

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-5438/2019 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

23.07.2019 г. Москва

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

рассмотрев жалобу ООО «Граффит Строй» (далее также — Заявитель, Общество) на действия ФГУП «ППП» (далее также — Заказчик) при проведении открытого конкурса на право заключения договора на выполнение подрядных работ по реконструкции объекта: «Реконструкция объекта капитального строительства «Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение «Всероссийский детский центр «Орленок» (реконструкция и расширение наружных инженерных сетей 1-й и 2-й этапы), 1 этап» (реестровый № 31907969329, 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 несогласием с отклонением его заявки от участия в процедуре Закупки, неправомерным, по его мнению, допуске заявки другого участника, а также установлением в Закупочной документации неправомерных требований.

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, Комиссия установила 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).

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.

Согласно части 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В соответствии с протоколом рассмотрения и оценки заявок на участие в Закупке от 28.06.2019 № 31907969329-02 заявке ООО «Граффит Строй» отказано в допуске:

1. на основании подпункта 1 пункта 3 Приложения № 4 к Положению о закупках «Порядок рассмотрения, оценки и сопоставления заявок на участие в закупке» и подпункта 1 пункта 6.2.4 Закупочной документации, в связи с непредставлением оригиналов и копий документов, а также иных сведений, требование о наличии которых установлено извещением о закупке и/или Закупочной документацией, либо наличия в таких документах недостоверных сведений об участнике Закупки или о товарах, являющихся предметом закупки, а именно:

– участником Закупки в составе заявки не представлена Форма 1.1 «Сведения об участнике закупки», которая подлежит обязательному заполнению участниками закупки-юридическими лицами и непредставление требуемых сведений по которой является основанием для отказа в допуске к участию в Закупке. Требование установлено пунктом 3.3.3 Закупочной документации «Участник должен представить в составе заявки в том числе следующие документы, подтверждающие соответствие участника Закупки единым обязательным и дополнительным требованиям и условиям допуска к участию в Закупке в виде Формы 1.1 Закупочной документации;

2. на основании подпункта 3 пункта 3 Приложения № 4 к Положению о закупках «Порядок рассмотрения, оценки и сопоставления заявок на участие в закупке» и подпункта 3 пункта 6.2.4 Закупочной документации, в связи с несоответствием заявки на участие в Закупке требованиям к таким заявка, установленным извещением о Закупке и/или Закупочной документацией, ввиду представления участником Закупки цены договора, превышающей начальную (максимальную) цену договора, указанную в извещении о Закупке и/или Закупочной документации, а именно:

– участником Закупки в составе заявки представлена Форма 3.1 «расчет стоимости работ», согласно которому стоимость выполнения работ с НДС (20%) составляет 45 658 846, 30 руб., а стоимость товаров с НДС (20%) — 786 070 386, 43 руб. Общая стоимость работ и товаров по предмету Закупки, предлагаемая участником Закупки, составляет 831 729 232, 73 руб и превышает начальную (максимальную) цену договора, указанную в извещении о проведении Закупки — 738 930 870, 00 руб.

Комиссия, заслушав возражения Заказчика, оценив представленные документы и сведения в их совокупности и взаимосвязи, установила следующее.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Закупочной документации участник Закупки должен представить в составе заявки документы, подтверждающие соответствие участника всем единым обязательным и дополнительным требованиям и условиям допуска к участию в закупке, установленным в Закупочной документации.

Сведения, подтверждающие соответствие участников Закупки единым требованиям, предоставляются, в том числе, согласно формам раздела III «Образцы форм и документов для заполнения участниками Закупки».

Изучив представленный на обозрение Комиссии оригинал заявки Общества Комиссия установила, что в заявке ООО «Граффит Строй» отсутствует Форма 1.1 «Сведения об участнике закупки», что, как указал представитель Заказчика, свидетельствует о несоответствии заявки Общества требованиям Закупочной документации.

В то же время, несмотря на отсутствие Формы 1.1 в составе заявки Общества вся информация, необходимая к указанию в данной форме, могла быть получена Заказчиком в том или ином виде из документов, входящих в состав заявки Общества.

Так, например, информация о годовых оборотах организации, необходимая к указанию по пункту 11 Формы 1.1, содержалась в заверенных участником закупки копии бухгалтерского баланса, представленных в составе заявки, а данные о среднесписочной численности персонала Общества содержались в справке о кадровых ресурсах, также представленной в составе заявки Общества.

С учетом изложенного, в настоящем случае Комиссия, исходя из объяснений сторон и фактических обстоятельств дела, считает, что действия Заказчика исходят из сугубо формального толкования требований положений Закупочной документации и законодательства о Закупках, что свидетельствует об отсутствии ориентированности Заказчика на достижение таких целей правового регулирования соответствующей сферы, таких как расширение круга участников конкурентных процедур, не учитывающие базовые принципы Закона о закупках, определенные в части 1 статьи 3 Закона о закупках.

В этой связи Комиссия приходит к выводу о необоснованности данного основания отклонения.

Относительно представления Обществом предложения о цене договора, превышающей начальную (максимальную) цену договора Комиссия установила следующее.

В составе Формы 3 заявки Общества было указано коммерческое предложение в размере 738 930 870, 00 руб., что не превышает начальную (максимальную) цену договора.

Согласно пункту 3.4.2 Закупочной документации в цену заявки должны быть включены все расходы, связанные с исполнением договора, в том числе стоимость работ, предусмотренных проектно-сметной документацией. В том числе стоимость строительно-монтажных работ, материалов, оснащение оборудованием (без

учета стоимости технологического оборудования, поставка которого будет осуществляться по отдельному государственному контракту), мебелью и инвентарем, использования машин и механизмов, рабочей силы, расходы на перевозку, расходы на уплату таможенных пошлин, всех налогов и иных обязательных платежей, расходов на содержание и охрану объекта до его сдачи генеральному подрядчику, а также иные расходы, которые участник закупки, с которым будет заключен договор должен оплачивать в соответствии с условиями договора или в связи с его исполнением.

Согласно Форме 3.1 в расчете стоимости работ указывается калькуляция всех затрат на выполнение работ согласно Техническому заданию и проекту договора.

В форме 3.1, представленной в заявке Общества, как пояснил представитель Заявителя, была указана калькуляция всех затрат ООО «Граффит Строй», а именно, реальная стоимость выполнения работ по договору и стоимость материалов, рассчитанная Заявителем.

При этом в Закупочной документации отсутствует указание на то, что расчет стоимости работ не должен превышать начальную (максимальную) цену договора.

Как указывает в своей жалобе Заявитель, часть работ планировалось выполнить за счет самого Заявителя, и с этой целью было указана реальная стоимость выполнения работ в Форме 3.1, а также приложена пониженная стоимость выполнения данных работ в Форме 3.

При этом следует отметить, что в Форме 3 отсутствует указание на то, что данный из формы 3.1 должны быть перенесены в таблицу Формы 3.

При таких обстоятельствах, цена, предложенная Заявителем должна была браться Заказчиком из Формы 3, которая не превышала начальную (максимальную) цену договора, а не из Формы 3.1.

При этом, учитывая, что указанная калькуляция никаким образом не оценивается Заказчиком в части дополнительного начисления баллов или отклонения заявки Общества, Комиссия считает, что указанная форма 3.1 включена в Закупочную документацию необоснованно в целях излишнего усложнения документации и манипулирования итогами процедуры.

С учетом изложенного, комиссия приходит к выводу, что отклонение по данному основанию заявки является неправомерным.

В связи с чем довод Заявителя о неправомерности отклонения заявки Общества от участия в Закупке признается Комиссией обоснованным.

Также в своей жалобе Заявитель указывает, что заявка участника ЗАО «ОЦВ» была неправомерно допущена до участия в Закупке, поскольку данный участник не соответствует пункту 3.3.3 Закупочной документации в части представления действующей выписки из реестра членов саморегулируемых организаций, по форме, которая утверждена Приказом Ростехнадзора от 16.02.2017 № 58, согласно которой он должен обладать уровнем ответственности, соответствующим цене договора, которую предложил участник.

В соответствии приложением № 2 к Закупочной документации к участникам Закупки

предъявляется требование о соответствии участника закупки требованиям, устанавливаемым законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом Закупки, которое подтверждается выпиской из реестра членов СРО (по форме приказа Ростехнадзора №58 от 16.02.2017), в соответствии с ч. 4 ст.55.17 Градостроительного кодекса Российской Федерации от 29.12.2004 №190-ФЗ (далее — ГрК РФ), подтверждающей наличие у участника закупки права выполнять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору строительного подряда, заключаемого с использованием конкурентных способов заключения договоров в отношении объектов капитального строительства (кроме особо опасных, технически сложных и уникальных объектов, объектов использования атомной энергии); уровень ответственности участника закупки по компенсационному фонду обеспечения договорных обязательств не менее второго (Градостроительный кодекс РФ (часть 13 статьи 55.16)).

В соответствии с частью 1 статьи 55.8 ГрК РФ индивидуальный предприниматель или юридическое лицо имеет право выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, заключенным с застройщиком, техническим заказчиком, лицом, ответственным за эксплуатацию здания, сооружения, или региональным оператором, при условии, что такой индивидуальный предприниматель или такое юридическое лицо является членом соответственно саморегулируемой организации в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства, если иное не установлено ГрК РФ.

При этом частью 5 статьи 55.8 ГрК РФ предусмотрено, что член саморегулируемой организации самостоятельно при необходимости увеличения размера внесенного им взноса в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств до следующего уровня ответственности члена саморегулируемой организации по обязательствам, предусмотренного частью 11 или 13 статьи 55.16 ГрК РФ, обязан вносить дополнительный взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в порядке, установленном внутренними документами саморегулируемой организации.

Согласно части 8 статьи 5.5.8 ГрК РФ ограничение права члена саморегулируемой организации выполнять инженерные изыскания, осуществлять подготовку проектной документации, строительство, реконструкцию, капитальный ремонт, снос объектов капитального строительства по договору подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, договору строительного подряда, договору подряда на осуществление сноса, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, по иным основаниям, не предусмотренным настоящей статьей, не допускается.

Как указывает Заявитель, ЗАО «ОЦВ», предложившее цену договора в размере 738 903 144, 00 руб. не отвечает уровню ответственности предусмотренному пунктом 3. части 12 статьи 55.16 ГрК РФ, поскольку участник имеет уровень второй

уровень ответственности (не превышает 500 000 000 руб.) члена саморегулируемой организации по обязательствам по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, в соответствии с которым указанным членом внесен взнос в компенсационный фонд возмещения вреда.

В то же время, Заявитель не учитывает, что Закупочной документацией предусмотрено наличие у участника права выполнять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору строительного подряда, заключаемого именно с использованием конкурентных способов заключения договоров в отношении объектов капитального строительства, в отношении которого предусмотрен другой вид компенсационного фонда.

ООО «ОЦВ» же в свою очередь обладает третьим уровнем ответственности (не превышает 3 000 000 000 руб.) члена саморегулируемой организации по обязательствам по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, заключенным с использованием конкурентных способов заключения договоров, и предельному размеру обязательств по таким договорам, в соответствии с которым указанным членом внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств.

Тем самым при начальной цене договора в размере 738 903 144, 00 руб., предложенной ООО «ОЦВ» и наличии третьего уровня ответственности по договору строительного подряда, по договору подряда на осуществление сноса, заключенным с использованием конкурентных способов заключения договоров и предельному размеру обязательств по таким договорам, вправе участвовать в конкурентных процедурах и заключать договора по результатам проведения конкурентных процедур, стоимость которых не превышает 3 000 000 000 руб.

Требования о наличии у участника права выполнять строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства по договору строительного подряда, заключаемого именно с использованием конкурентных способов заключения договоров в отношении объектов капитального строительства в Закупочной документации не содержится.

При таких обстоятельствах у Комиссии отсутствуют основания для признания довода жалобы обоснованным.

В своей жалобе Заявитель также выражает несогласие с положениями документации, которые, по его мнению, приводят к необоснованному ограничению конкуренции и нарушают права и законные интересы участников закупки, а именно:

- установлением дополнительных требований, не предусмотренных действующим законодательством;
- размещение проектной документации на Официальном сайте не в полном объеме;
- наличием в Закупочной документации положений, противоречащих ГрК РФ;
- установлением требования о представлении форм и документов, содержащих

дублирующую информацию;

– установлением в Закупочной документации требования к методам испытаний, химическому составу товаров, используемых при выполнении работ по договору;

– включением в состав работ по договору товаров, функционально не связанных с объектом Закупки;

– установлением требования об использовании при выполнении работ по договору конкретных товаров, конкретных производителей товаров и товарных знаков без сопровождения словами «или эквивалент».

Комиссия учитывает, что до окончания подачи заявок Заявитель указанные требования не оспаривал, запросы разъяснений в отношении указанных положений Закупочной документации в адрес Заказчика не направлял.

Кроме того, из положений части 10 статьи 3 Закона о закупках следует, что для обжалования подобных действий лицо, обращающееся в антимонопольный орган с жалобой, должно доказать нарушение оспариваемыми действиями своих законных прав и интересов либо прав и законных интересов неопределенного круга лиц – потенциальных участников закупки.

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. Указанное означает недопустимость применения со стороны антимонопольного органа мер публично-правового принуждения на основании жалобы лица, не посчитавшего необходимым со своей стороны оспорить положения закупочной документации до момента подачи своей заявки на участие в этой закупке, а попытавшегося обойти эти требования и впоследствии стремящегося сорвать закупочную процедуру после отказа ее организатора в допуске такому лицу к участию в этой закупке.

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).

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 (часть 13 статьи 3 Закона о закупках).

В то же самое время, оценивая содержание нарушений, на которые ссылается в настоящем случае Заявитель, следует признать, что подобные (по мнению Заявителя) нарушения, в случае их действительного наличия в действиях организатора закупки, являлись явными и не могли не быть обнаружены Заявителем при изучении им Закупочной документации. Вместе с тем, как усматривается из материалов дела, на наличие таких условий в Закупочной документации Заказчика Заявитель указал только после отказа Заказчика допустить его к участию в закупочной процедуре.

При таких данных, оценивая поведение Заявителя в указанной части, следует признать его злоупотреблением правом (пункт 2 статьи 10 ГК РФ).

Вместе с тем Комиссия отмечает, что оспариваемые Заявителем положения Конкурсной 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 (пункт 1 статьи 8 ГК РФ) на все условия Конкурсной документации в момент подачи им заявки на участие в Конкурсе. 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 Конкурсной документации, которая не была оспорена Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке.

Аналогичного подхода придерживаются суды, например, по делу № А40 255742/18.

Вместе с тем Заказчиком на заседании Комиссии было установлено, что по результатам Закупки был заключен договор от 12.07.2019 № Р156-УСР-ОСР/19, с соблюдением сроков, предусмотренных действующим законодательством, в связи с чем у антимонопольного органа отсутствует возможность выдачи предписания.

В этой связи, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Граффит Строй» (ОГРН: 1147847055520,

ИНН: 7806520079) на действия ФГУП «ППП» (ОГРН: 1027700045999, ИНН: 7710142570) при проведении Закупки обоснованной в части неправомерного отклонения заявки ООО «Граффит Строй», необоснованной в части неправомерного допуска ООО «ОЦВ» к участию в закупки, в остальной части оставить жалобу без рассмотрения.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках
3. Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений не выдавать, поскольку по результатам Закупки заключен договор.
4. Снять ограничения, наложенные письмами Московского УФАС России от 12.07.2019 № ПО/34895/19, от 16.07.2019 № ПО/35495/19.

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