

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-10820/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

06.07.2020 г. Москва

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

рассмотрев жалобу ООО «Импорт Лубрикантс» на действия АО «Роснефтефлот» при проведении запроса оферт в электронной форме на право заключения договора на поставку смазочного масла Rosneft RevoluxD3 15W-40 для нужд судов Находкинского филиала АО «Роснефтефлот» в 2020 году (реестровый № 32009181737) (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, мотивированная установлением в Закупочной документации требований к участникам, ведущих к ограничению конкуренции.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших в заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Положение о закупке товаров, работ, услуг Заказчика в редакции, действующей на момент объявления закупок (далее также — Положение о закупках), размещено на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее — Официальный сайт, ЕИС).

В соответствии с пунктами 1, 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципами информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках документация о

конкурентной закупке должна содержать требования к участникам такой закупки.

Согласно пункту п.3.2.3 Блока 2 Документации о закупке участник Закупки должен являться производителем продукции, предлагаемой к поставке, либо обладать правом поставки товаров, предоставленным производителем

В подтверждение того, что участник является производителем продукции либо обладает правом поставки товаров, предоставленным производителем, участник в составе заявки должен представить:

документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

участник должен иметь статус авторизованного дистрибьютора в отношении закупаемой продукции подтверждением чего является копия действующего сертификата авторизованного дистрибьютера.

Заявитель в жалобе указывает на неправомерность установления названного требования непосредственно к участнику закупки, поскольку возлагает на потенциального участника избыточные требования по предоставлению в составе заявки писем производителя, подтверждающих наличие у него партнерских отношений с заводом-изготовителем закупаемого товара.

При этом Комиссия отмечает, что наличие же у участника на этапе подачи заявок дилерского соглашения/ письма завода-изготовителя/иных документов от производителя не влияет на исполнение обязательств по договору, равно как и отсутствие перечисленных документов в составе заявки не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Закупки.

Требование, изложенное в п.3.2.3 Блока 2 Документации, никаким образом не исключает возникновение у Заказчика отрицательных последствий в будущем при взаимодействии с поставщиком. То есть данное требование не предоставляет Заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств.

Фактически указанное условие ограничивает круг субъектов гражданских правоотношений- потенциальных участников закупки, имеет место быть необоснованное ограничение конкуренции.

Так, во-первых, участник должен либо быть производителем, либо уже иметь хозяйственные взаимоотношения с заводами-изготовителями товаров, являющихся предметом закупки. При этом, для участника Закупки, не являющегося производителем товара, требования на этапе подачи заявок о предоставлении документов от завода-производителя товара, подтверждающих право участника на поставку товара налагает на него дополнительные обязательства для целей принятия участия в Закупке. По сути, указанное требование - понуждение участника заключать договоры с третьими лицами, то есть обременение исполнением договорных обязательств перед третьими лицами в любом случае, независимо от победы в торгах, что противоречит принципу свободы предпринимательской деятельности.

Во-вторых, в отсутствие обязанности производителя товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о предоставлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом продажи производимого им товара, осуществлять сервисное обслуживание оборудования и т.п., возможность участников подать заявку на участие в Закупке в соответствии с указанными требованиями всецело зависит от волеизъявления третьих лиц - производителей, что ограничивает возможность участия в Закупке.

Стоит отметить, что участник закупки, подав заявку, берет на себя весь объем обязательств по своевременной поставке товара в соответствии с условиями документации о закупке и договора, также, подписывая договор с Заказчиком, второй раз подтверждает свои обязательства по поставке, в связи с чем требование дополнительного подтверждения возможности исполнить взятые на себя обязательства, как путем представления копии дилерских или иных договоров с производителями или дилерами, а также писем гарантии об отгрузке являются излишними и ограничивают количество участников закупки.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования не могут быть установлены безотносительно предмета закупочной процедуры (т.е. такие требования должны быть соотносимы с ним, проистекать из выраженной через положения закупочной документации потребности заказчика), а также 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 законодательством о защите конкуренции, в том числе Законом о закупках.

Требование о представлении спорных документов нельзя рассматривать как надлежащее ввиду того, что представление таких документов не является гарантией исполнения, надежности участника, однако такое требование налагает бремя на участника закупки по получению указанных документов.

Действительно, предоставление такого рода документов в отсутствие гарантированности заключения в будущем договора влечет для участника закупки создание для себя состояния правовой неопределенности, когда, с одной стороны, а с другой стороны, такой потенциальный участник закупки фактически не может реализовать подобное право ввиду условий, позволяющих привлечь третьи лица, которые установил заказчик.

Соглашение о намерениях — документ, в котором стороны закрепляют свое желание сотрудничать друг с другом в определенной сфере или заключить конкретный договор. Стороны вправе заключить его в силу п. 2 ст. 421 ГК РФ. Отличительной особенностью соглашения о намерениях является то, что, если какая-либо из сторон передумала заключать основной договор, ее нельзя понудить к этому. То есть наличие такого соглашения у участника Закупки не подтверждает того, что на момент заключения договора по результатам закупочной процедуры у участника Закупки будет необходимый товар и который является качественным.

Вместе с тем в настоящем случае заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование и как критерий допуска до участия в торгах, что, в свою очередь, не может считаться надлежащим исполнением требований Закона о

закупках.

Следует отметить, что по своей сути установленные заказчиком требования не позволяют в полной мере последнему считать, что в дальнейшем участник закупки, представивший подобного рода договоры (соглашения), в последующем в рамках исполнения договора исполнит свои обязательства или свои обязательства исполнит потенциальный контрагент такого участника.

В соответствии с пунктом 2 части 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Как отмечено в обзоре судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 16.05.2018 установленные заказчиком требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, связанным с определением соответствия поставляемого товара и требуемым к включению в документацию на основании пункта 1 части 10 статьи 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень поставщика товара и приводят к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку потенциальный участник закупки может не быть производителем оборудования, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемого оборудования надлежащим образом.

Кроме того, предъявленные к участникам требования сами по себе не могут гарантировать надлежащего исполнения обязательства по поставке оборудования. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к поставщику квалификационных требований, в частности о наличии опыта поставки на соответствующем товарном рынке.

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

В связи с чем антимонопольный орган полагает избыточным установление такого требования как по его содержанию, так и по порядку его реализации. На основании изложенного, Комиссия приняла решение о признании довода жалобы Заявителя обоснованным, а в действиях заказчика усматривается нарушение требований пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Также в своей жалобе Заявитель указывает, что Заказчик не раскрывает подробную причину отказа (т.е. не приведены ссылки на предоставление конкретной информации или документов послуживших причиной отказа).

Комиссия обращает внимание, что к числу основополагающих принципов закупочной деятельности закон относит принцип информационной открытости, прозрачности закупочных процедур (пункт 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках).

Вместе с тем Комиссия также считает необходимым отметить, что применительно к составлению протоколов рассмотрения поданных участниками заявок, их оценки и сопоставления соблюдение указанного принципа означает необходимость обязательного доведения до сведения участников закупки всей информации,

касающейся хода и результатов рассмотрения их заявок на участие в названной закупке, поскольку упомянутые результаты напрямую затрагивают права и законные интересы таких участников. Кроме того, такая информация должна детально раскрывать причины отклонения поданной заявки с указанием на то, каким именно положениям закупочной документации и в какой собственной части эта заявка не соответствует, либо причины начисления того или иного количества баллов поданным заявкам (если оценка и сопоставление таких заявок осуществляются на основании присвоения баллов), а также причины признания той или иной заявки победителем закупочной процедуры с тем, чтобы исключить возможность организаторов торгов в последующем субъективно трактовать причины такого отклонения, начисления и признания соответственно и предоставить участникам закупки возможность в случае несогласия с таким решением заказчика оспорить его в установленном законом порядке.

Указанного правового подхода последовательно придерживаются арбитражные суды Московского округа, в частности по делам №№ А40-43124/14, А40-43121/14, А40-108063/2016, А40-94008/2016, А40-93191/2017.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает целям обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений (часть 1 статьи 1 Закона о закупках), а также законодательно закрепленным принципам равенства участников гражданских правоотношений (часть 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) и презумпции добросовестности участников таких правоотношений (часть 5 статьи 10 ГК РФ).

Следует отметить, что Закупочная документация является исключительно актом локального характера, а потому ее положения подлежат применению лишь в той ее части, которая не противоречит требованиям закона, имеющего большую юридическую силу по отношению к нормоположениям закупочной документации.

В этой связи, вне зависимости от того, какие именно сведения подлежат указанию в итоговом протоколе по проведению закупочной процедуры, в указанном протоколе должны быть отражены абсолютно все сведения, касающиеся непосредственного определения организатором закупки победителя закупочной процедуры.

В то же время, оценивая содержание итогового протокола, следует отметить, что содержание этого протокола таких сведений не содержит и не позволяет сделать однозначный вывод о причинах присвоения участникам Закупки указанных в данном протоколе баллов.

Так, Заказчиком в Итоговом протоколе указано только количество баллов присвоенное участникам без указания как происходил расчет этих баллов и какие документы участников при этом учитывались.

Следует отметить, что предоставленное Заказчику право самостоятельно определять перечень подлежащих указанию в итоговом протоколе закупки сведений, а также право не раскрывать перед участниками закупки информацию о рассмотрении, разъяснениях, оценке и сопоставлении заявок не свидетельствует о соблюдении Заказчиком требований действующего законодательства о закупках, поскольку в контексте пункта 1 статьи 1, пункта 1

статьи 10 ГК РФ любое право оканчивается там, где начинается злоупотреблением им и, тем самым, нарушаются права и законные интересы иных лиц. В настоящем случае, как видно из представленных на заседание Комиссии материалов, действия Заказчика по формированию Итогового протокола привели к нарушению права Заявителя на получение объективной и достоверной информации о причинах его поражения в оспариваемой Закупке.

Оценивая в настоящем случае действия Заказчика по выбору перечня отраженных в Итоговом протоколе сведений, следует признать, что указанных сведений было явно недостаточно для соблюдения принципа информационной открытости закупки, а потому действия последнего представляют собой ничто иное, как злоупотребление правом, не допустимое действующим гражданским законодательством (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Следует признать, что действия Заказчика в настоящем случае направлены на изыскание всевозможных способов ранжирования поданных заявок с оставлением для самого себя возможности в любой момент изменить обоснование причин начисления баллов этой заявке (манипулировать отсутствием детального обоснования принятого решения о выборе победителя закупки). В то же время, действия Заказчика в указанной части не только нарушают принцип информационной открытости закупки, но и не соответствуют основополагающим принципам гражданского законодательства Российской Федерации, а именно принципу недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), а также принципу недопустимости злоупотребления правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

На основании изложенного, учитывая отсутствие в Итоговом протоколе четкого и недвусмысленного обоснования принятого Закупочной комиссией решения о начислении баллов участникам, Комиссия усматривает в действиях Заказчика нарушения требований пункта 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Резюмируя изложенное и руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Импорт Лубрикантс» (ОГРН:1116673008539, ИНН:006673240328) на действия АО «Роснефтефлот» (ОГРН:1026500526590, ИНН:6501096047) при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пунктов 1, 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

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