

ОАО «РЖД»

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

ООО «Скинкеа»

Академика Анохина ул., д. 8, кор.1,
Москва, 119602

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-898/18

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

03.12.2018

Москва

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

<...>

при участии представителей:



<...>

рассмотрев жалобу ООО «Скинкеа» б/д, б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7564/ОАЭ-РЖДС/18 на право заключения договора поставки смывающих и обезвреживающих средств (извещение № 31807090277), 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 «Скинкеа» (далее - Заявитель) от б/д, б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7564/ОАЭ-РЖДС/18 на право заключения договора поставки смывающих и обезвреживающих средств (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.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции 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 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции в случае, если в ходе рассмотрения жалобы комиссией антимонопольного органа установлены иные нарушения в актах и (или) действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, комиссия антимонопольного органа принимает решение с учетом всех выявленных нарушений.

В соответствии с частью 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» 28.06.2018 (далее – Положение о закупках).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе (далее - ЕИС) размещаются 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 настоящим Федеральным законом и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

1. 31.10.2018 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

2. дата окончания подачи заявок — 19.11.2018;

3. дата рассмотрения заявок — 05.12.2018;

4. дата подведения итогов – 07.12.2018;

5. начальная (максимальная) цена договора: 632 826 945,21 рублей.

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 Закона о закупках 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 Аукциона Заказчиком нарушены положения Закона о закупках, а именно: Заказчиком неправомерно установлены требования технических и функциональных характеристик продукции, в совокупности которых соответствует продукция единственного производителя смывающих и обезвреживающих средств: ООО «РусХимХолдинг».

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и сообщил,

что при проведении Аукциона 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 представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. 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.

Согласно доводу Жалобы, Заказчиком неправомерно установлены требования технических и функциональных характеристик продукции, в совокупности которых соответствует продукция единственного производителя смывающих и обезвреживающих средств: ООО «РусХимХолдинг».

В соответствии с пунктом 3 частью 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации должны быть указаны требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками такой закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом конкурентной закупки, их количественных и качественных характеристик.

Согласно пункту 3.22.2 Документации, Техническое предложение должно содержать все показатели и характеристики товаров, работ, услуг, условия исполнения договора, указанные в техническом задании аукционной документации. Участником должны быть указаны марки, модели, наименования предлагаемых товаров, работ, услуг. Характеристики товаров, работ, услуг должны быть изложены таким образом, чтобы при рассмотрении заявок не допускалось их неоднозначное толкование, числовые показатели при описании характеристик товаров, работ, услуг должны быть указаны в абсолютных величинах.

В соответствии с пунктом 1.10 Документации, участнику в составе Технического предложения необходимо представить сведения о наименовании закупаемых товаров, их количестве (объеме), ценах за единицу товара, расходах участника, нормативных документах, согласно которым установлены

требования, технических и функциональных характеристиках товара требования к их безопасности, качеству, упаковке, отгрузке товара (указывается при поставке товара), к результатам, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, потребностям заказчика, место, условия и сроки поставки товаров, форма, сроки и порядок оплаты изложены в техническом задании, являющемся приложением № 1 к Документации.

Согласно приложению № 7 к Документации, Заказчиком установлен перечень товаров с указанием характеристик продукции.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что в соответствии с требованиями Технического задания, участником может быть предложена эквивалентная продукция. В случае предложения участником эквивалентной замены Заказчик вправе определять взаимозаменяемость (эквивалентность) товаров, работ, услуг путем сопоставления их функциональных значений, применения, качественных и технических характеристик и другим параметрам исходя из номенклатуры закупаемого товара, соответствии данной продукции потребностям Заказчика, а также готовности Заказчика заменить их в процессе потребления, в том числе производственного.

Вместе с тем, Заказчиком представлен анализ рынка продукции, указанной в позициях Приложения № 7 Технического задания Документации, согласно которому такие производители, как ООО «Дэб-Штоко», ООО «Бозон», ООО «Биодез», ООО «Аванти» предлагают продукцию, отвечающую техническим требованиям, установленным Заказчиком в Техническом задании Документации (список производителей, приведенных в данном решении не является исчерпывающим).

Вместе с тем, представители Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представили доказательств, однозначно свидетельствующих об обоснованности довода Жалобы.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

Вместе с тем, предметом обжалования являются, согласно Жалобе Заявителя, действия Заказчика, выразившиеся в неправомерном установлении в Документации требований к техническим и функциональным характеристикам товара, 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.

2. Согласно пункту 6 Технического задания Документации, участник закупки на этапе подачи заявки должен представить:

- номер сертификата соответствия и (или) декларации о соответствии на предлагаемый продукт, а также ссылку на сайт Росакредитации для проверки

подлинности документов (по позициям 2-64).

- к средствам по позициям №№ 12, 13, 16, 23, 24, 28, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 40, 41, 43, 44, 46, 47, 48 необходимо указать информацию, подтверждающую и гарантирующую защитное свойство с указанием методики исследования, а также с указанием испытательного центра, подтверждающего данное действие.

- указать подтверждение гипоаллергенности предлагаемой продукции с указанием соответствующих наименований, а также лаборатории и методов тестирования по позициям №№ 2-10, 12-16, 23, 24, 35, 36, 38, 40, 41, 43, 46, 47, 49

- на репеллентные средства указать информацию, подтверждающую и гарантирующую защитное свойство с указанием методики исследования, а также присвоенную категорию эффективности

- на средства с обеззараживающим действием и антимикробной активности (по позициям №№ 11, 39, 58, 59, 60, 64) указать информацию, подтверждающую заявленную эффективность, проверенную в независимом аккредитованном испытательном центре с указанием испытательного центра и методов лабораторных исследований,

- две фотографии (не из каталога) предлагаемой продукции (анфас и оборотная сторона). На фотографиях информация, размещенная на тубе, должна читаться при просмотре

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 при поставке которого передаются соответствующие документы, такие как: сертификат соответствия, технические условия и так далее, а также документы, подтверждающие результат лабораторных исследований соответствующих товаров.

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника вышеназванных документов, указанных в Техническом задании, обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в Техническом задании Документации продукцию.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера продукции

как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении сертификатов соответствия, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера, его официального представителя.

При этом, Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о соответствующих свойствах товара предлагаемого к поставке при заполнении заявки на участие в закупке.

На основании вышеизложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу о том, что вышеуказанные требования являются 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 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. В соответствии с пунктом 3 частью 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации должны быть указаны требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками такой закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом конкурентной закупки, их количественных и качественных характеристик

Согласно пункту 3.22.2 Документации, Техническое предложение должно содержать все показатели и характеристики товаров, работ, услуг, условия исполнения договора, указанные в техническом задании аукционной документации. Участником должны быть указаны марки, модели, наименования предлагаемых товаров, работ, услуг. Характеристики товаров, работ, услуг должны быть изложены таким образом, чтобы при рассмотрении заявок не допускалось их неоднозначное толкование, числовые показатели при описании характеристик товаров, работ, услуг должны быть указаны в абсолютных величинах.

Согласно приложению № 7 к Документации, Заказчиком установлен перечень товаров с указанием характеристик продукции.

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России установлено, что форма заполнения Технического предложения участника Аукциона приведена в Приложении № 7 к Документации. Согласно указанной форме заполнения

Технического предложения, участник Аукциона в составе заявки на участие в Аукционе должен заполнить таблицу, состоящую из параметров предлагаемого товара, в том числе перечислить характеристики в соответствии с требованиями технического задания документации и указать их конкретные значения, например, согласно позиции № 4 приложения № 7 Документации Заказчиком указана необходимость поставки крема регенерирующего для рук и лица со следующими характеристиками: крем должен содержать: аллантоин, обеспечивающий смягчающее, увлажняющее, противовоспалительное и бактерицидное действие; масло растительное сладкого миндаля или абрикосовое, обеспечивающее антимикробный эффект; масло жожоба или китайский буксус, или смесь ненасыщенных эфирных жирных кислот, обеспечивающих питание и увлажнение, противовоспалительный эффект; аминокислотами и витаминами, обеспечивающие противовоспалительное регенерирующее действие. Во избежание риска аллергических реакций крем не должен содержать: силиконы и их производных, формальдегид производных, парабен производных, альдегид и их производных, потенциальных аллергенов, природных экстрактов растений (список компонентов, приведенных в данном решении, не является исчерпывающим).

Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Документация устанавливает излишние требования к описанию предложения участника в отношении объекта закупки в составе заявок на участие в Аукционе, поскольку параметры, указанные Заказчиком в Документации, содержат наименования конкретных компонентов химического состава кремов, требуемых к поставке Заказчиком, что не позволяет участникам закупки корректно сформировать Техническое предложение, поскольку требования, установленные Заказчиком предполагает наличие товара у участника на момент подачи заявки, что противоречит Закону о закупках

Указанные требования приводят к ограничению количества участников закупки, поскольку Закон о закупках не обязывает участника закупки при заполнении заявки иметь в наличии товар, предлагаемый к использованию при выполнении работ, для представления подробных сведений о результатах испытаний, материалах, применяемых при изготовлении такого товара, а также ограничивает участников Аукциона в представлении надлежащего технико-коммерческого предложения в составе заявки на участие в закупке.

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, нарушают требования пункта 3 части 10 статьи 4 и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

4. Пунктом 3.8.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения Аукциона в письменной форме запросить у участников Аукциона 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.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, а также применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное положение 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.

5. Пунктом 3.25.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Аукциона должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 5 Документации.

При этом приложением № 5 Документации установлен перечень из 12 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 3.25.9 Документации установлено, что победитель или участник, заявке которого присвоен второй номер (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, заявке которого присвоен второй порядковый номер, 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 Запроса котировок.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование к участникам Запроса котировок в качестве обязательного, 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.

6. Пунктом 3.24.1 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.

При этом в соответствии с пунктом 386 Положения о закупках установлено, что в случае непредставления Заказчику победителем, иным участником, с которым заключается договор, в срок, установленный в документации сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующими документами, победитель, иной участник считаются уклонившимися от заключения договора.

Вместе с тем, Документация не содержит сведений о конкретных сроках предоставления сведений о владельцах участника Аукциона.

Кроме того, в случае если участником Аукциона, с которым принято решение заключить договор, или его совладельцем является акционерное общество, акции которого свободно торгуются на рынке ценных бумаг, предоставление актуальных сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующих документов, не представляется возможным, поскольку присутствует вероятность непредсказуемых изменений держателей акций.

Также, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, до заключения договора по итогам проведения закупки 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 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.

7. Согласно пункту 3.1.15 проекта договора Приложения № 2 к Извещению (далее — Договор), подрядчик обязан не допускать привлеченными для выполнения работ третьими лицами передачу выполнения работ по Договору другим третьим лицам без письменного согласия Заказчика. В случае получения согласия Заказчика, такое привлечение осуществляется в порядке, определенном Заказчиком.

Вместе с тем, согласование условий договоров, заключаемых с третьим лицом, является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, что ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления

Заказчика.

Кроме того, в соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Таким образом, условия и порядок привлечения третьих лиц — субподрядных организаций устанавливаются Исполнителем по договору самостоятельно, без согласования с Заказчиком.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Скинкеа» (ИНН: 7729665535, ОГРН: 1107746821599) б/д б/н на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 7564/ОАЭ-РЖДС/18 на право заключения договора поставки смывающих и обезвреживающих средств (извещение № 31807090277) необоснованной.

2. Признать в действиях ОАО «РЖД» нарушения части 1 статьи 2, пункта 3 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. Выдать ОАО «РЖД» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 03.12.2018 № 223ФЗ-898/18.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 03.12.2018 № 223ФЗ-898/18 для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административных правонарушениях.

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