

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-7771/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

15.06.2023 г. Москва

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

Председательствующего Комиссии:

<...> — главного государственного инспектора отдела антимонопольного контроля торгов;

членов Комиссии:

<...> — главного специалиста-эксперта отдела антимонопольного контроля торгов;

<...> — специалиста 1 разряда отдела антимонопольного контроля торгов;

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Агентство Игроник», АО «РЖД Медицина»,

рассмотрев жалобу ООО «Агентство Игроник» (далее - Заявитель) на действия АО «РЖД Медицина» (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса на право заключения договора на оказание услуг по проведению рекламных кампаний в системах контекстной рекламы Яндекс.Директ (реестровый № 32312374874, далее — Закупка),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки, перенаправленная письмом ФАС России от 07.06.2023 № 28/44878/23.

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.

Часть 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 Заказчиком нарушен порядок оценки заявки Заявителя, а именно не начислены баллы по неценовому критерию «Наличие квалифицированных трудовых ресурсов».

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился представил материалы и письменные возражения.

Комиссия, рассмотрев довод Заявителя в части оспаривания результатов оценки его заявки, установила следующее.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика 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.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами

равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Согласно части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

В соответствии с пунктом 3 части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик, требования к описанию участниками такой закупки выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом конкурентной закупки, их количественных и качественных характеристик.

Частью 6 статьи 3 Закона о закупках определено, что заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. 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 силу пункта 2 Приложения № 1.4 к документации наличие квалифицированных трудовых ресурсов оценивается путем деления количества персонала участника, задействованного в выполнении работ/оказании услуг, имеющегося у каждого (j -ого) участника, на максимальное количество персонала, задействованного в выполнении работ/оказании услуг из всех имеющихся у участников:

, где

$J=1 \dots n$, n – количество участников

A_j - количество баллов j -ого участника;

P_j – количество персонала, задействованного в выполнении работ/оказании услуг имеющегося у j -ого участника;

P_{\max} – максимальное количество персонала, задействованного в выполнении работ/оказании услуг из всех имеющихся у участников

– максимально возможное количество баллов.

Данный критерий применяется, если в штате участника находится как минимум 10 специалистов по направлению «контекстная реклама».

Оценка и сопоставление заявок осуществляется на основании сведений, представленных по Форме Сведений о квалифицированном персонале участника, являющихся приложением к конкурсной документации, а также соответствующих документов, представленных в подтверждение указанных сведений.

Отсутствие указанных выше документов и (или) сведений приравнивается к непредоставлению данных документов и (или) сведений и является основанием для присвоения участнику закупки 0 (нуля) баллов.

При оценке по данному критерию учитываются соответствующие документы только участника закупки (опыт иных лиц, привлекаемых участником закупки для исполнения договора, не учитывается).

При этом оценивается наличие на дату подачи заявки находящихся в штате у участника специалистов, обладающих компетенцией для выполнения работ в рамках действующего технического задания, среди которых:

- Веб-аналитики;
- Специалисты по контекстной рекламе
- Проект менеджеры, обладающие сертификатами Яндекс.Директ
- Проект менеджеры, обладающие сертификатами Яндекс.Метрика

В подтверждение наличия требуемых трудовых ресурсов участник в составе заявки представляет:

- сведения о персонале участника, представленные в приложении № 1.3 конкурсной документации;
- копии приказов;
- копии дипломов;
- копию штатного расписания на дату подачи заявки;
- сертификаты Яндекс.

Комиссией установлено, что согласно протоколу от 05.06.2023 № 2 заявке Заявителя (№3) по критерию «Наличие квалифицированных кадровых ресурсов» присвоено «0» баллов:

	Количество баллов,	Количество баллов,	Итоговое количество	
--	-----------------------	-----------------------	------------------------	--

Порядковый номер заявки участника	присвоенное заявке по критерию «цена лида»	присвоенное заявке по неценовым критериям	баллов, присвоенное заявке по итогам оценки	Порядковый номер заявки по итогам оценки
Участник № 1	47,27	20	67,27	3 место
Участник № 2	41,19	0	41,19	7 место
Участник № 3	48,87	0	48,87	5 место
Участник № 4 (ООО «АРТОКС МЕДИА»)	41,67	30	71,67	1 место Победитель
Участник № 5	46,81	0	46,81	6 место
Участник № 6	47,63	20	67,63	2 место
Участников № 7	41,25	20	61,25	4 место
Участник № 8	34,33	0	34,33	8 место

Согласно доводам жалобы Заказчик неправомерно не присвоил Заявителю баллы по указанному критерию, поскольку в составе заявки Заявителем были предоставлены документы, подтверждающие соответствие Заявителя указанному критерию.

Как следует из пояснений Заказчика, Заявитель при подаче заявки и документов предоставило информацию и документы на 14 специалистов участника закупки.

При этом Заявителем вопреки требованиям закупочной документации не были представлены приказ о приеме на работу, изданных в отношении указанных сотрудников, а также не были представлены дипломы в отношении 3 сотрудников, в связи с чем Заявителю было присвоено «0» по указанному критерию.

Вместе с тем, по мнению Заявителя, предоставление приказов о приеме на работу является неправомерным требованием, поскольку в силу части 1 статьи 68 Трудового кодекса Российской Федерации издание приказ о приеме работника на работу является правом работодателя.

Комиссия, рассмотрев указанный довод, считает необходимым отметить, указанная редакция части 1 статьи 68 ТК РФ начала действовать с 19.12.2022.

Согласно редакции части 1 статьи 68 ТК РФ (в ред. до 19.12.2022) прием на работу оформляется приказом (распоряжением) работодателя, изданным на основании заключенного трудового договора.

Изучив заявку заявителя, Комиссия установила, что лишь 1 трудовой договор заключен позже 19.12.2022, в связи с чем Заявитель в соответствии с действовавшей на момент возникновения трудовых обязанностей редакцией части 1 статьи 68 ТК РФ был обязан издать приказ о приеме сотрудников на работу.

Указанные документы Заявителем в составе заявки не были представлены.

Вместе с тем Заявитель также считает, что требование о предоставлении диплома также являются излишними, поскольку для выполнения услуг по договору достаточно сертификатов Яндекс.Директ и Яндекс.Метрика.

Указанный довод направлен на оспаривание положений документации и не содержится в тексте жалобы.

Согласно части 13 статьи 3 Закона о закупках рассмотрение жалобы антимонопольным органом должно ограничиваться только доводами, составляющими предмет обжалования.

При этом Комиссия считает необходимым отметить, **по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции жалоба может быть подана либо лицом, подавшим заявку на участие в торгах, либо лицом, не подавшим заявку на участие в торгах в случае, если обжалуется порядок размещения информации о проведении торгов либо порядок подачи заявок на участие в торгах.**

Комиссия отмечает, что оспариваемые Заявителем положения документации и порядок размещения информации подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок, а именно не позднее 30.05.2023.

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.

Согласно статье 10 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, «действия в обход закона» с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

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 конкурсной документации до момента подачи своей заявки на участие в этой закупке, а попытавшегося обойти эти требования и впоследствии стремящегося сорвать

закупочную процедуру после непризнания его победителем этой закупки.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (часть 3 статьи 1 ГК РФ, недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ).

Учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу, что обжалование Заявителем положений документации после принятия участия в самой закупочной процедуре не подлежит рассмотрению антимонопольным органом в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, так как Заявитель, принимая участие в публично-правовой процедуре, в силу статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации конклюдентно соглашается с ее условиями, в связи с чем презюмируется позиция участника о признании таких условий соответствующими положениям антимонопольного законодательства, в связи с чем обжалование участником Закупки положений Документации после окончания срока подачи заявок свидетельствует о злоупотреблении своим правом на обжалование процедуры.

При таких обстоятельствах, учитывая положения части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия отмечает, что оспаривание положений документации, которые, по мнению Заявителя, противоречат действующему законодательству Российской Федерации, подлежали обжалованию до окончания срока подачи заявок.

Таким образом, Заявитель не может обжаловать указанные действия Заказчика при проведении Закупки, в связи с чем у Комиссии отсутствуют правовые основания для рассмотрения жалобы Заявителя в части оспаривания положений документации.

В соответствии с письмом ФАС России от 25.06.2019 № МЕ/53183/19 жалоба на положения документации о закупке может быть направлена любым лицом в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке.

Аналогичная правовая позиция изложена в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.06.2021 по делу №А40-178288/20.

Заявитель конклюдентно согласился (п. 1 ст. 8 ГК РФ) на все условия документации в момент подачи им заявки на участие в Закупке, а равно принял на себя риски, связанные с оценкой своей заявки.

Учитывая, что в Заявителем в составе Заявки не был приложен полный комплект документов, предусмотренный пунктом 2 приложения № 1.4 к документации, то Заказчик правомерно присвоил «0» баллов по указанному критерию.

В этой связи у Комиссии отсутствуют правовые основания к выявлению в действиях Заказчика нарушения требований действующего законодательства о закупках, поскольку последний действовал в соответствии с требованиями собственной

документации, которая не была оспорена Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке.

В настоящем случае, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о том, что Заказчиком не допущено нарушений Закона о закупках при оценке заявок участников.

В свою очередь, 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 нарушения Закона о закупках 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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – 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).

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки фактических обстоятельств и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу о необоснованности доводов жалобы.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Агентство Игроник» (ОГРН: 1167746165278, ИНН: 7716816890) на действия АО «РЖД Медицина» (ОГРН: 1207700168213, ИНН: 7708379090) при проведении Закупки необоснованной.

2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России от 09.06.2023 № ЕИ/23710/23.

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