

Решение Челябинского УФАС России от 20.07.2021 по жалобе N 074/07/3-1845/2021Нарушение: п. 2 ч. 6.1 ст. 3, п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках.Решение: Признать жалобу обоснованной; выдать предписание об устранении нарушений; передать материалы дела должностному лицу для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

## **РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-520/21**

**по результатам рассмотрения жалобы ООО «Инновейв АП» на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»**

28.09.2021 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок (далее – Комиссия ФАС России) в составе: <...>,

при участии представителей:

ООО «Инновейв АП»: <...>,

ОАО «РЖД»: <...>, <...>, <...>,

представители ООО «РТС-тендер» на заседание Комиссии ФАС России не явились, о дате, времени и месте рассмотрения жалобы посредством системы видео-конференц-связи уведомлены надлежащим образом,

рассмотрев посредством системы видео-конференц-связи жалобу ООО «Инновейв АП» от 21.09.2021 № 43 на действия (бездействие) заказчика

ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 609/ОКЭ-ТИ/21 на право заключения договора на выполнение работ по теме: «Создание системы разработки, интеллектуального поиска и содержательного анализа документов ОАО «РЖД» (извещение № 32110604328), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

**УСТАНОВИЛА:**

В ФАС России поступила жалоба ООО «Инновейв АП» (далее – Заявитель) от 21.09.2021 № 43 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее – Заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 609/ОКЭ-ТИ/21 на право заключения договора на выполнение работ по теме: «Создание системы разработки, интеллектуального поиска и содержательного анализа документов ОАО «РЖД» (извещение № 32110604328) (далее – Конкурс, Жалоба).

Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) устанавливает общие принципы и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам статьи 18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Законом о закупках.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением совета директоров ОАО «РЖД» (протокол от 28.06.2021 № 26) (далее – Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Конкурса, конкурсной документацией (далее – Документация), протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1. извещение о проведении Конкурса размещено в единой

информационной системе в сфере закупок [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru)  
(далее – ЕИС) – 31.08.2021;

2. начальная (максимальная) цена договора – 174 427 500, 00 рублей;
3. дата окончания срока подачи заявок на участие в Конкурсе – 21.09.2021;
4. дата рассмотрения заявок на участие в Конкурсе – 06.10.2021;
5. дата подведения итогов Конкурса – 07.10.2021.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Из Жалобы следует, что при проведении Конкурса Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, а именно:

1. Заказчиком неправомерно установлено требование о наличии опыта выполнения работ по предмету закупки.
2. Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по критериям «Цена договора» и «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».
3. Заказчиком не установлено условие о промежуточных сроках выполнения отдельных этапов работ.
4. Заказчиком неправомерно установлено требование о выполнении работ узкоспециализированным персоналом, состоящим в трудовых отношениях с участником закупки.

Представитель Заказчика с доводами Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Конкурса Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Комиссией ФАС России установлено, что Жалоба содержит основания,

предусмотренные частью 10 статьи 3 Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции.

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

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются установленными в Законе о закупках принципами, в том числе принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно установлено требование о наличии опыта выполнения работ по предмету закупки.

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Подпунктом 1.9.1. пункта 1.9. части 1 Документации установлены следующие требования к участникам Конкурса:

«Участник должен иметь опыт:

– выполнения работ по разработке и/или развитию и/или созданию программного обеспечения для интеллектуального поиска нормативных документов и/или интеллектуальной обработки нормативных документов на основе искусственного интеллекта (технологии обработки естественного языка и машинного обучения), стоимость которых составляет не менее 20 % (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в Техническом задании – приложении № 1.1 к конкурсной документации. При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) работ (по выбору участника закупки) по разработке и/или развитию и/или созданию программного обеспечения для интеллектуального поиска нормативных документов и/или интеллектуальной обработки нормативных документов на основе искусственного интеллекта (технологии обработки естественного языка и машинного обучения).

В подтверждение опыта выполненных работ участник в составе заявки представляет:

– документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений

об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации о наличии требуемого опыта;

– договоры на выполнение работ (представляются все листы договоров со всеми приложениями и дополнительными соглашениями).

– акты о выполнении работ;

– документы, подтверждающие оплату по договору;

– документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).».

Согласно пункту 199 раздела 20 Положения о закупках Заказчик вправе предъявлять иные единые требования к участникам закупки, в том числе квалификационные требования, которые устанавливаются в документации о закупке в зависимости от технических, технологических, функциональных (потребительских) характеристик товаров, работ, услуг, требований, предъявляемых к их безопасности, и/или иных показателей, связанных с определением соответствия участника закупки требованиям, предъявляемым законодательством Российской Федерации, нормативными документами ОАО «РЖД» к поставщикам (исполнителям, подрядчикам).

*Вместе с тем в случае, если законодательством Российской Федерации не установлены обязательные требования о наличии опыта, связанного с предметом закупки, Заказчик не вправе устанавливать соответствующие требования в Документации.*

*Кроме того, отсутствие у участника закупки опыта выполнения работ по предмету закупки, а также подтверждающих документов в соответствии с пунктом 1.9.1 Документации, не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Конкурса, что ограничивает количество участников закупки.*

Таким образом, вышеуказанные действия Заказчика, установившего

к участникам Конкурса неправомерное квалификационное требование, ограничивают количество участников Конкурса, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

2. Согласно доводу Жалобы Заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников Конкурса по критериям «Цена договора» и «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Частью 16 статьи 3.2 Закона о закупках под конкурсом понимается форма торгов, при которой победителем 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.

Согласно пунктам 13, 14 части 10 статьи 4 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.

2.1 Согласно доводу Жалобы Заказчиком в пункте 1 приложения № 1.4 к Документации установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по критерию «Цена договора» (далее – Критерий № 1).

В соответствии с Документацией по Критерию № 1 установлен следующий порядок оценки: «Оценка осуществляется на основании технических предложений, представленных в заявках участников, следующим образом: Заявкам участника, в технических предложениях которых содержатся предложения демпинговой цены (сниженной на размер, превышающий установленный в пункте 1.4 конкурсной документации, а именно на 25 % (двадцати пяти процентов) и более от начальной (максимальной) цены) присваивается максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный

в пункте 1.4 конкурсной документации), по приведенной формуле не оцениваются.

Заявка каждого участника, в которой предложена не демпинговая цена, оценивается путем сравнения начальной (максимальной) цены, сниженной на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации ( $C_{\min} - 109\,017\,187,51$  руб.) с ценой финансово-коммерческого предложения, предложенного каждым участником ( $C_j$ ), по формуле:

$C_{\min}$

$B_j = \quad *65$ , где:

$C_j$

$j = 1 \dots n$ ,  $n$  – количество участников;

$B_j$  – количество баллов  $j$ -ого участника;

$C_j$  – цена, предложенная  $j$ -ым участником (без учета НДС);

$C_{\min} - 109\,017\,187,51$  руб (начальная (максимальная) цена, сниженная на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации) (без учета НДС);

65 – максимально возможное количество баллов.

При этом заявкам, содержащим предложение демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации), присваивается максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации), по вышеприведенной формуле не оцениваются».

Вместе с тем Комиссией ФАС России установлено, что при предложении участником демпинговой цены, участникам Конкурса, представившим различные ценовые предложения, будет присвоено одинаковое количество баллов по Критерию № 1, что свидетельствует об отсутствии объективности оценки по указанному критерию и ставит участников закупки в неравное положение при предоставлении ценовых предложений, а также не позволяет Заказчику однозначным образом выявить лучшее ценовое предложение.

Кроме того, вышеуказанный порядок оценки по Критерию № 1 не направлен на стимулирование участников закупки к предоставлению

максимального снижения ценового предложения, что противоречит принципу целевого и экономически-эффективного расходования денежных средств.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что вышеуказанные действия Заказчика нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

2.2 Согласно доводу Жалобы Заказчиком в пункте 4 приложения № 1.4 к Документации установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (далее – Критерий № 2).

«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; в случае наличия у ОАО «РЖД» или третьих лиц претензий к участнику, направленных заказчиком, третьим лицом в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.».

Исходя из положений гражданского законодательства, установленный критерий оценки о наличии фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами носит субъективный характер. Наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет оценить отрицательный опыт участника закупки.

Кроме того, 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.

Вместе с тем вышеуказанные факты могут быть оспорены в судебном порядке. При этом 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.

Изучив представленные материалы, а также выслушав пояснения Заказчика, Заявителя 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 указанному критерию оценки.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по критерию «наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», нарушают пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

3. Согласно доводу Жалобы в Документации отсутствуют условия о промежуточных сроках выполнения отдельных этапов работ.

Пунктом 3 части 9 статьи 4 Закона о закупках предмет договора с указанием количества поставляемого товара, объема выполняемой работы, оказываемой услуги, а также краткое описание предмета закупки в соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках (при необходимости).

Согласно пояснениям представителя Заказчика пунктом 1 статьи 708 Гражданского кодекса Российской Федерации в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы. По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы (промежуточные

сроки).

Таким образом, выделение в договоре этапов работ является правом, а не обязанностью Заказчика.

Вместе с тем представитель Заявителя не представил доказательств, свидетельствующих о неправомерности действий Заказчика, в связи с чем Комиссии ФАС России не представляется возможным прийти к выводу об обоснованности довода Жалобы.

Таким образом, довод Жалобы не нашел своего подтверждения.

4. Согласно доводу Жалобы Заказчиком неправомерно установлено требование о выполнении работ узкоспециализированным персоналом, состоящим в трудовых отношениях с участником закупки.

В соответствии с пунктом 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться следующими правилами: в описание предмета закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование страны происхождения товара, требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки.

Пунктом 4.1 Приложения № 1.2 технического задания Документации установлены требования к персоналу, участвующему в разработке, а именно:

«При разработке Программы для ЭВМ должны быть задействованы следующие категории ключевых специалистов, состоящих в трудовых отношениях с участником закупки:

– аналитики данных: не менее 2 (двух) экспертов с высшим образованием по направлению лингвистики (фундаментальная лингвистика, теоретическая лингвистика, прикладная лингвистика, компьютерная лингвистика), каждый из которых имеет не менее 5 (пяти) научных публикаций за 2018-2021 годы в изданиях, индексируемых в базах данных «Сеть науки» (Web of Science Core Collection) или «Скопус» (Scopus) в области интеллектуальной обработки естественного языка (тематическое моделирование, нейронные сети, представление данных

в векторном пространстве)».

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика пояснил, что целью выполнения работ является формализация и автоматизация процессов управления нормативной документацией ОАО «РЖД» за счет использования информационных технологий, в том числе технологий искусственного интеллекта. Данное требование позволяет отобрать участника, обладающего необходимыми навыками, а также позволяет избежать рисков, связанных с несвоевременным и некачественным исполнением требований технического задания.

Комиссия ФАС России, изучив представленные материалы, приходит к выводу о том, что установление требования о привлечении узкоспециализированных специалистов, состоящих в трудовых отношениях

с участником закупки, исключает возможность привлекать специалистов на основании заключаемых с ними договоров гражданско-правового характера на выполнение работ после подведения итогов Конкурса до заключения договора, что, в свою очередь, может повлечь ограничение количества участников Конкурса.

Кроме того, требование о наличии у каждого специалиста не менее 5 научных публикаций не обусловлено предметом закупки, поскольку предметом закупки не является создание научных публикаций. В свою очередь наличие публикаций у специалистов не подтверждает их опыт по выполнению работ, являющихся аналогичными предмету закупки.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что вышеуказанные действия Заказчика нарушают пункт 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

## **РЕШИЛА:**

1.

1.

1. Признать жалобу ООО «Инновейв АП» (ИНН: 7707438994; ОГРН:1207700115567) от 21.09.2021 № 43 на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении открытого конкурса в электронной форме № 609/ОКЭ-ТИ/21 на право заключения договора на выполнение работ по теме: «Создание системы разработки, интеллектуального поиска и содержательного анализа документов ОАО «РЖД» (извещение № 32110604328) обоснованной в части установления:

- ненадлежащего требования о наличии у участника опыта выполнения работ по предмету закупки;
- ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора», подкритерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами»;
- установления требования о выполнении работ узкоспециализированным персоналом, состоящим в трудовых отношениях с участником закупки.

1.

1.

2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим пункт 2 части 6.1 статьи 3, пункты 13, 14 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
3. Выдать обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым решением от 28.09.2021 № 223ФЗ-520/21.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа и государственного оборонного заказа ФАС России материалы дела от 28.09.2021 № 223ФЗ-520/21 для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.
5. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в

течение трех месяцев со дня его вынесения.