РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-3427/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

05.03.2021 г. Москва

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

Председательствующий Комиссии:

при участии представителей АО «Гипротрубопровод», ООО «АктивПроект» посредством видеоконференцсвязи,

рассмотрев жалобы ООО «АктивПроект» (далее — заявитель) на действия АО «Гипротрубопровод» (далее — заказчик) при проведении конкурсов в электронной форме на выполнение работ по обследованию технического состояния зданий и сооружений по объектам: АО «Транснефть — Западная Сибирь», АО «Транснефть — Сибирь», АО «Транснефть - Приволга», АО «Транснефть -Прикамье», АО «Связьтранснефть», АО «Транснефть - Верхняя Волга», ООО «Транснефть - Восток» (реестровые №№ 32109980987, 32109990400, 32109995440, 32109995868, 32109985530) (далее — закупки),

в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступили жалобы заявителя на действия заказчика при проведении закупок.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закон о защите конкуренции.

Согласно части 1 пункту 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 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, названным Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

Ввиду того, что конкурсы проводятся заказчиком на основании собственного Положения о закупках, а оспариваемые условия квалификационного отбора затрагивают права и законные интересы неопределенного круга лиц Московское УФАС России усматривает основания для рассмотрения жалобы по существу.

Пунктом 1 ч. 1 ст. 10 Закона о закупках, равно как и в правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в определениях от 02.10.2017 по делу № 309-КГ17-7502, от 11.04.2017 по делу № 304-КГ16-17592, не содержится указаний на обязательное нахождение в тексте поданной жалобы ссылок на ст. 3 Закона о закупках, что позволило бы антимонопольному органу только в таких случаях рассматривать поступившие жалобы на действия Заказчиков с особой правосубъектностью.

Напротив, правовая позиция Верховного Суда, отраженная в названных определениях, свидетельствует о праве антимонопольного органа рассматривать поступившие жалобы в тех случаях, когда по существу нарушения заказчика, допущенные в ходе закупки, подпадают под установленный упомянутой статьей перечень нарушений, обжалование которых допустимо в административном порядке.

При этом именно антимонопольный орган, как орган исполнительной власти, наделенный специальными полномочиями контролировать обеспечение равных условий для участников при проведении конкурентных процедур и являющийся правоприменителем в названной сфере, вправе оценивать жалобу участника и делать соответствующий вывод об отнесении/неотнесении обжалуемых действий заказчика к тем нарушениям, которые возможно обжаловать в антимонопольном органе в соответствии с ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

Жалоба общества содержит в себе указание на проведение закупки с нарушениями действующего законодательства о закупках, что указывает на возможность ее рассмотрения по правилам ст. 18.1 Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) на основании п. 1 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

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

Заявитель в жалобах не согласен с положениями документации, поскольку полагает их необоснованными, избыточными, ограничивающими конкуренцию на

торгах. Как указывает заявитель в жалобе, заказчик в документациях необоснованно установил в качестве критерия допуска к участию в процедуре следующие требования.

В соответствии с пунктами 9.10 Инструкции для участника установлено требование к участникам закупки об отсутствии у участника закупки на дату подведения итогов перед ПАО «Транснефть» либо ОСТ неисполненных просроченных более 30 дней договорных обязательств (подтвержденных претензиями и/или решениями судов) по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг, возврату аванса.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Как установлено в документации, не подтверждение положительной деловой репутации заявителя может являться основанием для отклонения заявки от участия в закупке.

То есть общество «Гипротрубопровод» создало ситуацию, при которой в рамках рассмотрения представленных заявок, оно может отклонить заявку лица в случае направления в его адрес претензионного письма при ранее возникших гражданско-правовых обязательств сторон.

При этом вышеуказанное требование не может быть применено в равной степени к участникам, поскольку участники, имеющие в наличии претензии в рамках закупок с иным хозяйствующим субъектом, могут быть допущены к участию, в то время как участники, имеющие данные факты и случаи в рамках закупок с заказчиком и организациями системы «Транснефть», подлежат отклонению.

Кроме того, учитывая, что указанные претензии направляются самим Заказчиком и иными организациями системы «Транснефть», а указанным претензиям не дается надлежащая правовая оценка судом, возможно субъективное правоусмотрение заказчика при направлении соответствующих претензий конкретным субъектам рынка, что не соотносится с принципами проведения закупочных процедур и равноправия участников гражданских правоотношений.

Таким образом, установление указанного требования в качестве обязательного ограничивает круг участников, поскольку несоответствие указанным требованиям, относящимся к деловой репутации перед заказчиком, не подтверждает невозможность для участника конкурса исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам закупки.

Более того, данный критерий не является объективным и прозрачным и не позволяет учитывать фактически совершенное правонарушение, то есть степень опасности нарушения.

Данный критерий является дискриминационным, потому как не позволяет дифференцировать нарушения, непосредственно связанные с нарушением обязательств, и иные нарушения. Кроме того, данный критерий не позволяет дифференцировать нарушения с точки зрения их опасности, хотя заказчик

настаивает на обратном, однако правовых доводов им не приводится.

При этом данное требование является не критерием оценки, а критерием допуска лица для участия в отборе.

Таким образом, указанный критерий фактически заставляет, с одной стороны, отказываться контрагентов заказчика от ведения судебной работы с организациями группы компаний «Транснефть» ввиду значительного в случае проигрыша риска получить более низкие баллы при участии в будущих закупках, а с другой стороны, ставит в неравное положение прошлых контрагентов заказчика с теми, которые ранее в закупочных процедурах ПАО «Транснефть» не участвовали.

При этом создается ситуация, которая нивелирует существо судебной и претензионной работы как способов защиты нарушенного права, поскольку позволяет обеим сторонам таких отношений манипулировать таким правом.

Так, заказчик может стремиться к предъявлению необоснованных претензий к неисполнившим по тем или иным причинам обязательства контрагентам, а участник закупки получив значительный объем претензий и судебных взысканий у одних заказчиков (например, ПАО «Газпром»), «уйти» к другим, для которых в силу порядка и оснований оценки заявок такое лицо будет считаться надлежащим контрагентом с устойчивой деловой репутацией.

Таким образом, резюмируя изложенное, требования, установленные заказчиком, не могут свидетельствовать о проявлении им осмотрительности при выборе контрагента, а приводят лишь к исключению из числа участников отбора тех, которые могут принять участие в нем, но отказываются от подачи заявки ввиду создания заявителем препятствий к тому.

Факт направления претензии в адрес потенциального участника отбора не свидетельствует об обоснованности такой претензии, в связи с чем факт ее направления нивелирует возможность участия в процедуре, по результатам которой фактически заказчик осуществляет последующие закупочное процедуры среди отобранного круга лиц. В связи с изложенным Комиссия Управления не считает возможным признать обоснованным подобное условие.

При этом следует отметить, что имеется сложившаяся судебная практика относительно необходимости соблюдения заказчиками баланса частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и стабильности публичных правоотношений, и недопустимости противоречия установления заказчиками требований закупочной документации принципу равенства участников гражданских правоотношений (ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), презумпции добросовестности участников таких правоотношений (ч. 5 ст. 10 ГК РФ), а также законодательно установленному запрету на злоупотребление правом (ч.1 ст. 10 ГК РФ), что отражено и следует из судебных актов по делам, рассмотренным в Московском регионе, например, №№ А40-42683/18, А40-57030/2018, А40-111259/18.

Включенные в состав документации спорные требования в итоге не приводят к избежанию рисков, связанных с ненадлежащим исполнением заключаемых договоров.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, названным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений ч. 3 упомянутой нормы правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Таким образом, положение о закупках не является единственным правовым актом, регламентирующим деятельность заказчиков.

В этой связи, разрабатываемое Заявителем положение о закупках не может и не должно противоречить действующему законодательству, а право заказчиков устанавливать особенности проведения закупочных процедур, на что ссылается заявитель, не освобождает их от необходимости соблюдения действующего законодательства, прав и законных интересов участников как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях. Кроме того, в рамках исследования условий проведения спорного квалификационного отбора антимонопольным органом установлено предъявление Заказчиком требований, ограничивающих потенциальное число участников.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «АктивПроект» на действия АО «Гипротрубопровод» при проведении предварительного закупки обоснованной.
2. Установить в действиях АО «Гипротрубопровод» нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. **Выдать АО «Гипротрубопровод»** обязательное для исполнения предписание.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его получения лицами, участвовавшими в деле.

ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 077/07/00-3427/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

05.03.2021 г. Москва

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

Заместителя председателя Комиссии:

руководствуясь пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии **от 05.03.2021 по делу № 077/07/00-3427/2021**,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

АО «Гипротрубопровод» при проведении конкурсов в электронной форме на выполнение работ по обследованию технического состояния зданий и сооружений по объектам: АО «Транснефть — Западная Сибирь», АО «Транснефть — Сибирь», АО «Транснефть - Приволга», АО «Транснефть -Прикамье», АО «Связьтранснефть», АО «Транснефть - Верхняя Волга», ООО «Транснефть - Восток» (реестровые №№ 32109980987, 32109990400, 32109995440, 32109995868, 32109985530) (далее — Закупки) устранить допущенное нарушение, а именно:

1. Заказчику при проведении Закупок, рассматривая заявки участников, не учитывать квалификационное требование, а именно не отклонять заявки, несоответствующие оспариваемому требованию с учетом решения по делу **от 05.03.2021 по делу № 077/07/00-3427/2021.**

2. **Заказчику** не позднее трех дней со дня совершения действий, указанных в пункте 1 настоящего предписания, разместить в единой информационной системе (www.zakupki.gov.ru) информацию о совершении действий, указанных в пунктах 1-3 настоящего предписания.

3. **Заказчику** завершить проведение Закупок в соответствии с требованиями действующего законодательства в сфере закупок.

4. Заказчику исполнить настоящее предписание в срок **до 12.04.2021**.

5. Заказчику о выполнении настоящего предписания сообщить в адрес Московского УФАС России в срок до 14.04.2021 с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

1. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.