

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-20347/2021 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

23.11.2021

г.

Москва

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

Председательствующего:

<.....>,

членов Комиссии:

<.....>,

<.....>,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «АЭ-СЕРВИС»; ОАО «РЖД»,

рассмотрев жалобу ООО «АЭ-СЕРВИС» (далее - Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 943/ОКЭ-ЦДЗ/21 на право заключения договоров на оказание услуг по техническому обслуживанию и ремонту слаботочных и пожарных систем, техническому и эксплуатационному обслуживанию инженерных систем здания Центральной дирекции здравоохранения (реестровый № 32110780796) (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.

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, электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной 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» (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, конкурсной или аукционной 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 закупок 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 требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

29.10.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и закупочная документация.

Заявитель в своей жалобе выражает несогласие с требованиями, установленными в Закупочной документации.

По мнению Заявителя Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников по критерию «Наличие фактов

неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», поскольку данный способ оценки невозможно в равной степени применить ко всем участникам. При этом, сведения о претензионной работе не публикуют в общедоступных ресурсах, нет единого реестра. Заказчик оценивает заявки произвольно, поскольку участники могут и не сообщить о претензиях. В конкурсной документации не определен период, когда учитываются претензионные письма и как оценить их обоснованность. При проведении закупки заказчик может инициировать претензию участникам, с которыми он находится в действующих правоотношениях, что приводит к снижению баллов. Для отстранения от закупки недобросовестных участников, у Заказчика установлено требование об отсутствии сведений о претендентах в РНП.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Комиссия, изучив представленные в материалы дела документы и сведения, установила следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона 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 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

Так, Приложением № 1.4 к конкурсной документации установлены критерии и порядок оценки и сопоставления конкурсных заявок.

В соответствии с пунктом 2.2 Приложения № 1.4 к конкурсной документации оценка заявок по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед

заказчиком и/или третьими лицами» осуществляется в следующем порядке.

Сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, уменьшается на 5 баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами.

При оценке по критерию учитывается опыт работ контрагента за период три календарных года, предшествующих дате проведения настоящей закупки в случае:

расторжения договора заказчиком (ОАО «РЖД») или третьим лицом в одностороннем порядке или по решению суда с данным контрагентом в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) им своих обязательств по договору;

наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, в том числе урегулированных как в судебном, так и досудебном порядке, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника;

уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.

В составе заявки участника предусмотрено предоставление Сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров по форме, установленной Приложением № 1.3 к Конкурсной документации.

Участник подтверждает, что:

- товары, результаты работ, услуг, предлагаемые участником, свободны от любых прав со стороны третьих лиц, участник согласен передать все права на товары, результаты работ, услуг в случае признания победителем заказчику;

- поставляемый товар не является контрафактным (применимо, если условиями закупки предусмотрена поставка товара);

- поставляемый товар является новым (не был в употреблении, в ремонте, в том числе который не был восстановлен, у которого не была осуществлена замена составных частей, не были восстановлены потребительские свойства) в случае, если иное не предусмотрено техническим заданием документации (применимо если условиями закупки предусмотрена поставка товара);

- участник не находится в процессе ликвидации;

- в отношении участника не открыто конкурсное производство;

- на имущество участника не наложен арест, экономическая деятельность не приостановлена;
- у руководителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа или главного бухгалтера участника отсутствуют непогашенные судимости за преступления в сфере экономики и (или) преступления, предусмотренные статьями 289, 290, 291, 291.1 Уголовного кодекса РФ, в отношении указанных лиц не применялись наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, которые связаны с поставкой товаров, выполнением работ, оказанием услуг, являющихся предметом конкурса, и административные наказания в виде дисквалификации;
- в течение двух лет до момента подачи заявки на участие в закупке не было привлечено к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного статьей 19.28 Кодекса РФ об административных правонарушениях;
- сведения об участнике отсутствуют в реестрах недобросовестных поставщиков, предусмотренных частью 7 статьи 3 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»;
- участник извещен о включении сведений об участнике в Реестр недобросовестных поставщиков в случае уклонения участника от заключения договора;
- участнику известно, что за подделку, изготовление официального документа, а также штампов, печатей и бланков, а равно за использование заведомо подложного документа, поддельных штампов, печатей и бланков предусмотрена уголовная или административная ответственность;
- участнику известно, что за ограничение конкуренции путем заключения недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения (картеля), а равно участие в нем или осуществление недопустимых согласованных действий предусмотрена уголовная или административная ответственность.

Участник подтверждает, что на момент подачи заявки совокупный размер неисполненных обязательств, принятых на себя участником по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договорам строительного подряда (указывается в зависимости от предмета закупки), заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, не

превышает предельный размер обязательств, исходя из которого участником был внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 11 (указывается, если предметом договора является работы по выполнению инженерных изысканий или подготовке проектной документации) или 13 (указывается, если предметом договора является строительство, реконструкция, капитальный ремонт объектов капитального строительства) статьи 55.16 Градостроительного кодекса Российской Федерации (применимо если условиями закупки установлено требование о соответствии участника требованиям законодательства Российской Федерации к лицам, осуществляющим инженерные изыскания, подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию или капитальный ремонт объектов капитального строительства).

Как пояснил Представитель заказчика, данный критерий применим в случае выявления факта расторжения договора заказчиком или третьим лицом в одностороннем порядке или по решению суда с данным контрагентом в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) им своих обязательств по договору; в случае наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок. В случае наличия факта урегулированной претензии со стороны заказчика или третьих лиц к участнику закупки, такие факты не рассматриваются и сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, не уменьшается.

Вместе с тем, наличие претензий и судебных решений свидетельствует о некачественном выполнении договорных обязательств, принятых на себя исполнителем работ. Кроме того, удовлетворение претензий или исполнение судебных решений, вынесенных в отношении участника (отзывы лицензий, штрафы, запрет на осуществление вида деятельности, признание банкротом и т.д.), может привести к невозможности исполнения договоров, заключенных по итогам настоящей процедуры и срыву производственных программ Заказчика.

Таким образом, применяемая оценка по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» позволяет выявить недобросовестных исполнителей работ на стадии рассмотрения заявок и дать приоритет исполнителям, имеющим положительный опыт.

Заключение договора с недобросовестным исполнителем может привести к срыву сроков выполнения работ по техническому обслуживанию и ремонту слаботочных и пожарных систем, техническому

и эксплуатационному обслуживанию инженерных систем.

Предоставление данной информации в составе заявки является добровольным и не влияет на допуск участника к участию в закупке. Оценка заявок осуществляется на основании технического предложения, документов, представленных в подтверждение соответствия квалификационным требованиям, а иных документов, представляемых участником дополнительно при наличии. Предоставление дополнительных документов является правом любого участника закупки и используется участниками для получения дополнительных баллов при оценке и сопоставлении заявок на участие в закупке. Кроме того, указанный критерий не является условием допуска к участию в Конкурсе, а учитывается только при оценке заявок участников, при этом его значимость составляет всего 5 баллов из максимальных 100.

Таким образом, Заказчику необходимо наличие у участника положительного опыта выполнения работ.

Также Заявитель в подтверждение своей позиции ссылается на Определение Верховного суда РФ от 17.08.2021 № 302-ЭС21-12951.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что данное определение не может быть принято во внимание, поскольку порядок оценки, приведённый в закупке, указанной в данном определении Верховного суда РФ, не является идентичным установленному в настоящем случае Заказчиком.

Относительно довода Заявителя о том, что претензионная работа не доказывает негативный опыт исполнения контракта Комиссия отмечает следующее.

Под претензионным или иным досудебным порядком урегулирования спора понимается одна из форм защиты гражданских прав, которая заключается в попытке урегулирования спорных вопросов непосредственно между сторонами договора по исполнению обязательств. Это процедура примирения, предполагающая разрешение конфликта между сторонами путем предъявления претензии.

Претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора является обязательным в случаях, предусмотренных законом или договором (ч. 5 ст. 4 АПК РФ, абз. 7 ст. 132 ГПК РФ, ч. 3 ст. 4 КАС РФ). При несоблюдении претензионного (досудебного) порядка исковое заявление подлежит возвращению судом (п. 5 ч. 1 ст. 129 АПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 129 КАС РФ), а в случае принятия к производству - оставлению без рассмотрения (п. 2 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, п.

1 ч. 1 ст. 222 ГК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 196 КАС РФ). Таким образом, направление претензий в адрес контрагентов, допустивших нарушения исполнения своих обязательств, вытекающих из договора - это обязательное условие для защиты юридическими лицами собственных интересов в дальнейшем в судебном порядке.

Под претензионным или иным досудебным порядком урегулирования спора понимается одна из форм защиты гражданских прав, которая заключается в попытке урегулирования спорных вопросов непосредственно между сторонами договора по исполнению обязательств до передачи дела в суд.

По смыслу части 5 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, претензионный порядок урегулирования спора в судебной практике рассматривается как дополнительная гарантия государственной защиты прав, позволяющая добровольно без дополнительных расходов на уплату государственной пошлины в короткий срок восстановить нарушенные права и законные интересы. Такой порядок урегулирования спора направлен на его оперативное разрешение.

В связи с чем, в случае наличия спора, вызванного неисполнением обязательств по договору стороны обязаны соблюдать претензионный порядок. При этом в дальнейшем стороны не обязаны обращаться в суд, поскольку претензия может быть урегулирована мирным путем. Совершение контрагентом по договору действий, указанных в претензии, является выражением согласия со стороны контрагента с направленной претензией и с наличием факта ненадлежащего исполнения им обязательств по договору.

Таким образом, надлежащим подтверждением факта неисполнения (ненадлежащего исполнения) контрагентом своих обязательств по договору являются как судебные решения, так и сами претензии, урегулированные сторонами самостоятельно.

В связи с чем Комиссия Управления не усматривает оснований для признания нарушений в действиях Заказчика при установлении в Закупочной документации порядка оценки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», поскольку Заявителем не приведено обоснований наличия преимущества при установлении данного критерия.

Кроме того, на заседании Комиссии Заявитель подтвердил наличие факта неисполнения обязательств перед Заказчиком.

В соответствии с позицией Верховного суда Российской Федерации, изложенной в пункте 6 Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным заказчиком требованиям, также не означает, что действия заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Таким образом, поскольку оспариваемые критерии оценки заявок, установленные Заказчиком, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим намерение принять участие в закупке, действия по формированию Документации данным способом не приводят к нарушению антимонопольных запретов, то нарушения положений Закона о закупках отсутствуют.

Более того, оспариваемые положения Документации не являются критериями допуска к участию в Закупке, а являются критерием оценки заявок, в связи с чем применение оспариваемого порядка оценки не ведет к сужению круга участников.

Исходя из вышеизложенного, с учетом фактических обстоятельств дела, Комиссия признает жалобу Заявителя необоснованной, поскольку Заказчик устанавливал требования Закупочной документации в соответствии с положениями Закона о закупках.

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 (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – 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 жалобу заявителя необоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «АЭ-СЕРВИС» (ИНН: 7731325800; ОГРН: 1167746791860) на действия ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727; ОГРН: 1037739877295) при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 17.11.2021 № ЕО/70050/21.

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