

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-10230/2021 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.06.2021 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение
процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

Председательствующего Комиссии:

«...»;

членов Комиссии:

«...»;

«...»;

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО
«Снабженец-2», ОАО «РЖД»;

в отсутствие представителей ООО «РТС-ТЕНДЕР», извещенных надлежащим
образом письмом Московского УФАС России от 23.06.2021 № ЕО/36798/21,

рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее — Заявитель) на действия ОАО
«РЖД» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на
право заключения договора на выполнение работ по изготовлению сервисных
аудио-видео материалов для поездов «Сапсан», «Ласточка» и ретропоездов
(реестровый № 32110322135, 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 адрес Московского УФАС России поступила жалоба Заявителя
на действия Заказчика при проведении Закупки.

Согласно доводам жалобы, Заявитель не согласен с порядком оценки заявок,
предусмотренных в Закупочной документации, а также с положениями проекта
договора, регламентирующими возможность привлечения для выполнения работ
по договору третьих лиц (субподрядчиков).

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по
правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы

на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, закупочной 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 Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (далее - Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, закупочной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках.

В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.

27.05.2021 на официальном сайте zakupki.gov.ru размещено извещение о проведении открытого конкурса в электронной форме № 318/ОКЭ-ДОСС/21 на право заключения договора на выполнение работ по изготовлению сервисных аудио-видео материалов для поездов «Сапсан», «Ласточка» и ретропоездов.

Заявитель не согласен с установленным порядком оценки заявок по критерию «Цена договора» в части антидемпинговых мер, считая, что в данном случае нарушается принцип состязательности.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках) при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3

настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Согласно пункту 229 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД» (далее — Положение), документацией о конкурентной закупке могут быть предусмотрены антидемпинговые меры при предложении участником цены договора (цены лота), которая ниже начальной (максимальной) цены договора (цены лота) на размер, указанный в документации о конкурентной закупке (далее - демпинговая цена договора).

В соответствии с пунктом 1.4 закупочной документации антидемпинговые меры предусмотрены. Демпинговой ценой при проведении конкурентной закупки считается цена, сниженная по отношению к начальной (максимальной) цене договора на 25 % и более. При проведении конкурентной закупки применяется следующая антидемпинговая мера:

1. требование о предоставлении участником обеспечения исполнения договора в размере, превышающем размер, установленный в конкурсной документации в 1,5 раза, но не менее чем размер аванса (если проектом договора предусмотрена выплата аванса);
2. при оценке по критерию «цена договора» заявки, содержащие предложение демпинговой цены, не оцениваются в порядке, предусмотренном конкурсной документацией. Таким заявкам присваивается максимальное количество баллов по критерию.

В свою очередь, критерий «Цена договора» выглядит следующим образом.

Максимальное количество баллов – 70 баллов.

Оценка осуществляется на основании технических предложений, представленных в заявках участников, следующим образом:

Заявкам участника, в технических предложениях которых содержатся предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий установленный в пункте 1.4 конкурсной документации, а именно на 25% и более от начальной (максимальной) цены) присваивается максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации), по приведенной формуле не оцениваются.

Заявка каждого участника, в которой предложена не демпинговая цена, оценивается путем сравнения начальной (максимальной) цены, сниженной на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.1 конкурсной документации (C_{\min} – 4 509 375,41 руб.) с ценой, предложенной каждым участником (C_j), по формуле:

C_{\min}

$B_j = \frac{C_j}{C_{\min}} \cdot 70$, где

C_j

$j = 1 \dots n$, n – количество участников;

B_j – количество баллов j -ого участника;

C_j – цена, предложенная j -ым участником (без учета НДС);

C_{\min} - 4 509 375,41 рублей (Начальная (максимальная) цена сниженная на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации) (без учета НДС);

70 – максимально возможное количество баллов.

При этом заявкам, содержащим предложение демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, максимально допустимый размер снижения (на 25% и более от начальной (максимальной) цены), присваивается максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации), по вышеприведенной формуле не оцениваются.

По ценовому критерию Заявитель пояснил, что считает неправомерным положения порядка оценки заявок, предусматривающие присвоение одинакового количества баллов участникам, предложившим демпинговое снижение, без применения заданной формулы. По мнению Заявителя, указанное нарушает принципы, закрепленные в статье 3 Закона о закупках, а также влечет необоснованную трату денежных средств заказчика, поскольку не позволяет заключить договор с участником, предложившим минимальное ценовое предложение, ставит такого участника в заведомо невыгодное положение по сравнению с другими участниками.

В ответ на указанный довод Заказчик пояснил, что оспариваемые положения установлены на основании раздела 24 Положения, согласно которому в документации о конкурентной закупке могут быть предусмотрены антидемпинговые меры при предложении участником цены договора.

При этом данная мера имеет своей целью обеспечение добросовестной ценовой конкуренции среди участников, обеспечивающей защиту интересов и прав участников конкурса от умышленного занижения цен накупаемые услуги с целью формальной победы в конкурсе.

Таким образом, установленный порядок оценки стимулирует участников к снижению цены относительно НМЦ и, в то же время, не допускает недобросовестной конкуренции среди участников и позволяет объективно выявить лучшее предложение, сохранив рентабельность оказываемых услуг и возможность исполнения победителем договорных обязательств надлежащим образом.

В силу статьи 10 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) участники

гражданского оборота должны действовать добросовестно.

В соответствии с пунктом 6 «Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018) (далее - Обзор) принцип равноправия, в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Указанный принцип не может считаться нарушенным, поскольку установленный порядок оценки применяется в равной степени ко всем участникам закупочной процедуры.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Закона о закупках, основными целями регулирования указанного закона являются, в том числе, обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств.

В отличие от Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» Закон о закупках не предусматривает жестких требований к проведению закупок, а определяет для заказчиков общие цели и принципы при проведении закупок, которые установлены в статьях 1 и 2 Закона о закупках. Учитывая указанные цели и принципы Закон о закупках, напротив, позволяет заказчикам разработать собственное положение о закупках и проводить закупки по правилам и условиям, которые предусмотрены таким положением, при этом, согласно статье 2 Закона о закупках, положение о закупке признается основным документом, определяющим закупочную деятельность заказчика и устанавливающим правила и условия проведения закупок.

Комиссия считает необходимым отметить, что оценка заявок, содержащих демпинговую цену, не может осуществляться с применением общей формулы, поскольку приведет к необоснованному получению значительного преимущества по итогам оценки участниками, которые предлагают такую цену договора, что заведомо не позволит им оказать услуги по предлагаемой цене. Такое ценовое предложение является незаконным демпингом, направленным исключительно на получение наибольшего количества баллов за счет недобросовестного снижения цены, что недопустимо в соответствии с действующим законодательством.

В свою очередь, необоснованное снижение начальной (максимальной) цены договора ниже демпингового порога ущемляет права добросовестных участников рынка, поскольку демпинговая цена становится исходным значением для сравнения заявок участников по критерию «Цена договора» и приводит к невозможности для других участников набрать достаточное количество баллов при оценке, поскольку цена договора является наиболее значимым критерием оценки.

Установленный конкурсной документацией порядок расчета баллов по критерию

цена договора позволяет максимально сократить разрыв между участниками, предложившими демпинговую цену и участниками, предложившими цену в пределах допустимого процента снижения.

Кроме того, устанавливая данный критерий, заказчик не ограничивает права участников закупки на снижение предлагаемой цены договора и не противоречит принципу экономически эффективного расходования денежных средств.

Указанный правовой подход соответствует сложившейся судебной практике (постановление Арбитражного суда Московского округа № Ф05-3516/2021 по делу А40-128721/2020, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда №09АП6711/2021 по делу А40-160517/2020).

Комиссия подчеркивает, что 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, 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 (пункт 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

На основании изложенного, Комиссия с учетом конкретных фактических обстоятельств дела, имеющиеся в настоящее время документов и сведения, приняла решение признать довод Заявителя необоснованным.

Помимо этого Заявитель обжалует положения проекта договора регламентирующих порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств. Согласно пункту 4.2 договора исполнитель не вправе привлекать к оказанию услуг по настоящему договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком.

Вместе с тем, в соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки.

Довод Заказчика, что оспариваемое условие договора не относится к требованиям конкурсной документации или к порядку и условиям проведения конкурса Комиссией расценивается как несостоятельный, поскольку проект договора является неотъемлемым элементом закупочной документации и может

являться предметом антимонопольного контроля.

Кроме того, потенциальные участники ориентируются не только на требования документации, но и на условия договора, поскольку именно они являются мерилем возможностей и фактором, определяющим желание хозяйствующих субъектов участвовать в конкурентной процедуре.

Невыгодные условия договора могут являться сдерживающим обстоятельством при подаче заявок. Комиссия, оценивая доводы Заказчика, правомерно признали, что именно спорное условие проекта договора нарушает право исполнителя на свободу правоотношений с третьими лицами, то есть принцип свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Так, учитывая специфику предмета договора, - изготовление сервисных аудио-видео материалов, - исполнитель может столкнуться с необходимостью задействования труда физических лиц, к которым Заказчик не предъявляет специальных требований, в отличие, например, от тех лиц, которые являются непосредственными исполнителями договора и к которым такие требования предъявляются. Исполнение договора связано с получением результата за счет использования творческого, интеллектуального труда. Исполнитель вправе самостоятельно определять необходимость задействования лиц, которые могут способствовать ему в получении наилучшего результата. Наличие же требования об обязательном согласовании с заказчиком привлечения третьих лиц налагает на исполнителя чрезмерные, необоснованные ограничения и нарушает его права.

В соответствии с Законом о закупках Заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Требования к субподрядным организациям устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно. В этой связи наличие спорного требования может привести к различного рода злоупотреблениям и противоречит общегражданскому принципу равенства участников таких правоотношений (статья 1 ГК РФ).

Комиссия также отметила, что в данном случае участники поставлены в зависимость от последующего немотивированного усмотрения Заказчика, поскольку критерии его согласия на привлечение субподрядчиков (третьих лиц) в документации не раскрыты.

Заказчику надлежало предусмотреть право исполнителя привлекать третьих лиц, поставив об этом в известность Заказчика, а не ставить возможность привлечения таких лиц в зависимость от его письменного разрешения.

Следует отметить, что Заказчик отмечает, что оспариваемое положение проекта договора носит уведомительный характер в целях надлежащего исполнения договора. В тоже время оспариваемое условие не может быть квалифицировано как носящее уведомительный характер, поскольку предоставляет Заказчику право не согласовать выбранного исполнителем субподрядчика.

Принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки отнесены к основным принципам закупочной деятельности (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках). Наличие рассматриваемого требования в проекте договора упомянутым принципам не соответствует. То обстоятельство, что потенциальные

участники были заблаговременно ознакомлены с положениями документации, об отсутствии вмененного нарушения не свидетельствует, поскольку требования пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках действуют объективно и их соблюдение не поставлено в зависимость от осведомленности участников и иных лиц о содержании документации.

На основании вышеизложенного, Комиссия пришла к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в документации требования о запрете привлечения к оказанию услуг по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Таким образом, Комиссия признает данный довод обоснованным.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Снабженец-2» (ИНН: 9717091103; ОГРН: 1207700133596) на действия ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727; ОГРН: 1037739877295) при проведении Закупки обоснованной в части довода о неправомерности установления требования о запрете привлечения к оказанию услуг по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком, в остальной части — необоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.