

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-4947/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

17.05.2019 г. Москва

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

рассмотрев жалобу ООО «Подводно-технические работы» на действия ПАО «Транснефть» при проведении предварительного квалификационного отбора по видам товаров, работ, услуг на право заключения договора на ПКО по видам работ, услуг №195: Подводно-технические работы при капитальном ремонте подводных переходов магистральных нефтепроводов и нефтепродуктопроводов на объектах организаций системы «Транснефть» (реестровый № 31907996370),

в соответствии со ст. 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 при проведении предварительного квалификационного отбора.

Жалоба рассмотрена по правилам статьи 18.1 Закон о защите конкуренции.

Согласно части 1 пункту 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, названным Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о

закупке).

Ввиду того, что квалификационный отбор проводится заказчиком на основании собственного Положения о закупках, а оспариваемые условия квалификационного отбора затрагивают права и законные интересы неопределенного круга лиц Московское УФАС России усматривает основания для рассмотрения жалобы по существу.

Пунктом 1 ч. 1 ст. 10 Закона о закупках, равно как и в правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в определениях от 02.10.2017 по делу № 309-КГ17-7502, от 11.04.2017 по делу № 304-КГ16-17592, не содержится указаний на обязательное нахождение в тексте поданной жалобы ссылок на ст. 3 Закона о закупках, что позволило бы антимонопольному органу только в таких случаях рассматривать поступившие жалобы на действия Заказчиков с особой правосубъектностью.

Напротив, правовая позиция Верховного Суда, отраженная в названных определениях, свидетельствует о праве антимонопольного органа рассматривать поступившие жалобы в тех случаях, когда по существу нарушения заказчика, допущенные в ходе закупки, подпадают под установленный упомянутой статьей перечень нарушений, обжалование которых допустимо в административном порядке.

При этом именно антимонопольный орган, как орган исполнительной власти, наделенный специальными полномочиями контролировать обеспечение равных условий для участников при проведении конкурентных процедур и являющийся правоприменителем в названной сфере, вправе оценивать жалобу участника и делать соответствующий вывод об отнесении/неотнесении обжалуемых действий заказчика к тем нарушениям, которые возможно обжаловать в антимонопольном органе в соответствии с ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

Жалоба общества содержит в себе указание на проведение закупки с нарушениями действующего законодательства о закупках, что указывает на возможность ее рассмотрения по правилам ст. 18.1 Федерального закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) на основании п. 1 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

В свою очередь, Законом о закупках провозглашены принципы, которым должны соответствовать действия заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принцип информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Заявитель в жалобе не согласен с положениями документации, поскольку полагает их необоснованными, избыточными, ограничивающими конкуренцию на торгах. Как указывает заявитель в жалобе, заказчик в документации необоснованно установил в качестве критерия допуска к участию в процедуре следующие требования.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе

требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

Как установлено в документации, не подтверждение положительной деловой репутации заявителя может являться основанием для отклонения заявки на ПКО или принятия решения об отказе во включении заявителя в реестр ПКО, в том числе по следующим причинам:

наличие фактов систематического (3 и более раз) нарушения заявителем обязательств перед организациями системы «Транснефть» (далее – ОСТ) по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг на объектах ОСТ, подтвержденных претензиями и/или решениями судов.

То есть общество «Транснефть» создало ситуацию, при которой в рамках рассмотрения представленных заявок, оно может отклонить заявку лица в случае направления в его адрес претензионного письма при ранее возникших гражданско-правовых обязательствах сторон.

При этом вышеуказанное требование не может быть применено в равной степени к участникам, поскольку участники, имеющие в наличии претензии в рамках закупок с иным хозяйствующим субъектом, могут быть допущены к участию, в то время как участники, имеющие данные факты и случаи в рамках закупок с заказчиком и организациями системы «Транснефть», подлежат отклонению.

Кроме того, учитывая, что указанные претензии направляются самим Заказчиком и иными организациями системы «Транснефть», а указанным претензиям не дается надлежащая правовая оценка судом, возможно субъективное правоусмотрение заказчика при направлении соответствующих претензий конкретным субъектам рынка, что не соотносится с принципами проведения закупочных процедур и равноправия участников гражданских правоотношений.

Таким образом, установление указанного требования в качестве обязательного ограничивает круг участников, поскольку несоответствие указанным требованиям, относящимся к деловой репутации перед заказчиком, не подтверждает невозможность для участника конкурса исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам закупки.

Более того, данный критерий не является объективным и прозрачным и не позволяет учитывать фактически совершенное правонарушение, то есть степень опасности нарушения.

Данный критерий является дискриминационным, потому как не позволяет дифференцировать нарушения, непосредственно связанные с нарушением обязательств, и иные нарушения. Кроме того, данный критерий не позволяет дифференцировать нарушения с точки зрения их опасности, хотя заказчик настаивает на обратном, однако правовых доводов им не приводится.

При этом данное требование является не критерием оценки, а критерием допуска лица для участия в отборе.

Таким образом, указанный критерий фактически заставляет, с одной стороны, отказываться контрагентов заказчика от ведения судебной работы с

организациями группы компаний «Транснефть» ввиду значительного в случае проигрыша риска получить более низкие баллы при участии в будущих закупках, а с другой стороны, ставит в неравное положение прошлых контрагентов заказчика с теми, которые ранее в закупочных процедурах ПАО «Транснефть» не участвовали.

При этом создается ситуация, которая нивелирует существо судебной и претензионной работы как способов защиты нарушенного права, поскольку позволяет обеим сторонам таких отношений манипулировать таким правом.

Так, заказчик может стремиться к предъявлению необоснованных претензий к неисполнившим по тем или иным причинам обязательства контрагентам, а участник закупки получив значительный объем претензий и судебных взысканий у одних заказчиков (например, ПАО «Газпром»), «уйти» к другим, для которых в силу порядка и оснований оценки заявок такое лицо будет считаться надлежащим контрагентом с устойчивой деловой репутацией.

Таким образом, резюмируя изложенное, требования, установленные заказчиком, не могут свидетельствовать о проявлении им осмотрительности при выборе контрагента, а приводят лишь к исключению из числа участников отбора тех, которые могут принять участие в нем, но отказываются от подачи заявки ввиду создания заявителем препятствий к тому.

Факт направления претензии в адрес потенциального участника отбора не свидетельствует об обоснованности такой претензии, в связи с чем факт ее направления нивелирует возможность участия в процедуре, по результатам которой фактически заказчик осуществляет последующие закупочные процедуры среди отобранного круга лиц. В связи с изложенным Комиссия Управления не считает возможным признать обоснованным подобное условие.

При этом следует отметить, что имеется сложившаяся судебная практика относительно необходимости соблюдения заказчиками баланса частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и стабильности публичных правоотношений, и недопустимости противоречия установления заказчиками требований закупочной документации принципу равенства участников гражданских правоотношений (ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), презумпции добросовестности участников таких правоотношений (ч. 5 ст. 10 ГК РФ), а также законодательно установленному запрету на злоупотребление правом (ч.1 ст. 10 ГК РФ), что отражено и следует из судебных актов по делам, рассмотренным в Московском регионе, например, №№ А40-42683/18, А40-57030/2018, А40-111259/18.

Включенные в состав документации спорные требования в итоге не приводят к избежанию рисков, связанных с ненадлежащим исполнением заключаемых договоров.

Следует отметить, что специфика такой процедуры, как предварительный отбор, заключается в получении у ее участников права не на заключение разыгрываемого договора как такового, а в получении специального права участвовать в процедурах, в которых обязательным условием участия является прохождение предварительного отбора. При этом лица, не прошедшие такой отбор или не участвовавшие в подобных процедурах, лишены возможности быть участниками

торгов с подобным составным этапом.

Таким образом, предварительный квалификационный отбор является своеобразным фильтром заинтересованных лиц перед проведением итоговой конкурентной процедуры, в рамках которой будет разыгран контракт с Заказчиком. Соответственно, целью проведения такого отбора является определение участников будущей процедуры.

В силу наличия у процедуры отбора и торгов, проводимых после него, вышеназванных особенностей, указанные процедуры должны быть максимально прозрачными и не должны быть фактором ограничения конкуренции при проведении закупок на право заключения контрактов.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, названным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений ч. 3 упомянутой нормы правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Таким образом, положение о закупках не является единственным правовым актом, регламентирующим деятельность заказчиков.

В этой связи, разрабатываемое Заявителем положение о закупках не может и не должно противоречить действующему законодательству, а право заказчиков устанавливать особенности проведения закупочных процедур, на что ссылается заявитель, не освобождает их от необходимости соблюдения действующего законодательства, прав и законных интересов участников как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях. Кроме того, в рамках исследования условий проведения спорного квалификационного отбора антимонопольным органом установлено предъявление Заказчиком требований, ограничивающих потенциальное число участников.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Подводно-технические работы» на действия ПАО «Транснефть» при проведении предварительного квалификационного отбора обоснованной.
2. Установить в действиях ПАО «Транснефть» нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать ПАО «Транснефть» обязательное для исполнения предписание.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его получения лицами, участвовавшими в деле.