

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-19576/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

17.11.2020 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России (далее - Управление) по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия),

при участии посредством видеоконференцсвязи представителя АО «НТЦ ФСК ЕЭС»,

в отсутствие представителей ООО «Волгоградспецмонтаж» (уведомлено письмом Московского УФАС России от 11.11.2020 № ЕО/63417/20),

рассмотрев жалобу ООО «Волгоградспецмонтаж» (далее также — Заявитель) на действия АО «НТЦ ФСК ЕЭС» (далее также - Заказчик) при проведении запроса предложений в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по строительству ВОЛС ПС 500 кВ Фроловская-ПС 220 кВ Таловка (реестровый № 32009550660, далее - Закупка) в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

Жалоба рассмотрена по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Законом о закупках определены принципы, которым должны соответствовать действия заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принципы: информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В жалобе Заявитель указывает на неправомерность действий Заказчика по отклонению его заявки от участия в Закупке по пяти основаниям: в связи с отсутствием обязательного опыта участника оказания аналогичных услуг, формы Плана привлечения субподрядчиков (соисполнителей) из числа субъектов малого и среднего предпринимательства, несоответствие условий оплаты проекта договора для субъектов малого и среднего предпринимательства в заявке, отсутствия форм 4.1 и 4.2, а также отсутствие описания в Техническом предложении участника.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения. Заказчик также представил сведения о том, что договор по результатам Закупки

заключен 09.11.2020, сведения о его заключении размещены в ЕИС. Кроме того, Заказчик также указывает, что Заявитель оспаривает не все основания отклонения, по которым заявка Заявителя отклонена.

Комиссия, рассмотрев жалобу Заявителя приняла решение о признании ее обоснованной в части первого и второго довода жалобы. В остальной части жалоба признана необоснованной.

В отношении первого довода жалобы Комиссия отмечает, что она вынуждена руководствоваться позицией ФАС России относительно обязательных требований к участникам, которые не должны препятствовать подаче заявки на участие в Закупке.

Комиссия, руководствуясь позицией ФАС России, отмечает, что данное требование идет вразрез с судебной практикой, установленной в отношении реализации принципов осуществления закупочной деятельности, указанных в п. 6 обзора судебной практики практики от 16.05.2018 по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации (далее - Обзор).

Установленные Заказчиком требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам работ на основании п. 1 ч. 10 ст. 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень оказывающего такие работы и приводят к необоснованному ограничению конкуренции.

Кроме того, предъявление к участникам такого требования само по себе не может гарантировать надлежащего исполнения обязательства по оказанию услуг. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к участнику иных квалификационных требований.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае могли привести к ограничению круга потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог на заседании Комиссии представить объективных доказательств необходимости установления указанного требования.

Кроме того, Комиссия учитывает, что критерием допуска фактически является опыт исполнения контракта (договора) по строительству ВОЛС на электросетевых объектах капитального строительства 110 кВ и выше, при этом опыт исполнения и работы с иным оборудованием, по мнению Заказчика, не является надлежащим подтверждением добросовестности и квалификации участника, а Заказчик, исходя из представленных в материалы дела доказательств, не доказал специфичность такого опыта.

Учитывая неспецифичность таких работ, Комиссия делает вывод о намеренном сужении круга потенциальных участников Закупки путем установления вышеуказанного критерия допуска заявок участников.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае сузили круг потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог пояснить цель сужения необходимого опыта по предмету Закупки.

Комиссия отмечает, что предоставленное законом Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить Заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время, такое право Заказчика не является безусловным и безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки.

Требование Заказчика о наличии у участника Закупки опыта аналогичному предмету Закупки не менее 95 % от НМЦ существенным образом ограничивает возможность участия в рассматриваемой закупке именно среди субъектов малого и среднего предпринимательства, поскольку исключает возможность участия в Закупке лиц, не отвечающим таким требованиям. Учитывая размер начальной максимальной цены (55 568 000,00 рублей), указанное требование в принципе не допускает возможность участия в Закупке субъектов малого и среднего предпринимательства, не обладающих опытом выполнения таких работ менее 52 миллионов 789 тысяч рублей.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены без соблюдения баланса частных интересов Заказчика и публичных интересов, расширения количества участников торгов, предотвращения различных злоупотреблений и недопущения ограничения конкуренции на торгах, что установлено не только законодательством о защите конкуренции, но и Законом о закупках. Рассматривая установленные в Документации требования, признать их соответствующими указанным принципам закупочной деятельности не представляется возможным.

В настоящем случае Заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование как критерий допуска до участия в Закупке.

Комиссия отмечает, что наличие у участников Закупки опыта выполнения договоров (ресурсов) не может являться критерием допуска к участию в закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

В целях защиты Заказчика от лица, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, законодателем введен институт публично-правовой ответственности в виде включения сведений о таких лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с ч. 2 ст. 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

Установление оспариваемых требований к участникам в качестве именно допуска к дальнейшему участию в процедуре влечет за собой нарушение принципа равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участнику закупочной процедуры не означает, что реализация данного права может осуществляться произвольно. Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

В пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного 16.05.2018 Президиумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснено, что уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

В свою очередь, обоснованность спорных требований в Документации должно быть доказано со стороны Заказчика, как равно и невозможность проведения Закупки без предъявления соответствующего требования непосредственно к участнику закупки. Также Комиссия принимает во внимание, что Заказчик, выбирая форму проведения закупки посредством проведения аукциона, не лишен был возможности прибегнуть к иной форме конкурентной процедуры (например, конкурс, запрос предложений), в рамках которых можно было установить соответствующее требование в качестве критерия оценки заявки участника закупки, что позволило бы обеспечить права большего количества субъектов малого и среднего предпринимательства при участии в закупке.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 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.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у Заказчика объективной необходимости в установлении таких требований последним не представлено.

Вместе с тем, оценивая спорное требование, следует признать, что критериям объективности и нормативности оно не соответствует. При этом сам по себе предмет Закупки не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов. На основании изложенного, Комиссия соглашается с доводами Заявителя о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

В отношении второго довода жалобы Комиссия отмечает следующее.

В соответствии с требованиями п. 1.1-р) Приложения № 2 к части II «ИНФОРМАЦИОННАЯ КАРТА ЗАКУПКИ» участник должен предоставить заполненную форму Плана привлечения субподрядчиков (соисполнителей) из числа субъектов малого и среднего предпринимательства (часть III «ОБРАЗЦЫ ФОРМ ДЛЯ ЗАПОЛНЕНИЯ УЧАСТНИКАМИ ЗАКУПКИ», форма 14).

Вместе с тем, учитывая, что из заявки Заявителя следовало, что Заявитель является субъектом малого и среднего предпринимательства (Заказчик в ходе заседания данный факт не оспаривал), Комиссия считает бесцельным включение плана привлечения субподрядчиков из числа субъектов малого и среднего предпринимательства при подаче заявки участником, самостоятельно включенным в реестр малого и среднего предпринимательства, в связи с чем данный довод также признается обоснованным, Комиссия соглашается с доводами Заявителя о наличии в действиях Заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

В отношении третьего, четвертого и пятого доводов жалобы Комиссия отмечает следующее.

Пунктом 5.1. проекта договора - часть IV Закупочной документации установлено, что «5.1. Текущие платежи осуществляются Заказчиком на основании выставленного Подрядчиком счета на оплату строительно-монтажных работ (с учетом стоимости материалов) – в течение 30 (тридцати) календарных дней* со дня подписания соответствующего «Акта о приемке выполненных работ» в размере, определенном в соответствии с пп. 4.4-4.9 Договора и указанным в соответствующем «Акте о приемке выполненных работ» за вычетом суммы, указанной в п.5.3. Договора.

Заказчик производит оплату за фактически выполненные строительно-монтажные работы при условии предъявления Подрядчиком копий надлежащим образом оформленной исполнительной документации на объемы работ, указанные в «Актах о приемке выполненных работ», а также финансового обеспечения в соответствии со ст. 18 Договора.

*В случае если договор заключается с субъектом малого и среднего предпринимательства по итогам закупки, участниками которой являлись любые лица, указанные в части 5 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», в том числе субъекты малого и среднего предпринимательства, максимальный срок оплаты должен составлять не более 15 (пятнадцати) рабочих дней в соответствии с требованиями п.14 (3) Положения об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, годовом объеме таких закупок и порядке расчета указанного объема, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 № 1352. В этом случае слова «30 (тридцати) календарных дней» следует заменить на «15 (пятнадцати) рабочих дней».

Поскольку участник относится к субъектам малого и среднего предпринимательства, то он должен был руководствоваться при подготовке форм 5, 5.1 условиями оплаты, установленными для данных субъектов (15 рабочих дней). В своей форме участник предлагает срок оплаты, равный 15 календарным дням, что не соответствует условиям оплаты проекта договора для субъектов малого и среднего предпринимательства, в связи с чем отклонение по данному основанию

Комиссия считает обоснованным.

Кроме того, Формами 4.1 – Спецификация оборудования и 4.2 – Спецификация материалов входят в состав Формы 4 – Сводная таблица стоимости части III «ОБРАЗЦЫ ФОРМ ДЛЯ ЗАПОЛНЕНИЯ УЧАСТНИКАМИ ЗАКУПКИ» Закупочной документации и подлежат заполнению и предоставлению вне зависимости от наличия/отсутствия оборудования и/или материалов в объема закупочной процедуры.

Пункт 6.8 Технического задания предусматривает поставку материалов. Следовательно, отсутствие данных форм не позволяет оценить предложение участника в части соответствия его заявки объему необходимых к поставке материалов и оборудования, указанных в п. 6.8 Технического задания, в связи с чем отклонение по данному основанию Комиссия считает обоснованным.

Согласно п. 5 Инструкций к форме 2 – «Техническое предложение Участника закупки должно включать: описание всех предлагаемых технических решений и характеристик систем с необходимыми чертежами».

Техническое предложение участника не соответствует п. 5 инструкции по заполнению формы 2 – не приводится информация в объеме, достаточном для анализа выполнения всех требований технического задания, не представлено описание предлагаемых технических решений и характеристик систем.

Комиссия также отмечает, что в случае несогласия с данным требованиям, участник должен представить хотя бы условную схему, а не игнорировать указанное требование в Документации.

Закупочной документацией предполагается, что участник закупки изучит все инструкции, формы, условия, технические условия и другую информацию, содержащуюся в документации о закупке, а также разъяснения извещения о закупке и/или документации о закупке в случае их наличия. В соответствии с п.3.1.1. Закупочной документации неполное представление информации, запрашиваемой в документации о закупке, или же подача заявки, не отвечающей требованиям документации о закупке, является основанием для признания заявки не соответствующей требованиям документации о закупке и отклонения участника от участия в закупке.

В силу ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) участники гражданского оборота должны действовать добросовестно.

В соответствии с п. 6 «Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках» принцип равноправия, в силу п. 2 ч. 1 ст. 3 указанного закона, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Согласно ранее упомянутому п. 6 Обзора судебной практики Закон о закупках не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. Иное противоречило бы принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика,

закрепленному п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках и предполагающему наличие у заказчика права на установление в закупочной документации способствующих тому требований к участникам закупки.

Комиссия, рассматривая жалобу Заявителя, исходит из необходимости оценки действий Заказчика на момент принятия соответствующего решения об отклонении заявки Заявителя от участия в Закупке. В настоящем случае, Заказчик отклонил заявку Общества ввиду ее несоответствия требованиям Документации. В связи с чем, оценивая действия Заказчика на предмет соблюдения требований Закона о закупках, а также требований Документации, Комиссия не находит оснований для выводов о наличии в действиях Заказчика нарушений по отклонению заявки Заявителя от участия в Закупке в части 3, 4, 5 доводов жалобы.

В связи с чем Комиссия признает названные доводы Заявителя необоснованными. Кроме того, Комиссия дополнительно учитывает, что Заявитель в жалобе не указал, что одной из причин отклонения явилось наличие задолженности по налогам и сборам.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, Заявителем такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях Заказчика нарушений действующего законодательства, помимо субъективной оценки таких действий, не представлено.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Комиссия, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Волгоградспецмонтаж» (ИНН:3430009089, ОГРН:1083458000230) на действия АО «НТЦ ФСК ЕЭС» (ИНН:7728589190, ОГРН:1067746819194) при проведении Закупки частично обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

3. Обязательное для исполнения предписание не выдавать, так как у Заказчика имелись безусловные основания для отклонения заявки Заявителя.

Настоящее решение может быть обжаловано в порядке, установленном главой 24 Арбитражного процессуального Кодекса, в Арбитражном суде г. Москвы в течение 3 месяцев с даты его принятия.