

ОАО «РЖД»

Новая Басманная ул., д. 2,
Москва, 107174

ООО «Бриг»

Бусыгина пр-кт, ДК треста
«Железобетон»
г. Нижний Новгород, 143405

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-722/18

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

26.09.2018

Москва

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

<...>

при участии представителей:

<...>

рассмотрев жалобу ООО «Бриг» б/д б/н на действия (бездействие)
заказчика ОАО «РЖД» при проведении предварительного квалификационного
отбора без ограничения срока подачи заявок в электронной форме № 5/ПКОЭ-
РЖДС/17 с целью выбора организаций, обладающих достаточной
квалификацией для участия в конкурсах на право заключения договоров



поставки спецодежды, спецобуви и форменной одежды для нужд ОАО «РЖД» и ДЗО в 2018-2020 годах (извещение № 31705439289) 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 «Бриг» (далее - Заявитель) от 19.09.2018 б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) предварительного квалификационного отбора без ограничения срока подачи заявок в электронной форме № 5/ПКОЭ-РЖДС/17 с целью выбора организаций, обладающих достаточной квалификацией для участия в конкурсах на право заключения договоров поставки спецодежды, спецобуви и форменной одежды для нужд ОАО «РЖД» и ДЗО в 2018-2020 годах (извещение № 31705439289) (далее — Предварительный квалификационный отбор, 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.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Законом 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 об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой в единой информационной системе предусмотрено Законом о закупках и Положением о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

18.08.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Предварительного квалификационного отбора (далее – Извещение, Документация).

Согласно Извещению:

дата окончания подачи заявок — 30.09.2019;

дата рассмотрения заявок— 28.09.2018;

дата подведения итогов – 28.09.2018.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

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

1. Заказчиком в Документации неправомерно установлено

требование, согласно которому участник в составе квалификационной заявки должен представить образцы изделий по направлению(ям), по которому(ым) он подал квалификационную заявку;

2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование, согласно которому участник должен являться производителем товара, либо обладать правом поставки товара, предоставленным производителем;

3. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование, согласно которому участник должен иметь опыт по фактически поставленным товарам;

4. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование согласно которому Заказчик вправе до даты проведения Квалификационного отбора в письменной форме запросить у участников Квалификационного отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, в том числе, путем проведения выездных проверок.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Предварительного квалификационного отбора Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документацией.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба Заявителя содержит основания, предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителя Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование, согласно которому участник в составе квалификационной заявки должен представить образцы изделий по направлению(ям), по которому(ым) он подал квалификационную заявку.

Согласно Приложению № 2 Документации (Техническое задание), в подтверждение соответствия техническим требованиям Участник представляет одновременно с предоставлением образцов:

- санитарно-эпидемиологическое/экспертное заключение либо иной документ, выданный Управлением Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по железнодорожному транспорту о возможности применения продукции в сфере железнодорожного

транспорта (за исключением всех позиций направления № 1, позиций № 9 и № 10 направления № 5, всех позиций направления № 6 и направления № 8, позиций № 44,45,48,89 направления № 11) (копия, заверенная подписью и печатью (при наличии) участника);

- сертификат соответствия/декларация таможенного союза о соответствии требованиям ТР ТС 019/2011 «О безопасности средств индивидуальной защиты» по позициям направлений №№ 1-10 приложения № 11 к квалификационной документации (копия, заверенная подписью и печатью (при наличии) участника). По позициям направления №11 (за исключением позиций №№ 44, 45, 48, 89) сертификат соответствия/декларация таможенного союза о соответствии требованиям в соответствии с Техническими условиями, указанными в приложении № 1 к техническому заданию.

- копии протоколов лабораторных испытаний на применяемые материалы по показателям, указанным в разделах Технического задания/Технического условия «Характеристики (показатели) продукции, подтверждаемые при сертификации» и «Требования к материалам», заверенные Участником;

- копии протоколов лабораторных испытаний на готовые изделия по показателям, указанным в разделе Технического задания/Технического условия «Характеристики (показатели) продукции, подтверждаемые при сертификации» и «Требования к материалам», заверенные Участником.

Вместе с тем, согласно статье 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 (декларацию соответствия, технический паспорт, сертификат качества и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства Российской Федерации, Заказчик не вправе требовать документы, подтверждающие соответствие товара, которым участник закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника образцов продукции, сертификатов соответствия и иных документов, в соответствии с требованиями Технического задания Документации, обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в Техническом задании Документации продукцию, а также налагает дополнительные финансовые обязательства на

участника закупки для целей принятия участия в Квалификационном отборе.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера продукции как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении сертификатов соответствия, санитарно-эпидемиологического/экспертного заключения, возможность участников закупки подать заявку на участие в Квалификационном отборе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера, его официального представителя.

На основании вышеизложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что вышеуказанное требование является избыточным, поскольку для его исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры, в том числе произвести/приобрести соответствующий товар для получения вышеуказанных документов.

Таким образом, действия Заказчика, установившего требование о том, что участник Квалификационного отбора в составе заявки на участие в Квалификационном отборе должен представить образцы изделий, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

2. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование, согласно которому участник должен являться производителем товара, либо обладать правом поставки товара, предоставленным производителем.

Пунктом 2.2 Документации установлено, что участник должен являться производителем либо обладать правом поставки товаров по наименованиям продукции направления (ий) или аналогичной продукции с учетом специфики ее использования и регламентирующих особенности ее применения нормативно-технических документов (в части требований по обеспечению безопасности человека и гигиенических норм), предоставленным производителем.

В подтверждение того, что участник является производителем товаров или аналогичной продукции либо обладает правом поставки товаров или аналогичной продукции, 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 или аналогичной продукции с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров или аналогичной

продукции;

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 Квалификационного отбора может не являться производителем товара или не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки инженерного и технологического оборудования, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в Квалификационном отборе, возможность участников закупки подать заявку на участие в Квалификационном отборе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Квалификационном отборе.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, которое может повлечь ограничение количества 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.

3. Согласно доводу Жалобы, Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование, согласно которому участник должен иметь опыт по фактически поставленным товарам.

При этом учитывается стоимость всех поставленных товаров (по выбору участника закупки) по наименованиям продукции направления (ий), на которое (ые) подана заявка, или аналогичной продукции с учетом специфики ее использования и регламентирующих особенности ее применения нормативно-технических документов (в части требований по обеспечению безопасности человека и гигиенических норм), по каждому направлению отдельно. В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 5 к квалификационной документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 квалификационной документации;

и

- накладные о поставке товаров;

и

- 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.).

Согласно статье 506 Гражданского кодекса Российской Федерации, учитывая природу поставки, содержанием договора поставки является обязанность поставщика доставить соответствующий товар в установленный таким договором срок Заказчику.

Вместе с тем, отсутствие у участника Квалификационного отбора опыта по фактически поставленным товарам не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Квалификационного отбора, и не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам Квалификационного отбора.

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

4. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование согласно которому Заказчик вправе до даты проведения Квалификационного отбора в письменной форме запросить у участников Квалификационного отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, в том числе, путем проведения выездных проверок.

Пунктом 6.7.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения Квалификационного отбора в письменной форме запросить у участников Квалификационного отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.7.10 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 проверке его заявка может быть отклонена.

Вместе с тем, возможность участия в Квалификационном отборе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию и осуществлять выездные проверки может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Квалификационного отбора.

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

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

При этом, предметом обжалования являются, согласно Жалобе Заявителя, действия Заказчика, выразившиеся в неправомерном установлении в Документации излишних требований к участникам закупки, что является основанием обращения в ФАС России, закрепленным в пункте 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, в соответствии с которым антимонопольный орган осуществляет контроль за соблюдением Закона о закупках.

На основании изложенного, Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

5. Пунктом 5.3.3.1 установлено, что отсутствие у участника Квалификационного отбора недоимки по налогам, сборам, задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (за исключением сумм, на которые предоставлены отсрочка, рассрочка, инвестиционный налоговый кредит в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, которые реструктурированы в соответствии с законодательством Российской Федерации, 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). Участник Квалификационного отбора считается соответствующим установленному требованию в случае, если им в установленном порядке подано заявление об обжаловании указанных недоимки, задолженности и решение по такому заявлению на дату рассмотрения заявки на участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) не принято.

Вместе с тем, участник Квалификационного отбора на момент подачи заявки может не иметь недоимки по налогам, сборам, а также задолженности по иным обязательным платежам в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации. При этом к моменту рассмотрения заявок возникновение недоимки и задолженности повлечет оценку Заказчиком таких сведений (содержащихся в представленных участником в составе заявки документах) как недостоверных, и будет являться основанием отказа в допуске на участие в Квалификационном отборе, отстранением такого участника Квалификационного отбора на любом этапе проведения Квалификационного отбора, согласно требованиям пункта 6.5.4 Документации.

На основании вышеизложенного, а также учитывая особенности налогообложения, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что требование о предоставлении в составе заявки на участие в Квалификационном отборе декларации об отсутствии задолженности перед бюджетом Российской Федерации на дату рассмотрения заявки на участие в Квалификационном отборе может привести к ограничению

количества участников в виду сокращения количества участников закупки, так как фактически задолженность участника на момент подачи заявки должна соответствовать 0 рублей 00 копеек.

6. В соответствии с пунктами 12, 13 части 10 статьи 4 в документации о конкурентной закупке должны быть указаны критерии, порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке.

Согласно пункту 4 Документации при сопоставлении заявок и определении победителя Квалификационного отбора оцениваются по критерию «право поставки, подтвержденное производителем» путем деления суммы коэффициентов, соответствующих статусу участника по каждой позиции, указанной в сведениях о наличии права поставки оборудования (по форме приложения № 12 к Документации), на количество позиций, указанных в приложении № 11 к Документации.

Оценка заявок осуществляется на основании технического предложения, иных документов, представленных в подтверждение соответствия квалификационным требованиям, требованиям технического задания, а также

следующих документов, представляемых участником дополнительно при наличии:

- сведения о наличии права поставки оборудования (по форме приложения № 12 к Документации) с приложением документов, подтверждающих право поставки оборудования;

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем оборудования, указанного в приложении № 11 к Документации;

или

- информационное письмо, иной документ, выданный производителем и/или дилерский договор с производителем оборудования, указанного в приложении № 11 к Документации с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку оборудования, указанного в приложении № 11 к Документации;

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/поставщик

Вместе с тем, участник Квалификационного отбора может не являться производителем товара или не иметь дилерские отношения с производителем на момент подачи заявки, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки оборудования, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в Квалификационном отборе, возможность участников закупки подать заявку на участие в Квалификационном отборе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Квалификационном отборе.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок и критерии оценки заявок участников закупки по вышеуказанным критериям, что не позволяет объективно сопоставить заявки участников Конкурса. Указанные действия Заказчика нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России установлены иные, не являющиеся предметом обжалования нарушения Закона о закупках, в связи с чем принимает решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

Р Е Ш И Л А:

1. Признать жалобу ООО «Бриг» (ИНН: 7733752484, ОГРН: 1107746983860) б/д,б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении предварительного квалификационного отбора без ограничения срока подачи заявок в электронной форме № 5/ПКОЭ-РЖДС/17 с целью выбора организаций, обладающих достаточной квалификацией для участия в конкурсах на право заключения договоров поставки спецодежды, спецобуви и форменной одежды для нужд ОАО «РЖД» и ДЗО в 2018-2020 годах (извещение № 31705439289) обоснованной.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункты 12, 13 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений в соответствии с принятым решением от 26.09.2018 № 223ФЗ-722/18.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 26.09.2018 № 223ФЗ-722/18 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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