

Какие требования корпоративных заказчиков к участникам создают неравные и дискриминационные условия



О.Н. Толстобок,
канд. тех. наук, эксперт
по комплексному контролю
государственных и общественных
закупок, аккредитованный
при Минюсте России

- Закон не ставит жестких рамок в плане конкретных требований к участникам закупки. Заказчик сам решает, какой перечень документов, подтверждающих соответствие этим требованиям, у них запросить. Однако такая свобода действий приводит к ограничению конкуренции. А этого закон не позволяет. В статье приведены свежие примеры дискриминационных требований к участникам закупки.

В документации о закупке заказчик указывает требования к участникам и перечень документов для подтверждения соответствия этим требованиям (п. 9 ч. 10 ст. 4 Закона № 223-ФЗ). Требования заказчики определяют в своем положении о закупке.

Рассмотрим с учетом практики контроля ФАС России 2016 г. требования к участникам, которые носят дискриминационный и несправедливый характер. Это идет в противоречие с принципом равноправия и необоснованного ограничения конкуренции, который декларирует Закон № 223-ФЗ.

Все нарушители в статье – крупные корпоративные закупщики.

Рассмотрим случаи, когда заказчики требовали от участников:

- подтверждения, что у участника не было негативного опыта работы с заказчиком;
- положительных результатов производственных испытаний конкретного юридического лица;
- готовые образцы закупаемой продукции в составе заявки;
- документ, подтверждающий статус производителя, дилера;
- банковскую гарантию, выданную «приемлемым» для заказчика банком.

Что касается ответственности за создание неравных условий для участников, то на текущий момент вопрос о возбуждении дел об административных правонарушениях находится лишь на стадии рассмотрения.

Отсутствие негативного опыта работы с заказчиком

Заказчики хотят, чтобы у участников не было негативного опыта работы с заказчиком – организатором закупки.

Пример

Компания «Российские железные дороги», проводя запрос котировок на приобретение оргтехники, установила **дополнительные требования об отсутствии негативного опыта работы с заказчиком** (решение по делу № 223ФЗ-17/16 от 22.01.2016). Заказчик хотел, чтобы участники этой закупочной процедуры по отношению к ОАО «РЖД»:

- не имели просроченную задолженность за 3 года, предшествующие дате размещения извещения о проведении конкурса и конкурсной документации;
- не имели неисполненных обязательств;
- не причиняли вреда имуществу этой компании.

Отсутствие негативного опыта работы с заказчиком – самое распространенное неправомерное требование к участникам

В другом случае (решение ФАС № 223ФЗ-286/16 от 22.06.2016) требования к участникам закупки об отсутствии негативного опыта работы с заказчиком установила акционерная компания «Транснефть». Они были обязательными и касались выполнения работ или оказания услуг, связанных с участием этой организации в международных выставках и конференциях.

В частности, в документации закрытого запроса предложений было отмечено, что конкурсная комиссия **вправе не допустить к участию в нем заявку участника**, если у него есть:

- вступившие в законную силу неисполненные судебные решения об удовлетворении исковых требований, по которым этот участник выступал ответчиком перед ОАО «АК «Транснефть» либо организациями системы «Транснефть» (далее – ОСТ);
- неисполненные просроченные более 3 месяцев обязательства перед этой компанией, в частности которые появились в период проведения закупки и подтверждены документами (решениями судов и претензиями);
- договоры, расторгнутые в одностороннем порядке по инициативе «Транснефти» или ОСТ (или) расторгнутые аналогичным образом в судебном порядке в связи с тем, что участник закупки не исполнил или ненадлежащим образом исполнил обязательства по договору;
- не предусмотренный договором письменный отказ, который не связан с нарушением обязательств заказчика, со стороны участника закупки от исполнения обязательств по договору, заключенному с ОАО «АК «Транснефть» или ОСТ.

Заказчики, не допуская участников несоответствующих требованиям об отсутствии негативного опыта, ограничивает круг участников закупки, что противоречит положению о закупке и Закону № 223-ФЗ.

Наличие положительных результатов испытаний

Другой выявленный тип необоснованных требований по Закону № 223-ФЗ – когда заказчики хотят, чтобы у участников закупки были положительные результаты производственных испытаний **конкретного юрлица**.

Пример этого можно найти в решении ФАС России по делу № 223ФЗ-5/16 от 13.01.2016, где фигурировала компания «Роснефть», которая закупала зимнюю и летнюю спецодежду для своих дочерних обществ.

Пример

В качестве дополнительных требований к продукции и подтверждающим документам, входящим в техническую часть заявки, Роснефть затребовала заверенные копии сертификатов соответствия и деклараций соответствия техническим регламентам и условиям. Кроме того, заказчик запросил положительные результаты производственных испытаний в дочернем обществе ОАО «НК «Роснефть»». Так, для подтверждения соответствия спецодежды участника закупки обязывали представить копии актов о положительном прохождении испытаний спецодежды производителя в корпоративном стиле в этой компании.

ФАС установила, что требование о наличии положительных результатов производственных испытаний в ДО ОАО «НК «Роснефть»» на этапе подготовки и подачи заявки ограничивает круг участников запроса предложений. Соответствие этим требованиям зависит от волеизъявления заказчика. Это противоречит положению о закупке и Закону № 223-ФЗ.

Предоставлять образцы закупаемой продукции в составе заявки

Еще один вид дискриминационных требований – когда заказчики требуют от участников закупки предоставлять образцы закупаемой продукции в составе заявки.

ПАО «Сбербанк» выбирало организацию на производство и поставку значков для нужд (решение ФАС России по делу № 223ФЗ-33/16 от 02.02.2016). В закупочной документации кредитное учреждение установило дополнительное требование предоставить в составе конкурсной заявки образцы закупаемой продукции

в размере 5 экземпляров. Согласно положению о закупке для участия в конкурсе участник должен подготовить эскизы, рисунки, чертежи, фотографии, каталоги, образцы, опытные экземпляры, макеты закупаемой продукции, если такое требование устанавливает документация.

Однако документация ПАО «Сбербанк» устанавливает дополнительное требование для допуска участника к закупочной процедуре предоставить значок на магните – один образец в 5 экземплярах, изготовленных в стопроцентном соответствии с техзаданием и эталоном. Кроме того, от участника требовалось доказательство, что у него есть опыт производства и поставки продукции (в т. ч. собственного изготовления) за 2013–2015 гг. – не менее двух поставок продукции, аналогичной предмету конкурса (значок с заливкой полимерной смолой на магните, тираж не менее 10 тыс. шт.).

ФАС России установила, что дополнительные требования опыта и предоставления эталонных образцов при подаче заявки ограничивают круг участников закупочной документации.

Требовать в рамках контракта опытные образцы для согласования – разумно, можно и нужно. Никто из заказчиков не захочет получить бракованную партию сувениров. Или значки с кривым названием своей компании.

Требовать эталонные образцы уже на этапе подачи заявок – ограничение конкуренции.

Пример

Участник должен был предоставить в рамках конкурса образцы форменной одежды по всем позициям, указанным в приложении к документации (решении ФАС России по делу № 223ФЗ-43/16 от 04.02.2016). При этом приложение устанавливало 93 вида наименования продукции, подлежащей поставке.

ФАС России расценило, что требование документации о необходимости предоставления образцов форменной одежды ограничивает круг участников закупочной документации. Установленные требования противоречат положению о закупке и нарушают Закон № 223-ФЗ.

Представить документ, подтверждающий статус производителя или дилера

Иногда заказчики неправомерно требуют от участников представить документ, который подтверждает статус производителя, дилера, вендора.

Так, в решении ФАС России по делу № 223ФЗ-36/16 от 10.02.2016 в аукционной документации на поставку оборудования фигурировало, что участник должен быть производителем указанных товаров либо обладать правом их поставки, предоставленным производителем. В подтверждение того, что участник именно такой и есть, заказчик обязал его в составе заявки представить хотя бы один из этих трех документов:

- документ, подтверждающий, что участник – производитель товаров;
- информационное письмо, иной документ, выданный производителем, и (или) дилерский договор с производителем товаров с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку товаров;
- договор с дилером (поставщиком) или иной документ, который он выдал участнику с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, и (или) информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру.

С позиции ФАС требовать документ, подтверждающий статус производителя, дилера, ограничивает количество потенциальных участников аукциона, и зависит от волеизъявления третьих лиц.

Получить банковскую гарантию в банке из списка «приемлемых»

Наконец, бывают ситуации, когда от участников требуют представить банковскую гарантию из «своего» списка банков, устраивающих заказчика.

Пример

При проведении открытого запроса предложений в электронной форме на поставку оборудования для нужд ООО «Газпром комплектация» (электрооборудование, оборудование связи, контрольно-измерительные приборы, кабельная продукция).

Заказчик установил требование предоставить обеспечение исполнения условий договора, притом что банковскую гарантию должен выдать приемлемый для него банк.

Перечень приемлемых банков (в количестве 23 банков) заказчик привел в документации.

Антимонопольная служба посчитала требования неправомерными. Как следует из решения ФАС России по делу № 223ФЗ-366/15 от 23.11.2015, такие требования противоречат положению о закупке и нарушают Закон № 223-ФЗ.

Самостоятельно устанавливая требования к участникам закупок, заказчик должен руководствоваться не только требованиями положения о закупке, но и нормами п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ. А это принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупок.