РЕШЕНИЕ

по жалобе № 51/03-18.1-2018

«20» апреля 2018 г. г. Кемерово, ул. Ноградская, 5

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению жалоб о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия) в составе:

Заместитель председателя Комиссии: <…> – <…>;

Члены Комиссии: <…> – <…>;

<…>– <…>;

<…>– <…>;

<…>– <…>.

в присутствии представителя ООО «Сибирская генерирующая компания» и АО «Кузбассэнерго» <…> (<…>)

рассмотрев в порядке, установленном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), жалобу ООО «Механика» (г. Иркутск, ул. Декабрьских Событий, 109-7; ИНН 3808135974, далее – Заявитель) и материалы по жалобе № 51/03-18.1-2018,

У С Т А Н О В И Л А:

04.04.2018 г. Кемеровским УФАС России принята к рассмотрению жалоба (вх. № 2059) ООО «Механика», перенаправленная Красноярским УФАС России и Московским УФАС России, на действия организатора закупки общества с ограниченной ответственностью «Сибирская генерирующая компания» (ИНН/КПП: 7709832989/ 772501001, далее – ООО «Сибирская генерирующая компания», Организатор закупки) при осуществлении закупки путем проведения маркетингового исследования на право заключения договора поставки котельно-вспомогательного оборудования для нужд Беловская ГРЭС АО «Кузбассэнерго» (Закупка № 1291-2018-ГО), размещенной в информационно-телекомуникационной сети «Интернет» по адресу: http//zakupki.gov.ru, Извещение № 31806095291(далее – Закупка).

По мнению Заявителя, Организатором закупки нарушены сроки размещения протокола и принципы целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика, а также равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, установленные ст. 3

Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) путем признания победителем Закупки участника, предложившего менее выгодные условия.

Уведомлением от 04.04.2018 г. № 03/3127 рассмотрение жалобы № 51/03-18.1-2018 назначено на 11.04.2018г. Данное уведомление было направлено в адрес ООО «Сибирская генерирующая компания», АО «Кузбассэнерго» и ООО «Механика» по электронной почте.

При рассмотрении жалобы Комиссией было установлено, что для всестороннего и полного рассмотрения жалобы №51/03-18.1-2018 необходимо представление дополнительных материалов, в связи с чем, рассмотрение жалобы было отложено на 20.04.2018 г.

20.04.2018г. на рассмотрение Комиссией жалобы № 51/03-18.1-2018 представитель ООО «Сибирская генерирующая компания» и АО «Кузбассэнерго» просила признать жалобу ООО «Механика» необоснованной, приложив письменные пояснения.

Согласно данным пояснениям протокол был подписан Организатором закупки 13.03.2018, а размещен 16.03.2018, что не нарушает срок размещения протокола, установленный Законом о закупках, также Организатором закупки не нарушены принципы, установленные ст. 3 Закона о закупках, т.к. победитель закупки определен на основе сопоставления и рейтинговой оценки заявок участников, по результатам которой победителем признан участник с наибольшим рейтингом. Кроме того, по мнению ООО «Сибирская генерирующая компания» требования Закона о закупках не распространяются на ООО «Сибирская генерирующая компания».

Изучив имеющиеся материалы закупки, заслушав доводы, возражения и пояснения лиц, участвующих при рассмотрении жалобы, Комиссия установила следующее:

АО «Кузбассэнерго» осуществляет виды деятельности, относящиеся к сфере деятельности естественных монополий, и регулируемые виды деятельности в сфере теплоснабжения, следовательно, относится к организациям, указанным в ч. 2 ст. 1 Закона о закупках, которые обязаны руководствоваться нормами данного закона при проведении закупочных процедур.

Целями регулирования Закона о закупках являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц (в том числе субъектов естественных монополий), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений (ч. 1 ст. 1 Закона о закупках).

В соответствии со ст. 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 ч. 3 указанной статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - Положение о закупке).

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 вышеуказанными требованиями Закона о закупках советом директоров ОАО «Кузбассэнерго» (протокол от 26.12.2016 № 27/16) утверждено Положение о порядке проведения закупок товаров, работ, услуг для нужд ОАО «Кузбассэнерго» (далее - Положение), которое было размещено на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (www.zakupki.gov.ru).

В соответствии с ч. 3 ст. 3 Закона о закупках в Положении о закупке могут быть предусмотрены иные (помимо конкурса или аукциона) способы закупки. При этом заказчик обязан установить в положении о закупке порядок закупки указанными способами.

Согласно п. 6.1. Положения к способам закупки относится, в том числе, маркетинговое исследование.

Маркетинговое исследование заключается в приглашении физических и юридических лиц к участию в процедуре закупки с ограниченными сроками проведения, а также с указанием определённого набора критериев и методологии оценки предложений в соответствии с разделом 9 настоящего Положения (п.8.4.1. Положения).

Согласно п. 8.4.10. Положения победителем маркетингового исследования признается участник, который дал наиболее привлекательное для Общества предложение в соответствии с Методикой оценки (Приложение № 1 к Положению).

Методика оценки предложений участников закупки, являющаяся Приложением № 1 к Положению, основывается на методе рейтинговых оценок и содержит набор критериев: стоимость, статус участника, опыт выполнения аналогичных договоров (сумма исполненных аналогичных поставок по договорам в год за последние 3 года согласно требований ТЗ), согласие с условиями проекта договора, условия оплаты, срок действия оферты.

В соответствии с п.8.4.12. Положения по итогам оценки и сопоставления предложений, полученных в результате маркетингового исследования, составляется протокол, содержащий информацию, предусмотренную Законом о закупках. Формат Протокола устанавливается внутренним нормативным документом Организатора закупки.

Согласно сведениям из Единого государственного реестра юридических лиц

ООО «Сибирская генерирующая компания» является управляющей организацией, осуществляющей функции единоличного исполнительного органа АО «Кузбассэнерго»

ООО «Сибирская генерирующая компания» оказывает услуги АО «Кузбассэнерго» в рамках агентского договора № 70-093/01-КЭ-УК-2105 от 11.08.2015 г. (далее - агентский договор).

Согласно агентскому договору ООО «Сибирская генерирующая компания» (Агент) обязано на возмездной основе от имени и за счет АО «Кузбассэнерго» (Принципал) выступать в качестве организатора процедуры закупок материально-технических ресурсов, работ и услуг, а также по согласованию с АО «Кузбассэнерго», оказывать услуги по сопровождению и исполнению обязательств по договорам на выполнение работ/оказание услуг, заключенным АО «Кузбассэнерго».

П. 2.1.4, п. 2.1.5 агентского договора предусмотрена обязанность ООО «Сибирская генерирующая компания» объявлять и организовывать закупочные процедуры, осуществлять действия и мероприятия при организации и проведении закупки, в том числе, размещение информации, предусмотренной действующим законодательством, на Официальном сайте. В соответствии с п. 2.1.1. агентского договора ООО «Сибирская генерирующая компания» обязуется при исполнении данного договора соблюдать требования действующего законодательства, регламентирующего порядок закупок отдельными видами юридических лиц, Положения о закупках, а также иных нормативных документов АО «Кузбассэнерго».

Ввиду того, что в Законе о закупках обязанность соблюдать нормы данного закона для организаций, осуществляющих по договору функции организатора торгов, не установлена, к данным правоотношениям применяются нормы гражданского законодательства.

Из агентского договора следует, что агент ООО «Сибирская генерирующая компания» оказывает данные услуги от лица принципала АО «Кузбассэнерго» и за счет принципала. В соответствии с п. 1 ст. 1005 Гражданского Кодекса Российской Федерации по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала. На основании системного толкования данной нормы права и положений Закона о закупках ответственность за нарушение организатором торгов Закона о закупках несет заказчик АО «Кузбассэнерго».

Таким образом, довод представителя ООО «Сибирская генерирующая компания», что требования Закона о закупках не распространяется на ООО «Сибирская генерирующая компания» является неправомерным.

Извещение № 31806095291 о закупке путем проведения маркетингового исследования на право заключения договора поставки котельно-вспомогательного оборудования для нужд Беловская ГРЭС АО «Кузбассэнерго» было размещено Организатором закупки 05.02.2018г.

На участие в Закупке было подано 4 заявки: ООО «Механика, ООО «Пауэрз», АО ПИК «ЭНЕРГОТРАСТ», ООО «СТК-Комплект».

По итогам оценки и сопоставления заявок участников Организатором закупки 07.03.2018г. было принято решение и составлен Протокол №40 ЗР, в котором указан победитель закупки ООО «Пауэрз», предложенная им цена и условия договора.

Одним из доводов жалобы Заявителя является то, что победителем Закупки признан участник, предложивший менее выгодные условия. Такой вывод Заявителем сделан по причине отсутствия в Протоколе №40 ЗР сведений о предложениях участников закупки и их оценки.

В материалы жалобы ООО «Сибирская генерирующая компания» представлено Положение «О Центральной закупочной Комиссии ООО «Сибирская генерирующая компания» (далее - Положение о ЦЗК), Приложением 3 к которому установлена форма протокола по вопросу подведения итогов маркетингового исследования.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом информационной открытости закупки.

АО «Кузбассэнерго» не установило обязательные требования к протоколу подведения итогов, в частности наличие сведений о предложениях участников закупки и их оценки, чем нарушило п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках

ООО «Сибирская генерирующая компания» установило форму протокола, которая не содержит сведений о предложениях участников закупки и их оценки, чем нарушило п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, что нарушает права участников быть справедливо оцененными, проводить анализ собственной экономической деятельности, связанной с закупками, а также создает условия для злоупотребления и коррупции со стороны Организатора закупки при осуществлении закупочной деятельности

Заказчиком в Положении не установлено кем подводятся итоги оценки и сопоставления предложений, полученных в результате маркетингового исследования, и кем подписывается протокол подведения итогов.

В п. 5.1. Положения указано, что закупочная документация для каждой закупки утверждается Организатором закупки.

Так Организатором закупки в п. 9.5. закупочной документации установлено, что решение по итогам рассмотрения, оценки и сопоставления предложений принимается закупочной комиссией и оформляется протоколом, который размещается в единой информационной системе (сайт www.zakupki.gov.ru , копия на сайте www.sibgenco.ru).

Протокол №40 ЗР решения ООО «Сибирская генерирующая компания», принятого 07.03.2018г., подписан единолично начальником отдела конкурентных процедур Красноярского филиала ООО «Сибирская генерирующая компания» <...>, а не комиссией, что нарушает п.9.5. закупочной документации

Как пояснила на рассмотрении жалобы представитель Организатора торгов, в соответствии с п. 1.14 Положения о ЦЗК полномочиями по решению вопросов в

рамках инициации закупок способом «Маркетинговое исследование» наделен Директор по ресурсному обеспечению, который принимает решение по итогам закупки, оформляет и подписывает протокол. Протокол №40 ЗР был подписан <...>, которая наделена соответствующими полномочиями Распоряжением директора по ресурсному обеспечению №ГО/196-Р от 02.10.2017г.

Вместе с тем, Комиссия не может согласиться с данным доводом Организатора закупки и приходит к выводу, что в нарушение п.9.5. закупочной документации решение по итогам закупки было принято и протокол подписан не закупочной комиссией, а одним лицом.

Кроме того, Комиссия полагает, что Протокол №40 ЗР подписан <...> - неуполномоченным лицом, т.к. согласно п.4.16 Положения о ЦЗК протокол подписывает директор по направлению, без указания на возможность подписания иными лицами, также представленная в материалы дела Сравнительная таблица по оценке предложений участников никем не подписана, соответственно не имеет юридической силы.

Ч. 12 ст.4 Закона о закупках установлено, что протоколы, составляемые в ходе закупки, размещаются заказчиком в единой информационной системе не позднее чем через три дня со дня подписания таких протоколов.

Учитывая тот факт, что решение по итогам закупки, оформленное Протоколом №40 ЗР, было принято единолично 07.03.2018г. и иные даты в нем отсутствуют, то нет оснований полагать, что его подписание произошло позднее 07.03.2018г. Соответственно протокол необходимо было разместить не позднее 12.03.2018г. (срок исполнения обязанности приходится на 10.03.2018г. – нерабочий день, в соответствии со ст.193 ГК РФ, если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день).

Обязанность по размещению протоколов, составляемых в ходе закупки возложена законом на Заказчика, соответственно АО «Кузбассэнерго», разместив Протокол №40 ЗР 16.03.2018г., т.е. позднее чем через три дня, нарушило ч. 12 ст.4 Закона о закупках.

Поскольку Законом о закупках установлено, что протоколы, составляемые в ходе закупки, размещаются заказчиком в единой информационной системе не позднее чем через три дня со дня подписания таких протоколов, то комиссия полагает, что протокол подведения итогов должен содержать дату его подписания.

По итогам оценки и сопоставления заявок участников победителем закупки признано ООО «Пауэрз», с которым был заключен договор в виде дополнительного соглашения №2 от 19.03.2018г. к договору №КФ-17/376 от 14.11.2017г.

Согласно п. 4 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции допускается обжалование действий (бездействия) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии в антимонопольный орган не позднее десяти дней со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», со дня такого размещения, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Такое законодательное закрепление сроков на обжалование обусловлено целями Закона о закупках, которыми являются, в том числе, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Для достижения названных целей участникам закупки предоставлено право в порядке, установленном антимонопольным законодательством, обжаловать действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг (ч. 10 ст. 3 Закона о закупках).

Разрабатываемое участником закупки положение о закупках не должно вступать в противоречие с Законом о защите конкуренции в соответствующей части, а, напротив, призвано обеспечивать реализацию права на защиту в административном порядке путем установления соответствующего порядка заключения договоров по результатам торгов.

Сокращение либо исключение указанного срока направлено на снижение эффективности защиты гражданских прав.

Следовательно, не установление в положении о закупках срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, фактически исключает применение оперативных мер, предусмотренных статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, лишает обращение с жалобой какого-либо юридического смысла, а потому направлено против прав участников закупки (Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденной Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016).

В Положении о закупках АО «Кузбассэнерго» отсутствует условие о заключении договора по истечению 10-ти дневного срока, что исключает возможность реализации права на защиту в административном порядке участниками закупки.

Таким образом, Комиссией установлено, что:

ООО «Сибирская генерирующая компания», установив форму протокола, не содержащую сведений о предложениях участников закупки и их оценки, нарушило п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, приняв решение по итогам закупки и подписав протокол подведения итогов не закупочной комиссией, а одним лицом нарушило п.9.5. закупочной документации;

АО «Кузбассэнерго», не установив в Положении обязательные требования к протоколу подведения итогов, в частности, наличие сведений о предложениях участников закупки и их оценки, кто принимает решение по итогам рассмотрения, оценки и сопоставления предложений участников закупки и подписывает протокол подведения итогов, наличие даты подписания протокола нарушило п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, разместив Протокол №40 ЗР позднее установленного законом срока нарушило ч. 12 ст. 4 Закона о закупках, не установив в Положении условие о заключении договора по истечению 10-ти дневного срока нарушило п. 4 ст. 18.1

Закона о защите конкуренции.

Таким образом, Комиссия приняла решение о признании жалобы ООО «Механика» обоснованной.

Решая вопрос о выдачи АО «Кузбассэнерго» предписания о совершении действий, направленных на устранение выявленных нарушений, в соответствии с полномочиями, предусмотренными пунктом 31 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Комиссия по рассмотрению жалоб о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров считает необходимым в целях устранения выявленных нарушений выдать АО «Кузбассэнерго» предписание о внесении изменений в Положение о закупке.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 17, 18.1 и 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Кемеровского УФАС России

Р Е Ш И Л А:

1. Признать жалобу ООО «Механика» на действия ООО «Сибирская генерирующая компания» при осуществлении закупки путем проведения маркетингового исследования на право заключения договора поставки котельно-вспомогательного оборудования для нужд Беловская ГРЭС АО «Кузбассэнерго», Извещение № 31806095291 обоснованной.

2. Признать ООО «Сибирская генерирующая компания» нарушившим п. 1 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», п. 9.5. закупочной документации.

3. Признать АО «Кузбассэнерго» нарушившим ч. 4 ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», п. 1 ч. 1 ст. 3 и ч. 12 ст. 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

3. В соответствии с п. 31 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» выдать АО «Кузбассэнерго» обязательное для исполнения предписание о внесении изменений в Положение «О порядке проведения закупок, товаров, работ, услуг для нужд АО «Кузбассэнерго».

4. Передать материалы жалобы должностному лицу для принятия решения о возбуждении в отношении АО «Кузбассэнерго» дела об административном правонарушении.

Заместитель председателя

Комиссии <…>

Члены Комиссии: <…>

<…>

<…>

<…>

В соответствии со статьёй 52 Закона о защите конкуренции решение антимонопольного органа может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его принятия.