Документ предоставлен [КонсультантПлюс](https://www.consultant.ru)

ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В СФЕРЕ ЗАКУПОК ПО [223-ФЗ](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF)

(ЯНВАРЬ 2023 ГОДА)

Материал подготовлен с использованием правовых актов

по состоянию на 31 января 2023 года

1. Установление требования к участникам закупки об обеспечении заявки на участие в закупке путем предоставления банковской гарантии, выданной исключительно банками, включенными в перечень Заказчика, неправомерно ограничивает количество участников закупки.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Общество) на действия (бездействие) заказчика АО (далее - Заказчик), организатора АО (далее - Организатор) при проведении аукциона в электронной форме на право заключения договора на выполнение строительно-монтажных работ по наружным сетям в рамках выполнения генподрядных работ для реализации проекта "Строительство Хабаровской ТЭЦ-4 с внеплощадочной инфраструктурой" (далее - Аукцион, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика, Организатора при проведении Аукциона нарушают права и законные интересы Общества, поскольку Заказчиком, Организатором неправомерно установлено в Документации право участника закупки получать банковскую гарантию для обеспечения заявки на участие в закупке исключительно у банков, перечень которых установлен Заказчиком, Организатором.

В соответствии с [пунктом 2 части 1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489926DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF) Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в частности, принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с [частью 1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489827DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF) Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются [Конституцией](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F620CF9E35457DC481AFE89D85997A9CE2A98A46651344B8421D6BEm3V6F) Российской Федерации, Гражданским [кодексом](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6405F6E759068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) Российской Федерации, [Законом](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений [части 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489825DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF) Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Подпунктом "к" пункта 4.5.7.7 Документации Заказчиком, Организатором установлено следующее требование: "В случае выбора участником закупки обеспечения заявки путем предоставления банковской гарантии (либо электронной банковской гарантии, выданной посредством функционала электронной торговой площадки), такая банковская гарантия составляется с учетом требований [статей 368](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6405F6E759068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F32489C2882ED716661565B4475B37CE88F00m1V6F) - [378](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6405F6E759068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F324D922882ED716661565B4475B37CE88F00m1V6F) Гражданского кодекса Российской Федерации", а также в том числе с учетом следующего условия: "Банковская гарантия должна быть выдана банком, включенным в перечень Банков-Гарантов (Актуальный перечень Банков-Гарантов размещен на официальном сайте Общества)".

Согласно пункту 4.5.7.8 Документации в случае выбора участником закупки обеспечения заявки путем предоставления банковской гарантии он должен предоставить в составе своей заявки копию такой гарантии (либо электронную банковскую гарантию, выданную банком посредством функционала электронной торговой площадки), подтверждающую наличие обеспечения заявки в требуемом размере и соответствующую требованиям к условиям такой гарантии, установленным в подпункте 4.5.7.7 Документации. В противном случае обеспечение заявки считается невнесенным и Организатор обязан отклонить заявку такого участника.

Комиссией ФАС России установлено, что перечнем "Банков-Гарантов", размещенным на официальном сайте Организатора, предусмотрено наименование 33 кредитных организаций, чьи банковские гарантии будут приняты Заказчиком, Организатором при рассмотрении заявок участников закупки.

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации, пришла к выводу, что установление ограниченного перечня банков, чьи банковские гарантии могут быть представлены участниками закупки, ограничивает количество участников Аукциона, поскольку выдача банковской гарантии является правом, а не обязанностью банков.

Таким образом, ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F6807FDE65A048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 31.08.2022 N 223ФЗ-356/22 установила в действиях Заказчика нарушения [части 1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489827DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF) Закона о закупках, выдав при этом [Предписание](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E75B078B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 31.08.2022 N 223ФЗ-356/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, Организатор, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F6807FDE65A048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E75B078B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF), обжаловали их в судебном порядке.

Суд, рассмотрев материалы дела, заслушав мнения сторон, пришел к следующим выводам:

*"Министерством финансов Российской Федерации на основании сведений, полученных от Центрального банка Российской Федерации, ведется перечень банков, отвечающих требованиям, указанным в* [*статье 74.1*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6405FDE75A058B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96D49334E917787F8603E6C5F4C5A76AE60EA8Dm0V1F) *Налогового кодекса Российской Федерации, согласно которому для включения в перечень Министерства финансов Российской Федерации банк должен удовлетворять следующим требованиям:*

*наличие лицензии на осуществление банковских операций, выданной Центральным банком Российской Федерации, и осуществление банковской деятельности в течение не менее пяти лет; наличие собственных средств (капитала) банка в размере не менее 1 миллиарда рублей;*

*соблюдение обязательных нормативов, предусмотренных Федеральным* [*законом*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6404FFE15F038B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) *от 10.07.2002 N 86-ФЗ "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", на все отчетные даты в течение последних шести месяцев;*

*отсутствие требования Центрального банка Российской Федерации об осуществлении мер по финансовому оздоровлению банка на основании* [*параграфа 4.1 главы IX*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FBEE57038B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96D46324C917787F8603E6C5F4C5A76AE60EA8Dm0V1F) *Федерального закона от 26 октября 2002 года N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".*

*Вышеуказанный перечень ведется и подлежит размещению на официальном сайте Министерства финансов Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет и в настоящий момент включает банки, отвечающие требованиям, перечисленным в* [*статье 74.1*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6405FDE75A058B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96D49334E917787F8603E6C5F4C5A76AE60EA8Dm0V1F) *Налогового кодекса Российской Федерации.*

*Таким образом, для получения банковской гарантии участник закупки вправе использовать услуги вышеуказанных банков, а не исключительно банков, указанных в перечне, представленном на сайте Организатора.*

*При этом получение банковской гарантии в иных банках не влияет на возможность подать заявку на участие в закупке.*

*Кроме того, выдача банковской гарантии является правом, а не обязанностью банков, в связи с чем установление ограниченного перечня банков, чьи банковские гарантии могут быть представлены участниками закупки, ограничивает количество участников Аукциона"*.

С учетом изложенного, Заказчику отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Решение](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFF6FC5D74B0C6D06FAE75A0182151CA9D6885FC2FB8E74C1F52B1A3948933DD6BF2B316C54m5V1F) Арбитражного суда города Москвы от 20.01.2023 по делу N А40-236432/22-130-1811)

2. Отказ участнику закупки в допуске к участию в закупке в связи с предоставлением в составе заявки информации, не соответствующей действительности, неправомерен, такая заявка подлежит оценке без учета несоответствующих документов и сведений.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Общество) на действия (бездействие) заказчика ОАО (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание услуг по контролю за соблюдением правил внутриобъектного распорядка (далее - Конкурс, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика при проведении Конкурса нарушают права и законные интересы Общества, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение о признании заявки Общества не соответствующей требованиям Документации в связи с предоставлением недостоверной информации, направленной Обществом в составе заявки с целью присвоения баллов по соответствующему критерию оценки.

Согласно [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В пункте 3.9.5 части 3 Документации установлено следующее: "В случае установления недостоверности информации, содержащейся в документах, представленных участником в составе заявки, заказчик обязан отстранить такого участника конкурса на любом этапе проведения конкурса".

В соответствии с пунктом 3.9.4.1 части 3 Документации участник конкурса не допускается к участию в конкурсе в случае непредставления определенных конкурсной документацией документов и/или предоставления информации об участнике конкурса или о товарах, работах, услугах, закупка которых осуществляется, не соответствующей действительности.

Согласно протоколу рассмотрения и оценки вторых частей заявок участников Конкурса от 05.04.2022 N 992/ЮУЖД Заказчиком принято решение об отказе Обществу в допуске к участию в Конкурсе в связи с предоставлением в составе заявки информации, не соответствующей действительности (представлена не соответствующая действительности информация о квалифицированном персонале, указанная участником в сведениях о наличии квалифицированного персонала).

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации, выслушав представителей Заказчика, пришла к выводу, что в случае несоответствия документов, представленных участником для целей оценки, заявка Общества не может быть отклонена по вышеуказанным основаниям, а подлежит оценке без учета несоответствующих документов.

Таким образом, ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F6804FBE258058B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 03.06.2022 N 223ФЗ-233/22 установила в действиях Заказчика нарушения [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках, выдав при этом [Предписание](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F9E65D028B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 03.06.2022 N 223ФЗ-233/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F6804FBE258058B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F9E65D028B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF), обжаловал их в судебном порядке.

Арбитражный суд города Москвы отказал в удовлетворении требований Заказчика, Организатора.

Суд апелляционной инстанции, рассмотрев материалы дела, заслушав мнения сторон, пришел к следующим выводам:

*"Суд обоснованно признал верным вывод ответчика о том, что, исходя из положений Документации, при несоответствии документов, представленных участником для целей оценки, такая оценка осуществляется без учета информации, указанной в таких документах, следовательно, заявка Заявителя не может быть отклонена по вышеуказанным основаниям, поскольку подлежит оценке без учета несоответствующих документов.*

*Учитывая изложенное, суд верно указал на то, что Заказчик неправомерно отклонил заявку Общества при рассмотрении вторых частей заявок, то есть на этапе оценки заявок по критериям, указанным в документации".*

С учетом изложенного, Заказчику, Организатору отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Постановление](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFF6FC5D74B0C6D06FAE65608861F1CA9D6885FC2FB8E74C1F52B1A3948933DD6BF2B316C54m5V1F) Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2023 N 09АП-87300/2022 по делу N А40-146290/22)

3. Обязанность участника закупки осуществлять дополнительные расчеты предлагаемой цены договора и предоставлять их в составе заявки не предусмотрена положениями [Закона](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) о закупки.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Общество) на действия (бездействие) заказчика ПАО (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 рабочей документации, поставке оборудования, СМР и ПНР по титулу "Техническое перевооружение ПС 500 кВ "Заря" (приведение инженерно-технических средств охраны к действующим требованиям) (1 комплекс)" для нужд филиала ПАО (далее - Конкурс, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика при проведении Конкурса нарушают права и законные интересы Общества, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение о признании заявки Общества не соответствующей требованиям Документации.

В соответствии с [пунктом 2 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4F3143CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

В соответствии с [частью 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Как установлено в пункте 3.5.4 Документации, "цена договора должна включать в себя: все затраты, накладные расходы, налоги, пошлины, таможенные платежи, страхование и прочие сборы, которые поставщик (подрядчик, исполнитель) договора должен оплачивать в соответствии с условиями договора или на иных основаниях, если иное не установлено документацией о закупке".

Согласно подпункту 4.1 пункта 10 Информационной карты в целях подтверждения соответствия установленным требованиям, участник закупки должен включить в состав ценового предложения сводную таблицу стоимости работ и услуг по форме и в соответствии с инструкциями, приведенными в Документации (часть 3 "Образцы форм для заполнения участниками закупки" Документации, форма 9) с приложением файла сводной таблицы стоимости работ со всеми спецификациями.

При этом в состав сводной таблицы стоимости входят формы 9 (сводная таблица стоимости), спецификация оборудования (форма 9.1) и спецификация материалов (форма 9.2), согласно которым участнику закупки необходимо представить сведения, в том числе о комплектах запасных частей и принадлежностей для эксплуатации в течение гарантийного срока.

Согласно пункту 3.4.2 Документации в случае неполного представления информации и документов, перечисленных в пункте 10 Информационной карты, Заказчик отклоняет заявку, поданную на участие в закупке.

В соответствии с протоколом рассмотрения вторых частей заявок на участие в Конкурсе от 20.01.2022 N 6/2203906 Заказчиком принято решение о признании заявки Общества не соответствующей требования Документации.

При этом на заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика представили материалы и пояснили, что Обществом в составе заявки представлены спецификация оборудования (форма 9.1) и спецификация материалов (форма 9.2), не соответствующие требованиям части 3 "Образцы форм для заполнения участниками закупки" Документации. Так, например, в представленной в составе заявки Общества спецификации оборудования (форма 9.1) отсутствуют следующие столбцы: "комплекты запасных частей и принадлежностей для эксплуатации в течение гарантийного срока", "погрузочные, разгрузочные работы", "таможенные пошлины и сборы, выплаченные или подлежащие выплате в России", "организация обслуживания в течение гарантийного срока", "иные дополнительные расходы".

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации и представленные материалы, пришла к выводу, что положениями [Закона](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) о закупках регламентировано, что заявка на участие в Конкурсе должна содержать предложение о цене договора участника закупки, при этом [Законом](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) о закупках не предусмотрена обязанность участника закупки осуществлять дополнительные расчеты предлагаемой цены договора.

Таким образом, ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F670CFDE75E008B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 07.02.2022 N 223ФЗ-58/22 установила в действиях Заказчика нарушения [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF), [пункта 2 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4F3143CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках, выдав при этом [Предписание](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E759048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 07.02.2022 N 223ФЗ-58/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE26FC4AE1E5F670CFDE75E008B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E759048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF), обжаловал их в судебном порядке.

Суды, рассмотрев материалы дела, заслушав мнения сторон, пришли к следующим выводам:

*"Вместе с тем положениями* [*Закона*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) *о закупках регламентировано, что заявка на участие в Конкурсе должна содержать предложение о цене договора участника закупки, при этом* [*Законом*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) *о закупках не предусмотрено обязанности участника закупки осуществлять дополнительные расчеты предлагаемой цены договора.*

*Кроме того,* [*Законом*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) *о закупках не предусмотрено обязанности участника закупки на момент подачи заявки на участие в Конкурсе иметь предлагаемый к поставке товар в наличии, в связи с чем участник может не располагать информацией, в том числе о комплектах запасных частей и принадлежностей для эксплуатации в течение гарантийного срока".*

С учетом изложенного, Заказчику отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Постановление](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE163C4AE1E5F6402FEEF57008B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) Арбитражного суда Московского округа от 27.01.2023 по делу N А40-48345/2022)

4. Заказчиком установлен ненадлежащий порядок оценки заявок по критерию "Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами", который не позволяет объективно сопоставить заявки участников закупки и ставит участников закупки в неравное положение.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Общество) на действия (бездействие) заказчика ОАО (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по текущему содержанию пути для нужд Северо-Кавказской дирекции инфраструктуры (далее - Конкурс, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика при проведении Конкурса нарушают права и законные интересы Общества, поскольку Заказчиком установлен ненадлежащий порядок оценки участников закупки по критерию "Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами" (далее - Критерий N 3).

В соответствии с [пунктами 13](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4E3243CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF), [14 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4E3343CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны критерии оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке, а также порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке.

Пунктом 3 раздела 1 приложения N 1.4 к Документации установлен Критерий N 3, согласно которому:

"Сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, уменьшается на 5 баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами.

При оценке по критерию учитывается опыт работ контрагента за период три календарных года, предшествующих дате проведения настоящей закупки в случае:

- расторжения договора заказчиком (ОАО "РЖД") или третьим лицом в одностороннем порядке или по решению суда с данным контрагентом в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) им своих обязательств по договору;

- наличия у ОАО "РЖД" или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника;

- уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок".

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации и представленные материалы, пришла к выводу, что Заказчиком в Документации не установлен порядок проверки и установления наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами для надлежащего присвоения баллов участникам закупки по вышеуказанному критерию оценки.

При этом вышеуказанные факты могут быть оспорены в судебном порядке. На момент проведения оценки заявок участников закупки судебный процесс по вопросу правомерности применения штрафных санкций либо наличия фактов неисполнения может быть не окончен.

Наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, также не позволяет оценить отрицательный опыт участника закупки.

Таким образом, ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E659068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 21.07.2022 N 223ФЗ-302/22 установила в действиях Заказчика нарушения [пунктов 13](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4E3243CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF), [14 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B4E3343CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках, выдав при этом [Предписание](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E656038B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 21.07.2022 N 223ФЗ-302/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E659068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E656038B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF), обжаловал их в судебном порядке.

Суд, рассмотрев материалы дела, заслушав мнения сторон, пришел к следующим выводам:

*"Такой правовой подход Заказчика в принципе нивелирует саму оценку заявок как процедуру, поскольку оценка предполагает собой инвариативность начисления баллов, то есть наделение заявки участника закупочной процедуры баллами пропорционально степени соответствия заявленному требованию, а также в соответствии со степенью привлекательности такого предложения для Заказчика, а не ответ на "закрытый" вопрос, который предполагает однозначный ответ: "да" = "-5 баллов" или "нет" = "-0 баллов".*

*При таком правовом подходе следует вывод, что в случае, если количество претензий равно 1, или 5, или 7, или 9, или любому иному числу, но не 0, то у такого участника закупки по указанному критерию вычитается 5 баллов. Следовательно, применение неправомерных требований к участникам закупки нарушает требования* [*Закона*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) *о закупках.*

*Учитывая изложенное, ОАО ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по критерию "Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами", что не позволяет присвоить участникам закупки максимальное количество баллов, а также объективно сопоставить заявки участников Конкурса".*

С учетом изложенного, Заказчику отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Решение](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFF6FC5D74B0C6D06FAE75D08881A1CA9D6885FC2FB8E74C1F52B1A3948933DD6BF2B316C54m5V1F) Арбитражного суда города Москвы от 28.12.2022 по делу N А40-168526/22-72-966)

5. Установление требования к участникам закупки о наличии лицензии на право осуществления той или иной деятельности неправомерно ограничивает количество участников закупки, в случае если такая деятельность не является основным объектом закупки.

В ФАС России поступила жалоба ЗАО (далее - Общество) на действия (бездействие) ПАО (далее - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, 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 (далее - Конкурс, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика при проведении Конкурса нарушают права и законные интересы Общества, поскольку Заказчиком неправомерно принято решение о признании заявки Общества не соответствующей требованиям Документации.

[Частью 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках установлено, что заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

В соответствии с [пунктом 6 части 19.1 статьи 3.4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B483143CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках в документации о закупке заказчик вправе установить обязанность представления копии документов, подтверждающих соответствие участника конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставку товара, выполнение работы, оказание услуги, являющихся предметом закупки, за исключением случая, предусмотренного [подпунктом "е" пункта 9 части 19.1 статьи 3.4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B473243CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках.

Подпунктом "е" пункта 9 части II "Информационная карта закупки" Документации Заказчиком установлено следующее требование к участникам закупки:

"Соответствие участника закупки требованиям законодательства Российской Федерации к лицам, осуществляющим выполнение работы, оказание услуги, являющихся предметом закупки, а именно наличие у участника закупки лицензии на право осуществлять деятельность по монтажу, техническому обслуживанию и ремонту средств обеспечения пожарной безопасности зданий и сооружений (далее - Лицензия МЧС) (https://digital.mchs.gov.ru/).

Виды работ:

- монтаж, техническое обслуживание и ремонт систем пожарной и охранно-пожарной сигнализации и их элементов, включая диспетчеризацию и проведение пусконаладочных работ;

- монтаж, техническое обслуживание и ремонт систем противопожарного водоснабжения и их элементов, включая диспетчеризацию и проведение пусконаладочных работ;

- монтаж, техническое обслуживание и ремонт систем (элементов систем) дымоудаления и противодымной вентиляции, включая диспетчеризацию и проведение пусконаладочных работ...".

В соответствии с протоколом рассмотрения вторых частей заявок на участие в Конкурсе от 23.12.2021 N 6/2203220 Заказчиком принято решение о признании заявки Заявителя не соответствующей требованиям Документации ввиду отсутствия в составе заявки ЗАО Лицензии МЧС.

Комиссия ФАС России установила, что работы по монтажу, техническому обслуживанию и ремонту средств обеспечения пожарной безопасности объекта закупки, требующие наличие у исполнителя таких работ Лицензии МЧС, не являются самостоятельным объектом закупки, а лишь входят в состав работ, предусмотренных Документацией.

Комиссия ФАС России, изучив положения Документации и представленные материалы, пришла к выводу, что если работы, требующие наличия лицензии, не являются самостоятельным объектом закупки, а лишь входят в состав работ, являющихся объектом закупки, то установление требования к участникам закупки о наличии соответствующей лицензии не соответствует требованиям [Закона](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) о закупках.

Таким образом, Комиссия ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02FCE75A048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 14.01.2022 N 223ФЗ-14/22 установила в действиях Заказчика нарушения [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF), [пункта 6 части 19.1 статьи 3.4](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B483143CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) Закона о закупках, выдав при этом [Предписание](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E759078B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) от 14.01.2022 N 223ФЗ-14/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02FCE75A048B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE069C4C64B0C6D02F6E759078B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF), обжаловал их в судебном порядке.

Суд, рассмотрев материалы дела, заслушав мнения сторон, пришел к следующим выводам:

*"Согласно законодательству Российской Федерации о лицензировании ряд работ или услуг могут выполняться исключительно лицами, обладающими соответствующей лицензией. В случае если в один объект закупки включены работы, для выполнения которых требуется наличие соответствующей лицензии, а также работы, для выполнения которых такая лицензия не требуется, то установление требования о предоставлении участником закупки в составе заявки копии лицензии МЧС может ограничить количество участников закупки.*

*Суды указали, что отсутствие подтверждения наличия указанной лицензии у участника закупки не свидетельствует о невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по ее результатам, поскольку участником может быть привлечен субподрядчик для выполнения данных работ.*

*Действия, установившего вышеуказанное требование в Документации, которое ограничивает количество участников закупки, и, как следствие, отклонившего заявку третьего лица, противоречат* [*пункту 2 части 1 статьи 3*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489926DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF)*,* [*части 1 статьи 2*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E4F34489827DDE86477395B52536BB061F48D0217m5VFF) *Закона о закупках и нарушают* [*пункт 6 части 19.1 статьи 3.4*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96B483143CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF)*,* [*часть 6 статьи 3*](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BFE6FC0AE1E5F6407FDE25E068B4A4BAB87DD51C7F3DE3CD1A96E463C43CE7292E93833654852596BB262E8m8VCF) *Закона о закупках".*

С учетом изложенного, Заказчику отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Постановление](consultantplus://offline/ref=0273EEA190BF89438A9BE163C4AE1E5F6401F9E356058B4A4BAB87DD51C7F3DE2ED1F1624F3D569A20C8BE3531m6VFF) Арбитражного суда Московского округа от 22.12.2022 по делу N А40-70290/2022)

О.В. Горбачева

Начальник Управления контроля размещения

государственного заказа ФАС России