

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-2270/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

27.02.2023

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 ".....", ".....", ".....",

рассмотрев жалобу "....." (далее также - Заявитель) на действия "....." (далее также - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 4598/ОКЭ-АО«РЖДстрой»/2023 на право заключения договора на выполнение комплекса строительно-монтажных работ по объекту: «ст. Смоляниново строительство 9-квартирного жилого дома» (реестровый № 32312072617, 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, 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.

Согласно доводам жалобы, нарушение со стороны Заказчика выразилось в ненадлежащем формировании закупочной документации, а именно в установлении недостоверных сведений о начальной максимальной цене договора (далее также - НМЦД).

По мнению Заявителя, представленные Заказчиком в документации сведения о НМЦД не позволяют потенциальному участнику объективно оценить коммерческие условия проводимой закупочной процедуры и предоставить конкурентное ценовое предложение, поскольку из документации следует, что НМЦД несет ориентировочный характер, ввиду чего потенциальный участник ограничен в возможности оценить условия исполнения договора.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы истребуемые антимонопольным органом.

Из пояснений Заказчика следует, что цена сформирована на основании сметного расчёта проектной документации и представлена в составе документации о закупке (в составе приложения «Приложение к техническому заданию», в архиве).

Между тем, согласно пункту 2.1 проекта договора, стоимость работ, подлежащих выполнению, при заключении договора будет определена на основании ценового предложения победителя торгов.

Следовательно, участник самостоятельно формирует технико-коммерческое предложение: учитывает в цене расходы на закупку материалов, оплату труда, прибыль на основании сметных нормативов, утверждённых приказом Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 30 декабря 2021 г. № 1046/пр «Об утверждении сметных нормативов»

(со всеми изменениями и дополнениями).

Таким образом, Заказчик отметил, что формирование ценового предложения является процессом, управляемым участником в пределах лимитов затрат, выделенных ОАО «РЖД» для реализации инвестиционной программы по развитию железнодорожной отрасли.

Также Заказчик пояснил, что в случае корректировки цены в большую/меньшую сторону (в том числе по решению ОАО «РЖД» при изменении условий финансирования - пункт 2.7 проекта договора), новая смета, учитывающая все расходы, будет утверждена государственным органом по экспертизе проектной документации, что также отразится в дополнительном соглашении к договору.

Следовательно, при исполнении договора к контрагенту не будут предъявляться требования о выполнении работ, которые не предусмотрены сметой и на которые не выделено финансирование.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

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.

При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках).

Согласно пункту 5 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны сведения о начальной (максимальной) цене договора, либо формула цены и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора.

Кроме того, пунктом 7 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должно быть указано обоснование начальной (максимальной) цены договора либо цены единицы товара, работы, услуги, включая информацию о расходах на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

Комиссией установлено, что 30.01.2023 на официальном сайте единой

информационной системы в сфере закупок <http://zakupki.gov.ru> размещено извещение № 32312072617 о проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 4598/ОКЭАО«РЖДстрой»/2023 на право заключения договора на выполнение комплекса строительно-монтажных работ по объекту: «ст. Смоляниново строительство 9- квартирного жилого дома».

Согласно извещению о проведении открытого конкурса в электронной форме начальная (максимальная) цена договора включает в себя все виды налогов, стоимость материалов, изделий, конструкций и затрат, связанных с их доставкой на объект, а также все затраты, расходы подрядчика, связанные с выполнением работ, за исключением затрат на непредвиденные работы, комплексное страхование объекта и составляет:

- 78 809 711,25 (Семьдесят восемь миллионов восемьсот девять тысяч семьсот одиннадцать рублей 25 копеек) без учёта НДС;

- 94 571 653,50 (Девяносто четыре миллиона пятьсот семьдесят одна тысяча шестьсот пятьдесят три рубля 50 копеек) с учётом НДС.

В Приложении № 1.1 к конкурсной документации содержится обоснование начальной (максимальной) цены договора (цена лота) цены единицы товара, работы, услуги включая информацию о расходах на перевозку, страхование, уплату таможенных пошлин, налогов и других обязательных платежей.

Начальная (максимальная) цена договора сформирована проектно-сметным методом определения начальной (максимальной) цены, предусмотренным подпунктом 4 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчика, и включает в себя все виды налогов, стоимость материалов, изделий, конструкций и затрат, связанных с их доставкой на объект, а также все затраты, расходы подрядчика, связанные с выполнением работ, за исключением затрат на непредвиденные работы, комплексное страхование объекта. Начальная (максимальная) цена указана с учётом применения к проектной документации формулы определения договорной цены комплекса работ ($Ц_{нмц} = Ц_{ссп} * K_i * K * K_c$, где: $Ц_{ссп}$ - стоимость комплекса строительно-монтажных работ по утвержденной проектной документации в текущем уровне цен; K_i – индекс изменения стоимости работ, учитывающий инфляционные изменения на период выполнения работ (согласно утвержденному сборнику текущих индексов изменения и индексов пересчета сметной стоимости строительства, реконструкции и ремонта объектов капитального строительства ОАО «РЖД»); K – понижающий коэффициент определения начальной (максимальной) цены конкурентной закупки; K_c – договорный понижающий коэффициент, полученный по результатам конкурентной закупки. Понижающий коэффициент определения начальной (максимальной) цены конкурентной закупки равный: 0,93.

Пункт 2.1 проекта договора, размещенного Заказчиком в составе закупочной документации изложен в следующей редакции: «2.1 Общая стоимость Работ, подлежащих выполнению Подрядчиком в соответствии с п. 1.1. настоящего Договора, определена на основании Ценового предложения в соответствии с Протоколом заседания комиссии по осуществлению закупок АО «РЖДстрой» № _____ от _____, оформлена в виде Ведомости договорной цены (Приложение № 1), являющейся неотъемлемой частью настоящего Договора, составленной на

основании данных технической части конкурсной документации на единицу измерения видов работ с учетом лимитируемых и прочих затрат, относящихся к деятельности Подрядчика, и составляет:

0 000 000 (_____) рублей 00 копеек, кроме того НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек.

Всего (с НДС 20%) - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек.

В том числе затраты на строительство временных зданий и сооружений - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек, кроме того НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей, всего с НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей.

Стоимость работ, выполняемых Подрядчиком в текущем 20__ году, составляет:

0 000 000 (_____) рублей 00 копеек,

кроме того НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек.

Всего (с НДС 20%) - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек.

В том числе затраты на строительство временных зданий и сооружений - 0 000 000 (_____) рублей 00 копеек, кроме того НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей, всего с НДС 20% - 0 000 000 (_____) рублей.

Предусмотренная выше в настоящем пункте цена не является твердой и окончательной, является ориентировочной и указана исключительно для целей финансирования хода выполнения Работ.

Окончательная цена Работ определяется по результатам проведения экспертизы проектной документации на Работы, проведенной ФАУ «Главгосэкспертиза России» в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Окончательная цена Работ считается согласованной Сторонами и включенной в настоящий Договор с момента выдачи положительного заключения ФАУ «Главгосэкспертиза России» по проектной документации на Работы в размере, указанном в положительном заключении ФАУ «Главгосэкспертиза России» с учетом положений соответствующих распоряжений ОАО «РЖД» (в т.ч. от 3 марта 2010 г. № 434р, от 15 октября 2021 года №2223/р).

С учетом положений выше Стороны согласовали, что все документы по ходу исполнения настоящего Договора (акты приемки работ по формам № КС-2, № КС-3, ФСУ-3, акты сверки и т.д.) считаются содержащими оговорку о том, что указанные в таких документах суммы являются предварительными и подлежат корректировке после определения окончательной цены Работ».

Комиссия Управления, изучив положения Закупочной документации, отмечает, что к договорам, заключаемым в соответствии с Законом о закупках, применяются нормы Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также - ГК РФ), что также следует из части 1 статьи 2 указанного Закона.

В соответствии с частью 4 статьи 709 ГК РФ цена работы (смета) может быть

приблизительной или твердой. При отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой.

То есть, положения ГК РФ прямо предусматривают, что цена работы может быть приблизительной или твердой.

Таким образом, в силу норм действующего гражданского законодательства цена договора в данном конкретном случае является приблизительной, то есть способна изменяться в зависимости от тех или иных обстоятельств, поскольку в проекте договора дополнительно уточняется, что цена не является твердой и окончательной.

Следует учесть, что Закон о закупках не содержит каких-либо императивных требований, относительно того, что цена договора, заключаемого в соответствии с этим Законом, должна быть твердой и не может изменяться в течение срока действия договора.

Соответственно, в силу принципа свободы договора, закрепленного пунктом 2 статьи 1, пунктом 4 статьи 421 ГК РФ, Заказчик вправе в документации о закупке и в договоре подряда указать, что цена такого договора и (или) количество (объем) работ, выполняемых по нему, являются ориентировочными, а окончательные размеры цены и объем работ определяются по фактическому исполнению.

Комиссия также обращает внимание, что в соответствии с частью 1 статьи 450 ГК РФ изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Необходимо отметить, что участник Закупки самостоятельно принимает решение о целесообразности участия в ней с учетом своих возможностей, а также технологических, трудовых и иных ресурсов. При этом отсутствие у хозяйствующего субъекта необходимых условий для участия в закупке не является доказательством, подтверждающим, что требования заказчика привели к ограничению конкуренции.

Между тем, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

При этом Законом о закупках не регламентирован порядок исполнения договоров, следовательно, Заказчик вправе самостоятельно устанавливать в положении о закупке все условия, касающиеся заключения по результатам закупки договора, его исполнения и расторжения.

Комиссия также считает необходимым отметить, что согласно пункту 32 Обзора судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 3, утвержденного Президиумом Верховного суда Российской Федерации 10.11.2021, Законом о

закупках заказчиком предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки, направленные в первую очередь на выявление в результате закупочных процедур лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности.

При этом уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции.

Комиссия обращает внимание, что Заявитель в жалобе не приводит доводов, свидетельствующих об ограничении конкуренции при проведении Закупки при установлении оспариваемого положения проекта договора.

Между тем, на участие в Закупке было подано две заявки, все они допущены к участию в конкурсе, то есть соответствующее условие проекта договора не явилось препятствием для подачи заявки другими участниками Закупки.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что действия Заказчика совершены в соответствии с нормативно-правовыми актами, регламентирующими закупочную деятельность Заказчика.

Действительных доказательств, подтверждающих нарушение прав Заявителя установленными требованиями, Заявителем Комиссии не представлено.

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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – 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).

Резюмируя изложенное, с учетом имеющихся в настоящее время документов и сведений, на основании конкретных фактических обстоятельств дела, Комиссия приняла решение о признании необоснованной жалобы Заявителя на действия Заказчика.

Дополнительно Комиссия Управления отмечает, что иные доводы Заявителя, озвученные на заседании, не могут быть приняты во внимание, поскольку в силу части 13 статьи 18.1 Закона о закупках рассмотрение жалобы антимонопольным органом должно ограничиваться только доводами, составляющими предмет обжалования. Поданная в антимонопольный орган жалоба содержала указание исключительно на то, что НМЦД установленная в закупочной документации несет ориентировочный характер, не является твёрдой и окончательной, в связи с чем указание Заявителем на новые обстоятельства не могут быть приняты ввиду ограничений, установленных частью 13 статьи 18.1 Закона о закупках.

На основании изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу "....." (ОГРН: ".....", ИНН: ".....") на действия "....." (ОГРН: ".....", ИНН: ".....") при проведении Закупки необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 17.02.2023 № НП/7441/23.

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