

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-12797/2020 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

07.08.2020 г. Москва

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

при участии представителей посредством видеоконференцсвязи:

от ООО «Восточный портал» - <...> (по доверенности от 05.08.2020 № 1-8/20),

от ООО «Интер РАО – Центр управления закупками» - <...> (по доверенности от 09.01.2020 № ДО/2020/42),

рассмотрев жалобу ООО «Восточный портал» (далее - Заявитель) на действия АО «Интер РАО-Электрогенерация» (далее - Заказчик) при проведении открытых конкурентных переговоров в электронной форме на право заключения договора на наращивание ограждающей дамбы золотвала для Харанорской ГРЭС филиала АО «Интер РАО-Электрогенерация» (реестровый № 32009129379) (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 Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

В соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) правовую основу закупок товаров, работ и услуг лицами, подпадающими под действие данного закона, составляют Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ), непосредственно сам Закон о закупках, а также положение о закупке, при этом положение о закупке в силу статьи 2 Закона о закупках является основополагающим документом, регламентирующим закупочную деятельность заказчика и должно содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки, включая способы закупки и условия их применения.

Частью 10 ст. 3 Закона о закупках предусмотрены основания, позволяющие участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) заказчика при осуществлении закупок товаров, работ, услуг.

В соответствии с п. 1 ч. 10. ст. 3 Закона о закупках подлежат оспариванию в административном порядке действия заказчика при осуществлении закупки с нарушением требований Закона о закупках. Доводы жалобы соответствуют

основаниям, предусмотренным п. 1 ч. 10. ст. 3 Закона о закупках, и подлежат рассмотрению антимонопольным органом в административном порядке в соответствии со ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Как следует из протокола заседания закупочной комиссии по оценке предложений на участие в открытых конкурентных переговорах от 20 июля 2020 года Заявителю отказано в допуске к дальнейшему участию в процедуре по следующим основаниям:

Бухгалтерская отчетность для проведения финансово-экономической экспертизы предоставлена Участником в составе его заявки. Финансовое состояние Участника можно охарактеризовать лишь как удовлетворительное. Период оборота дебиторской и кредиторской задолженности Участника находится на высоком уровне, при этом кредиторская задолженность является основным источником фондирования. Плановая стоимость закупки является крупной для Участника, так как в несколько раз превышает активы и годовую выручку оцениваемой компании. Данные бухгалтерской отчетности в части выручки не подтверждают наличие у Участника релевантного опыта оказания услуг на суммы, сопоставимые с плановой стоимостью закупки. Коммерческим предложением Участника предусмотрена выплата аванса (~30% стоимости). При этом, проект договора к закупке не содержит положений об авансировании. По итогам дозапроса размер аванса уменьшен до 16%. По совокупности факторов рекомендуется отклонить заявку Участника на отборочной стадии.

Участник не представил копию свидетельства НАКС о готовности организации-заявителя к использованию аттестованной технологии сварки (п. 5.3 ТЗ).

Как пояснил представитель Заказчика на заседании Комиссии, в соответствии п. 4.2.2 Закупочной документации участник закупки должен соответствовать следующим обязательным требованиям к финансовой устойчивости:

показатели финансово-хозяйственной деятельности участника Закупки должны свидетельствовать о его платежеспособности и финансовой устойчивости.

Оценка финансовой устойчивости осуществляется в рамках финансово-экономической экспертизы на основании Методики проведения экспертизы финансово-экономической устойчивости участников закупочных процедур Заказчика (далее Методика ФЭУ), опубликованной в составе Закупочной документации.

Методикой ФЭУ предусмотрен принцип оценки, согласно которому понятие финансовой устойчивости включает в себя планомерное стабильное развитие оцениваемых компаний, исключающих значительные колебания результатов деятельности – выручки и прибыли.

В данной Методике ФЭУ реализована система стоп-факторов и риск-факторов.

В соответствии с п. 9.3. Методики ФЭУ (стр. 14) стоп-фактор – фактор, реализация которого должна являться основанием для отклонения предложения участника закупочной процедуры и принятия решения о несоответствии.

В рамках финансово-экономической экспертизы предусмотрен, в том числе, следующий стоп-фактор: «существенное несоответствие масштабов деятельности

участника закупочной процедуры сумме закупки (если стоимость предложения, указанная в оферте, более чем в 1,4 раза превышает годовую выручку компании или более чем в 2,8 раза превосходит ее суммарные активы)».

В соответствии с п. 8.1 Методики (стр. 11), для расчета финансовых показателей используются данные бухгалтерской отчетности участников закупочной процедуры по состоянию на 3 отчетные даты: предпоследний и последний завершенные финансовые годы.

В части влияния на итоговую оценку финпоказатели учитываются с весовыми коэффициентами отчетных дат, представленными в таблице Весовых коэффициентов.

Также Заказчик пояснил, что согласно представленному Заявителем отчету о финансовых результатах за период 2019 года:

выручка составляет – 113 141 тыс руб.

за предшествующий год (2018)- 107 768 тыс руб.

Цена предложения ООО «Восточный Портал» - 371 419 тыс руб.,

Что в 2,22 раз превышает годовую выручку компании и является стоп фактором в соответствии с Методикой: «существенное несоответствие масштабов деятельности участника закупочной процедуры сумме закупки (если стоимость предложения, указанная в оферте, более чем в 1,4 раза превышает годовую выручку компании).

В свою очередь, Комиссия отмечает, что требования к финансовой устойчивости не могут быть предъявлены к участнику Закупки как условие допуска, поскольку фактически исключает возможность участия в закупках лиц, располагающих необходимым опытом и квалификацией в закупках с НМЦ свыше их финансовых активов, что свидетельствует об ограничении предпринимательской деятельности таких лиц искусственным образом. Фактически, Заказчик исключает возможность участия таких лиц в закупках с определенного уровня НМЦ по отношению к активам участника Закупки, при этом соотношение финансовых активов к НМЦ будущего договора не свидетельствует о потенциальной невозможности надлежащего исполнения обязательств. Однако ограничивает таких лиц на подачу заявки

Квалификационное требование существенным образом может отсеять потенциальных претендентов на участие в торгах лишь по причине отсутствия у них соответствующих финансовых активов для участия.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

В настоящем случае каких-либо доказательств наличия у Заказчика объективной необходимости в установлении такого требования последним не представлено.

Оценивая спорное требование, следует признать, что критериям объективности и нормативности оно не соответствует. При этом сам по себе предмет торгов не может являться отступлением от установленных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках запретов. Исходя из предусмотренного ст. 1 ГК РФ принципа равенства участников гражданских правоотношений, статус заказчика, сфера его деятельности, а равно особенности предмета закупки не могут обуславливать введение ограничивающих конкуренцию требований. На основании изложенного, Комиссия Управления соглашается с доводами заявителя о наличии в действиях заказчика нарушения п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

При этом, следует отметить, что желание Заказчика в выборе надежного поставщика не может обуславливать правомерность установления организатором торгов спорного требования в закупочной документации на стадии подачи и рассмотрения заявок.

На основании изложенного, Комиссия, приняла решение о признании довода жалобы Заявителя обоснованным, а в действиях Заказчика усматривается нарушение требований п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

Согласно п. 5.3 Технического задания Закупочной документации участник Закупки должен предоставить в составе своей заявки копию Свидетельства НАКС о готовности организации-заявителя к использованию аттестованной технологии сварки (наплавки) в соответствии с требованиями РД 153-34.1-003-01 включающей виды сварки:

РД - Ручная дуговая сварка покрытыми электродами;

На следующих объектах: Строительные конструкции (СК)

Комиссией установлено, что Заявителем такое свидетельство представлено не было, что означает правомерность действий Заказчика по отклонению заявки Заявителя по рассматриваемому основанию.

Кроме того, ограничивающего характера заявленных требований Заявителем не доказано.

Таким образом, Комиссия не усматривает оснований для выдачи Заказчику предписания, поскольку у Заказчика имелось безусловное основание для отклонения заявки Заявителя.

Также Заявитель оспаривает выбор победителя конкурентной процедуры.

По мнению Заявителя, для выполнения работ по предмету Закупки, участнику необходимо являться членом саморегулируемой организации в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства.

Однако согласно сведений содержащихся в едином реестре членов СРО (<http://reestr.nostroy.ru/>) размер обязательств по договорам строительного подряда, заключенным с использованием конкурентных способов заключения

договоров (уровень ответственности) у ООО «Энергостройремонт» (ИНН: 7536153932) не может превышать шестьдесят миллионов рублей, что не соответствует НМЦ Закупки, а значит победитель определен неправомерно.

При этом в Закупочной документации отсутствует требование о предоставлении выписки из реестра членов СРО, а значит размер обязательств по договорам строительного подряда у участников не является для Заказчика существенным в данной Закупке.

Учитывая, что требование о предоставлении выписки из СРО в Закупочной документации отсутствует, в силу ч. 6 ст. 3 Закона о закупках, Заказчик не мог отклонять заявку победителя, в связи с чем довод жалобы признается необоснованным.

Также Заявителем обжалуются положения Закупочной документации о дозпросе документов.

Комиссия отмечает, что в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам данной 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 ч. 2 ст. 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.

Таким образом, по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции жалоба может быть подана либо лицом, подавшим заявку на участие в Закупке, либо лицом, не подавшим заявку на участие, в случае, если обжалуется порядок размещения информации о проведении Закупки либо порядок подачи заявок на участие.

В соответствии с извещением, размещенным в единой информационной системе в сфере закупок, дата окончания подачи заявок 25.05.2020.

Как установлено ранее, Заявитель подал заявку на участие в Закупке.

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

При этом Комиссия отмечает, что обжалование в антимонопольном органе осуществляется в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции и происходит с учетом особенностей, установленных названной статьей, а также в соответствии с ч. 11 ст. 3 Закона о закупках. Согласно указанной норме, если обжалуемые действия (бездействие) совершены заказчиком, комиссией по осуществлению закупок, оператором электронной площадки после окончания установленного в документации о конкурентной закупке срока подачи заявок на участие в закупке, обжалование таких действий (бездействия) может осуществляться только участником закупки, подавшим заявку на участие в закупке.

Таким образом, из буквального толкования приведенной нормы права следует, что законодателем разделены возможные к оспариванию действия организаторов закупки на совершенные до окончания срока подачи заявок и совершенные после этого срока. При этом действия, совершенные организатором закупки до окончания такого срока, могут быть оспорены в антимонопольном органе лицами вне зависимости от факта подачи ими заявок на участие в закупке.

В свою очередь, действия, совершенные уже на стадии рассмотрения заявок, допустимы к обжалованию исключительно лицами, подавшими заявки на участие в закупке.

Кроме того, из положений ч. 10 ст. 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 (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).

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 (ч. 13 ст. 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 Заказчика, являлись явными и не могли не быть обнаружены Заявителем при изучении им Закупочной документации. Вместе с тем, как усматривается из материалов дела, на наличие такого условия 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 (п. 2 ст. 10 ГК РФ).

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

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

С учетом изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Восточный портал» (ИНН: 7536153932, ОГРН: 1157536005660) на действия АО «Интер РАО-Электрогенерация» (ИНН: 7704784450, ОГРН: 1117746460358) при проведении Закупки частично обоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.

3. Обязательное для исполнения предписание не выдавать.

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