

по результатам рассмотрения жалобы ООО «Корунд» 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»

21.07.2017 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе <...> (далее – Комиссия ФАС России),

при участии представителей:

ОАО «РЖД»: <...> - доверенность от 31.08.2016 № 1900436,

ООО «Корунд» - <...> - доверенность от 11.04.2017 б/д,

рассмотрев жалобу ООО «Корунд» от 13.07.2017 № 3533 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукцион в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5296/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки слесарно-монтажного инструмента и принадлежностей для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705143528) 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 «Корунд» (далее - Заявитель) от 13.07.2017 № 3533 (вх. 106813-ЭП/17 от 13.07.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого аукцион в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5296/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки слесарно-монтажного инструмента и принадлежностей для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705143528) (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.

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 о закупке, документация о закупке, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, изменения, вносимые в такое извещение и такую документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые в ходе закупки, а также иная информация, размещение которой в ЕИС предусмотрено Законом о закупках, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

23.05.2017 в ЕИС размещено извещение и документация о проведении Аукциона (далее – Извещение, Документация).

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе Заявителю в допуске на участие в Аукционе.

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.

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. 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 части 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Согласно протоколу рассмотрения аукционных заявок от 10.07.2017 № 5296/ОАЭ-РЖДС/17/1 Заявителю отказано в допуске на участие в Аукциона на основании пункта 6.5.3.2 Документации в связи с несоответствием заявки требованиям технического задания пункта 3.2 Документации, а именно в связи с

несоответствием технических характеристик, предложенной Заявителем эквивалентной продукции:

- по позиции № 1175 «головка торцевая шестигранная с размерами S=17, L=38» предложен эквивалент «головка торцевая шестигранная — артикул 121-18-1 IRIMO» с большим размером шестигранной головки — 18 мм;
- по позиции № 1106 «ключ гаечный с открытым зевом, двусторонний с медным покрытием 12х13» предложен эквивалент «ключ гаечный с открытым зевом двусторонний с медным покрытием А10-12х13-АL» отсутствующий в каталоге производителя;
- по позиции № 1016 «ключ трубный рычажный с медным покрытием ВБ № 2» предложен эквивалент «ключ разводной искробезопасный ИСКР.NET А01-24х200 AL», при этом согласно каталогу производителя, указанный ключ отличается по своему назначению.

Пунктом 3.2 Документации установлено, что в аукционной заявке участника Аукциона должны быть изложены условия, соответствующие требованиям технического задания. Участником Аукциона может быть предложена продукция иных марок (эквивалент), полностью соответствующая требованиям, изложенным в настоящем техническом задании и приложении № 12 к Документации. В таком случае в техническом предложении в колонке «Наименование продукции» вместе с наименованием конкретной позиции в скобках указать слово «Эквивалент». 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, чтобы Заказчик был готов заменить их в процессе потребления, в том числе производственного.

На заседании Комиссии ФАС России, представитель Заказчика представил материалы, заявку Заявителя и сообщил что предложенная Заявителем продукция не соответствует требованиям Документации, например продукция по позиции № 1175 не соответствует требованиям Документации, поскольку технические характеристики предлагаемой продукции, указанные в графе «Сорт, размер» не соответствуют значениям указанным в наименовании продукции. Также по позиции.

Вместе с тем, на заседании Комиссии ФАС России представитель Заявителя представил письмо от 15.05.2017 б/н от официального поставщика продукции изготовителя Irimo и сообщил, что производителем проведена унификация артикулов продукции и присвоен единый артикул 121-18-1. При этом конкретные технические характеристики продукции согласовываются сторонами при согласовании заказа на продукцию.

Кроме того, на заседании Комиссии ФАС России представителем Заявителя представлен каталог производителя в котором присутствует «ключ гаечный с открытым зевом двусторонний с медным покрытием А10-12х13-АL».

Также представителем Заявителя представлено графическое изображение продукции по позиции №1016, подтверждающее соответствие функционального назначения продукции требованиям Документации.

Вместе с тем, представителем Заказчика на заседании Комиссии ФАС России не представлено доказательств, однозначно свидетельствующих о несоответствии предлагаемой продукции требованиям технического задания Документации.

Таким образом, действия Заказчика, отклонившего заявку Заявителя по неподтвержденным основаниям, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 6 статьи 3 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Кроме того, в рамках рассмотрения Жалобы Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

- -
 - Пунктом 1.5 Документации установлено, что при проведении Аукциона применяются антидемпинговые меры, перечисленные в пункте 6.9.2.1 и подпункте а) пункта 6.9.2.2 Документации, в порядке, установленном в указанном пункте. При этом участник Аукциона должен представить документы, указанные в пункте 6.9.2.1 и подпункте а) пункта 6.9.2.2 Документации.

Согласно пункту 6.9.2.2 Документации участник при представлении предложения с демпинговой ценой обязан представить в составе аукционной заявки обоснование предлагаемой цены договора (цены лота), которое может включать один или несколько документов, заверенных подписью и печатью (при ее наличии) участника, в том числе гарантийное письмо производителя с указанием цены и количества поставляемого товара.

В случае невыполнения участником Аукциона требования о представлении документов или признания заказчиком предложенной цены договора (цены лота) необоснованной, участник признается уклонившимся от заключения договора.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что возможность участия в Аукционе и снижение цены договора ставится в зависимость от волеизъявления третьих лиц.

- - Пунктом 2.1 Документации установлено, что участник Аукциона должен иметь опыт осуществления поставок слесарно-монтажного инструмента и принадлежностей, стоимость которых составляет не менее 20% (процентов) начальной (максимальной) цены договора (цены лота) без учета НДС, установленной в пункте 3.1 Документации.

В подтверждение опыта поставки товаров участник в составе заявки представляет:

- документ по форме приложения № 7 к Документации о наличии опыта, указанного в пункте 2.1 Документации;

- накладные о поставке товаров или копии актов сверок взаиморасчетов;
- 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.).

Вместе с тем, 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.

Кроме того, поставщик может не являться производителем товара, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Таким образом, учитывая природу договора поставки, отсутствие у данного поставщика фактов поставки товаров по предмету закупки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона.

2.2 Пунктом 6.5.8 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов Аукциона в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с аукционной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в Документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение аукционных заявок участников.

В соответствии с пунктом 6.5.10 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 проверки, его заявка может быть отклонена.

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

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 Аукциона 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 Аукциона. При этом,

законодательством не установлена обязанность участника Аукциона 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, 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 пункту 8.1.8 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник Аукциона должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в приложении № 3 Документации.

При этом приложением № 3 Документации установлен перечень из 10 банков, банковские гарантии которых принимаются Заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

Кроме того, пунктом 8.1.9 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), 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 Аукциона.

- - Пунктом 8.2.1 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.

Вместе с тем, представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров 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 указанные положения Документации, 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.

- -
 - В соответствии с протоколом рассмотрения аукционных заявок от 10.07.2017 № 5296/ОАЭ-РЖДС/17/1 участнику Аукциона ООО «СпецТрансРезерв» отказано в допуске на участие в Аукционе на основании пункта 6.5.3.4 Документации в связи с непредставлением документов предусмотренных пунктом 3.2 Документации.

Согласно пункту 3.2 Документации участник должен представить гарантийное письмо в свободной форме о том, что участник либо является производителем, либо о наличии у участника дилерских отношений с производителями, либо договоров с дилерами/поставщиками, либо о намерении заключить такие договоры, с указанием наименований организаций, либо сообщить наименования организаций, у которых будет приобретен товар.

Пунктом 6.5.3.4 Документации установлено, что участник Аукционе не допускается к участию в Аукционе в случае несоответствия аукционной заявки требованиям Документации, в том числе если аукционная заявка не соответствует форме, установленной Документацией, не содержит документов, иной информации согласно требованиям Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил заявку ООО «СпецТрансРезерв» и сообщил, что указанным участником в составе заявки на участие в Аукционе, в подтверждение соответствия требованию пункта 3.2 Документации, представлено гарантийное письмо о наличии дилерских/партнерских/договорных отношений с производителями и поставщиками шлифовального инструмента, что не соответствует предмету закупки и требованиям Документации.

Пунктом 6.5.9 Документации установлено, что Заказчик вправе до даты проведения аукциона в письменной форме запросить у государственных и иных учреждений, юридических и физических лиц информацию и документы, необходимые для подтверждения достоверности сведений, представленных в составе заявки, а также для подтверждения соответствия участника, предлагаемых им товаров, работ, услуг, требованиям Документации.

Вместе с тем, участник может не являться производителем товара или может или не иметь дилерские отношения с производителем или договоров с дилерами/поставщиками продукции по предмету Аукциона, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки. Также учитывая положения пункта 6.5.9 Документации и положения Документации об отклонении заявки участника закупки в случае представления недостоверных сведений, требование о предоставлении гарантийного письма с наименованием организации, у которой будет приобретен товар либо о намерении заключить договор, ограничивает количество участников закупки, не обладающих информацией о производителе товара.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что Заказчиком неправомерно установлено требование пункта 3.2 Документации о представлении

в составе заявки гарантийного письма о наличии отношений с производителем/дилером/поставщиком, в связи с чем, решение об отказе в допуске Заявителю к участию в Аукционе на основании несоответствия представленного участником вышеуказанного гарантийного письма, требованиям Документации неправомерно.

Указанные действия Заказчика нарушают часть 1 статьи 2, часть 6 статьи 3 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

5. Пунктом 296 Положения о закупке установлено, что договор по результатам закупки заключается на условиях, указанных в Документации и в конкурсной заявке победителя или участника, с которым заключается договор.

Согласно пункту 394 Положения о закупке Заказчик по согласованию с контрагентом при заключении договора и/или в ходе исполнения договора вправе изменить количество всех предусмотренных договором товаров, объем предусмотренных работ, услуг при изменении потребности в товарах, работах, услугах, на поставку, выполнение, оказание которых заключен договор в пределах 30% от начальной (максимальной) цены лота, если иное не предусмотрено в документации о закупке, а также при выявлении потребности в дополнительном объеме работ, услуг, товаров, не предусмотренных договором, но связанных с такими работами, услугами, товарами, предусмотренными договором.

При поставке дополнительного количества таких товаров, выполнении дополнительного объема таких работ, оказании дополнительного объема таких услуг заказчик по согласованию с контрагентом вправе изменить первоначальную цену договора пропорционально количеству таких товаров, объему таких работ, услуг, а при внесении соответствующих изменений в договор в связи с сокращением потребности в поставке таких товаров, выполнении таких работ, оказании таких услуг заказчик в обязательном порядке меняет цену договора указанным образом.

Таким образом, Положение о закупке содержит положения исключительно о возможности изменения цены договора, заключаемого по результатам закупки.

Кроме того, пунктом 8.3.6 Документации установлено, что участник Аукциона, с которым заключается договор, обязан заключить договор на условиях Документации, аукционной заявки. Договор заключается по цене, предложенной победителем аукциона при проведении аукциона без учета НДС, с учетом применяемой им системы налогообложения.

По согласованию сторон договор может быть заключен с победителем, участником, с которым заключается договор, по цене ниже, чем указана в его заявке без изменения остальных условий договора.

Вместе с тем, пунктом 3.1 Документации установлено положение об индексации стоимости единицы продукции, а именно установлено, что индексация цены на товар в части материальных затрат может осуществляться ежеквартально, начиная с квартала, следующего за кварталом, в котором был заключен договор, на основании предоставленных поставщиком покупателю калькуляций

действующей цены с полными постатейными расшифровками по каждому виду товара и калькуляции с полными постатейными расшифровками по каждому виду товара с учетом изменения материальных затрат.

Индексированная цена применяется к товару, который должен отгружаться в соответствии с условиями договора после даты индексации. Товар, указанный покупателем в разнарядке, подлежащий поставке в период действия прежней цены, но не отгруженный поставщиком до даты индексации цены, поставляется по цене, действовавшей до даты ее индексации.

Для определения структуры цены на товар поставщик предоставляет покупателю в течение месяца с даты заключения договора калькуляцию действующей цены с полной постатейной расшифровкой по каждому виду товара с приложением копии формы 5 бухгалтерского баланса, заверенной подписью единоличного исполнительного органа и главного бухгалтера и печатью поставщика. Покупатель, вправе запросить у поставщика иные документы, обосновывающие структуру цены на товар.

При первой индексации ценой в предыдущем периоде является базовая цена на товар. Цена текущего периода определяется в соответствии с приведенной формулой и фиксируется сторонами в дополнительных соглашениях к настоящему договору согласно пункту 2.1. проекта договора Документации.

Аналогичные положения установлены в пунктах 2.1, 2.2 Документации.

Таким образом, в Документации и проекте договора Документации установлена возможность поставщика по согласованию с Заказчиком увеличивать стоимость единицы продукции, путем индексации стоимости единицы продукции.

Также на заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика сообщил, что при исполнении обязательств по договору изменению подлежит цена единицы продукции с учетом изменений материальных затрат на производство продукции, поставляемой по результатам Аукциона.

Вместе с тем, Аукцион проводится путем снижения начальной (максимальной) цены договора (цены лота) за весь объем закупаемых товаров, работ, услуг без учета НДС.

Кроме того, пунктом 6.6.13 Документации установлено, что победителем Аукциона признается участник, предложивший наиболее низкую цену договора (цену лота), или, если при проведении Аукциона цена договора (цена лота) снижена до нуля и аукцион проводится на право заключить договор, наиболее высокую цену договора (цену лота).

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу о неправомерности установления положений Документации о возможности проведения индексации стоимости единицы продукции после подписания договора по результатам закупки, поскольку указанные положения противоречат требованиям Положения о закупке, а именно возможности изменения стоимости единицы продукции.

Учитывая изложенное, действия Заказчика, выразившиеся в противоречии требованиям Положения о закупке, нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

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

Р Е Ш И Л А:

1. Признать жалобу ООО «Корунд» от 13.07.2017 № 3533 (вх. 106813-ЭП/17 от 13.07.2017) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого аукциона в электронной форме среди субъектов малого и среднего предпринимательства № 5296/ОАЭ-РЖДС/17 на право заключения договора поставки слесарно-монтажного инструмента и принадлежностей для нужд ОАО «РЖД» (извещение № 31705143528) обоснованной.

- - - Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, часть 6 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
 - Выдать обязательное для исполнения предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, с учетом принятого решения от 21.07.2017 № 223ФЗ-724/17.
 - Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 21.07.2017 № 223ФЗ-724/17 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

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