

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-623/17

**по результатам рассмотрения жалобы ЗАО «ЦРТ сервис»
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»**

04.07.2017

Москва

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

при участии представителей:<.....>

рассмотрев жалобу ЗАО «ЦРТ сервис» от 22.06.2017 б/н на действия
(бездействие) заказчика ПАО «Аэрофлот — Российские авиалинии» при
проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право
заключения договора на поставку и сертификацию оборудования системы
wIFEC для 81-го ВС семейства А320, оказание услуг связи, технической и
послепродажной поддержки оборудования и ПО системы (извещение
№ 31705058235), 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 «ЦРТ сервис»
(далее — Заявитель) от 22.06.2017 б/н на действия (бездействие) заказчика
ПАО «Аэрофлот — Российские авиалинии» (далее — Заказчик) при
проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право
заключения договора на поставку и сертификацию оборудования системы
wIFEC для 81-го ВС семейства А320, оказание услуг связи, технической и
послепродажной поддержки оборудования и ПО системы (извещение
№ 31705058235) (далее – Запрос предложении, 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 (РИ-ГД-148F), утвержденным решением Совета Директоров ПАО «Аэрофлот» от 23.06.2017 протокол № 3 (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.

26.04.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Запроса предложении (далее – Извещение, Документация).

Согласно информации размещенной в ЕИС:

Дата и время окончания подачи заявок 18.05.2017 в 15:00;

Дата и время рассмотрения заявок 18.05.2017 в 15:00;

Дата и время подведения итогов 19.06.2017 в 15:00.

Начальная максимальная цена договора 57 558 740 долларов США.

На участие в закупке подано 8 заявок, допущена одна, в связи с чем закупка признана несостоявшейся.

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

1. Заказчиком неправомерно установлено в Документации неизмеряемое требование о том, что показатели финансовой деятельности участника должны свидетельствовать о его платёжеспособности и финансовой устойчивости.

2. В Документации установлен некорректный порядок и критерии оценки заявок участников закупки.

3. Заказчиком установлен срок заключения договора не учитывающий закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа.

4. Заказчиком неправомерно установлено требование в техническом задании Документации, о том, что поставляемая система должна управляться с единого центра управления на территории Российской Федерации, что ограничивает возможность участия в закупке иностранных организации.

5. Заказчик необоснованно ограничивает определение порядка исполнения договора между подрядчиком и привлекаемыми субподрядчиками, путем установления особого порядка определения цены товара.

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и указали,

что при проведении Запроса предложений Заказчик действовал в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации, Положения о закупках и Документацией.

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

1. Из Жалобы Заявителя следует, что Заказчиком неправомерно установлено в Документации неизмеряемое требование о том, что показатели финансовой деятельности участника должны свидетельствовать о его платёжеспособности и финансовой устойчивости.

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 4 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом отсутствия ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

К неизмеряемым требованиям к участникам закупочных процедур можно отнести те требования, содержание которых не может быть формализовано и однозначно понятно для всех потенциальных участников закупки, требования, которые не могут быть документально подтверждены и (или) не могут применяться в равной степени ко всем участникам закупочной процедуры.

Согласно пункту 4.2.6 Документации к участнику закупки установлено обязательное требование, что показатели финансово-хозяйственной деятельности участника закупки должны свидетельствовать о его платёжеспособности и финансовой устойчивости.

Вместе с тем, Заказчиком в Документации не установлен порядок, критерии оценки финансово-хозяйственной деятельности участника закупки, а также показатели, которые необходимо представить участнику в составе заявки, что не позволяет участникам закупки сформировать заявку на участие в Запросе предложений в полном соответствии требованиями Закона о закупках, Положения о закупке, Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что финансовая устойчивость участника оценивается на основании бухгалтерских документов.

Вместе с тем, в Документация не содержит ссылку на перечень документов, которыми необходимо подтвердить соответствие вышеуказанному требованию.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что вышеуказанные действия Заказчика противоречит пункту 4 части 1 статьи 3

Закона о закупках и нарушает требования части 1 статьи 2, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

2. Согласно Жалобе Заявителя, в Документации установлен некорректный порядок и критерии оценки заявок участников закупки.

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 подпункту 4 пункта 1.6.2 Положения о закупке.

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

Пунктом 6.5 Документации установлено, что заявки на участие в закупке проходят двухэтапную проверку: первый этап – проводится отборочная стадия проверки заявок на соблюдение требований документации о закупке в части оформления заявок; второй этап – проводится оценочная стадия заявок, прошедших отборочную стадию.

В соответствии с пунктом 6.9 Документации заявки, прошедшие отборочную стадию, проходят оценочную стадию по следующим критериям и в следующем порядке: оценка поступивших в рамках проведения открытого запроса предложений производится с применением методики балльной оценки по пяти критериям: оценка коммерческого предложения; оценка технического предложения; оценка квалификации участника; оценка технологий, используемых участником; оценка условий по технической поддержке.

Согласно установленному порядку оценки после вскрытия предложений эксперт, проводящий анализ, выставляет каждой характеристике оценку, исходя из 5-балльной системы, а именно: 5 баллов - в данном предложении представлена оптимальная реализация оцениваемой характеристики (соответствие по критерию составляет более 90%), 4 балла — в данном предложении оцениваемая характеристика присутствует и полностью, либо во многом, соответствует требованиям (соответствие по критерию от 75 до 90 %), 3 балла — в данном предложении оцениваемая характеристика присутствует и частично соответствует требованиям (соответствие по критерию составляет от 50 до 74%), 2 балла - в данном предложении оцениваемая характеристика присутствует и незначительно, либо крайне фрагментарно соответствует требованиям (соответствие по критерию от 30 до 49 %).

Вместе с тем, в данном порядке оценки отсутствует пропорциональная зависимость между количеством присваиваемых баллов и показателями,

представленными участником закупки к оценке.

Кроме того, Заказчиком в Документации не приводится толкование терминов «незначительно, либо крайне фрагментарно», «частично соответствует», «полностью, либо во многом, соответствует» что не позволяет участникам закупки определить, как именно и на основании каких показателей Заказчиком будет установлена полнота предложений заявок участников.

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок и критерии оценки заявок участников закупки, что нарушает 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.

3. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком установлен срок заключения договора не учитывающий закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа.

Согласно пункту 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

В соответствии с частью 4 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции обжалование действий (бездействия) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии в антимонопольный орган в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, допускается не позднее десяти дней со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», со дня такого размещения, за исключением случаев, предусмотренных Законом о защите конкуренции.

Частями 18, 19 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции установлено, что со дня направления уведомления, предусмотренного частью 11 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, торги приостанавливаются до рассмотрения жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии по существу.

В случае принятия жалобы к рассмотрению организатор торгов, которому в порядке, установленном частью 11 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, направлено уведомление, не вправе заключать договор до принятия антимонопольным органом решения по жалобе. Договор,

заключенный с нарушением требования, установленного настоящим пунктом, является ничтожным.

Таким образом, законодательно установлены меры обеспечения производства по защите гражданских прав в административном порядке в виде приостановления торгов с запретом заключения договоров в период обжалования.

Вместе с тем пунктом 19.5 Положения о закупке предусмотрено, что срок подписания договора победителем (участником, с которым заключается договор) определяется документацией о закупке или иными разумными сроками, исходя из фактических обстоятельств.

При этом Документация не содержит регламентированного порядка заключения договора.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что отсутствие регламентированного порядка, а также не установление в Документации срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, фактически исключает применение оперативных мер, предусмотренных частью 4 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, лишает обращение с соответствующей жалобой какого-либо юридического смысла и направлено на снижение эффективности защиты гражданских прав в административном порядке.

4. По мнению Заявителя, Заказчиком неправомерно установлено требование в техническом задании Документации, о том, что поставляемая система должна управляться с единого центра управления на территории Российской Федерации, что ограничивает возможность участия в закупке иностранных организации.

Согласно требованиям к системе установленным в Техническом задании Приложение № 3 к Документации система предусмотренная к поставке должна управляться из единого центра управления с территории Российской Федерации при полете ВС над Европой, Западной Азией, Северной Африкой, стран СНГ. Для других территорий земного шара, допускается использование иностранных КА с управлением из территории иностранных государств.

Кроме того, исполнитель должен обеспечить легальность по предоставлению услуг связи по каналам земля-воздушное судно и воздушное судно - спутник в соответствии с законами Российской Федерации, а также международным правом, что должно подтверждаться следующими документами и нормативными актами, в том числе решения ГКРЧ на использование радиочастот на территории РФ.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика пояснили, что Заказчик зарегистрирован на Бермудских островах, при этом согласно

Конвенции о международной гражданской авиации от 14.12 1944 г. операторы представляющие услуги связи на борту с российской юрисдикцией, обязан руководствоваться, при организации своей деятельности требованиями установленными Федеральным законом «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ, а также Постановлением Правительства Российской Федерации «Об утверждении положения о государственной комиссии по радиочастотам» от 2.07.2004 г. № 336.

Таким образом, как следует из пояснений представителей Заказчика установление требования о наличии решения ГКРЧ на использование радиочастот на территории РФ обусловлено нормами Федеральным законом «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседание Комиссии ФАС России не представил иных сведений подтверждающих, что Заказчиком неправомерно установлено требование в техническом задании Документации, о том, что поставляемая система должна управляться с единого центра управления на территории Российской Федерации, что ограничивает возможность участия в закупке иностранных организаций.

Учитывая изложенное, довод Заявителя не нашел своего подтверждения.

5. Из довода Жалобы следует, что Заказчик необоснованно ограничивает определение порядка исполнения договора между подрядчиком и привлекаемыми субподрядчиками, путем установления особого порядка определения цены товара.

В соответствии с пунктом 6 части 10 статьи 4 Закона о закупках документация должна содержать в том числе сведения о форме, сроках и порядке оплаты товара, работы, услуги.

Аналогичное положение предусмотрено пунктом 6.4.6 Положения о закупке.

Пунктом 7 Технического задания Документации установлено, что в случае, если Поставщик оказывает Заказчику услуги по продаже оборудования или услуг, предоставляемые третьими сторонами, должны быть применимы следующие условия:

Пункт	Ставка	Минимум	Максимум
Плата за субподряд	8 % католожной цены	150 USD от цены третьей стороны	4 000 USD от цены третьей стороны

При этом цена субподряда должна включать транспортные расходы от субконтрактора Поставщика до Поставщика. Дополнительный счет за такие расходы не должен выставляться Заказчику.

Вместе с тем, Законом о закупках предусмотрено, что Заказчик в Документации устанавливает форму, сроки и порядок оплаты товара, работы, услуги исключительно между участником закупки и Заказчиком.

Кроме того, установления особого порядка определения цены товара

между подрядчиком и субподрядной организацией, является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, что ограничивает возможность привлечения субподрядных организации в случае невозможности применения вышеуказанного порядка оплаты.

Учитывая изложенное, установление указанных положений Документации, противоречит пункту 1.1.7.2 Положения о закупках, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

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

7. Пунктом 6.2.2 Положения о закупке предусмотрено, что Заказчик вправе установить дополнительные требования к участникам закупок по правоспособности и квалификации.

В соответствии с пунктом 2.5.4 Документации участник закупки предоставить в недельный срок с момента размещения в единой информационной системе протокола, определяющего право участника на заключение договора с заказчиком, сведения в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующими документами по форме приложения 3 к Положению о закупке товаров, работ, услуг, действующему в ПАО «Аэрофлот» (за исключением участников закупки, являющихся органами государственной власти, государственными и муниципальными учреждениями и унитарными предприятиями).

Вместе с тем, представление информации о цепочке собственников участника не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору заключаемому по результатам закупки.

Учитывая изложенное, установление указанных положений Документации, противоречит пункту 1.1.7.2 Положения о закупках, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

Вместе с тем, выявленные нарушения не повлияли на результаты закупки, так как закупка признана несостоявшейся.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ЗАО «ЦРТ сервис» от 22.06.2017 б/н на действия (бездействие) заказчика ПАО «Аэрофлот — Российские авиалинии» при

проведении открытого запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на поставку и сертификацию оборудования системы wIFEC для 81-го ВС семейства А320, оказание услуг связи, технической и послепродажной поддержки оборудования и ПО системы (извещение № 31705058235) обоснованной в части неправомерно установленного в Документации неизмеряемого требования о том, что показатели финансовой деятельности участника должны свидетельствовать о его платёжеспособности и финансовой устойчивости, установления некорректного порядка и критериев оценки заявок участников закупки, установления сроков заключения договора не учитывающих закреплённой в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, необоснованного ограничения определения порядка исполнения договора между подрядчиком и привлекаемыми субподрядчиками, путем установления особого порядка определения цены товара.

2. Признать ПАО «Аэрофлот — Российские авиалинии» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 9, 12, 13 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также часть 4 статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

3. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 03.07.2017 № 223ФЗ-623/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

4. Выдавать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

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