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

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  | Подготовлен для системы КонсультантПлюс |  |

ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В СФЕРЕ ЗАКУПОК ПО [223-ФЗ](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK)

(ИЮНЬ 2023 ГОДА)

Материал подготовлен с использованием правовых актов

по состоянию на 30 июня 2023 года

1. Заказчик не вправе устанавливать в Документации требования к участникам закупки о предоставлении в составе заявки детализации ценового предложения, поскольку это не предусмотрено [Законом](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках.

В ФАС России поступила жалоба ЗАО (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика 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-й комплекс)" для нужд филиала ПАО (далее - Конкурс, Жалоба).

Как следует из Жалобы, действия Заказчика нарушают права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе Заявителю в допуске к участию в Конкурсе ввиду несоответствия заявки Заявителя требованиям Документации.

Согласно требованиям Документации 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 III "Образцы форм для заполнения участниками закупки", форма 9), с приложением файла сводной таблицы стоимости работ со всеми спецификациями, выполненными в формате MS Excel.

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.

В соответствии с протоколом рассмотрения вторых частей заявок на участие в Конкурсе Заказчиком принято решение о признании заявки Заявителя не соответствующей требованиям Документации.

На заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика представили материалы и пояснили, что приложенные в составе заявки Заявителя формы 9.1 и 9.2 составлены ненадлежащим образом.

Так, например, в представленной в составе заявки Заявителя спецификации оборудования (форма 9.1) не заполнены следующие столбцы: "Комплекты запасных частей и принадлежностей для эксплуатации в течение гарантийного срока", "Упаковка, тара, временная антикоррозийная защита", "Транспортировка, страхование грузоперевозки и прочие расходы, связанные с доставкой продукции", "Погрузочные, разгрузочные работы", "Таможенные пошлины и сборы, выплаченные или подлежащие выплате в России", "Шефмонтаж", "Организация обслуживания в течение гарантийного срока", "Иные дополнительные расходы".

Вместе с тем, изучив положения Документации, представленные материалы, Комиссия ФАС России установила, что положениями [Закона](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках регламентировано, что заявка на участие в Конкурсе должна содержать предложение о цене договора участника закупки, при этом [Законом](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках не предусмотрено обязанности участника закупки осуществлять дополнительные расчеты предлагаемой цены договора.

ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19E527FAADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 17.02.2022 по делу N 223ФЗ-79/22 установила в действиях Заказчика нарушения [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3CAF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [пункта 13 части 19.1 статьи 3.4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318249B8C2F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках. Предписание не выдавалось, поскольку выдано ранее [Решением](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19B537BA6DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 17.02.2022 по делу N 223ФЗ-76/22.

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19E527FAADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) ФАС России, обжаловал его в судебном порядке.

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

"В то же время из [Закона](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках следует, что заявка на участие в конкурсе должна содержать предложение о цене договора участника закупки ([пункт 13 части 19.1 статьи 3.4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318249B8C2F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках). При этом [Закон](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках не возлагает на участника закупки обязанность осуществлять дополнительные расчеты предлагаемой цены договора и представлять их в составе поданных на участие в закупке заявок. [Законом](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) 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, об иных дополнительных расходах.

Суды указали, что требование об указании подобной информации не только не соответствует [Закону](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках, но и затрудняет процесс заполнения участниками заявок на участие в конкурсе, поскольку налагает дополнительную обязанность по заполнению большого количества форм, предполагающих внесение крупных массивов информации и данных, что может повлечь за собой технические ошибки и последующее отклонение участника закупки за неуказание информации, не предусмотренной [Законом](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках".

С учетом изложенного, Заказчику отказано в удовлетворении заявленных требований.

([Постановление](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CD93C9DE8EB880B09E537AACDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) Арбитражного суда Московского округа от 02.06.2023 по делу N А40-91614/2022)

2. Критерий порядка оценки "Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами" не позволяет объективно сопоставить заявки участников закупки.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ОАО (далее - Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по организации технологического процесса работы объектов теплоснабжения (далее - Конкурс, Жалоба).

Заявителем обжаловались действия Заказчика в части установления ненадлежащего порядка оценки заявок участников Конкурса по критерию "Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами" (далее - Критерий).

Согласно [пунктам 13](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BBC4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [14 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BBC5F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) 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.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила, что пунктом 3 приложения N 1.4 документации по Конкурсу (далее - Документация) установлен Критерий, 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.

Также Комиссией ФАС России установлено, что при оценке по Критерию учитывается опыт работ контрагента за период три календарных года, предшествующих дате проведения Конкурса в случае:

- расторжения договора Заказчиком 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 Заказчика или третьих лиц претензий к участнику, в том числе урегулированных как в судебном, так и досудебном порядке, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника;

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

[Частью 16 статьи 3.2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824EBCC0F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках установлено, что под конкурсом в целях Закона о закупках понимается форма торгов, при которой победителем конкурса признается участник конкурентной закупки, заявка на участие в конкурентной закупке, окончательное предложение которого соответствует требованиям, установленным документацией о конкурентной закупке, и заявка, окончательное предложение которого по результатам сопоставления заявок, окончательных предложений на основании указанных в документации о такой закупке критериев оценки содержит лучшие условия исполнения договора.

Таким образом, Комиссией ФАС России установлено, что при оценке заявок по Критерию у участников закупки, обладающих различным количеством фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами (так, например: 1 случай расторжения соответствующего договора или 5 случаев уклонения участника закупки от заключения договора) будет вычтено одинаковое количество баллов (5 баллов), что не позволяет Заказчику выявить лучшие условия исполнения договора и объективно оценить заявки участников закупки по Критерию.

Также 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, а вышеуказанные факты могут быть оспорены в судебном порядке, в связи с чем на момент проведения оценки заявок участников закупки судебный процесс по вопросу правомерности применения штрафных санкций либо наличия фактов неисполнения может быть не окончен.

Таким образом, наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами может подтверждаться исключительно судебным актом, вступившим в законную силу.

ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CE9FC9DE8EB88CB298577EA9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 26.01.2023 N 223ФЗ-28/23 установила, что вышеуказанные положения Документации нарушают [пункты 13](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BBC4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [14 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BBC5F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках, выдав при этом Предписание от 26.01.2023 N 223ФЗ-28/23 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CE9FC9DE8EB88CB298577EA9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и Предписанием, обжаловал их в судебном порядке.

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

"Неисполнение, ненадлежащее исполнение обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами также может являться следствием недобросовестного поведения заказчика и/или третьих лиц, наступления независящих от сторон обстоятельств, обстоятельств непреодолимой силы и др.

Такой правовой подход Заказчика 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".

Из вышеизложенного 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.

Учитывая изложенное, установление такого сформулированного требования, как наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами при отсутствии порядка проверки и установления вышеуказанного факта для надлежащего присвоения баллов участникам закупки по Критерию, а также вычет одинакового количества баллов при наличии таких фактов не способствует определению наилучшего участника закупки".

([Решение](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D39FC8A7DBEB89B59D5F7DACD1F800D141DCEFE2539A1321DE08EFCFF2F4ED83DAEA22BC8405Q0K) Арбитражного суда города Москвы от 14.06.2023 по делу N А40-76833/2023)

3. Заказчиком неправомерно проведена закупка неконкурентным способом при наличии обстоятельств для проведения конкурентной закупки.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ПАО (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 (далее - Маркетинговые исследования).

Из Жалобы следует, что Заказчиком неправомерно осуществлена закупка неконкурентным способом.

Комиссией ФАС России установлено, что закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупках товаров, работ, услуг ПАО (далее - Положение о закупках).

В соответствии с [частью 2 статьи 2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318249BBC4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) 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.

В силу положений [части 3 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB2C4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках конкурентной закупкой является закупка, осуществляемая с соблюдением одновременно следующих условий:

1) информация о конкурентной закупке сообщается заказчиком одним из следующих способов:

а) путем размещения в единой информационной системе извещения об осуществлении конкурентной закупки, доступного неограниченному кругу лиц, с приложением документации о конкурентной закупке;

б) посредством направления приглашений принять участие в закрытой конкурентной закупке в случаях, которые предусмотрены [статьей 3.5](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824FB2C3F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках, с приложением документации о конкурентной закупке не менее чем двум лицам, которые способны осуществить поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом такой закупки;

2) обеспечивается конкуренция между участниками конкурентной закупки за право заключить договор с заказчиком на условиях, предлагаемых в заявках на участие в такой закупке, окончательных предложениях участников такой закупки;

3) описание предмета конкурентной закупки осуществляется с соблюдением требований [части 6.1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3CBF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках.

При этом в соответствии с [частью 3.2 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным [частью 3 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB2C4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках.

Комиссия ФАС России, изучив Положение о закупках, Документацию по Маркетинговым исследованиям (далее - Документация), установила, что условия осуществления Маркетинговых исследований в совокупности соответствуют условиям проведения конкурентной закупки, предусмотренным [частью 3 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB2C4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках.

Также Комиссия ФАС России 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, создает возможность привлечения исполнителя без проведения торгов (конкурса/аукциона), что, в свою очередь, приводит к дискриминации и ограничению конкуренции.

В свою очередь, на заседании Комиссии ФАС России представители Заказчика не представили доказательств, свидетельствующих о наличии обстоятельств, препятствующих проведению конкурентной закупки по предмету Маркетинговых исследований.

В этой связи ФАС России пришла к выводу, что Заказчиком неправомерно выбран неконкурентный способ проведения закупки.

Таким образом, ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19D5079ABDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 01.06.2022 по делу N 223ФЗ-229/22 установила в действиях Заказчика нарушение [части 1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FEF78886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках, выдав обязательное к исполнению [Предписание](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19D517CAADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 01.06.2022 по делу N 223ФЗ-229/22 (далее - Решение и Предписание).

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19D5079ABDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19D517CAADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK), обжаловал их в судебном порядке.

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

"Отклоняя доводы ПАО о законности проведения закупки в форме маркетинговых исследований, то есть неконкурентным способом, суды указали на отсутствие доказательств, свидетельствующих о наличии обстоятельств, препятствующих проведению конкурентной закупки на выполнение работ по ремонту ненадежных участков тепловых сетей и тепловых камер на объектах филиала N 3 ПАО с учетом того, что на участие в закупке было подано 2 заявки и маркетинговые исследования, условия осуществления которых установлены в документации, в совокупности соответствуют условиям проведения конкурентной закупки, предусмотренным [частью 3 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB2C4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках.

...В настоящем случае обществом была проведена закупка, которая согласно [части 3 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB2C4F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках полностью соответствовала признакам конкурентной, поскольку размещалась в ЕИС и предусматривала конкуренцию участников и подробно описывала предмет закупки.

Таким образом, 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 ограничению конкуренции, в связи с чем заказчиком неправомерно выбран неконкурентный способ проведения закупки, что противоречит [пункту 2 части 1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FFF68886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках и нарушает [часть 1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FEF78886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках".

([Постановление](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CD93C9DE8EB880BF99547AADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) Арбитражного суда Московского округа от 21.06.2023 по делу N А40-175723/22)

4. ФАС России вправе выдавать предписание об устранении выявленных нарушений, выраженных в неисполнении ранее выданного предписания.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Заявитель) 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 выполнение работ по текущему ремонту объектов Дирекции скоростного сообщения - филиала ОАО (далее - Конкурс, Жалоба).

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса права и законные интересы Заявителя нарушены действиями Заказчика, поскольку Заказчиком не исполнено ранее выданное Комиссией ФАС России [предписание](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 14.07.2022 по делу N 223ФЗ-288/22 (далее - Предписание-1).

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителей Заявителя, Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

В соответствии с [пунктом 2 части 1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FFF68886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются установленными в [Законе](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках принципами, в том числе принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с [частью 20 статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B3C1F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о признании жалобы обоснованной или необоснованной и в случае, если жалоба признана обоснованной, либо в случае установления иных, не являющихся предметом обжалования нарушений, принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного [пунктом 3.1 части 1 статьи 23](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824BB8C6F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции.

Согласно [статье 36](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F6FDFA8886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о защите конкуренции коммерческие организации обязаны исполнять решения и предписания антимонопольного органа в установленный такими решениями и предписаниями срок.

Комиссией ФАС России установлено, что 24.06.2022 в ФАС России поступила жалоба Заявителя на действия (бездействие) Заказчика при проведении Конкурса, по итогам рассмотрения которой комиссией ФАС России принято [решение](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915678A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 14.07.2022 по делу N 223ФЗ-288/22 (далее - Решение-1), согласно которому в действиях Заказчика выявлено нарушение [части 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3CAF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках, выразившееся в ненадлежащей оценке заявки Заявителя. На основании [Решения-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915678A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) Заказчику выдано обязательное для исполнения [Предписание-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK).

Представитель Заявителя на заседании Комиссии ФАС России пояснил, что Заказчиком не исполнено [Предписание-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK), поскольку оценка заявки Заявителя по подкритериям "Персонал, имеющий допуск к работам на высоте без применения инвентарных лесов и подмостей с применением систем канатного доступа с 1-й группой безопасности при работе на высоте", "Персонал, имеющий допуск к работам на высоте без применения инвентарных лесов и подмостей с применением систем канатного доступа с 2-й группой безопасности при работе на высоте" критерия "Квалификация персонала" осуществлена Заказчиком без учета ранее принятого комиссией ФАС России [Решения-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915678A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK).

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что выданное Комиссией ФАС России [Предписание-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) не исполнено, поскольку Заказчиком подано исковое заявление в Арбитражный суд города Москвы о признании [Решения-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915678A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и [Предписания-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) недействительными.

Вместе с тем в соответствии с [частью 23 статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248B9C1F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции предписание комиссии антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания. При этом в [статье 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции отсутствует указание на приостановление исполнения предписания в случае его обжалования в судебном порядке.

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения представителей Заказчика, Заявителя, Комиссией ФАС России установлено, что предписание антимонопольного органа, выданное в порядке [статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции, не подлежит исполнению только в случае принятия судом обеспечительных мер в виде приостановления действия соответствующего предписания, при этом Заказчиком на заседании Комиссии ФАС России не представлены сведения, подтверждающие, что указанные обеспечительные меры приняты Арбитражным судом города Москвы.

Таким образом, Комиссия ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F527BAFDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 06.09.2022 по делу N 223ФЗ-357/22 пришла к выводу о том, что действия Заказчика, выразившиеся в ненадлежащей оценке заявки Заявителя в связи с неисполнением ранее выданного [Предписания-1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK), не соответствуют [пункту 2 части 1 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FFF68886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках и нарушают [часть 1 статьи 2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F2FEF78886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK), [часть 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3CAF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках. Комиссией ФАС России выдано обязательное к исполнению [Предписание](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5279A6DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 06.09.2022 по делу N 223ФЗ-357/22 (далее - Решение-2 и Предписание-2).

Заказчик, не согласившись с [Решением-2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F527BAFDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и [Предписанием-2](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5279A6DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK), обжаловал их в судебном порядке.

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

"Довод заявителя о том, что вопрос неисполнения предписания антимонопольного органа в настоящем случае не подлежал рассмотрению в порядке [статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции, отклоняется судом, как противоречащий действующему законодательству, исходя из следующего.

Так, полномочия антимонопольного органа, рассмотревшего дело и принявшего оспариваемые ненормативные правовые акты, определены [частью 10 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F3F9F28886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках, [статьей 17](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824ABFCBF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [частью 1 статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824AB3C1F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [пунктом 3.1 части 1 статьи 23](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824BB8C6F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции, [пунктом 5.3.2.8](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B491527BAADDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F1FCF78886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 N 331.

В случае поступления в антимонопольный орган жалобы, содержащей информацию об осуществлении заказчиком закупки, по мнению заявителя, с нарушением требований [Закона](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках, иных нормативных правовых актов, принятых в его реализацию, положения о закупках, указанная жалоба подлежит рассмотрению в порядке, установленном [статьей 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции.

Таким образом, рассмотрение жалоб в соответствии со [статьей 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции введено для защиты прав и законных интересов лиц, заинтересованных в участии в торгах и подтвердивших свою заинтересованность подачей заявки или подтвердивших невозможность подачи заявки ввиду несоответствия процедуры требованиям законодательства в сфере закупок и невозможности подачи заявки из-за выявленных несоответствий.

[Закон](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о защите конкуренции дает прямое указание на пределы административного обжалования торгов.

...В настоящем случае ФАС России правомерно рассмотрела жалобу ООО в порядке [статьи 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции, поскольку она содержит основание, предусмотренное [пунктом 1 части 10 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F3F9F18886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках, а именно: осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального [закона](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика, выраженное в бездействии Заказчика по исполнению предписания об устранении выявленных нарушений, направленного не только на восстановление прав и законных интересов участника закупки, но и на проведение закупочной процедуры в строгом соответствии с требованиями [Закона](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) о закупках.

При этом суд учитывает, что предписание выдается антимонопольным органом в целях устранения (прекращения) выявленных им нарушений законодательства о закупках, на основании и во исполнение решения антимонопольного органа. Таким образом, выдача предписания со стороны Комиссии антимонопольного органа является реакцией антимонопольного органа на выявленные нарушения и направлена прежде всего на восстановление режима законности при проведении закупочных процедур.

В настоящем случае из жалобы ООО следует, что Заказчиком нарушены права и законные интересы ООО, поскольку Заказчиком неправомерно не исполнено [предписание](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B1915677AEDDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) ФАС России от 14.07.2022 N 223ФЗ-288/22.

Отсутствие в тексте жалобы прямой ссылки на какой-либо из поводов для обращения в антимонопольный орган (из указанных в [части 10 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DBAC2F3F9F28886A564E98B53CB881F3C2F06A11E09QAK) Закона о закупках) рассмотрению жалобы не препятствует.

Учитывая изложенное, суд соглашается с антимонопольным органом и считает, что в случае поступления в антимонопольный орган жалобы, содержащей информацию об осуществлении заказчиком закупки, по мнению подателя жалобы, в настоящем случае - участника Конкурса ООО с нарушением установленных требований, указанная жалоба подлежала рассмотрению ФАС России в порядке, установленном [статьей 18.1](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B49F557BADDDAF57D31089E1E75BCA5B318245B2C7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о защите конкуренции".

([Решение](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D39FC8A7DBEB89B59D5F7DACD7F900D141DCEFE2539A1321DE08EFCFF2F4ED83DAEA22BC8405Q0K) Арбитражного суда г. Москвы от 16.06.2023 по делу N А40-205003/22)

5. Факт направления контрагентом по Контракту претензий и жалоб не является подтверждением факта ненадлежащего исполнения обязательств.

В ФАС России поступила жалоба ООО (далее - Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ОАО (далее - Заказчик) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ по капитальному ремонту дома отдыха локомотивных бригад (далее - Аукцион).

Как следует из жалобы Заявителя, Заказчиком неправомерно принято решение об отклонении заявки Заявителя.

В соответствии с [пунктом 2 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BAC7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) 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 пунктом 3.6.6 документации по Аукциону (далее - Документация) в случае установления недостоверности информации, содержащейся в документах, представленных участником в составе заявки, Заказчик обязан отстранить такого участника закупки на любом этапе проведения закупки.

Изучив представленные материалы, Комиссия ФАС России установила, что Заявителем с целью подтверждения соответствия Документации представлены информация и документы без указания информации о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента, а именно контракт от 23.09.2020 N 33-2020/С (далее - Контракт).

Представитель Заказчика на заседании Комиссии ФАС России представил документы и пояснил, что в ходе проверки достоверности сведений в отношении Контракта выявлено, что при его исполнении в связи с ненадлежащим исполнением условий Контракта в адрес Заявителя направлялись жалобы, претензии, уведомления со стороны контрагента.

Таким образом, в связи с представлением Заявителем в составе заявки недостоверных сведений об отсутствии жалоб, претензий со стороны контрагента, ввиду ненадлежащего исполнения обязательств Заказчиком принято решение об отклонении заявки Заявителя.

Вместе с тем направление контрагентом по Контракту претензий и жалоб не может подтверждать факт ненадлежащего исполнения обязательств в силу отсутствия установления достоверности выводов Заказчика, поскольку юридически значимый факт может быть установлен исключительно в судебном порядке.

С учетом изложенного, Комиссия ФАС России в [Решении](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5F77A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 20.10.2022 по делу N 223ФЗ-405/22 пришла к выводу, что действия Заказчика, установившего в Документации вышеуказанное условие к участникам Аукциона, нарушают [часть 6 статьи 3](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B31824DB3CAF9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K), [пункт 2 части 10 статьи 4](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D29FCDDE8EB880B69C5476ADDDAF57D31089E1E75BCA5B318248BAC7F9A8A2C787F920B49853CB881D343300Q7K) Закона о закупках. Также выдано обязательное к исполнению [Предписание](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5F77AADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) от 20.10.2022 по делу N 223ФЗ-405/22.

Заказчик, не согласившись с [Решением](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5F77A9DDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK) и [Предписанием](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981CC99C9B6DBEB89B19F5F77AADDAF57D31089E1E75BCA4931DA41BACAECFCFB9DD0F4220BQFK), обжаловал их в судебном порядке.

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

"Доводы заказчика о наличии претензий в отношении представленного обществом в составе заявки контракта не подтверждают факт отсутствия опыта по предмету закупки.

В соответствии с п. 10.13 контракта в случае, если споры не урегулированы сторонами с помощью переговоров и в претензионном порядке, они передаются заинтересованной стороной в Арбитражный суд Омской области.

Антимонопольным органом установлено, что в Арбитражном суде Омской области отсутствуют споры, не урегулированные сторонами контракта.

Следует отметить, что направление контрагентом по контракту претензий и жалоб не может подтверждать факт ненадлежащего исполнения обязательств в силу отсутствия установления достоверности выводов заказчика, поскольку юридически значимый факт может быть установлен исключительно в судебном порядке.

Таким образом, доводы заказчика о наличии жалоб и претензий, направленных Департаментом строительства Омской области в адрес общества, в отношении представленного обществом в составе заявки контракта не подтверждают факт отсутствия опыта по предмету закупки".

([Постановление](consultantplus://offline/ref=B0CE6656F160B915B981D39FC8A7DBEB89B59D517CA8D7FB00D141DCEFE2539A1321DE08EFCFF2F4ED83DAEA22BC8405Q0K) Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2023 N 09АП-23943/2023 по делу N А40-281678/2022)

О.В. Горбачева

Начальник Управления контроля размещения

государственного заказа ФАС России