ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В СФЕРЕ ЗАКУПОК ПО 223-ФЗ

(НОЯБРЬ 2022 ГОДА)

Материал подготовлен с использованием правовых актов

по состоянию на 30 ноября 2022 года

1. Суд подтвердил позицию ФАС России о недопустимости запрашивать
у участников закупки документы, подтверждающие оплату договора, представленного в качестве подтверждения опыта по подкритерию "Опыт работ" критерия "Квалификация участников закупки".

В ФАС России поступила жалоба ООО "Экостайл" (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ООО "РЖД" (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по сервисному обслуживанию экологически чистых туалетных комплексов (ЭЧТК) пассажирских вагонов в пути следования поездов на транзитных железнодорожных станциях (извещение N 1017/ОКЭ-ЦДПО/22, размещенное на сайте https://www.rts-tender.ru) (далее - Конкурс, Жалоба).

Согласно доводу Жалобы при проведении Конкурса права и законные интересы Заявителя нарушены действиями Заказчика, неправомерно установившего в Конкурсной документации (далее - Документация) требование о предоставлении участником закупки документов, подтверждающих оплату услуг, для начисления баллов по подкритерию "Опыт работ" (далее - Подкритерий N 1) критерия "Квалификация участников закупки" (далее - Критерий N 1).

Подпунктом 1 пункта 2 приложения N 1.4 к Документации оценка заявок участников закупки осуществляется в том числе на основании документов, подтверждающих оплату по договору (выписки из обслуживающего банка по расчетному счету участника закупки, подтверждающие факт поступления денежных средств по договору (этапу договора), заверенных печатью банка и подписью уполномоченного сотрудника банка, и/или копии платежных поручений об оплате денежных средств по договору, указанному участником в Форме сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении N 1.3 Документации, с отметкой обслуживающего банка об исполнении, заверенные печатью банка и подписью уполномоченного сотрудника банка, и/или копии актов зачета взаимных требований и/или актов сверки исполненных обязательств в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключенных с ОАО "РЖД").

В результате рассмотрения дела Комиссия ФАС России пришла к выводу о том, что вышеуказанное требование, установленное в Документации, ставит участников закупки в неравное положение, поскольку участники закупки, имеющие опыт выполнения работ не с Заказчиком или его дочерними обществами, которые оплату работ на расчетный счет не получали и которым в соответствии с законодательством оплата произведена зачетом иным заказчиком, данный опыт выполнения работ не могут заявить в составе закупки.

Таким образом, Комиссией ФАС России в действиях Заказчика зафиксированы нарушения пунктов 2, 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Заявитель обратился в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об оспаривании решения ФАС России от 01.08.2022 по делу N 223ФЗ-314/22.

Арбитражный суд города Москвы соглашается с доводами антимонопольного органа о неправомерных действиях Заказчика, установившего ненадлежащий перечень документов, представляемых участников закупки для оценки заявки по Подкритерию N 1 Критерия N 1, и, как следствие, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки, в связи с чем в своем решении от 23.11.2022 по делу N А40-177078/22-33-1400 подтверждает обоснованность выводов Комиссии ФАС России и признает оспариваемое решение антимонопольного органа законным и обоснованным, не нарушающим права и законные интересы Заявителя.

(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 23.11.2022 по делу N А40-177078/22-33-1400)

2. В полномочия антимонопольного органа входит рассмотрение вопроса о правомерности установленного заказчиком положения документации, повлекшего отклонение, в случае, если рассматривается довод жалобы об отказе участнику в допуске к участию в закупке ввиду несоответствия заявки участника закупки требованиям документации.

В ФАС России поступила жалоба ЗАО "ПИК" (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ПАО "ФСК ЕЭС" (далее - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на выполнение работ по разработке РД, поставке оборудования, СМР и ПНР по титулу "Техническое перевооружение ПС 500 кВ "Томская" (Приведение инженерно-технических средств охраны к действующим требованиям) (1 комплекс)" для нужд филиала ПАО "ФСК ЕЭС" - МЭС Сибири (номер извещения в ЕИС - 32110760062) (далее - Конкурс, Жалоба).

Решением ФАС России от 17.02.2022 по делу N 223ФЗ-79/22 (далее - Решение) Жалоба признана обоснованной в части довода о неправомерном отказе в допуске Заявителю в участии в Конкурсе.

Согласно протоколу рассмотрения вторых частей заявок на участие в Конкурсе Заказчиком принято решение о признании заявки Заявителя не соответствующей требованиям Конкурсной документации (далее - Документация), поскольку представленная в составе заявки спецификация оборудования не соответствует форме, установленной Документацией.

Комиссия ФАС России отмечает, что действия Заказчика, установившего в Документации излишнее требование к составу заявки на участие в Конкурсе, ограничивающее количество участников закупки, и, как следствие, отклонившего заявку Заявителя, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3, в связи с чем Комиссией ФАС России в действиях Заказчика зафиксированы нарушения части 6 статьи 3, пункта 13 части 19.1 статьи 3.4 Закона о закупках.

Вместе с тем АО "Энергостройснабкомплект ЕЭС" (далее - Общество) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы (далее - Суд) с заявлением об оспаривании Решения, указывая в том числе на то, что при рассмотрении Жалобы антимонопольный орган вышел за пределы доводов Жалобы.

При этом Судом установлено, что за пределы доводов поданной Жалобы антимонопольный орган не вышел, ввиду чего оспариваемое Решение надлежит признать вынесенным в рамках предоставленной ФАС России компетенции в связи с наличием в Жалобе указаний на осуществление Заказчиком Конкурса с нарушением прав и законных интересов Заявителя, положений Закона о закупках, иных нормативных правовых актов, принятых в его реализацию.

Также приведенные Обществом доводы о том, что установленные в Документации требования к составу заявок и решение об отклонении заявки Заявителя от участия в Конкурсе, являются правомерными, Судом отклоняются как основанные на неверном толковании норм права.

Таким образом, Суд соглашается с доводом ФАС России о том, что действия Заказчика, установившего в Документации излишнее требование к составу заявки на участие в Конкурсе, послужили ограничению количества участников закупки, и что, как следствие, привело к отклонению заявки Заявителя, в связи с чем в своем решении от 24.11.2022 по делу N А40-91614/22-122-615 подтверждает обоснованность выводов Комиссии ФАС России и признает оспариваемое Решение антимонопольного органа законным и обоснованным, не нарушающим права и законные интересы Общества.

Более того, при рассмотрении настоящего спора Суд принимает во внимание судебные акты по делам N 48314/2022, А40-48345/2022, А40-91917/2022, которыми сформирован правовой подход к разрешению аналогичных споров, а также Определение Верховного Суда Российской Федерации от 25.11.2021 по делу N 305-ЭС21-21620.

(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.11.2022 по делу А40-91614/22-122-615)

3. В случае если законодательством Российской Федерации не установлены обязательные требования о наличии у участника закупки опыта, связанного с предметом закупки, заказчики не вправе устанавливать соответствующие требования в документации о закупке и, как следствие, отклонять заявки участников закупки на основании неправомерных квалификационных требований.

В ФАС России поступила жалоба ЗАО "Диджитал Дизайн" (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ПАО "РусГидро" (далее - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на создание информационной системы формирования консолидированной инвестиционной программы Группы РусГидро (ИС КИПР) и управления Производственной программой для нужд Группы РусГидро (ИС УПП) на единой информационной платформе (номер извещения в ЕИС - 32211116489) (далее - Конкурс, Жалоба).

Согласно доводу Жалобы при проведении Конкурса права и законные интересы Заявителя нарушены, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отклонении заявки Заявителя от участия в Конкурсе в связи с ее несоответствием требованиям Конкурсной документации (далее - Документация).

Пунктом 1 раздела 7.1 приложения N 1 "Технические требования" к Документации установлено, что участник должен обладать достаточным для исполнения договора опытом исполнения соответствующих проектов, в том числе не менее 1 (одного) исполненного договора по созданию (развитию, модернизации, настройке и адаптации) автоматизированных систем по управлению проектами за последние 5 лет, выполненного на базе программного обеспечения, входящего в реестр отечественного программного обеспечения (https://reestr.digital.gov.ru/).

В результате рассмотрения представленных на заседании материалов дела и пояснений Заказчика Комиссией ФАС России установлено, что с целью подтверждения вышеуказанных требований участникам Конкурса необходимо иметь опыт по созданию нового продукта либо развитию, модернизации, настройке и адаптации продукта, созданного участником, в результате которого заказчику передается автоматизированная система управления проектами.

Вместе с тем Комиссия ФАС России отмечает, что указанное Заказчиком в Документации требование о наличии не менее 1 (одного) исполненного договора, подтверждающего опыт по созданию (развитию, модернизации, настройке и адаптации) автоматизированных систем по управлению проектами за последние 5 лет, не свидетельствует о необходимости предоставления участниками закупки исполненных договоров по развитию, модернизации, настройке и адаптации продукта, созданного исключительно участником, в результате которого Заказчику передается автоматизированная система управления проектами.

Кроме того, в случае, если законодательством Российской Федерации в сфере закупок товаров, работ и услуг не установлены обязательные требования о наличии у участника закупки опыта, связанного с предметом закупки, заказчики не вправе устанавливать соответствующие требования в документации о закупке и, как следствие, отклонять заявки участников закупки на основании неправомерных квалификационных требований.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего к участникам Конкурса вышеуказанное требование, и, как следствие, отклонившего заявки участников, ограничивают количество участников Конкурса, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 6 статьи 3, пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Заказчик, не согласившись с решением ФАС России от 27.05.2022 по делу N 223ФЗ-217/22 (далее - Решение), обжаловал его в судебном порядке.

Арбитражный суд г. Москвы (далее - Суд) в решении от 17.11.2022 по делу N А40-140324/22-139-1093 соглашается с доводом Комиссии ФАС России о том, что требование о наличии не менее 1 (одного) исполненного договора, подтверждающего опыт по созданию (развитию, модернизации, настройке и адаптации) автоматизированных систем по управлению проектами за последние 5 лет, не свидетельствует о необходимости предоставления участниками закупки исполненных договоров по развитию, модернизации, настройке и адаптации продукта, созданного исключительно участником, в результате которого Заказчику передается автоматизированная система управления проектами.

Также вывод Комиссии ФАС России о том, что отсутствие у участника закупки опыта выполнения работ по предмету закупки, а также документов, подтверждающих наличие такого опыта, не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса, что, как следствие, ограничивает количество участников закупки, обоснован.

На основании изложенного Суд приходит к выводу о том, что оспариваемое Решение соответствует законодательству Российской Федерации о закупках, а правовые основания для удовлетворения заявленных требований полагает отсутствующими.

(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 17.11.2022 по делу N А40-140324/22-139-1093)

4. Приведение ценовых предложений участников закупки к единому налоговому базису и, как следствие, создание неравных условий, ставящих в преимущественное положение участников закупки, применяющих общую систему налогообложения, противоречит требованиям Закона о закупках.

В адрес Московского УФАС России (далее - Управление) поступила жалоба ООО "Евгенина" (далее - Заявитель) на действия ПАО "ФСК ЕЭС" и ООО "ЕвразСервис" при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право оказания услуг (выполнение работ) по эксплуатационному обслуживанию и уборке объекта недвижимости, находящегося в общедолевой собственности ПАО "ФСК ЕЭС" и ООО "ЕвразСервис" (номер извещения в ЕИС - 32110803023) (далее - Конкурс, Жалоба).

Согласно доводу Жалобы действия заказчика нарушают принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, применяя дискриминационный подход к порядку оценки заявок путем приведения ценовых предложений участников Конкурса к единому налоговому базису и таким образом создает неравные стартовые закупочные условия, ставит в значительное преимущественное положение участников закупки, применяющих общую систему налогообложения.

Пунктом 3.5.1 Конкурсной документации установлено, что цена договора, предлагаемая участником закупки, не может превышать начальную (максимальную) цену договора, указанную в извещении о проведении Конкурса и в пункте 5 части II "Информационная карта закупки", при этом в случае, если участник закупки находится на упрощенной системе налогообложения либо товары/работы/услуги участника не облагаются НДС, то цена, предложенная таким участником в заявке, не должна превышать установленную начальную (максимальную) цену без учета НДС.

В свою очередь, Управление отмечает, что при оценке ценовых предложений участников закупочной процедуры по стоимости без НДС лица, применяющие упрощенную систему налогообложения, будут поставлены в заведомо невыгодные условия закупки, поскольку, в отличие от лиц, применяющих общую систему налогообложения, будут обязаны уплатить налог на доходы (статьи 346.11, 346.14 НК РФ) в размере 6% от суммы полученного дохода (пункт 1 статьи 346.20 НК РФ).

Таким образом, чистая прибыль лиц, применяющих упрощенную систему налогообложения, будет изначально ниже по сравнению с лицами, находящимися на общей системе налогообложения, что априори ставит их в заведомо невыгодное положение в рамках рассматриваемой закупочной процедуры и способствует их отказу от участия в закупочной процедуре лишь на основании применения ими упрощенной системы налогообложения. Увеличение же такими лицами своих ценовых предложений при подаче заявок (для исключения последующего исполнения договора в убыток собственным интересам) исключит возможность их победы в закупочной процедуре ввиду более привлекательного ценового предложения, сделанного лицом, применяющим общую систему налогообложения.

По мнению Управления, примененное заказчиком в данном случае уменьшение цены лица, являющегося плательщиком НДС, создает неравные условия для участников закупки, что противоречит положениям Закона о закупках. Предлагая определенную цену, участник несет риск получения меньшего количества баллов при наличии лучшего предложения другого участника закупки, что в конечном итоге определяет конкуренцию при проведении закупки.

При таких обстоятельствах Управление приходит к выводу о несоответствии действий Заказчика требованиям, установленным частью 6 статьи 3, а также пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Считая свои права нарушенными, АО "ЭССК ЕЭС" обратилось в Арбитражный суд Московского округа (далее - Суд) с заявлением о признании решения Управления от 07.12.2021 по делу N 077/07/00-21343/2021 (далее - Решение) незаконным.

В свою очередь Суд в Постановлении от 02.11.2022 по делу N А40-37953/22-130-369 отмечает, что если при оценке участников, являющихся плательщиками НДС, размер НДС будет вычитаться из их ценовых предложений, это будет фактически предоставлять им преимущество над лицами, не являющимися плательщиками указанного налога, так как последним, чтобы быть конкурентоспособными придется снижать свое предложение как минимум на размер НДС, в то время как для лиц, не являющихся плательщиками НДС, в любом случае установлена своя система налогообложения и предусмотренное законодательством право на освобождение от уплаты соответствующего - налога, которого фактически лишает заказчик путем установления такого порядка оценки.

При этом увеличение же лицами, находящимися на общей системе налогообложения, своих ценовых предложений при подаче заявок (для исключения последующего исполнения договора в убыток собственным интересам) исключит возможность их победы в закупочной процедуре ввиду более привлекательного ценового предложения, сделанного лицом, применяющим общую систему налогообложения.

Таким образом, примененное Заказчиком в данном случае уменьшение цены лица, являющегося плательщиком НДС, создает неравные условия для участников закупки, что противоречит положениям Закона о закупках и предлагая определенную цену, участник несет риск получения меньшего количества баллов при наличии лучшего предложения другого участника закупки, что в конечном итоге определяет конкуренцию при проведении закупки.

(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 02.11.2022 по делу N А40-37953/22-130-369)

5. Заказчиком неправомерно проведена закупка неконкурентным способом.

В ФАС России поступила жалоба ООО СК "Строй-Гарант" (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ПАО "МОЭК" (далее - Заказчик) при проведении открытых маркетинговых исследований в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по ремонту ненадежных участков тепловых сетей и тепловых камер на объектах филиала N 3 ПАО "МОЭК" (номер извещения в ЕИС - 32110990749) (далее - Маркетинговые исследования, Жалоба).

Из Жалобы следует, что при проведении Маркетинговых исследований права и законные интересы Заявителя нарушены, поскольку Заказчиком неправомерно осуществлена закупка неконкурентным способом.

Согласно сведениям, размещенным в ЕИС, а также положениям извещения о проведении Конкурса и Конкурсной документации Заказчиком проведены Маркетинговые исследования в электронной форме.

Комиссия ФАС России в решении от 01.06.2022 по делу N 223ФЗ-229/22 (далее - Решение) отмечает, что для целей экономической эффективности закупка товаров, работ, услуг путем проведения неконкурентных процедур, в том числе у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконкурентных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы).

Кроме того, осуществление закупки без проведения конкурентных процедур, независимо от наличия конкурентного рынка, создают возможность привлечения исполнителя без проведения торгов (конкурса/аукциона), что, в свою очередь, приводит к дискриминации и ограничению конкуренции.

Заказчик, не согласившись с Решением, обжаловал его в судебном порядке.

Арбитражный суд г. Москвы соглашается с доводами антимонопольного органа о неправомерных действиях Заказчика, выразившихся в проведении Закупки неконкурентным способом, в связи с чем в своем решении от 17.11.2022 по делу N А40-175723/22-94-1316 подтверждает обоснованность выводов Комиссии ФАС России и признает оспариваемое Решение антимонопольного органа законным и обоснованным, не нарушающим права и законные интересы Заказчика.

Данный вывод также подтверждается выводом, содержащимся в Определении Верховного Суда Российской Федерации от 25.11.2022 по делу N 305-ЭС21-21620.

(Решение Арбитражного суда г. Москвы от 17.11.2022 по делу N А40-175723/22-94-1316)

О.В. Горбачева

Начальник Управления контроля

размещения государственного заказа ФАС России