

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-20424/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

30.11.2020 г. Москва

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

при участии посредством видеоконференцсвязи представителя АО «ММТС-9»,

в отсутствие ООО «Постскриптум» (уведомлено письмом Московского УФАС России от 23.11.2020 № ЕО/66276/20),

рассмотрев жалобу ООО «Постскриптум» (далее также - Заявитель) на действия АО «ММТС-9» (далее также — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание комплексных уборочных услуг в помещениях в здании АО «ММТС-9» (реестровый № 32009617033, 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 Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

Заявитель оспаривает положения Закупочной документации по предмету Закупки (далее также - Документации).

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» (далее - Закон о закупках).

Заказчик представил письменные возражения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия установила, что второй, третий и четвертый доводы жалобы обоснованы. В остальной части жалоба признана необоснованной.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации (далее также - ГК РФ), данным 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 статьи 2 Закон о закупках

правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Заказчиком в единой информационной системе в сфере закупок (далее - ЕИС) размещено Положение о закупках товаров, работ, услуг «ПАО «Ростелеком» (далее — Положение), извещение о проведении Закупки, а также Документация. Срок обжалования положений Документации Заявителем не пропущен.

Комиссия также учитывает, что ранее в соответствии с решением и предписанием Московского УФАС по делу № 077/07/00-19040/2020 от 10.11.2020, вынесенное по жалобе ООО «Постскрипtum» Заказчиком в Извещение и Документацию были внесены изменения.

При этом, согласно обстоятельствам, установленным в ходе заседания Комиссии, предписание по делу 077/07/00-19040/2020 было исполнено, хотя Заказчик, например, убрал требование о необходимости включения работников в штат для участника Закупки, однако дополнительно внес такие требования в отношении исполнителя по договору.

В рамках второго довода Заявитель оспаривает п. 2.1.5. проекта договора, согласно которому исполнитель обязан привлекать к оказанию услуг работников, включенных в штат исполнителя, прошедших обучение на специализированных семинарах, курсах, имеющих соответствующие сертификаты, свидетельства, удостоверения.

Учитывая, что Заказчик фактически заставляет принимать сотрудников в штат компании, а принимать сотрудников в штат компании или устанавливать с ними трудовые отношения - это компетенция исключительно собственников компаний, Комиссия признает указанный довод жалобы обоснованным.

В рамках третьего довода Заявитель оспаривает п. 7.1. проекта договора, согласно которому договор вступает в силу с момента его заключения и действует до полного исполнения сторонами своих обязательств. Кроме того, согласно указанному пункту, если за 30 (тридцать) дней до истечения указанного срока ни одна из Сторон не заявила о расторжении Договора, он считается пролонгированным на следующий год на тех же условиях.

Комиссия соглашается с тем, что ни Законом о закупках, ни Положением не предусмотрена пролонгация договоров, заключенных в рамках Закона о закупках.

Во-вторых, в связи с отсутствием в пункте 7.1 проекта договора точной даты срока окончания его действия, не представляется возможным определить точную дату срока действия банковской гарантии, так как согласно пункту 13.1. проекта договора в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по Договору подрядчик обязан не позднее, чем в течение 10 (десяти) календарных дней с даты заключения настоящего Договора предоставить Заказчику банковскую гарантию. Банковская гарантия должна быть действующей в течение всего срока действия Договора, а также в течение 90 календарных дней после истечения срока его действия.

Заказчик в своих возражениях не представил содержательных опровержений в отношении указанного довода, ссылаясь лишь на возможность применения к указанным правоотношениям положений ГК РФ, не учитывая, что в отношении

закупочных процедур предусмотрен специальный порядок в соответствии с Законом о закупках, а возможность бесконечной пролонгации заключенного договора по результатам Закупки нарушает п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, поскольку иные участники не смогут даже претендовать на возможность заключения с Заказчиком договора на работы и услуги по предмету Закупки.

Комиссия отмечает, что по смыслу ст. ст. 153, 154, 420 ГК РФ пролонгация договора по своей сути является заключением нового договора.

В связи с этим договор при изменении срока договора (в том числе при пролонгации) необходимо руководствоваться положениями Закона о закупках, который предусматривает соблюдение принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, недостижимого при пролонгации ранее заключенного договора по результатам конкурентной процедуры, препятствующего к доступу иных участников к закупочным процедурам.

В рамках четвертого довода Заявитель также оспаривает обязательное требование к участникам, установленное в пункте 16 Информационной карты, где Заказчик установил следующее обязательное требование к участникам закупки:

«Наличие у Участника подтвержденного опыта выполнения работ по видам деятельности «уборка/клининг» в ЦОД (центрах обработки данных).

В отношении критерия допуска заявок участник в в пункте 16 Информационной карты Комиссия отмечает, что данное требование идет вразрез с судебной практикой, установленной в отношении реализации принципов осуществления закупочной деятельности, указанных в п. 6 обзора судебной практики практики от 16.05.2018 по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации (далее - Обзор).

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 п. 1 ч. 10 ст. 4 Закона. Такие требования также не характеризуют квалификационный уровень контрагента.

Кроме того, предъявление к участникам такого требования само по себе не может гарантировать надлежащего исполнения обязательства по оказанию услуг. Гарантии исполнения обязательств по договору могут обеспечиваться предъявлением к поставщику иных квалификационных требований.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае могли привести к ограничению круга потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог на заседании Комиссии представить объективных доказательств необходимости установления указанного требования именно как квалификационного.

Комиссия, рассматривая вышеуказанные действия Заказчика при проведении

Закупки, установила, что действия Заказчика в данном случае сузили круг потенциальных участников процедуры из-за действий Заказчика.

При этом Заказчик не смог пояснить цель сужения необходимого опыта для допуска по предмету Закупки только услугами в ЦОД (центрах обработки данных).

Комиссия отмечает, что предоставленное законом Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить Заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время, такое право Заказчика не является безусловным и безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки.

Вместе с тем Заказчик не учитывает, что подобного рода требования 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 не только законодательством о защите конкуренции, но и Законом о закупках. Рассматривая установленные в Документации требования, признать их соответствующими указанным принципам закупочной деятельности не представляется возможным.

В настоящем случае Заказчик посчитал возможным рассматривать указанное требование как критерий допуска до участия в Закупке.

Комиссия отмечает, что наличие у участников Закупки опыта выполнения договоров (ресурсов) не может являться критерием допуска к участию в закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

В целях защиты Заказчика от лица, ненадлежащим образом исполняющего свои обязательства, законодателем введен институт публично-правовой ответственности в виде включения сведений о таких лицах в реестр недобросовестных поставщиков.

В соответствии с ч. 2 ст. 5 Закона о закупках в реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

Установление оспариваемых требований к участникам в качестве именно допуска к дальнейшему участию в процедуре влечет за собой нарушение принципа равноправия и отсутствия необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участнику закупочной процедуры не

означает, что реализация данного права может осуществляться произвольно. Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

В пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного 16.05.2018 Президиумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснено, что 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.

В свою очередь, обоснованность спорных требований в Документации должно быть доказано со стороны Заказчика, как равно и невозможность проведения Закупки без предъявления соответствующего требования непосредственно к участнику закупки. Также Комиссия принимает во внимание, что Заказчик, выбирая форму проведения закупки посредством проведения аукциона, не лишен был возможности прибегнуть к иной форме конкурентной процедуры (например, конкурс, запрос предложений), в рамках которых можно было установить соответствующее требование в качестве критерия оценки заявки участника закупки, что позволило бы обеспечить права большего количества субъектов малого и среднего предпринимательства при участии в закупке.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

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

В отношении первого довода жалобы Комиссия отмечает следующее.

В своей жалобе от 02.11.2020 ООО «Постскриптум» не заявляло никаких доводов о незаконности действий Заказчика в части формирования начальной (максимальной) цене закупки. При этом оспариваемый порядок формирования цены закупки в Извещении и Документации не был изменен (с учетом НДС) с момента первой публикации закупки (с 26.10.2020), о чем Заявитель осведомлен и в своей жалобе не оспаривает.

В форме 3 «Ценовое предложение» технико-коммерческого предложения Документации Заказчиком прямо установлено следующее: (цена, предложенная участниками в независимости от применяемых ими систем налогообложения, не должна превышать НМЦ закупки с учетом НДС; если участник применяет ОСНО, то

цена в ценовом предложении указывается с учетом НДС).

Таким образом, в Документации содержатся исчерпывающие сведения, необходимые участникам, для формирования своих ценовых предложений для подачи заявок, и невозможность или нежелание Заявителя объективно оценить свои возможности при определении в заявке ценового предложения не должно нарушать права Заказчика на осуществление своей хозяйственной деятельности, связанной с выбором подрядчика для уборки помещений, а также прав и законных интересов, в т.ч. финансовых интересов других участников, которые подали заявки, понеся денежные расходы на участие в закупке Заказчика.

В отношении пятого довода жалобы Комиссия отмечает следующее.

Согласно пп.1 п.16 «Дополнительные требования» новой редакции Документации участники должны подтвердить наличие опыта выполнения работ по видам деятельности «уборка/клининг» в ЦОД (центрах обработки данных).

При этом технические помещения ЦОД Заказчика составляют почти 20% (6493,90 м²) от общей убираемой площади.

Согласно представленным возражениям, в оспариваемой закупке наличие у участников опыта выполнения работ в ЦОД позволяет судить не только о их способности выполнить объем работ, предусмотренный Документацией, но и о качестве выполнения таких работ, обусловленных спецификой объекта их выполнения, в связи с чем установление Заказчиком такого требования к участникам закупки является обоснованным.

При этом Комиссия отмечает, что она не находит нарушений в рамках такого разделения, если это является лишь критерием оценки заявок, а не критерием допуска заявок.

Согласно возражениям Заказчика, в действующем ЦОД существует ряд вещей, которые способны угрожать его нормальному функционированию и безопасности: Источники тепла, различные микрочастицы и загрязнения, электростатические заряды - все это может привести к серьезным негативным последствиям: от перебоев в работе ЦОД до пожаров и загрязнения воздушной среды. Для минимизации данных рисков, существует ряд стандартов, разработанных и введенных специализированными профильными организациями, такими как: Международная организация по стандартизации (ISO), Американское общество инженеров по отоплению, охлаждению и кондиционированию воздуха (ASHRAE), Национальная ассоциация пожарной безопасности (NFPA) и прочие.

Кроме того, Заказчиком представлено обоснование в части ГОСТ ИСО 14644-1-2002 «Чистые помещения и связанные с ними контролируемые среды. Часть 1. Классификация чистоты воздуха» согласно которому ЦОД относится к чистому помещению класса 8 ИСО (класс 8 ИСО допускает содержание 3.52 миллиона частиц размером 0.5 мкм на кубический метр). Требования к персоналу, осуществляющему уборочные работы в чистых помещениях, а также требования к выполняемым уборочным работам в чистых помещениях для поддержания необходимого уровня чистоты установлены в приложениях А и F ГОСТ 14644-5-2005 «Чистые помещения и связанные с ними контролируемые среды. Часть 5. Эксплуатация».

Согласно п.3.1.8., п.4.3.1, п.4.6.2. ГОСТ 14644-5-2005 персоналом, ответственным за уборку, являются лица, входящие в чистое помещение, которые имеют специальное разрешение и прошедшие специальное обучение.

Кроме того, в Техническом задании Документации Заказчиком отдельно выделены работы, которые должны выполнять работники подрядчика ежедневно и ежеквартально (генеральная уборка: вакуумная уборка, влажная уборка), в соответствии с вышеуказанными требованиями приложения F ГОСТ 14644-5-2005 в технических помещениях ЦОД, в связи с чем довод Заявителя об отсутствии в Техническом задании специфики уборки в ЦОД не соответствует действительности.

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 действующего законодательства, 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 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 в части первого и пятого доводов необоснованной.

Комиссия, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Постскриптум» (ИНН:7701388923, ОГРН: 1147746217002) на действия АО «ММТС-9» (ИНН:7728037545, ОГРН:1027739132717) при проведении Закупки частично обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение требований п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное к исполнению предписание.

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