

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-11366/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

10.10.2019 г. Москва

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

рассмотрев жалобу ООО «Пож-Проект Сервис» (далее также - Заявитель, Общество) на действия ГБУК г. Москвы «Музейно-выставочное объединение «Манеж» (далее также - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по техническому обслуживанию и эксплуатации противопожарных систем на объекте Государственного бюджетного учреждения культуры города Москвы «Музейно-выставочное объединение «Манеж» - Нежилые помещения общей площадью 59 201,6 кв.м, местонахождение: г. Москва, ул. Ильинка, д. 4 (комплекс «Гостинный двор») (реестровый № 31908265191, далее - Конкурс) в соответствии со ст. 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, мотивированная несогласием с оценкой заявок участников, а также несогласием с определенными требованиями документации.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные ч. 10 ст. 3 Федеральный закон 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, 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).

Согласно п. 1, 2 ч. 1 ст. 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.

Комиссия, рассмотрев представленные возражения Заказчика, а также оценив всю представленную информацию в ее совокупности и взаимной связи, считает доводы Заявителя обоснованными только по первому и второму доводам жалобы по следующим основаниям. При этом Комиссией доводы, заявленные непосредственно на заседание Комиссии, оставлены без рассмотрения.

В рамках первого довода жалобы Заявитель оспаривает оценку своей заявки по критерию 3.3: «Предложение по наличию на праве собственности и (или) ином законном основании недвижимого имущества»

В рамках данного критерия оценивается наличие на праве собственности и (или) ином законном основании, включая гарантийные обязательства, недвижимого имущества площадью не менее 200 м<sup>2</sup>.

Данные должны быть подтверждены копиями следующих документов:

- выписка из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, подтверждающая право собственности на объект недвижимости, используемый в производственных целях, выданная не ранее чем за 90 дней до окончания подачи заявок на участие в конкурсе,

- или копия действующего договора аренды недвижимого имущества, заключенного на срок не менее 2 лет, зарегистрированного в установленном порядке, с приложением копии акта передачи арендованного недвижимого имущества от арендодателя участнику закупки (арендатору),

- или выписка из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, подтверждающая право аренды на объект недвижимого имущества, используемый в производственных целях, выданная не ранее чем за 90 дней до окончания подачи заявок на участие в конкурсе.

Вместе с тем Комиссией в ходе рассмотрения жалобы установлено, что в составе заявки Заявителя была приложена копия договора аренды недвижимого имущества площадью более 200 м<sup>2</sup> от 01.03.2016 № 07/16, а также дополнительное соглашение к договору от 05.06.2019 № 2, в котором указано, что срок действия договора продлевается до 05.05.2020 (до необходимого Заказчику срока).

Комиссия отмечает формальный подход Заказчика в оценке представленных в составе заявки Заявителя документов.

Комиссия отмечает, что Заказчик в данном случае обоснованно должен ориентироваться на добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий (п. 5 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Таким образом, недостаточный характер сведений, представленных Заявителем в составе заявки на участие в Закупке не был подтвержден при рассмотрении жалобы и вынесении оспариваемого решения закупочной комиссии Заказчика об отклонении заявки от участия в Закупке.

Второй довод жалобы также признан Комиссией обоснованным в связи с тем, что критерий 2.1 «Наличие у участника конкурса внутренней локальной документации в сфере охраны труда и техники безопасности, относящейся к предмету настоящего конкурса» в принципе не является объективным критерием оценки заявок, поскольку в рамках него оценивается общее количество у участника закупки локальных документов в сфере охраны труда и техники безопасности, относящихся к предмету настоящего конкурса.

При этом объективность оценки заявок по количеству локальных нормативных актов не доказана со стороны Заказчика, так как необходимо учитывать следующее.

Комиссия считает, что этот критерий не объективен, поскольку оценка по данному критерию зависит от количества у участника закупки локальных документов в сфере охраны труда и техники безопасности

Установление такого критерия ограничивает конкуренцию, поскольку предоставляет преимущество тем участникам, которые вместо конкуренции по объективным показателям конкурируют по количеству изданных за все время своего существования как организации необходимых Заказчику актов.

Например, один участник может предусмотреть все свои правила в одном локальном документе в сфере охраны труда и техники безопасности, но такое положение поставит его во внеконкурентное положение, поскольку из выбранного Заказчиком преимущество получит тот, кто разделит все нормы по охране труда на несколько отдельных документов.

В рассматриваемом случае установлено, что оценка заявки напрямую зависит от формы, которой представлены локальные акты общества, а не от их содержания. При этом приоритет формы над содержанием недопустим при проведении закупок и не соответствуют не только балансу частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и принципу стабильности публичных правоотношений, а также принципу добросовестной реализации прав и законных интересов (часть 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ), недопустимости злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ).

В связи с этим действия Заказчика, установившего необъективные критерии оценки, когда участники соревнуются не только по цене и квалификации, а исходя из «фантазии» при разделении локальных актов на большее возможное количество, противоречат п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках и нарушают ч. 1 ст. 2 Закона о закупках.

Согласно п. 2 ч. 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.

Так, Документация предназначена для отбора лиц, которые могут удовлетворить потребность Заказчика на объявленных условиях, при этом не предоставляя Заказчику право избирать контрагента по критериям надежности указанных

субъектов и отдавать предпочтение в зависимости от уровня заинтересованности таких участников.

Комиссия отмечает, что подобные требования Документации, при наличии возможности без ущерба удовлетворению потребности Заказчика оказать услуги по предмету Закупки одним лишь согласием на условиях Документации влияет на уровень конкуренции при проведении процедуры.

Таким образом, действия Заказчика оцениваются как противоречащие нормам Закона о закупках, поскольку носят антиконкурентный характер, а за счет действий Заказчика затрудняется исполнение целей, установленных Законом о закупках.

Заказчиком не представлено доказательств невозможности получения результата работ заявленного качества при отсутствии в Документации требований, указанных выше.

Применительно к ч. 10 ст. 4 Закона о закупках критерии оценки и сопоставления заявок должны быть объективными, исчисляемыми и администрируемыми.

Комиссия в данном случае приходит к выводу о ненадлежащем формировании Заказчиком своей Документации в части установления в ней критериев оценки и сопоставления заявок, что, в свою очередь, является нарушением требований п. 13 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

Ссылка Заказчика на свободу выбора критериев оценки отклоняется Комиссией, поскольку в данном случае установлены фактические обстоятельства дела, а представленные доказательства указывают на то, что Заказчик путем установления необъективных критериев оценки злоупотребил правом.

В данном случае указанные критерии оценки составлены так, что они не зависят от объективных факторов.

В рамках третьего довода Комиссия отмечает следующее.

Как установлено в Документации, оценка заявок участников Закупки осуществляется не только в соответствии с ценовым критерием, оцениваются также и квалификационные критерии заявок.

В рамках 3.2. показателя «Обеспеченность участника закупки трудовыми ресурсами» оценивается наличие у участника закупки специалистов необходимых Заказчику для оказания услуг:

-специалист с действующим квалификационным удостоверением о переподготовке (о повышении квалификации) в области лицензируемой деятельности по системам противопожарной защиты;

-специалист, прошедший обучение и аттестацию и имеющий действующее удостоверение на право обслуживания сосудов высокого давления;

-специалист, имеющий действующее удостоверение по безопасности выполнения работ на высоте 5 м и более, в соответствии с Правилами по охране труда при работе на высоте;

- специалист, имеющий действующее удостоверение, подтверждающее его квалификацию в области «Промышленной, энергетической безопасности и безопасности гидротехнических сооружений».

В свою очередь заявка победителя Конкурса содержала сведения о трудовых ресурсах в количестве 155 человек

Заявитель в своей жалобе оспаривает возможность субъекта малого предпринимательства в понимании Федерального закона от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (далее - Закон о развитии СМП) привлечь трудовые ресурсы в указанном количестве, указывая на заведомо ложные сведения о численности работников.

Вместе с тем указанный довод признан Комиссией необоснованным в связи с тем, что Заявитель ошибочно ставит возможность лица стать субъектом малого предпринимательства с количеством трудовых ресурсов, которых лицо может привлечь в дальнейшем.

В соответствии со ст. 4 Закона о развитии СМП к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся зарегистрированные в соответствии с законодательством Российской Федерации и соответствующие условиям, установленным частью 1.1 настоящей статьи, хозяйственные общества, хозяйственные товарищества, хозяйственные партнерства, производственные кооперативы, потребительские кооперативы, крестьянские (фермерские) хозяйства и индивидуальные предприниматели.

Согласно ч. 1.1 ст. 4 Закона о развитии СМП чтобы считаться малым, средним или микропредприятием, хозяйствующему субъекту нужно подходить под это определение по трем основным параметрам:

- попадать в рамки лимита по размеру доходов;
- попадать в рамки лимита по численности сотрудников;
- попадать в рамки лимита по доле участия других компаний в уставном капитале.

Лимит среднесписочной численности сотрудников для субъектов малого и среднего предпринимательства составляет 250 человек (ст. 4 Закона о развитии СМП).

Численность работников организации для реестра СМП определяется следующим: сведения о среднесписочной численности работников за предшествующий календарный год представляются организацией (индивидуальным предпринимателем, привлекавшим в указанный период наемных работников) в налоговый орган не позднее 20 января текущего года за предыдущий год в налоговую инспекцию (согласно части 3 статьи 80 раздела V главы 13 НК РФ)

Согласно ч. 4 ст. 4 Закона о развитии СМП категория субъекта малого или среднего предпринимательства изменяется в случае, если предельные значения выше или ниже предельных значений, указанных в пунктах 2, 2.1 и 3 ч. 1.1 настоящей статьи, в течение трех календарных лет, следующих один за другим.

В соответствии с пунктом 14 постановления Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 № 1352 «Об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - ПП № 1352) При осуществлении закупки в соответствии с подпунктом «а» пункта 4 настоящего Положения заказчик вправе:

а) установить требование к субъектам малого и среднего предпринимательства, являющимся участниками такой закупки, о включении декларации в случае, предусмотренном п. 11 настоящего Положения, или сведений из единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства в состав заявки на участие в закупке.

Кроме того, Федеральная налоговая служба в письме от 18.08.2016 № 14-2-04/0870 разъяснила, какими критериями она руководствуется при внесении сведений в реестр малых и средних предприятий о хозяйственных обществах. Там указано, что уточненные критерии отнесения экономических субъектов к категории субъектов малого и среднего предпринимательства (МСП), установленные Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. N 408-ФЗ, будут учитываться при внесении в реестр за период с 2016 по 2018 годы.

С 1 августа 2016 года создан единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства (МСП). Его формирует Налоговая служба самостоятельно на основании отчетности сведений о доходах; среднесписочной численности сотрудников; данных из Единого реестра юридических лиц и Единого реестра индивидуальных предпринимателей; информации от других государственных органов.

Подтверждение статуса малым предприятиям не требуется.

Такое предприятие не нужно отдельно регистрировать и получать подтверждения того, что фирма является МСП. Статус в дальнейшем также сохраняется автоматически. Причем даже если в течение одного или двух лет превышен установленные лимиты, статус предприятия сохранится. Изменение статуса происходит, только когда максимальные показатели количества сотрудников, величины доходов или долей в капитале не соблюдаются три календарных года, идущих подряд (ч. 4 ст. 4 Закона о развитии МСП).

Таким образом, Заявитель, подтвердив в своей жалобе наличие сведений о компании ООО «ДИ-ИНЖИНИРИНГ» в Едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, ставит под сомнение и оспаривает их статус присвоенный им Федеральной налоговой службой.

Так как в соответствии с действующим законодательством подтверждать статус МСП предприятиям ежегодно не требуется, то компания, уже имеющая данный статус, вправе нанимать сотрудников в любом необходимом им количестве.

Принимая во внимание недоказанность доводов Заявителя об обратном, Комиссией принято решение о признании жалобы в указанной части необоснованной.

При этом в рамках заседания Комиссии Заявитель указывал, что критерии оценки заявок установлены Заказчиком необъективно.

Комиссия приняла решение оставить жалобу без рассмотрения в связи с тем, что Заявитель оспаривает установленные критерии оценки заявок участников после участия в закупочной процедуре.

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

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 установление необъективных критериев оценки, 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 таких условий в Документации Заказчика Заявитель указал только после оценки заявки Заявителя по размещенным критериям.

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 не была оспорена Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке. Аналогичного подхода придерживаются суды, например, по делу № А40 255742/18.

При этом Комиссия отмечает, что даже при принятии решения о рассмотрении дополнительных доводов Комиссия приняла бы решение о признании их необоснованными в связи с отсутствием обоснования нарушения своих прав.

При этом в отношении необходимости выдачи предписания Комиссия отмечает следующее.

На заседании Комиссии представители Заказчика представили лист оценки заявок участников с подробным указанием баллов по каждому критерию оценки в случае допуска заявки Заявителя и оценки его максимальным баллом по критериям, оценку по которым последний оспаривал. Заказчик указывал, что допуск Заявителя не повлияет на результаты закупочной процедуры.

Комиссия откладывала рассмотрение жалобы для предоставления Заявителем аргументированной позиции в опровержение представленного расчета. При этом представитель Заявителя после переноса заседания Комиссии согласился с тем, что допуск заявки Заявителя к участию не повлияет на результаты Закупки и выбор победителя.

Согласно ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции в случае признания поданной жалобы обоснованной либо выявления в действиях организатора закупки иных нарушений требований действующего законодательства Российской Федерации антимонопольный орган принимает решение о необходимости выдачи последнему обязательного к исполнению предписания об устранении выявленного нарушения.

Из буквального толкования приведенной нормы права обязанности контрольного органа по выдаче предписаний об устранении нарушения в каждом случае выявления такого нарушения не следует.

Данная норма права предоставляет антимонопольному органу возможность самостоятельно определить такую необходимость в зависимости от конкретных фактических обстоятельств.

Таким образом, основной целью выдаваемого антимонопольным органом предписания об устранении нарушения является его праввосстановительная функция, направленная на устранение выявленного нарушения и восстановление нарушенных прав и законных интересов участника торгов, что может быть достигнуто в административном порядке путем исполнения требований такого предписания (ст. 11 ГК РФ).

При этом предписание антимонопольного органа не должно обладать в указанной части абстрактным и размытым характером, что свидетельствует о необходимости наличия у административного органа при его выдаче четких, бесспорных и убедительных доказательств того обстоятельства, что выдача им обязательного к исполнению предписания будет служить достижению упомянутых целей и повлечет за собой улучшающие изменения в правовом положении лица, в защиту прав которого такое предписание выдается. Обратное же приведет к несоблюдению баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации 29.03.2011 № 2-П), а также принципа стабильности публичных правоотношений, поскольку будет способствовать отнесению на заказчиков обязанностей по осуществлению бесполезных действий, не влияющих на ход и результат конкурентной процедуры.

В настоящем же случае Комиссия исходит из отсутствия необходимости в корректировке хода закупочной процедуры, проводимой Заказчиком, поскольку у последнего в любом случае имелись законные основания для начисления баллов



победителю Закупки.

Выдача же антимонопольным органом испрашиваемого Заявителем предписания приведет к затягиванию хода закупочной процедуры, однако не повлекла бы за собой восстановление последнего в правах.

При таких данных Комиссия приходит к выводу об отсутствии у него в настоящем случае правовых оснований к выдаче предписания об устранении выявленных нарушений.

С учетом изложенного и руководствуясь ч. 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Пож-Проект Сервис» (ОГРН:1107746273953, ИНН:7726651037) на действия ГБУК г. Москвы «Музейно-выставочное объединение «Манеж» (ОГРН:1027739412194, ИНН:7710170225) при проведении Конкурса обоснованной в части .
2. Установить в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1 ст. 3, п. 13 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.
3. Обязательное для исполнения предписание не выдавать.

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