

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-9307/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

18.07.2023

г. Москва

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

Председательствующего:

<.....>

членов Комиссии:

<.....>

<.....>

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «ТОСК», <.....>,

рассмотрев жалобу ООО «ТОСК» (далее — Заявитель) на действия <.....> (далее — Заказчик) при проведении <.....>(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, 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 требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

Согласно доводам жалобы Заявитель выражает несогласие с проведением процедуры переторжки.

Также Заявитель указывает, что в итоговом протоколе Заказчик не обосновал необходимость проведения переторжки, а именно: причину, по которой было принято решение о ее проведении.

Вместе с тем Заявитель в жалобе оспаривает положения закупочной документации. По мнению Заявителя, проведение открытого конкурса при неконкурентной закупке не допускается и противоречит закону.

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

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон 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.

Комиссией установлено, что при проведении закупки Заказчик руководствовался Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд <.....> (далее — Положение).

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.

Как следует из материалов дела, 26.05.2023 Заказчик в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 06.03.2022 № 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры» на официальном сайте Оператора ЭТП (<https://www.rts-tender.ru/>) на сайте <https://www.rts-tender.ru/> разместил информацию о <.....> (далее – конкурс, процедура).

Дата начала подачи заявок: 26.05.2023

Дата и время окончания срока подачи заявок: 05.06.2023 в 11:30 (МСК)

Дата и время начала переторжки: 30.06.2023 в 17:00 (МСК)

Дата и время окончания переторжки: 06.07.2023 в 10:00 (МСК)

Относительно довода Заявителя о несогласии с проведением переторжки Комиссией установлено следующее.

Согласно пункту 2.1 протокола рассмотрения и оценки заявок от 28.06.2023 <.....> по итогам рассмотрения заявок участников экспертная группа пришла к выводу о необходимости проведения переторжки. В связи с вынесением на рассмотрение конкурсной комиссии вопроса о проведении переторжки по конкурсу <.....>, оценка заявок участников в порядке, предусмотренном документацией о закупке, не проводится.

Согласно пункту 481.1 Положения о закупке Заказчик во исполнение постановления Правительства Российской Федерации от 6 марта 2022 г. № 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры», проводит неконкурентные закупки, сведения о которых не размещаются в единой информационной системе.

Проведение неконкурентных закупок, предусмотренных настоящим пунктом, осуществляется в порядке, предусмотренном для закупок, указанных в подпункте 2 пункта 79 настоящего Положения с учетом особенностей, предусмотренных настоящей главой.

Подпунктом 2 пункта 79 Положения о закупке предусмотрено осуществление следующих неконкурентных закупок:

закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя);

закупки способами, указанными в подпункте 1 настоящего пункта, условия проведения которых отличаются от предусмотренных пунктом 3 части 3 статьи 3 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», проводимые в целях закупки продукции российского происхождения; 3) конкурентные переговоры; 4) закупка в электронном магазине.

В подпункте 1 пункта 79 Положения о закупке <.....> перечислены виды конкурентных закупок, среди которых указан открытый конкурс.

Согласно пункту 427 Положения о закупке закупки, предусмотренные частью 2 подпункта 2 пункта 79 настоящего Положения, проводятся в порядке, предусмотренном для проведения аналогичных конкурентных способов закупок, предусмотренных настоящим Положением.

Таким образом, Заказчик проводит неконкурентные закупки по правилам, установленным для конкурентных закупок, но с учетом особенностей, содержащихся в Положении о закупке для таких неконкурентных закупок.

в силу пункта 80 Положения о закупке конкурентные закупки могут проводиться с предварительным квалификационным отбором или без него, с проведением переторжки или без нее, с правом подачи альтернативных предложений или без такого права в порядке, предусмотренном настоящим Положением.

В соответствии с подпунктом 21 пункта 12 Положения о закупке переторжка особенность проведения конкурентной закупки, в которой заказчик предоставляет право всем участникам в установленный срок добровольно повысить рейтинг своей заявки путем подачи дополнительного ценового предложения с целью снижения первоначальной цены предложения или подачи дополнительного предложения с целью улучшения иных положений заявки, при условии сохранения остальных положений заявки

Согласно пункту 107 Положения о закупке переторжка возможна во всех конкурентных закупках по решению заказчика, за исключением закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя). При этом заказчик имеет право проводить переторжку в рамках конкурентной закупки неограниченное количество раз.

Информация о праве заказчика провести переторжку указывается в документации о закупке.

Переторжка может проводиться:

1) если предложение о цене, указанное в заявке участника, признанной лучшей, выше предложений о цене, указанных в заявках других участников;

2) если в нескольких заявках содержатся одинаковые условия (присвоено равное количество баллов по итогам оценки);

3) если во всех поступивших от участников предложениях содержится предложение о снижении начальной (максимальной) цены договора (цены лота) менее чем на 0,5 процента;

4) в иных случаях.

Заказчик имеет право отменить переторжку в любое время до ее окончания.

На заседании Комиссии Заказчик пояснил, что предложение о цене, указанное в заявке участника №3, признанной лучшей, выше предложения о цене участника № 1 – ООО «ТОСК», что является основанием для проведения переторжки по решению заказчика в соответствии с подпунктом 1 пункта 107 Положения о закупке <.....>.

При этом Комиссия считает необходимым отметить, что право проведения переторжки также закреплено Заказчиком в пункте 3.10.1 закупочной документации.

В соответствии с пунктом 3.10.2 Закупочной документации переторжка проводится по решению заказчика неограниченное количество раз в рамках одной закупки.

Пунктом 3.10.4 Закупочной документации установлено, что в любое время до подведения итогов закупки заказчик вправе направить участникам, допущенным к участию в закупке, приглашение с указанием в нем формы, порядка проведения переторжки, сроков и порядка подачи предложений с новыми условиями, а также информации о дате, времени, проведения переторжки в режиме реального времени, дате, времени открытия доступа к документам с измененными условиями в электронной форме, дате и времени рассмотрения предложений и переносе срока подведения итогов. В случае если переторжка проводится в режиме реального времени в приглашении указывается срок, до которого участник закупки, участвующий в переторжке, должен представить откорректированные с учетом новой цены документы, определяющие условия коммерческого предложения.

Заказчик также размещает приглашение на сайте. В приглашении указывается перечень документов, которые должны быть представлены в составе предложения. Документы должны быть оформлены в порядке, установленном документацией о закупке.

Таким образом, Комиссия отмечает, что Положение о закупке и Закупочная документация предусматривают право Заказчика провести переторжку при проведении Закупки.

Указанная правовая позиция также изложена в решении арбитражного суда города Москвы от 31.05.2023 по делу № А40-17422/23-139-145 в котором суд указал, что исходя из положений Закупочной документации и Положения о закупке, переторжка является дополнительным элементом закупки и заключается в добровольном повышении предпочтительности заявок участников закупки в рамках специально организованной для этого процедуры путем снижения участниками закупки пены своих первоначально поданных заявок, уменьшения сроков поставки товара, выполнения работ, оказания услуг, снижения размера аванса и в других случаях.

Исходя из изложенного, положения закупочной документации о возможности участия в переторжке носят диспозитивный характер, а отказ от участия в данной процедуре со стороны участников Закупки не может привести к наступлению негативных последствий, в том числе в виде отклонения таких лиц от дальнейшего участия в Закупке.

Кроме того, суд также отметил, что проведение переторжки не препятствует рассмотрению и оценке заявок и подведению итогов оспариваемой закупочной процедуры.

Согласно пункту 3.10.25 закупочной документации после проведения переторжки победитель определяется в порядке, предусмотренном документацией о Закупке.

В свою очередь, Заявитель в жалобе указал, что, получив приглашение на переторжку, Заявителем принято решение не принимать участие в переторжке, посчитав ее незаконной.

В связи с чем, ценовое предложение Заказчик оценивал по ранее поданной заявке.

Кроме того, Комиссия отмечает, что на момент подачи заявки Заявитель положения Закупочной документации не оспаривал, тем самым конклюдентно согласился (п. 1 ст. 8 ГК РФ) на все условия документации в момент подачи им заявки на участие в Закупке, которые не были оспорены Заявителем ни в административном, ни в судебном порядке.

На основании изложенного Комиссия не усматривает нарушения антимонопольного законодательства со стороны Заказчика, так как при проведении переторжки Заказчик действовал в соответствии с требованиями собственной документации, которая не была оспорена участником конкурентной процедуры в установленном законом порядке.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия признает указанный довод Жалобы Заявителя необоснованным.

Относительно довода Заявителя об отсутствии в протоколе рассмотрения заявок оснований проведения переторжки, Комиссия отмечает следующее.

В соответствии с частью 13 статьи 3.2 Закона о закупках протокол, составляемый в ходе осуществления конкурентной закупки (по результатам этапа конкурентной закупки), должен содержать следующие сведения:

- 1) дата подписания протокола;
- 2) количество поданных на участие в закупке (этапе закупки) заявок, а также дата и время регистрации каждой такой заявки;
- 3) результаты рассмотрения заявок на участие в закупке (в случае, если этапом закупки предусмотрена возможность рассмотрения и отклонения таких заявок) с указанием в том числе:
 - а) количества заявок на участие в закупке, которые отклонены;
 - б) оснований отклонения каждой заявки на участие в закупке с указанием

положений документации о закупке, извещения о проведении запроса котировок, которым не соответствует такая заявка;

4) результаты оценки заявок на участие в закупке с указанием итогового решения комиссии по осуществлению закупок о соответствии таких заявок требованиям документации о закупке, а также о присвоении таким заявкам значения по каждому из предусмотренных критериев оценки таких заявок (в случае, если этапом конкурентной закупки предусмотрена оценка таких заявок);

5) причины, по которым конкурентная закупка признана несостоявшейся, в случае ее признания таковой;

6) иные сведения в случае, если необходимость их указания в протоколе предусмотрена положением о закупке.

Аналогичные требования содержатся в пункте 257 Положения о закупке.

Вместе с тем Комиссия отмечает, что в протоколе рассмотрения заявок содержатся все сведения, предусмотренные Законом о закупках.

При этом обязанность публикации иной информации, на которую ссылается Заявитель ни Положением о закупке, ни Законом о закупках, не установлена.

В связи с чем, довод Заявителя в части оспаривания содержания протокола рассмотрения заявок не находит своего подтверждения и признается Комиссией необоснованным.

Комиссия также отмечает, что 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 нарушений, 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.

Относительно довода Заявителя о несогласии с проведением открытого конкурса при неконкурентной закупке, Комиссия отмечает, что оспариваемое требование подлежало обжалованию в срок до окончания срока подачи заявок, а именно не позднее 05.06.2023 11:30 (МСК).

При этом жалоба подана Заявителем в антимонопольный орган 10.07.2023, то есть, за пределами срока, установленного на подачу 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.

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.

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.

Также в письме ФАС России от 25.06.2019 ME/53183/19 указано, что 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, решении Арбитражного суда города Москвы от 28.02.2023 по делу № А40-276661/22.

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

В части доводов озвученных на заседании Комиссии относительно отсутствия в Закупочной документации Приложения № 1.1, ссылка на которое содержится в пункте 7 Извещения о проведении закупки, не принимается Комиссией на основании следующего.

Частью 13 статьи 3 Закона о закупках установлено, что рассмотрение жалобы антимонопольным органом должно ограничиваться только доводами, составляющими предмет обжалования.

Комиссия отмечает, что оспариваемое требование подлежало обжалованию до окончания срока подачи заявок.

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

РЕШИЛА:

1. Оставить жалобу ООО «ТОСК» <.....> на действия <.....> при проведении Закупки в части оспаривания положений Закупочной документации — без рассмотрения, в остальной части признать жалобу необоснованной.
2. Снять ограничения, наложенные письмом Московского УФАС России от 11.07.2023 № НП/28998/23.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.

