

СУДЕБНАЯ И АДМИНИСТРАТИВНАЯ ПРАКТИКА ПО ЗАКОНУ № 223-ФЗ



АНОХИНА А.А.,

начальник отдела антимонопольного сопровождения деятельности
ООО «Автодор — ТП»
a.a.anokhina@inbox.ru

1. Следует обратить внимание на позицию судов², в соответствии с которой жалоба на положения документации о закупке, направленная до окончания срока подачи заявок на участие в закупке лицом, не подавшим заявку на участие в ней, подлежит рассмотрению антимонопольным органом, если нарушаются права и законные интересы такого лица (потенциального участника) в результате несоблюдения порядка организации и проведения торгов.

Так, по результатам рассмотрения жалоб общества на действия заказчика, выраженных в установлении в документации требований о представлении участниками закупок документов, подтверждающих связь с заводом-изготовителем, антимонопольным органом приняты решения, согласно которым рассмотрение жалоб прекращено ввиду отсутствия правовых оснований для их рассмотрения по существу.

Суды пришли к выводу о соответствии решений антимонопольного органа требованиям законодательства, поскольку при рассмотрении обстоятельств дела было установлено, что фактического обоснования нарушения прав или законных интересов в результате нарушения порядка организации и проведения торгов в жалобах общества не приведено; доказательств того, что положениями документации о проведении закупок права общества были нарушены и признание торгов недействительными повлечет восстановление нарушенных прав общества, антимонопольному органу и суду представлено не было.

При таких обстоятельствах суды указали, что общество не относится к предусмотренной ч. 2 ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) категории лиц, права и законные интересы которых могли быть восстановлены при рассмотрении жалоб, направленных в антимонопольный орган.

² Решение Арбитражного суда города Москвы от 25.07.2022, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.10.2022, постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.12.2022, определение Верховного Суда Российской Федерации от 17.04.2023 № 303-ЭС22-29539 по делу № А24-2367/2022.

В другом деле апелляционный суд³ указал, что поскольку податель жалобы не являлся участником закупки и не воспользовался правом обратиться за разъяснением документации к заказчику, то и его права и законные интересы не могли быть ущемлены или нарушены в ходе организации и проведения закупки. В отсутствие документов и доказательств, обосновывающих нарушение прав и интересов лица, не участвовавшего в закупке, а также доказательств, свидетельствующих о прямом намерении принять участие в торгах, оснований для рассмотрения антимонопольным органом поданной жалобы по существу в контексте ч. 2 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции не имелось.

Суд кассационной инстанции⁴ также отметил, что жалоба не подлежала рассмотрению в антимонопольном органе, поскольку заявитель жалобы не являлся участником закупки, а жалоба не содержала указаний на нарушения, перечисленные в ч. 10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Также следует обратить внимание, что Верховный Суд Российской Федерации отказал⁵ заявителю жалобы в передаче кассационной жалобы на постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 17.05.2023 по делу № А43-14768/2022. Согласно данному постановлению в случае, если для вынесения антимонопольным органом решения и предписания послужила жалоба заявителя, которая не содержала указание на наличие в действиях заказчика нарушений, перечисленных в ч. 10 ст. 3 Закона о закупках, суды признают, что антимонопольный орган вышел за пределы своих полномочий.

В рамках административной процедуры по рассмотрению жалоб участников закупки, установленной ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган вправе принимать решения только по тем нарушениям, перечень которых установлен ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2023 по делу № А40-99665/2022.

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.05.2023 по делу № А40-99665/2022.

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 06.09.2023 № 301-ЭС23-15925 по делу № А43-14768/2022.

2. Заслуживает внимания позиция судов⁶ по вопросам порядка оценки заявок в отсутствие пропорциональной зависимости между предметом оценки и начисляемым количеством баллов.

Так, суды указывают, что заказчиком предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки. При этом суды отмечают отсутствие в Законе о закупках требований, обязывающих заказчика устанавливать пропорциональную зависимость в порядке оценки заявок на участие в конкурсе.

Данная практика отличается от сформировавшейся позиции антимонопольного органа, поскольку при рассмотрении жалоб на порядок оценки заявок, в случае отсутствия пропорциональной зависимости между предметом оценки по установленному критерию и начисляемым количеством баллов участнику закупки, антимонопольный орган указывает на отсутствие объективности оценки заявок и, как следствие, нарушение заказчиком п. 13, 14 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках⁷.

3. Различаются подходы судов и антимонопольного органа и при рассмотрении споров, связанных с установлением в документации порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Так, заказчиком в документации установлено, что сумма баллов, присвоенная заявке участника по критериям оценки, уменьшается на пять баллов при наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами. При оценке по данному критерию учитывается опыт работ контрагента за период три календарных года, предшествующих дате проведения закупки, 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; в случае наличия у заказчика или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.

Суды при рассмотрении заявлений о признании недействительным решения антимонопольного органа по результатам рассмотрения жалоб по указанному критерию и порядку оценки⁸ признают действия заказчика правомерными и указывают, что применяемая оценка по критерию позволяет выявить недобросовестных исполнителей работ на стадии рассмотрения заявок и дать

⁶ Решение Арбитражного суда города Москвы от 24.06.2022, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2022, постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.02.2023 по делу № А40-33194/2022.

⁷ Решение ФАС России № 223 ФЗ-163/23 от 27.04.2023, решение ФАС России № 223 ФЗ-360/22 от 07.09.2022, решение ФАС России от 19.11.2021 по делу № 223 ФЗ-598/21.

⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.05.2023 по делу № А40-87557/2022, постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.11.2023 по делу № А40-13637/2023.

приоритет исполнителям, имеющим положительный опыт.

Суды отмечают, что уменьшение суммы баллов, присвоенной заявке участника, на одинаковую величину вне зависимости от количества фактов неисполнения или ненадлежащего исполнения участниками закупок своих обязательств, вопреки позиции антимонопольного органа, позволяет поставить всех участников в равное положение и исключить зависимость количества вычитаемых баллов от субъективного мнения заказчика.

Вместе с тем антимонопольный орган придерживается позиции⁹, что установленный критерий «наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» носит субъективный характер, поскольку наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет оценить отрицательный опыт участника закупки. Кроме того, антимонопольный орган обращает внимание в своих решениях на то, 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.

4. В ФАС России рассматривалась жалоба¹⁰ на отклонение заявки участника закупки. Причиной данного отклонения послужило предоставление в составе заявки участника договора, сведения о котором не соответствовали действительности в части наличия жалоб, претензий, исковых заявлений. Так, заказчиком в ходе проверки достоверности сведений в отношении договора было выявлено, что при его исполнении заказчиком в связи с ненадлежащим исполнением условий договора в адрес участника закупки направлялась претензия.

Вместе с тем антимонопольный орган в решении о признании жалобы обоснованной указал, что направление контрагентом по договору 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.

5. Верховный Суд Российской Федерации отказал¹¹ антимонопольному органу в передаче кассационной жалобы на постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.02.2023 по делу № А40-45387/2022.

Согласно данному судебному акту установленное заказчиком в документации требование о наличии у участника закупки статуса производителя поставляемого оборудования или же статуса официального дистрибьютора (дилера) было признано соответствующим требованиям Закона о закупках.

⁹ Решение ФАС России от 26.01.2023 № 223 ФЗ-28/23, решение Московского УФАС России от 05.06.2023 по делу № 077/07/00-7010/2023, решение Московского УФАС России от 11.05.2023 по делу по делу № 077/07/3-6212/2023.

¹⁰ Решение ФАС России от 13.03.2023 № 223 ФЗ-97/23.

¹¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 09.06.2023 № 305-ЭС23-8090 по делу № А40-45387/2022.

Так, антимонопольный орган установил в действиях заказчика нарушение требований п. 2 ч. 1, ч. 6 ст. 3 Закона о закупках, полагая, что предъявление заказчиком к участникам закупки указанного требования носит явно чрезмерный и ограничивающий конкуренцию характер. При этом заказчик обосновывал предъявленное требование необходимостью получения гарантии надлежащего исполнения участником закупки своих обязательств по договору, которое может гарантировать только производитель предполагаемого к использованию товара либо его официальный дилер.

Суд кассационной инстанции указал, что сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным заказчиком требованиям, не означает, что действия заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции. Целесообразность введения повышенных требований к участникам не может выступать в качестве самостоятельного предмета оценки, если только антимонопольным органом не будет доказано, что проведение закупки на таких условиях влечет за собой наступление несоизмеримых неблагоприятных последствий для конкуренции на том или ином рынке либо в конкретном случае цели обеспечения неравноправного участия хозяйствующих субъектов в закупке превалировали над целями эффективной хозяйственной деятельности заказчика.

Вышеизложенные выводы также нашли свое отражение в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 31.01.2023 по делу № А40-43924/2022 при рассмотрении вопроса о правомерности установления заказчиком в документации требования о предоставлении документов, подтверждающих наличие товара,

а также в части установления заказчиком возможности на любом из этапов маркетинговых исследований провести инспекцию заявленной имеющейся в наличии продукции.

6. Следует обратить внимание на сформировавшуюся практику антимонопольных органов в вопросах установления заказчиком требования о представлении в составе заявки документов, подтверждающих оплату выполненных работ, оказанных услуг, для доказательства опыта участников закупки.

Так, ФАС России при рассмотрении жалобы указала¹², что установление требования о предоставлении документов, подтверждающих оплату по договору, для доказательства наличия опыта участника закупки по предмету закупки ограничивает количество участников закупки.

Само по себе составление и подписание сторонами акта о выполненных работах (об оказанных услугах) уравнивает фактическое участие контрагента в исполнении принятых на себя обязательств по договору, что, в свою очередь, уже свидетельствует о факте выполнения работ (оказания услуг) в соответствии с условиями заключенного договора (если иное не предусмотрено договором).

В другом деле ФАС России отметила¹³, что требования о подтверждении оплаты по договорам ставят участников закупки в неравное положение, поскольку участники закупки, имеющие опыт оказания услуг в рамках договоров, обязательства по которым исполнены посредством взаимозачета, а у исполнителя по договорам при этом отсутствуют документы, подтверждающие оплату, не могут предоставить сведения о таких договорах для целей оценки. Такой же позиции придерживается Московское УФАС России¹⁴.

¹² Решение ФАС России от 06.02.2023 № 223 Ф3-47/23.

¹³ Решение ФАС России от 30.06.2023 № 223 Ф3-254/23.

¹⁴ Решение Московского УФАС России от 11.10.2023 по делу № 077/07/00-13396/2023.