

ООО «СМАРТЕХ»

191036, г. Санкт-Петербург, Невский проспект, дом 111/3 литер А

ПАО «МОЭСК»

115114, г. Москва, 2-й Павелецкий проезд, дом 3 строение 2

АО «Центр развития экономики»

3-я Рыбинская ул., 18, строение 22, Москва, 107113

РЕШЕНИЕ

**по делу № 077/07/00-9703/2019 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров**

16.09.2019

г. Москва

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

Заместителя председателя Комиссии:

рассмотрев в открытом заседании жалобу ООО «СМАРТЕХ» на действия ПАО «МОЭСК» при проведении конкурса в электронной форме на определение подрядчика на выполнение СМР, ПНР, оборудование и материалы по объекту: Реконструкция сети радиосвязи филиала «Новая Москва» (реестровый № 31907965358),

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.

Жалоба рассмотрены по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Действия (бездействие) заказчиков, комиссии по осуществлению закупок по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 4 - 6 части 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках отдельными юридическими лицами), обжалуются в порядке, предусмотренном статьей 18.1. Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – 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 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 оспаривает положения документаций, которые, по его мнению, ограничивают количество участников закупки при проведении заказчиком закупки, а именно положений документации.

На основании письма ФАС России от 23.01.2018 № ИА/3655/18 жалоба на положения документации о Закупке, поданная лицом, не подавшим заявку на участие в Закупке, в антимонопольный орган после окончания срока подачи заявок подлежит оставлению без рассмотрения.

В настоящем случае, как установлено Московским УФАС России, податель жалобы заявку на участие в конкурентной процедуре подал и по результатам процедуры был отклонен в связи с несоответствием его заявки требованиям документации. При этом заявитель в поданной жалобе не оспаривает непосредственно основания, явившиеся причиной отклонения заявки.

Как усматривается из протокола рассмотрения заявок участников закупки заказчиком отклонена заявка заявителя по следующим основаниям:

- не соответствует п.2.11.2.4., пп.24 п.4.2.2 Документации о закупке, Техническому заданию (в том числе проектно-сметной документации):

1. В ЛС уровень цен указан как июнь 2019г., фактически применены индексы мая 2019г.

2. В локальных сметах по объектам отсутствуют поправочные коэффициенты по условиям производства работ, учтенные в утвержденной ПСД;

3. В локальных сметах не учтены коэффициенты зимнего удорожания, являющиеся неотъемлемой частью индексов пересчета.

4. В локальных сметах частично отсутствуют начисления Накладных расходов и Сметной прибыли от ЗПМ (например, в смете 02-04-03).

5. Л.С. 02-04-03 Прокладка кабелей ПС Лесная изменены объемы работ:

- подраздел Установка стойки для крепления антенн - отсутствует пункт по окраске огрунтованных поверхностей;

- подраздел Заземление стойки - объем по п.6 Проводник заземляющий из медного изолир. провода завышен в 2 раза;

- подраздел Металлоконструкции для прокладки кабеля - отсутствует весь подраздел (копание ям вручную, установка стальных опорных стоек, огрунтовка и окраска метал. поверхностей, уст-во бетонной подготовки, лотки метал. штампован.);

- подраздел Прокладка кабеля ...- не учтены материалы Разъем... обжимной в кол-ве 12 шт. и разъем.... угловой - 3 шт; п. 14 Кабели подвешиваемые на тросе - данная работа отсутствует в смете Заказчика; п.15 Кабель на одном объекте - объемы работ завышены в 3 раза , п.п.16,17 расход материалов (кабель коаксиальный) завышен на 40% и 20 %;

- подраздел Прокладка кабелей электроснабжения, связи и заземления - данный раздел отсутствует в смете Заказчика.

В жалобе, поданной в антимонопольный орган, заявитель лишь оспаривает само требование заказчика о представлении участником закупки сметного расчета.

Как следует из материалов дела, заказчиком опубликовано извещение о проведении закупки. Извещением о проведении конкурентной процедуры предусмотрены сроки подачи заявки, а именно до 09.08.2019. Рассмотрение заявок и подведение итогов состоялось 09.09.2019.

Вместе с тем, в настоящем случае заявитель, подавая жалобу в Московское УФАС России лишь 05.09.2019, обжалует положения документации, с которыми фактически согласился, подав соответствующую заявку на участие в конкурентной процедуре.

Однако заявитель не обращалось в антимонопольный орган с жалобой на положения документации до окончания срока подачи заявок на участие в закупке, а решил обжаловать спорные требования лишь после окончания срока подачи заявок на участие в закупке и определения победителя.

Вместе с тем Комиссия Московского УФАС России отмечает, что спорные положений документации, которые, по мнению общества, являются незаконными и дискриминационными, 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, подавших заявки на условиях документации.

Согласно ч. 10 ст. 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, с учетом особенностей, установленных названной статьей, действия

(бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки.

В силу ч. 11 ст. 3 Закона о закупках в случае, 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 абсолютно любыми 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).

В настоящем случае процессуальные действия антимонопольного органа в случае подачи участником закупки жалобы на положения закупочной документации уже на стадии заключения договора прямо Законом о закупках не урегулированы, а

потому в настоящем случае допустимо применение аналогии закона, а именно нормоположений ч. 4 ст. 105 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», согласно которой жалоба на положения документации и (или) извещения о проведении электронных процедур, закрытых электронных процедур может быть подана участником закупки до окончания срока подачи заявок на участие в таких процедурах. По истечении указанных сроков обжалование данных действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, оператора электронной площадки, оператора специализированной электронной площадки, комиссии по осуществлению закупок осуществляется только в судебном порядке (правомерность применения названного правового подхода также подтверждена судебным решением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-255742/18).

Также следует отметить, что нарушения при составлении закупочной 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 нарушения, на которое ссылается в настоящем случае заявитель, следует отметить, что условия документации были известны заявителю, однако в установленный законом срок он не прибегнул к административному способу обжалования спорных положений.

В соответствии ч. 1 ст. 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).

В связи с чем Комиссия Управления отмечает, что спорные положения документации подлежали обжалованию заявителем до окончания срока подачи заявки на участие в закупке посредством направления соответствующей жалобы в антимонопольный орган.

На основании изложенного, Комиссия Управления приняла решение об оставлении названной жалобы без рассмотрения.

Резюмируя изложенное, Комиссия, руководствуясь пунктом 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках, частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Оставить жалобу ООО «СМАРТЕХ» на действия ПАО «МОЭСК» необоснованной.
2. Снять ограничение на размещение закупки, наложенное письмом Московского УФАС России от 10.09.2019 № 46304/19.

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

Заместитель председателя Комиссии

Н.А. Михалёва

М.П. Катяков

члены Комиссии

П.Ф. Максимов

Исполнитель: Н.А. Михалёва, доб. 125