

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-3991/2023 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**03.04.2023 г. Москва**

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

Председательствующего:

заместителя начальника отдела антимонопольного контроля торгов;

членов Комиссии:

главного государственного инспектора отдела антимонопольного контроля торгов;

специалиста 1 разряда отдела антимонопольного контроля торгов;

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей,

рассмотрев жалобу при проведении открытого запроса предложений на право заключения договора на поставку полиоксихлорида алюминия 18 (ПОХА 18) для нужд ЧТЭЦ-1 ПАО «Фортум» в 2023г. (рамочный) (реестровый № 32312133627, 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 при проведении Закупки.

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, конкурсной комиссии или аукционной 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» (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, конкурсной или аукционной 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.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок 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, заявка Заявителя неправомерно отклонена от дальнейшего участия в процедуре, поскольку его заявка полностью соответствовала требованиям документации.

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

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

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

В соответствии с частью 10 статьи 3.2 Закона о закупках, заявки на участие в конкурентной закупке представляются согласно требованиям к содержанию, оформлению и составу заявки на участие в закупке, указанным в документации о закупке в соответствии с настоящим Федеральным законом и положением о закупке заказчика.

Также в силу пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации подлежат указанию требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Комиссией установлено, что 01.11.2022 Заказчик на сайте электронной торговой площадки АО «ЭТС» ([www.fabrikant.ru](http://www.fabrikant.ru)), а также на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<http://zakupki.gov.ru>) (далее – ЕИС), разместил информацию о проведении открытого запроса предложений на право заключения договора на поставку полиоксихлорида алюминия 18 (ПОХА 18) для нужд ЧТЭЦ-1 ПАО «Фортум» в 2023г. (рамочный) (реестровый № 32312133627).

Согласно Протоколу по подведению итогов от 22.03.2023 № 32312133627-02 заявка Заявителя отклонена на основании:

«пункта 12 отборочного критерия «Соответствие заявки предмету договора и требованиям Задания на закупку (количество, объем, технические характеристики и пр.)», установленного Приложением № 1А Закупочной документации, а именно: предлагаемый к поставке ООО «Экселенц» эквивалент не соответствует требованиям Задания на закупку.».

Так, в соответствии с пунктом 1.2.1 Закупочной документации описание предмета маркетинговых исследований (лота), требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы (услуги), а также требования в соответствии в разделе 8 Документации к описанию Участником товара, работы, услуги, которые являются предметом маркетинговых исследований, его количественных и качественных характеристик, требования к описанию Участником выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом маркетинговых исследований, их количественных и качественных характеристик указаны в разделе 8 Документации (Техническое задание).

Частью 3 Закупочной документации установлено, что состав и содержание Заявки указаны в п. 3.1.1., Заявка должна содержать всю информацию и документы, подлежащие включению в Заявку согласно требованиям Документации.

Так, в соответствии с пунктом 3.2 Закупочной документации заявка должна состоять из следующих блоков:

- 1) «Общие документы»,
- 2) «Техническая часть»,
- 3) «Юридические документы»,
- 4) «Коммерческая часть».

Пунктом 3.2.3 Закупочной документации представлена форма технического предложения (Приложение №2), а также инструкция по ее заполнению.

В соответствии с формой Технического предложения допускается предложение аналога с техническими характеристиками, соответствующими или превосходящими технические характеристики Продукции, указанные в Приложении № 1 (Задание на закупку) к Техническому заданию. В случае предложения аналога для оценки соответствия по техническим характеристикам Участник должен в составе своей заявки указать полные технические данные предлагаемой к поставке Продукции, приложить техническую документацию.

Приложением № 1 к Техническому заданию (Задание на закупку) установлены Технические характеристики эквивалента:

**1. Массовая доля оксида алюминия (Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub>),%: 17,0 ± 0,5**

**2. Массовая доля хлора(Cl),%: 21,0 ± 2,0**

**3. Плотность (при 20°C), г/см<sup>3</sup>: 1,36 ± 0,02**

**4. pH: 1,0 ± 0,5**

5. Массовая доля железа (Fe),%, не более: 0,01

6. Массовая доля нерастворимого в воде остатка,%, не более: 0,1

Комиссией установлено, что Заявитель в своем техническом предложении, представленном в составе заявки предполагает к поставке аналогичную продукцию: Гидроскохлорид алюминия марки ГОХА-18 в соответствии с ТУ20.13.62-001-95958059-2016 со следующими техническими показателями:

**1. Массовая доля оксида алюминия (Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub>),%: 17,1**

**2. Массовая доля хлора(Cl),%: 22.1**

**3. Плотность (при 20°C), г/см<sup>3</sup>: 1.373**

**4. pH: 1.1**

5. Массовая доля железа (Fe),%,: 0,01

6. Массовая доля нерастворимого в воде остатка,%,: 0.1

Также Заявитель в составе заявки представил следующую техническую документацию на предлагаемый к поставке товар:

- Протокол испытаний;

- Экспертное заключение о соответствии Единым санитарно — эпидемиологическим и гигиеническим требованиям к продукции (товарам), подлежащей санитарно — эпидемиологическому надзору (контролю);

- Паспорт безопасности химической продукции;

- Технические условия ТУ20.13.62-001- 95958059-2016.

Вместе с тем, пунктом 1.4 технических условий ТУ20.13.62-001-95958059-2016 установлено, что по физико-химическим показателям Коагулянт MetaPAC® должен соответствовать требованиям и нормам, указанным в таблице 1.

Согласно таблице 1 для марки MetaPAC® производитель установил следующие требования и нормы к физико-химическим показателям:

Массовая доля оксида алюминия (Al <sub>2</sub> O <sub>3</sub> )	17,0 ± 0,7
Массовая доля хлора(Cl),%	21,0 ± 2,5
Плотность (при 20°С), г/см <sup>3</sup>	1,35 ± 0,03
pH	1,0 ± 0,6

Таким образом, гарантированный производителем диапазон характеристик для Коагулянта MetaPAC® ТУ20.13.62-001-95958059-2016 по показателям «Массовая доля оксида алюминия (Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub>),%», «Массовая доля хлора(Cl),%», « Плотность (при 20°С), г/см<sup>3</sup>», «pH» не соответствует разрешенному диапазону характеристик, установленному Приложением № 1 к Техническому заданию (Задание на закупку).

В связи с чем, предлагаемая Заявителем аналогичная продукция не соответствует требованиям Закупочной документации.

По мнению Заявителя, широкий диапазон показателей в ТУ20.13.62-001-95958059-2016 позволяет изготовить продукт с любым значением, входящим в данный диапазон.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что Заявитель не является производителем предлагаемого к поставке коагулянта, в связи с чем не может гарантировать поставку товара с любым значением, входящим в данный диапазон, который будет соответствовать требованиям Закупочной документации.

На основании пункта 5.1.8 Закупочной документации в случае, если заявка Участника не отвечает какому-либо из требований, установленному отборочными критериями Приложения № 1А закупочной документации, и (или) в случае указания в заявке до этапа подведения итогов сведений о ценовом предложении Участника, такая заявка отклоняется.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что фактически заявка Заявителя не соответствует требованиям Закупочной документации, а равно у Заказчика имелись правовые основания для отклонения заявки Заявителя.

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

Оценивая доводы жалобы о том, что в техническом задании установлены

требования к товару со ссылкой на утративший силу ГОСТ, Комиссия отмечает следующее.

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 13:00 06.03.2023.

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 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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – 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 и порядок размещения информации, 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 и порядка размещения информации о закупке.

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.

В связи с изложенным, Комиссией принято решение об оставлении жалобы Заявителя в указанных частях без рассмотрения в порядке ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

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

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу при проведении Закупки в части оспаривания отклонения заявки — необоснованной, в части оспаривания положений документации — оставить жалобу без рассмотрения.
2. Снять ограничения на размещение Закупки, наложенные письмом Московского УФАС России.

