РЕШЕНИЕ

по делу № 1-00-353/77-19 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

21.02.2019 г. Москва

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

при участии представителей:

от ООО «Экспресс-почта» - <...> (по доверенности от 19.02.2019 № б/н),

от ПАО «МОЭСК» - <...> (по доверенности от 04.12.2018 № 77/555-н/77-2018-8-1367),

рассмотрев жалобу ООО «Экспресс-почта» (далее также - Заявитель) на действия ПАО «МОЭСК» (далее также - Заказчик) при проведении открытого конкурса на определение исполнителя на оказание услуг по доставке и отправке документации и почтовой корреспонденции ИА и филиалов ПАО «МОЭСК». Доставка документации между структурными подразделениями, филиалами и ДЗО ПАО «МОЭСК» (1154637) (реестровый № 31807327729, далее - Закупка) в соответствии со ст. 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.

Заявитель считает, что его заявка на участие в Закупке необоснованно отклонена, а также то, что п. 2.4.8.4.6 необоснованно ограничивает конкуренцию.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая случаи, предусмотренные ч. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения.

Комиссия, рассмотрев жалобу Заявителя приняла решение оставить ее без рассмотрения в отношении обжалования п. 2.4.8.6 Документации, и о признании второго довода жалобы необоснованным, исходя их следующих фактических обстоятельств дела.

Как следует из материалов дела, заказчиком 25.12.2018 в единой информационной системе закупок (далее - ЕИС) опубликована текущая редакция извещения о проведении закупки и конкурсная документация (далее - Документация). Кроме того, в ЕИС размещены сведения о присоединении к Единому стандарту закупок

ПАО «Россети» от 21.08.2018 (далее — Положение).

Согласно протоколу от 11.02.2019 №М/283 о рассмотрении, ранжировании заявок участников и проведении процедуры переторжки комиссией Заказчика принято решение признать заявку ООО «ЭКСПРЕСС-ПОЧТА» не соответствующей следующим требованиям Конкурсной документации:

- п. 2.4.8.4.6. Документации: финансовый показатель достаточности собственного капитала банка (Н1.0*Собственный капитал) на последнюю отчетную дату должен быть равен не менее 3 млрд. рублей.

Согласно Документации участники обязаны представить банковскую гарантию банка, финансовый показатель достаточности собственного капитала которого на последнюю отчетную дату должен быть равен не менее 3 млрд. рублей (п. 2.4.8.4.6 Документации), при этом собственный капитал гаранта должен превышать либо быть равен 9 млрд. рублей и активы гаранта должны превышать либо быть равными 50 млрд рублей (п. 2.4.8.4.5 Документации).

Заявитель указывает, что «обязательные нормативы банков рассчитываются в соответствии с определенными в инструкции Банка России от 28.06.2017 № 180-И «Об обязательных нормативах банков» методиками их определения на основании принципов достоверности и объективности, осмотрительности, преобладания экономической сущности над формой и других международно признанных принципов, позволяющих качественно оценить операции и отразить их в отчетности и выражаются в процентах (%), а не в денежном эквиваленте, в частности норматив достаточности собственных средств (капитала) банка (Н1.0).

При этом Заявителем не учтено следующее.

В своей жалобе Заявитель указывает, что предъявление дополнительных требований по финансовому показателю достаточности собственного капитала банка необоснованно ограничивает конкуренцию.

Комиссия учитывает, что до окончания подачи заявок Заявитель указанное требование не оспаривал, запрос разъяснений в отношении указанных положений Документации в адрес Заказчика не направлял.

При этом Комиссия отмечает, что обжалование в антимонопольном органе осуществляется в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции и происходит с учетом особенностей, установленных названной статьей, а также в соответствии с ч. 11 ст. 3 Закона о закупках. Согласно указанной норме, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке, обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в закупке.

Таким образом, из буквального толкования приведенной нормы права следует, что законодателем разделены возможные к оспариванию действия организаторов закупки на совершенные до окончания срока подачи заявок и совершенные после этого срока. При этом действия, совершенные организатором закупки до окончания такого срока, могут быть оспорены в антимонопольном органе лицами

вне зависимости от факта подачи ими заявок на участие в закупке.

Также следует отметить, что нарушения при составлении Документации могут быть подразделены на явные и скрытые, проявляющиеся только при злоупотреблении организаторами закупок своими правами при совершении тех или иных действий в рамках их проведения и не выявляемые при общей проверке закупочной документации на предмет ее соответствия требованиям законодательства Российской Федерации о закупках. Скрытые нарушения в составе закупочной документации могут быть выявлены и устранены контрольным органом при рассмотрении им жалобы участника закупки на последствия таких нарушений, что не будет являться злоупотреблением правом со стороны последних и не будет свидетельствовать о выходе административного органа за пределы предоставленных ему полномочий и доводов поданной жалобы (ч. 13 ст. 3 Закона о закупках).

В то же самое время, оценивая содержание нарушения, на которое ссылается в настоящем случае Заявитель, а именно на необоснованное предъявление требований к финансовому показателю достаточности собственного капитала банка следует признать, что подобное (по мнению Заявителя) нарушение, в случае его действительного наличия в действиях организатора закупки, являлось явным и не могло не быть обнаружено Заявителем при изучении им Документации. Вместе с тем, как усматривается из материалов дела, на наличие такого условия в Документации Заказчика Заявитель указал только после отказа Заказчика допустить его к участию в закупочной процедуре.

При таких данных, оценивая поведение Заявителя в указанной части, следует признать его злоупотреблением правом (п. 2 ст. 10 ГК РФ).

Вместе с тем Комиссия отмечает, что оспариваемые Заявителем положения Документации подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок. В противном случае, реализация такого права за пределами окончания срока подачи заявок необоснованно затрагивает права и законные интересы иных участников Закупки, которые подали заявки в соответствии с условиями Документации.

Кроме того, Заявитель конклюдентно согласился (п. 1 ст. 8 ГК РФ) на все условия закупочной документации в момент подачи им заявки на участие в Закупке. В этой связи у Комиссии отсутствуют правовые основания к выявлению в действиях Заказчика нарушения требований действующего законодательства о закупках, поскольку последний действовал в строгом соответствии с требованиями собственной Документации, которая своевременно не была оспорена Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке.

Аналогичного подхода придерживаются суды, например, по делу № А40 255742/18.

В силу ст. 10 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.

Указанный принцип не может считаться нарушенным, поскольку 2.4.8.4.6 Документации не оспаривался Заявителем до окончания подачи заявок, соответственно, Заявитель согласился с правом Заказчика осуществлять проверку представленных банковских гарантий по указанным в Документации формуле.

Кроме того, в соответствии с четвертым абзацем п. 2.4.8.4.8 Документации указано, что соответствие банка-гаранта установленным требованиям проверяется на дату выдачи банковской гарантии. Предоставленная Заявителем банковская гарантия выдана 28.12.2018. По состоянию на последнюю отчетную дату (01.12.2018) по данным, опубликованным Центральным банком Российской, банк - гарант ПАО АКБ «Металлинвестбанк» имел следующие показатели.

Н1.0-13,280%.

Собственные средства (капитал) — 12 668 100 тыс. руб.

Финансовый показатель достаточности собственного капитала банка-гаранта ПАО АКБ «Металлинвестбанк» рассчитывается как 0.13280 * 1 266 810 0000 = 1 682 323 680, при установленном требовании не менее 3 млрд. рублей.

В этой связи представленная Заявителем гарантия не соответствует требованиям Документации, предъявляемым к банкам-гарантам, в соответствии с которыми, финансовый показатель достаточности собственного капитала банка выражается в денежном эквиваленте как произведение норматива достаточности собственных средств банка (Н1.0) на размер собственного капитала банка-гаранта, а не их отдельно взятых значений.

Кроме того, в соответствии с п. 2.4.8.2. Документации обязательство участника по оплате неустойки, указанное в п. 2.4.8.1, должно быть обеспечено путём предоставления банковской гарантии или путём внесения денежных средств на расчётный счёт Оператора ЭТП в соответствии с регламентом работы ЭТП», таким образом, Заказчик предусмотрел альтернативный способ обеспечения обязательств.

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.

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).

На основании изложенного, Комиссия приняла решение признать указанный выше довод жалобы Заявителя необоснованным.

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

РЕШИЛА:

1.

    1. Признать жалобу ООО «Экспресс-почта» (ИНН:5074058068, ОГРН:1175074009571) на действия ПАО «МОЭСК» (ИНН:5036065113, ОГРН:1057746555811) при проведении Закупки необоснованной в части отклонения заявки Заявителя, без рассмотрения — в части обжалования положений Документации.
    2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 15.02.2019 № ПО/6975/19.

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.