

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-210/20

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Смарт Текнолоджис» 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»

18.03.2020

Москва

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

ведущего заседание комиссии — <...>

членов комиссии:

<...>

при участии представителей:

<...>

рассмотрев жалобу ООО «Смарт Текнолоджис» от 16.03.2020 № 141/И (вх. от 16.03.2020 № 46905-ЭП/20) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме № 943/ОАЭ-ТИ/20 на право заключения договора на поставку программно-аппаратных комплексов, серверного оборудования и выполнения работ по инсталляции (извещение № 32008938999), 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 «Смарт Текнолоджис» (далее – Заявитель) от 16.03.2020 № 141/И на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 943/ОАЭ-ТИ/20 на право заключения договора на поставку программно-аппаратных комплексов, серверного оборудования и выполнения работ по инсталляции (извещение № 32008938999) (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 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.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

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» 28.06.2018 (далее – Положение о закупке).

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 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.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки, протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1. извещение о проведении Аукциона, документация о проведении Аукциона (далее — Извещение, Документация) размещены в ЕИС – 28.02.2020;
2. начальная (максимальная) цена договора – 638 779 080 рублей;
3. дата окончания подачи заявок — 16.03.2020;
4. дата рассмотрения заявок – 24.03.2020;
5. дата проведения торгов и подведения итогов — 26.03.2020.

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

1. Заказчиком в Документации неправомерно установлено право

Заказчика запрашивать информацию и документы до заключения договора;

2. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении банковской гарантии из определенного списка банков;

3. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении информации о всей цепочке собственников, включая бенефициаров, до заключения договора;

4. Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлены технические характеристики оборудования по предмету Аукциона;

5. Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении в техническом предложении заявки на участие в закупке сведений о марке предлагаемого оборудования;

6. Заказчиком в Документации установлено неправомерное положение о необходимости предоставления Заказчику партномеров оборудования по предмету Аукциона.

Представители Заказчика с доводами Жалобы не согласились и сообщили, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документацией.

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, Заявителя, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено право Заказчика запрашивать информацию и документы до заключения договора.

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 33 Положения о закупке.

Пунктом 3.6.10 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов 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 извещении.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку

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 указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 33 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении банковской гарантии из определенного списка банков.

Согласно пункту 3.15.6 Документации при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных перечне банков, представленном на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.15.8 Документации.

Кроме того, пунктом 3.15.8 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее предложение о цене), единственный участник, допущенный к участию в аукционе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), согласовывает банковскую гарантию с заказчиком, направив проект банковской гарантии либо банковскую гарантию заказчику. Победитель, участник аукциона, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

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

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 33 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

3. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении информации о всей цепочке собственников, включая бенефициаров, до заключения договора.

Пунктом 3.16.1 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.

При этом 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 33 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации ненадлежащим образом установлены технические характеристики оборудования по предмету Аукциона, поскольку таким характеристикам не соответствует ни один производитель оборудования или в совокупности соответствуют продукции единственного производителя, а также, учитывая разъяснения Заказчика, вводят участников Аукциона в заблуждение.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке,

отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Таким образом, Заказчик формирует техническое задание Документации в соответствии с собственными потребностями, устанавливая функциональные и технические характеристики закупаемого товара.

В соответствии с пунктом 2 приложения 1.1 к Документации (далее — Технического задания) технические и функциональные характеристики оборудования по предмету Аукциона приведены в Приложении № 1 к Техническому заданию.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы и сообщил, что техническим характеристикам оборудования по предмету Аукциона, указанным в Техническом задании, соответствует продукция не менее 2 организаций (HPE и Atos).

Также представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России сообщил, что разъяснения от 13.03.2020, размещенные в ЕИС, дополняют сведения Технического задания, в том числе в части применения сетевых карт типа «мезанин», и не противоречат Документации.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представил доказательств, свидетельствующих, что Заказчиком ненадлежащим образом установлены технические характеристики оборудования по предмету Аукциона.

Учитывая изложенное, в отсутствие сведений подтверждающих, что Заказчиком ненадлежащим образом установлены технические характеристики оборудования по предмету Аукциона довода Жалобы, Комиссии ФАС России не представляется возможным прийти к выводу об обоснованности довода Жалобы.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

5. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении в техническом предложении заявки на участие в закупке сведений о марке предлагаемого оборудования.

Пунктом 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

В соответствии с пунктом 3.10.6 Документации установлено, что участник Аукциона в составе заявки должен предоставить техническое

предложение, содержащее сведения о наименовании страны происхождения поставляемого товара, по Форме технического предложения участника, представленной в приложении № 1.3 к Документации.

Согласно форме технического предложения технические и функциональные характеристики оборудования предоставляются участником Аукциона путем заполнения приложения № 1 к Техническому заданию.

При этом в столбце «наименование оборудования» приложения № 1 к Техническому заданию указано: «в том числе модель(при наличии)».

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика сообщил, что требование о предоставлении сведений о модели оборудования не является обязательным.

Вместе с тем, представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России не представил доказательств, свидетельствующих об обоснованности довода Жалобы, в связи с чем, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

6. Согласно доводу Жалобы Заказчиком в Документации установлено неправомерное положение о необходимости предоставления Заказчику партномеров оборудования по предмету Аукциона.

Пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

В соответствии с пунктом 4 технического задания Документации установлено, что информация о партномерах оборудования (Part number производителя (P/N)) предоставляется поставщиком, с которым заключается договор по результатам закупки, в составе подписанного проекта договора в таблице «Развернутая спецификация Оборудования» приложения № 1 к договору, в течение 5 (пяти) календарных дней с даты получения проекта договора от Заказчика, и является существенным условием договора.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что требование о предоставлении сведений о партномерах оборудования установлено в целях проверки соответствия технических характеристик заявленного и поставляемого победителем Конкурса оборудования, при этом такое требование применяется Заказчиком на стадии заключения договора, а именно: в момент направления победителем Конкурса подписанного со своей стороны проекта договора.

В соответствии со статьей 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 (паспорт, сертификат качества, инструкцию по эксплуатации 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 сопроводительные документы, такие как: паспорт, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее.

Учитывая изложенное, требование о представлении победителем Конкурса сведений о партномерах оборудования на стадии заключения договора, а именно: на стадии когда договор еще не подписан Заказчиком, обременяет победителя, как участника закупки, заблаговременно произвести/приобрести продукцию по предмету Аукциона. Также, учитывая положение Документации о направлении вышеуказанных сведений об оборудовании в течении 5 дней с момента получения победителем проекта договора, а также отсутствие обязанности производителя/дилера отвечать на запросы о предоставлении информации об оборудовании в указанный срок, возможность заключения договора всецело зависит от волеизъявления такого производителя/дилера, а также влечет нестрахуемые риски для победителя Аукциона.

На основании изложенного, положения Документации о необходимости предоставления победителем Аукциона сведений о партномерах оборудования на стадии заключения договора, а именно: на стадии когда договор еще не подписан Заказчиком, ограничивает победителя закупки в надлежащем подписании договора, по результатам Аукциона, следовательно, не может являться требованием связанным с определением соответствия поставляемого товара, что свидетельствует о нарушении Заказчиком пункта 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.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято 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 «Смарт Текнолоджис» (ИНН: 7715934509, ОГРН: 1127746712752) от 16.03.2020 № 141/И на действия (бездействие)

заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого аукциона в электронной форме № 943/ОАЭ-ТИ/20 на право заключения договора на поставку программно-аппаратных комплексов, серверного оборудования и выполнения работ по инсталляции (извещение № 32008938999) обоснованной в части следующих доводов Жалобы:

- Заказчиком в Документации неправомерно установлено право Заказчика запрашивать информацию и документы до заключения договора;
- Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении банковской гарантии из определенного списка банков;
- Заказчиком в Документации неправомерно установлено требование о предоставлении информации о всей цепочке собственников, включая бенефициаров, до заключения договора;
- Заказчиком в проекте договора Документации установлены неправомерные положение о необходимости предоставления Заказчику партномеров оборудования по предмету Аукциона.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, пункт 1 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», ООО «РТС-тендер» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 18.03.2020 № 223ФЗ-210/20.

4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 18.03.2020 № 223ФЗ-210/20 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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