требования к качеству, техническим характеристикам товара, работы, услуги, к их безопасности, к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы и иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы,

оказываемой услуги потребностям заказчика.

В соответствии с частью 6 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее - ГрК РФ) лицо, осуществляющее строительство, обязано осуществлять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства в соответствии, в том числе, с проектной документацией.

При этом согласно части 2 статьи 48 ГрК РФ 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, строительство, реконструкция, капитальный ремонт объекта капитального строительства осуществляется на основании проектной документации, которая содержит показатели, связанные с определением соответствия выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика.

Отсутствие в Документации требований к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, требования к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ, в том числе отсутствие проектной документации в полном объеме, приводит к невозможности формирования участником закупки предложения по исполнению договора.

Таким образом, отсутствие проектной документации в составе документации о закупке на строительство объекта означает, что заказчик не установил требования к объему работ, подлежащих выполнению в рамках заключаемого договора, что лишает участника закупки обоснованно сформировать свое предложение.

Согласно пункту 4.2 Технического задания Документации работы выполняются в соответствии с рабочей проектной документацией.

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России, установлено, что проектно-сметная документация не размещена в ЕИС.

Учитывая изложенное Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком не размещена в ЕИС проектно-сметная документация, что нарушает пункт 3 части 9 статьи 4, пункт 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках и содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

3. 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 г) пункта 1.3.2.2 Положения о закупке.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках 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 3.2.1 Положения о закупке при подготовке закупки Заказчик также устанавливает требования к участникам закупки.

Согласно пункту 2.8.2.4 Документации по результатам отборочной стадии Заказчик вправе отклонить заявки, которые, в том числе не отвечают требованиям Документации и не содержат документов, требуемых в соответствии с условиями Документации.

3.1 Пунктом 2.5.4 Документации предусмотрено, что участник Запроса предложений должен включить в состав заявки, в том числе:

- оригинал справки из ИФНС об отсутствии задолженности по налогам и сборам;

Вместе с тем, требование о предоставлении в составе заявки справки по исполнению обязанности по уплате налогов и сборов, выданную налоговым органом за последний отчетный период, связано с необходимостью обращения в налоговый орган, а также указанная справка не является подтверждением ненадлежащего исполнения обязательств по договору заключаемого по результатам закупки.

- оригинал справки о материально-технических ресурсах, которые будут использованы в рамках выполнения Договора по установленной в Документации о закупке форме — Справка о материально-технических ресурсах (форма 9);

- оригинал справки о кадровых ресурсах, которые будут привлечены в ходе выполнения Договора, по установленной в Документации о закупке форме — Справка о кадровых ресурсах (форма 10).

Кроме того, пунктом 6 Технического задания Документации установлены требования к участникам закупки об обязательном наличии:

- не менее 3 руководителей (высших менеджеров), участие которых предполагается в непосредственном управлении организацией строительства, имеющих высшее профессиональное инженерно-техническое или строительное образование со стажем работы в области гидроэнергетического строительства не менее 5 лет. В подтверждение данного требования участник предоставляет анкеты (справка о кадровых ресурсах по форме 10) указанных руководителей по установленной в Документации форме;

– не менее 6 специалистов, руководителей среднего звена, участие которых предполагается в организации строительства, имеющих высшее профессиональное инженерно-техническое или строительное образование со стажем работы в области строительства не менее 3 лет. В подтверждение данного требования участник предоставляет анкеты (справка о кадровых ресурсах по форме 10) указанных специалистов по установленной в Документации форме.

– аккредитованную лабораторию по оценке качества работ и продукции (собственную или используемую на иных законных основаниях). В подтверждение данному требованию Участник должен предоставить заверенные участником копии документов (свидетельства об аккредитации, договоры аренды, соглашения о намерениях и т.п.), подтверждающих наличие и аккредитацию лаборатории.

При этом согласно пункту 7.7.10.1 Положения о закупке установлено, что победителем запроса предложений признается лицо, которое представило заявку, занявшую по решению закупочной комиссии первое место в окончательной ранжировке заявок по степени предпочтительности, а также предложило лучшие условия исполнения договора в соответствии с критериями и порядком оценки и сопоставления заявок, которые установлены в документации о закупке.

Согласно пункту 2.10.3 Документации закупочная комиссия определяет победителя Запроса предложений, как участника Запроса предложений, заявка которого заняла первое место в ранжировке заявок участников по степени предпочтительности для Заказчика.

Также, в случае отсутствия у участника в собственности лабораторию по оценке качества работ и продукции, Заказчиком вышеуказанным требованием обременяет такого участника вступить в дополнительные договорные отношения (договор аренды, лизинга и т.д.) до момента заключения договора по результатам закупки.

Таким образом, выбор победителя осуществляется на основании оценки заявки проведенной в соответствии с порядком и критериями оценки установленными Заказчиком в Документации, в связи с чем требование о наличии у участников закупки кадровых, материально-технических ресурсов не может являться критерием допуска к участию в закупке, а должно быть установлено в качестве оценочного критерия.

3.2 Согласно абзацу «ж» пункта 2.5.1.1 Документации участник закупки должен отвечать обязательному требованию о том, что участник закупки не должен являться аффилированным по отношению к одному и более другим участникам закупки.

Вместе с тем, Заказчиком в нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках установлены вышеуказанные требования, так как Законом о закупках не предусмотрено ограничение участия в закупочной процедуре лиц,

аффилированных с иными участниками закупки.

Кроме того, наличие у участника закупки аффилированности с иным участником закупки, однозначно не свидетельствует о ненадлежащем исполнении обязательств по договору и недобросовестности такого участника закупки.

При этом из положений Документации не представляется возможным определить условия реализации права Заказчика отклонить заявку участника закупки на указанных основаниях, а также данное требование может применяться в неравной степени к участникам закупки.

3.3 Согласно абзацу «з» пункта 2.5.1.1 Документации участник закупки, допущенный до участия в процедуре переторжки, должен в составе предложения на переторжку раскрыть информацию в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе, конечных).

Аналогичное требование предусмотрено пунктами 2.9.9, 2.10.5 Документации.

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.

3.4 Согласно пункту 2.8.2.3 Документации в рамках отборочной стадии Организатор/ Закупочная комиссия может запросить Участников запроса предложений разъяснения или дополнения их заявок, в том числе представление отсутствующих документов.

Вместе с тем, возможность участия в закупке с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию, документы.

Кроме того, в Положении о закупке и Документации не установлен порядок запроса дополнительной информации, документов, что ставит такой запрос в отношении конкретного участника в зависимость от решения Заказчика, которое может быть различным в отношении разных участников.

3.5 Согласно пункту 2.5.3 Документации генеральный подрядчик должен доказать Заказчику, что каждый из привлекаемых им субподрядчиков осведомлен о привлечении его в качестве субподрядчика; согласен с выделяемым ему перечнем, объемами, сроками и стоимостью выполнения работ; отвечает требованиям Документации о закупке, изложенным в Документации в части объема работ, который ему предполагается поручить в соответствии с планом распределения объемов выполнения работ между генеральным подрядчиком и субподрядчиком. Генеральный подрядчик готовит

заявку с учетом следующих дополнительных требований: в заявку включается письмо от имени каждого субподрядчика (оригинал; составляется в произвольной форме), подтверждающее его согласие на привлечение в качестве субподрядчика, с указанием объема и стоимости возлагаемых на него работ, а также сроков выполнения работ; заявка должна включать сведения, подтверждающие соответствие каждого субподрядчика установленным требованиям (пункт 2.5.4); заявка дополнительно должна включать сведения о распределении объемов работ между генеральным подрядчиком и субподрядчиками по установленной в Документации форме (План распределения объемов выполнения работ между генеральным подрядчиком и субподрядчиками (форма 16), заявка должна включать Декларацию о соответствии участника закупки критериям отнесения к субъектам малого и среднего предпринимательства (форма 12) от каждого субподрядчика, указанного в плане распределения объемов выполнения работ между генеральным подрядчиком и субподрядчиками.

В соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки.

Кроме того, привлечение субпоставщиков/соисполнителей предполагается в процессе исполнения договора, а представление вышеперечисленных документов напрямую зависит от воли третьих лиц.

3.6 Пунктом 2.5.2.1 Документации предусмотрено, что в Запросе предложений могут участвовать не только юридические и физические лица самостоятельно, но и их объединения, способные на законных основаниях выполнить требуемые работы.

Согласно абзацу «д» пункта 2.5.2.5 Документации установлено положение, что юридические лица (индивидуальные предприниматели, физическое лицо), представляющие коллективного участника, заключают между собой соглашение, соответствующее нормам Гражданского кодекса Российской Федерации, и отвечающее в том числе требованию о том, что все операции по выполнению договора в целом, включая платежи, совершаются исключительно с лидером, однако, по желанию Заказчика или по его инициативе, данная схема может быть изменена.

Установление вышеуказанного положения в Документации является необоснованным вмешательством Заказчика в деятельность коллективного участника закупки, так как выбор лица которым будут выполняться все операции по выполнению договора в целом, включая платежи, зависит от волеизъявления Заказчика.

Кроме того, пунктом 2.5.2.4 Документации установлено, что каждый член коллективного участника (за исключением лидера коллективного участника), должен отвечать требованиям Документации, изложенным в пункте 2.5.1.1 (за исключением пункта 2.5.1.1з).

При этом абзацем «е» пункта 2.5.1.1 Документации установлено

обязательное требование, что у участника закупки должны отсутствовать со стороны ПАО «РусГидро» на момент проведения процедуры закупки и подведения ее итогов вступившего в законную силу решения суда о ненадлежащем исполнении или неисполнении договорных обязательств перед ПАО «РусГидро» за исключением случаев, когда неисполнение Участником договорных обязательств стало результатом действий (бездействия) Заказчика.

Вместе с тем, указанное требование не может быть применено в равной степени к участникам закупки, поскольку участник закупки, имеющие судебные разбирательства с иным хозяйствующим субъектом (например ОАО «РЖД» ПАО «Газпром», ПАО «Ростелеком» и др.), может быть допущен к участию в закупке, в то время как участник, имеющий судебные споры с Заказчиком, подлежит отклонению.

Таким образом, установление указанного требования в качестве обязательного требования к участникам закупки ограничивает круг участников закупки, поскольку несоответствие указанным требованиям, относящимся к деловой репутации перед Заказчиком, не подтверждает невозможность участника закупки исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам закупки.

3.7 Пунктом 6 Технического задания Документации также предусмотрено, что участник должен иметь службу по охране труда и технике безопасности. В подтверждение данному требованию Подрядчик должен предоставить в свободной форме список лиц, ответственных за Охрану труда, а также утвержденные руководителем организации перечень инструкций по ОТ, выдаваемых персоналу на объектах (согласно постановлению Минтруда и социального развития РФ от 17.12.2002 №80 «Об утверждении Методических рекомендаций по разработке государственных нормативных требований по охране труда»).

Вместе с тем, наличие у участника закупки службы по охране труда и технике безопасности не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, а также не влияет на исполнение таких обязательств.

Учитывая изложенное, установление вышеуказанных положений, требований к участникам Запроса предложений, а также отказ в допуске к участию в закупки в связи с несоответствием таким требованиям противоречит подпункту г) пункта 1.3.2.2 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что 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 ЗАО «Чиркейгидроспецстрой» от б/д б/н на действия (бездействие) заказчика АО «ЧиркейГЭСстрой» при проведении

открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по «Безнапорному деривационному туннелю №2» на участке ПК 25+00 – ПК 86+00 длиной 6100,0 м Зарамагской ГЭС-1 на р. Ардон» для нужд АО «ЧиркейГЭСстрой», лот №2-Туннель-ЗарГЭС-ЧГЭС-2017 (извещение № 31705040995) обоснованной.

2. Признать АО «ЧиркейГЭСстрой» нарушившим часть 1 статьи 2, части 5 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать АО «ЧиркейГЭСстрой» обязательное к исполнению Предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 15.05.2017 № 223ФЗ-409/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

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