

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-16183/2021 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**24.09.2021 г. Москва**

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

**рассмотрев жалобу ООО «БалтЭнергоКомплект-XXI ВЕК» (далее - Жалоба) на действия ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 574/ОКЭ-ДКСС/21 на право заключения договора поставки инженерного и технологического оборудования для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» (реестровый № 32110598864) (далее — Закупка), направленная письмом ФАС России от 08.09.2021 № 28/75806/21,**

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

### **УСТАНОВИЛА:**

В адрес Московского УФАС России поступили жалоба заявителя на действия заказчика при проведении указанной закупки.

Жалоба рассмотрена по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Действия (бездействие) заказчиков, комиссии по осуществлению закупок по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 4 - 6 части 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках отдельными юридическими лицами), обжалуются в порядке, предусмотренном статьей 18.1. Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

В соответствии с п.п 1 и 3 ч. 10 Закона о закупках в антимонопольном органе в порядке, установленном ст. 18.1 Закона о защите конкуренции может быть обжаловано осуществление заказчиком закупки с нарушением требований названного закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика, а также неразмещение в единой информационной системе документов и сведений, подлежащих обязательному размещению в такой системе.

Из материалов дела усматривается, что жалоба общества посвящена несогласию с отклонением его заявки.

Одним из процессуальных поводов для обращения с жалобой в антимонопольный орган является 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 (п. 1 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках).

К числу основных принципов закупочной деятельности Закон относит информационную открытость закупки, равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализацию мер, направленных на сокращение издержек заказчика, отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки (ч. 1 ст. 3 Закона о закупках).

Соблюдение заказчиком основных принципов Закона о закупках предполагает неукоснительное соблюдение прав участников в любой сфере правоотношений, в том числе при формировании документации, при допуске заявок, при их оценке, при заключении договора.

**В этой связи предметом обжалования в антимонопольном органе, помимо случаев, предусмотренных п. п. 3-6 ч. 10 ст. 3 Закона о закупках, могут являться любые отступления заказчика (организатора торгов) от установленных названным законом принципов закупочной деятельности, то есть, по существу такие действия, которые осуществлены вразрез с целями и положениями Закона о закупках и нарушают права участника.**

Обжалуемые действия Заказчика, которые по мнению Заявителя нарушены:

3. 1. Заказчиком в Форме технического предложения участника установлено неправомерное требование об указании наименования производителя по каждой номенклатурной позиции (противоречит подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает требования пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках);
2. Заказчиком установлено неправомерное требование об указании наименования страны происхождения поставляемого товара является неправомерным и противоречит Положению о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает требования пункт 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 КоАП РФ;
3. Заказчик требует предоставить в составе заявки документы, которые возможно получить только по собранному, готовому к эксплуатации оборудованию (требование документации противоречит основным принципам, изложенным в пункте 2 части 1 статьи 3 223-ФЗ).

4. Заказчиком в п. 1 Приложения №1.4. конкурсной документации установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по критерию «Цена договора» (противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает требования пунктов 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках);

5. Заказчиком в п. 2.2. Приложения №1.4. Документации установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по критерию «Финансовое состояние участника» (противоречит пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках);

6. Заказчиком в п. 3 Приложения №1.4. Документации установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» (нарушает п.п. 13, 14 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках).

1. Относительно требования об указании участником наименования производителя поясняем следующее.

Вышеуказанное требование установлено Заказчиком в рамках действующего законодательства о закупках, обусловлено потребностями Заказчика в получении надлежащего исполнения по договору и не нарушает прав участников конкурса, в том числе не влечет ограничения конкуренции.

Любое желающее принять участие в закупке лицо должно разумно оценивать свои возможности для добросовестного выполнения принятых на себя обязательств в случае признания его победителем. Необходимое Заказчику оборудование не является уникальным, обладает определенными функционально-техническими характеристиками, которые в полном объеме указаны в конкурсной документации, и изготавливается различными производителями.

Следовательно, любому профессиональному участнику хозяйственного оборота, специализирующемуся на поставках такого рода оборудования, не составит никакого труда определить круг его производителей и внести необходимую информацию в заявку. Более того, если лицо является добросовестным, оно осуществит предварительный анализ существующего и находящегося в продаже (либо возможного к изготовлению) оборудования в целях сопоставления его характеристик с характеристиками, указанными в конкурсной документации.

Отсутствие информации о производителе предлагаемого товара на момент подачи заявки свидетельствует о том, что участник не имеет намерения и реальной возможности осуществить поставку товара в сроки, предусмотренные договором, в случае признания его победителем конкурса.

При отсутствии сведений о производителе у Заказчика отсутствует возможность проверить характеристики предлагаемого к поставке оборудования вплоть до этапа его приемки, то есть фактически Заказчик вынужден приобрести оборудование без каких-либо подтверждающих сведений о нем, что влечет за собой необоснованно высокий риск срыва поставки в случае, если в ходе приемки оборудования будет обнаружено несоответствие характеристик поставляемого оборудования тем, которые указаны в конкурсной документации.

Перечисленные риски многократно сокращаются в случае, если Заказчик обладает информацией о производителе и моделях планируемого к поставке оборудования и может еще до подведения итогов по закупке проверить достоверность указываемой участниками закупки информации о характеристиках предлагаемого к поставке оборудования в целях недопущения срыва поставок закупаемой продукции, что значительно повышает эффективность и результативность закупки.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) целями регулирования указанного закона являются в том числе, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств.

Частью 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны в том числе требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке; требования к описанию участниками такой закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки, его функциональных характеристик (потребительских свойств), его количественных и качественных характеристик; требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам

(потребительским свойствам) товара.

В силу части 2 статьи 2 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.

Таким образом, Положение о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным советом директоров ОАО «РЖД» 28.06.2018 (далее – Положение о закупке ОАО «РЖД») является основополагающим документом, регламентирующим закупочную деятельность Заказчика, содержащим требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки, включая способы закупки и условия их применения.

Согласно пункту 216 Положения о закупке ОАО «РЖД» в документации о конкурентной закупке определяются требования к товарам, в том числе с учетом следующих принципов: требования к закупаемым товарам должны быть ориентированы на приобретение качественных товаров, имеющих необходимые заказчику потребительские свойства и технические характеристики; должны быть учтены требования технических, технологических регламентов, установленных законодательством РФ, а также требования локальных стандартов, нормативных документов по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг, действующих у Заказчика.

В соответствии с указанными нормами, условие конкурсной документации о предоставлении информации о производителе предлагаемых к поставке товаров

ориентировано на:

- приобретение Заказчиком качественных товаров, так как качество товара напрямую зависит от технологических возможностей, производственных мощностей производителей, конструкторских особенностей и иных условий производства товара, присущих производителям в разной степени (не все производители в равной степени имеют возможность по изготовлению товаров, обладающих должным уровнем качества, соответствующим условиям закупки, а проверка сведений о производителях, предоставляемых участниками закупки, позволяет выявить факты, свидетельствующие о невозможности производства и, соответственно, поставки товаров, соответствующих условиям закупки по качеству);
- создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей Заказчика в товарах, так как производственные мощности не всех производителей равнозначны, а проверка сведений о производителях, предоставляемых участниками закупки, позволяет выявить факты, свидетельствующие о невозможности производства и, соответственно, поставки товаров в объеме, который требуется по условиям закупки, в сроки, предусмотренные конкурсной документацией;
- предотвращение злоупотреблений в конкурентной среде, так как проверка сведений о производителях, предоставляемых участниками закупки, позволяет выявить факты недобросовестной конкуренции, осуществляемой путем предоставления недостоверных сведений участниками закупки.

Подпунктом 3 пункта 243 Положения о закупке ОАО «РЖД» (в соответствии с частью 10 статьи 4 Закона о закупках) предусмотрено, что в документации о закупке должны быть кроме прочего указаны требования: к описанию участниками закупки поставляемого товара, который является предметом конкурентной закупки; к описанию функциональных характеристик (потребительских свойств) товара; к описанию количественных и качественных характеристик товара.

Обязанность участников по указанию в техническом предложении наименования производителя предлагаемого к поставке оборудования установлена Заказчиком с учетом указанных выше норм Закона о закупках и Положения о закупке ОАО «РЖД», которые не содержат запрета на предъявление такого требования.

Кроме того, требование об указании сведений о производителе предлагаемого к поставке оборудования соответствует положениям Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о договоре поставки, существенными условиями которого являются в том числе, однозначное определение наименования и количества товара, без которых договор поставки не может считаться заключенным (п. 1 ст. 432, п. 3 ст. 455 ГК РФ).

Поставляемый товар должен быть однозначно идентифицирован в заявке участника, поскольку в соответствии с Законом о закупках (пункт 2 часть 3 статья 3), Положением о закупке ОАО «РЖД» договор по результатам закупки заключается на условиях, предложенных в заявке победителя закупки (пункт 457 Положение о закупке ОАО «РЖД»).

Согласно статье 467 ГК РФ, если по договору купли-продажи передаче подлежат

товары в определенном соотношении по видам, моделям, размерам, цветам или иным признакам (ассортимент), продавец обязан передать покупателю товары в ассортименте, согласованном сторонами.

Оспариваемое требование конкурсной документации о форме предоставления технического предложения и его содержании в равной степени адресовано ко всем участникам закупки, является объективно выполнимым, что свидетельствует об отсутствии ограничений прав участников.

Приведенная позиция Заказчика соответствует выводам, изложенным в постановлениях Арбитражного суда Московского округа от 19.04.2019 года по делу № А40-129752/2018, Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.08.2021 № 09АП-31165/2021 по делу № А40-244193/2020, от 17.12.2020 года по делу № А40-5742/2020, решении Арбитражного суда города Москвы от 26.02.2021 по делу № А40-118432/20.

Таким образом, требование об указании информации о производителе предлагаемых к поставке товаров в техническом предложении установлено Заказчиком в конкурсной документации в соответствии с нормами Закона о закупках и Положения о закупке ОАО «РЖД», является полностью исполнимым и не нарушает прав потенциальных участников закупки.

Также оспариваемое требование установлено с целью соблюдения требований законодательства РФ о проявлении должной осмотрительности при выборе контрагента.

На этапе рассмотрения заявок участников Заказчик оценивает их на соответствие требованиям технического задания. Как было изложено ранее, в случае, если в заявках участников не будет указана информация о производителях предлагаемого ими к закупке оборудования, Заказчик будет лишен возможности осуществить полную оценку и выявить факты, свидетельствующие о невозможности производства и, соответственно, поставки качественных товаров.

При этом, в случае, если выяснится, что Заказчиком при осуществлении закупочных мероприятий и заключении договора не была проявлена должная осмотрительность, помимо гражданской ответственности для должностных лиц ОАО «РЖД» может наступить и уголовная ответственность, предусмотренная ст. 293 УК РФ (Халатность).

На основании изложенного требование документации не обязывают участников закупки иметь в наличии предлагаемый к поставке товар, а только предоставить сведения о его производителе (наименование).

При этом указание участником информации о производителе предлагаемого к поставке оборудования будет свидетельствовать о проведенных участником закупки действиях, направленных на предварительный анализ закупаемого оборудования, предварительный анализ рынка производителей и поставщиков оборудования с необходимыми техническими параметрами, анализ качественных и функциональных характеристик различных производителей с целью выбора подходящего Заказчику оборудования, то есть свидетельствовать о намерениях участника надлежащим образом исполнить договор в случае признания такого участника победителем закупки.

Таким образом, требование Заказчика об указании наименования производителей в техническом предложении установлено также с целью проявления должной осмотрительности при выборе контрагента и исключения негативных последствий, связанных с закупкой контрафактного оборудования.

Ни Закон о закупках, ни Положение о закупке не содержат запрета на указание в технических предложениях участников сведений о производителях предлагаемых к поставке товаров/оборудования. Данные нормативные акты предусматривают право Заказчика самостоятельно установить требования к описанию закупаемого товара, исходя из своих потребностей в приобретении качественных товаров.

Требование об указании в техническом предложении наименования производителя предлагаемого к поставке оборудования установлено в целях получения Заказчиком гарантий надлежащего исполнения участником договора.

Заказчик вправе проверять соответствие участников, предлагаемых ими товаров, работ, услуг требованиям документации о конкурентной закупке (извещения о проведении запросов котировок) достоверность сведений, информации и документов, содержащихся в заявках участников, в том числе путем получения сведений из любых официальных источников, использование которых не противоречит законодательству РФ.

Соответственно, отсутствие в техническом предложении участника информации о производителе предлагаемого к поставке оборудования лишает Заказчика указанной возможности.

2. Относительно требования об указании участником страны происхождения поставляемого товара.

Согласно пункту 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках 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.

Таким образом, пункт 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках не запрещает Заказчику устанавливать требования в закупочной документации об указании участником закупки страны происхождения оборудования предлагаемого к поставке, а исключительно обязывает Заказчика при описании предмета закупки не указывать определенную страну происхождения закупаемого оборудования.

Учитывая тот факт, что в соответствии с положениями Закона о закупках Заказчик вправе предусмотреть обязанность о представлении участниками закупки информации о наименовании страны происхождения поставляемого товара, в действиях Заказчика отсутствуют нарушения требований Закона о закупках.

В связи с чем Комиссия признает довод необоснованным.

3. Относительно отображения предустановленной операционной системы

отечественного производства.

В соответствии с разделом 2 «Требования к товарам» Технического задания, одним из нормативных документов, согласно которому установлены требования к оборудованию, является Приказ Минкомсвязи России от 20 сентября 2018 года № 486 «Об утверждении методических рекомендаций по переходу государственных компаний на преимущественное использование отечественного программного обеспечения, в том числе отечественного офисного программного обеспечения».

По части поставляемого оборудования участниками должна быть отображена предустановленная операционная система отечественного производства, находящаяся в едином реестре российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных, с указанием номера регистрации.

Включение в конкурсную документацию положений об использовании отечественного программного обеспечения осуществляется ОАО «РЖД» на законных основаниях в рамках реализации мероприятий по переходу государственных компаний на преимущественное использование отечественного программного обеспечения.

В частности, ОАО «РЖД» осуществляет реализацию вышеуказанных мероприятий в соответствии со следующими нормативными правовыми актами Российской Федерации, внутренними документами ОАО «РЖД»:

1. Распоряжением Правительства РФ от 26 июля 2016 года № 1588-р «Об утверждении плана перехода в 2016-2018 годах федеральных органов исполнительной власти и государственных внебюджетных фондов на использование отечественного офисного программного обеспечения».

Согласно пункту 5 данного распоряжения органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, государственным корпорациям и компаниям, акционерным обществам с государственным участием рекомендовано предусмотреть реализацию мероприятий по переходу на использование отечественного офисного программного обеспечения;

2. Поручением Президента РФ по итогам выступления на пленарном заседании III Железнодорожного съезда от 14 декабря 2017 года Правительству РФ об обеспечении совместно с ОАО «РЖД» в срок до 15 февраля 2018 года разработки и утверждения плана мероприятий, направленного на преимущественное использование данным акционерным обществом отечественного программного обеспечения (Пр-2572, п.1);
3. Поручением Президента РФ по итогам выступления на пленарном заседании Съезда транспортников России от 28 марта 2018 года, направленным на принятие исчерпывающих мер для преимущественного использования современного отечественного программного обеспечения при реализации проектов внедрения цифровых технологий в сфере транспорта;
4. Приказом Минкомсвязи России от 20 сентября 2018 года № 486 «Об утверждении методических рекомендаций по переходу государственных компаний на преимущественное использование отечественного программного обеспечения, в том числе отечественного офисного

программного обеспечения» (далее – Методические рекомендации), уже упомянутым выше и принятым в соответствии с указанным распоряжением Правительства РФ от 26 июля 2016 года № 1588-р и во исполнение поручений Правительства РФ от 16 апреля 2018 года № АД-П10-2209, от 26 июня 2018 года № МА-П10-3673.

В пункте 3 Методических рекомендаций содержится понятие государственных компаний, к которым относится в том числе ОАО «РЖД».

Согласно пункту 4 Методических рекомендаций под программным обеспечением, происходящим из Российской Федерации, понимаются программы для электронных вычислительных машин или базы данных, сведения о которых включены в единый реестр российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных.

Пунктом 12 Методических рекомендаций предусмотрено, что переход государственных компаний на преимущественное использование отечественного программного обеспечения, в том числе отечественного офисного программного обеспечения, рекомендуется осуществлять с использованием программного обеспечения, сведения о котором включены в реестр;

5. Приказом Минкомсвязи России от 18 июля 2018 года № 372, которым создана Межведомственная комиссия по координации мероприятий, направленных на преимущественное использование ОАО «РЖД» отечественного программного обеспечения.

6. Протоколом указанной Межведомственной комиссии от 21 ноября 2018 года № 480пр признаны удовлетворительными результаты работы ОАО «РЖД» в 2018 году по исполнению поручений Президента Российской Федерации и выполнению плана мероприятий;

6. Директивами Правительства России от 6 декабря 2018 года № 10068п-П13 «О переходе акционерных обществ (с государственным участием) на преимущественное использование отечественного программного обеспечения». Директивы касаются акционерных обществ, включенных в специальный перечень, утвержденный распоряжением правительства Российской Федерации от 23 января 2003 года № 91-р, и являются для них обязательными. ОАО «РЖД» входит в данный перечень;

7. Приказом Минкомсвязи России от 11 июня 2019 года № 278 «Об определении официальных сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» оператора единого реестра российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных и оператора единого реестра программ для электронных вычислительных машин и баз данных из государств-членов Евразийского экономического союза, за исключением Российской Федерации», согласно пункту 1 которого официальным сайтом оператора реестра в информационно-телекоммуникационной сети

«Интернет» определен сайт [reestr.digital.gov.ru](http://reestr.digital.gov.ru) (реестр.минсвязь.рф);

6. Планом мероприятий ОАО «РЖД», направленных на преимущественное использование отечественного программного обеспечения на период 2018-2024 годах, утвержденным Заместителем Председателя Правительства России (от 27 апреля 2018 года № 3311п-П9);
7. Детальными планами мероприятий ОАО «РЖД» по переводу на отечественное ПО восьми классов систем на период 2018-2019 годах, утвержденными Генеральным директором – председателем правления ОАО «РЖД» О.В. Белозеровым (Распоряжение ОАО «РЖД» от 29 июня 2018 года № 1406/р);
8. Планом мероприятий по переходу ОАО «РЖД» на преимущественное использование отечественного ПО в 2018-2021 годах, утвержденным советом директоров ОАО «РЖД» (протокол заседания совета директоров ОАО «РЖД» от 07 февраля 2019 года № 11); 11) Положением о закупке ОАО «РЖД».

Во исполнение перечисленных выше распоряжений и поручений органов государственной власти РФ и в соответствии с указанным пунктом 12 Методических рекомендаций ОАО «РЖД» в пункте 217 и Положения о закупке ОАО «РЖД» установлено, что в требованиях к предмету закупки и иных локальных правовых актах, утверждаемых при осуществлении всех видов закупок в отношении программ для электронных вычислительных машин и баз данных, реализуемых независимо от вида договора на материальном носителе и (или) в электронном виде по каналам связи, а также прав использования такого программного обеспечения, включая временное, указывать на необходимость подачи предложений, предусматривающих только такое программное обеспечение, сведения о котором включены в единый реестр российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных.

Согласно частям 1, 2 статьи 2 Закона о закупках, положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность Заказчика и которым Заказчик обязан руководствоваться.

В соответствии с пунктом 217 Положения о закупке ОАО «РЖД», Заказчик установил требование о наличии в поставляемом оборудовании операционной системы из единого реестра российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных и об указании в составе заявки сведений об операционной системе (номер регистрации в реестре).

Довод Заявителя Жалобы, согласно которому Заказчик требует предоставить документы по собранному, готовому к эксплуатации оборудованию, не соответствует действительности, поскольку такое требование не содержится в конкурсной документации. Участник закупки должен предоставить соответствующую информацию (а не подтверждающие документы от производителя) из общедоступного официального сайта оператора реестра в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» - [reestr.digital.gov.ru](http://reestr.digital.gov.ru) ([reestr.minsvyazь.рф](http://reestr.minsvyazь.рф)).

Также довод Заявителя о том, что в случае если производитель осуществляет комплектацию оборудование и установку программного обеспечения на оборудование только в случае прямого, реального заказа, то участник будет обязан такое оборудование либо купить полностью, либо частично внести предоплату является несостоятельным, поскольку участники могут обратиться с

запросом непосредственно к самому производителю оборудования и уточнить может ли производитель предложить оборудование с предустановленной операционной системой отечественного производства. Кроме того, производителя закупаемого оборудования зачастую имеют сайты в сети «Интернет» на которых указаны также технические характеристики оборудования, в том числе и информация о предустановленной операционной системе, в связи с чем можно сделать вывод, что участникам, которые заинтересованы принять участие в закупке, не составит труда проанализировать рынок товаров и предложить к поставке товар, который в свою очередь будет полностью соответствовать требованиям технического задания.

Таким образом, указанное требование правомерно включено в конкурсную документацию во исполнение распоряжений и поручений органов государственной власти РФ об обеспечении перехода ОАО «РЖД» на преимущественное использование отечественного программного обеспечения и в соответствии с Положением о закупке ОАО «РЖД», не обязывает участников закупить предлагаемое к поставке оборудование и, следовательно, не ставит возможность участия в конкурсе в зависимость от волеизъявления третьих лиц (производителей).

4. Относительно установления в документации о закупке критерия оценки «Цена договора».

В соответствии с п. 1 Приложения № 1.4 к конкурсной документации оценка заявок по критерию «Цена договора» осуществляется на основании технических предложений, представленных в заявках участников, следующим образом:

*«Заявкам участника, в технических предложениях которых содержатся предложения демпинговой цены (сниженной на 25% и более от начальной (максимальной) цены) присваивается максимальное количество баллов по критерию «цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на 25% и более от начальной (максимальной) цены), по приведенной в Конкурсной документации 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 п. 1.4 Конкурсной документации, с ценой, предложенной каждым участником, по приведенной в данном пункте формуле...».*

Верховный Суд РФ 09.08.2021 признал указанный порядок оценки заявок законным (определением от 09.08.2021 № 305-ЭС21-5801 по делу № А40-303652/2019).

Верховный суд РФ указал, что «Требования Закона №223-ФЗ об экономически эффективном расходовании денежных средств и сокращении издержек заказчика при осуществлении закупок предполагают, что при приобретении товаров, работ, услуг заказчик стремится минимизировать свои издержки при сохранении требуемого уровня качества, то есть обеспечивает необходимый ему баланс между экономичностью и результативностью закупки.

*Экономический смысл установления подобного условия закупочной документации может состоять в предотвращении значительного снижения ценового предложения по закупке (демпинга) – исключению риска подачи заявок, содержащих заниженную цену, что предоставило бы подавшему заявку участнику преимущество по итогам оценок участников при том, что полное и качественное исполнение обязательств по этой цене является заведомо невозможным (нерентабельным).*

*Необоснованное снижение начальной (максимальной) цены договора ниже демпингового порога ущемляет права добросовестных участников рынка, поскольку демпинговая цена становится исходным значением для сравнения заявок участников по критерию «цена договора» и приводит к невозможности для других участников набрать достаточное количество баллов при оценке.*

*Следовательно, установление заказчиком особого порядка расчета баллов по критерию «цена договора» в целях предотвращения демпинга не противоречит требованиям пункта 3 части 1 статьи 3 Закона № 223-ФЗ в той мере, в какой позволяет сократить разрыв между участниками, предложившими заниженную цену и участниками, предложившими цену в пределах допустимого процента снижения; обеспечивает выявление наиболее выгодного предложения участника и при этом позволяет избежать существенных убытков заказчика, связанных с неисполнением или некачественным исполнением победителем своих обязательств по договору.».*

Указанный порядок оценки заявок по критерию «Цена договора» предусмотрен Конкурсной документацией в соответствии с подпунктом 1 пункта 209 и пунктом 230 Положения о закупке ОАО «РЖД», где прямо указано, что Заказчиком могут применяться антидемпинговые меры, в том числе порядок оценки заявок по критерию «Цена договора» может устанавливаться отличным для предложений, содержащих демпинговую цену.

Такое условие необходимо с целью соблюдения принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, предусмотренных пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Оценка заявок, содержащих демпинговую цену, не может осуществляться с применением общей формулы, поскольку приведет к необоснованному получению значительного преимущества по итогам оценки участниками, предлагающими такую цену договора, которая заведомо не позволит им исполнить договор надлежащим образом. Демпинговое ценовое предложение является ограничением конкуренции со стороны участника, недобросовестным поведением, направленным исключительно на получение наибольшего количества баллов за счет необоснованного снижения цены.

Необоснованное снижение начальной (максимальной) цены договора ниже порога минимально возможной цены выполненных работ (демпинговая цена) ущемляет права добросовестных участников рынка, поскольку демпинговая цена в случае использования общей формулы становится исходным значением для сравнения заявок участников по наиболее значимому критерию оценки «Цена договора» и приводит к невозможности для других участников набрать достаточное количество баллов при оценке.

Установленный Конкурсной документацией порядок расчета баллов по критерию «Цена договора» дает Заказчику возможность при оценке заявок присвоить максимальное количество баллов по данному критерию как участнику, предложившему демпинговую цену, так и участнику, предложившему наиболее низкую из цен, подлежащих оценке по предусмотренной Конкурсной документацией формуле.

Данный порядок оценки позволяет максимально сократить разрыв между участниками, предложившими демпинговую цену и участниками, предложившими цену в пределах допустимого процента снижения.

Следовательно, Заказчик правомерно и обоснованно установил в Конкурсной документации условия относительно оценки заявок по критерию «Цена договора», предприняв необходимые действия для предотвращения незаконного демпинга.

Утверждения Заявителя о том, что вышеуказанный порядок оценки по критерию «Цена договора» не направлен на стимулирование участников закупки к предоставлению максимального снижения ценового предложения, является необоснованным и не соответствует действительности.

Устанавливая оспариваемый критерий, Заказчик не ограничивает права участников закупки на снижение предлагаемой цены договора и не нарушает принцип экономически эффективного расходования денежных средств. Доводы Жалобы об обратном ничем не обоснованы и не подтверждены каким-либо доказательствами.

Напротив, установленный порядок оценки является объективным и позволяет выявить наиболее выгодное предложение, при этом избежав существенных убытков, связанных с неисполнением или некачественным исполнением победителем своих обязательств по договору, поскольку последствием значительного снижения цены (демпинга) является нерентабельность выполнения работ, существенное снижение качества и увеличение сроков исполнения договора.

Согласно части 16 статьи 3.2 Закона о закупках под конкурсом 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.

Согласно пункту 4 статьи 447 ГК РФ, выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу – лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия.

Таким образом, при проведении конкурса максимальное снижение только цены договора не является приоритетом в отличие от аукциона, так как в конкурсе оценке подлежат также иные условия исполнения договора помимо цены товара.

Максимальное снижение цены договора ниже объективного максимального предела не обеспечивает эффективность расходования денежных средств, поскольку вследствие нехватки денежных средств снижается качество поставляемого оборудования, что влечет для Заказчика убытки и дополнительные расходы по устранению недостатков некачественных товаров.

При этом, максимальное снижение цены несет для Заказчика не только риски убытков и расходов по замене товаров, но и риск причинения вреда жизни и здоровью пассажиров, учитывая специфику деятельности Заказчика.

При таких обстоятельствах, ОАО «РЖД» закономерно и обоснованно установлен порядок оценки по критерию «Цена договора», что подтверждается позицией Верховного суда РФ.

Также правомерность указанного порядка оценки подтверждается ранее сложившейся практикой, в частности, решением Московского УФАС России от 29.06.2021 № 077/07/00-10826/2021, постановлениями

Арбитражного суда Московского округа от 26.03.2019 по делу № А40151202/2018, Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2019 по делу № А40-38659/2019, от 25.11.2019 № А40-108871/19, от 20.02.2021 № А40-96584/2020, от 23.03.2021 № А40-160517/20.

Таким образом, Заказчик правомерно и обоснованно установил в Конкурсной документации порядок оценки заявок по критерию «Цена договора», предприняв необходимые действия для предотвращения незаконного демпинга.

5. Относительно установления в документации о закупке критерия оценки «Финансовое состояние участника».

В соответствии с пунктом 2.2 Приложения № 1.4 к конкурсной документации оценка заявок по критерию «Финансовое состояние участника» осуществляется на основании технических предложений, представленных в заявках участников, следующим образом:

*«Заявка оценивается по формуле:*

*$B_j = P_{Bj} * 5$ , где:*

*$B_j$  - количество баллов  $j$ -того участника по подкритерию,*

*5 - максимально возможное количество баллов,*

*- сумма баллов  $j$ -того участника, полученная по итогам расчета финансового состояния участника в следующем порядке:*

- 1. Величина чистых активов (ЧА).....;*
- 2. Коэффициент текущей ликвидности (Ктл).....;*
- 3. Коэффициент абсолютной ликвидности (Кал).....;*
- 4. Коэффициент финансовой устойчивости (Кфу).....;*

5. Коэффициент сопоставимости оборотов участника (выручка) с начальной (максимальной) ценой договора без учета НДС (Ксо).....».

По мнению Заявителя Жалобы, Заказчиком неправомерно установлен критерий оценки «Финансовое состояние участника», поскольку Положением о закупках ОАО «РЖД» не предусмотрено такого критерия.

В пункте 209 Положения о закупках ОАО «РЖД» Заказчиком предусмотрен, в том числе такой критерий оценки как квалификация участников закупки и показатель «Финансовое состояние участника» включен в критерий «Квалификация участника».

Установленный показатель оценки относится к квалификации участника, поскольку позволяет Заказчику определить способность участников выполнить договор надлежащим образом. При этом значимость данного критерия составляет лишь 5 баллов.

Вопреки доводам Заявителя, данный критерий является объективными, обоснованными, направленными на выявление лучшего предложения исполнения договора.

Данный порядок оценки заявок применяется в равной степени ко всем участникам закупочной процедуры.

Такой порядок оценки позволяет Заказчику выявить наиболее опытного из участников, подавших заявки на участие в закупке, что направлено на минимизацию рисков Заказчика, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора победителем закупки.

Таким образом, оценка заявки участника по критерию «Финансовое состояние участника» дает Заказчику дополнительные гарантии качественного и своевременного выполнения работ, то есть более эффективного исполнения договора.

Также необходимо отметить, что пример, приведенный Заявителем жалобы, о том, что организация, у которой значение показателя коэффициента абсолютной ликвидности равно 1,9 не получает баллы, является некорректным, так как согласно порядку оценки данная организация по показателю «Коэффициент абсолютной ликвидности», получит максимальное количество баллов.

Таким образом, Заказчик правомерно и обоснованно установил в Конкурсной документации порядок оценки заявок по критерию «Финансовое состояние участника».

6. Относительно установления в документации о закупке критерия оценки *«Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».*

В соответствии с пунктом 3 Приложения № 1.4 к Конкурсной документации оценка заявок по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» осуществляется следующим образом:

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 в адрес участника; в случае уклонения от заключения договора по результатам проведенных процедур закупок.

В составе заявки участника предусмотрено предоставление Сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров по форме, установленной Приложением № 1.3 к Конкурсной документации, включающей сведения о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору, а также сведения об обоснованности и удовлетворении участником требований контрагента по итогам рассмотрения жалоб претензий, исковых заявлений. Указанная информация используется для проведения оценки по указанному критерию.

Указанный критерий оценки заявок установлен во исполнение пунктов 13, 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках и подпунктов 13, 14 пункта 243 Положения о закупке ОАО «РЖД», а также в полном соответствии с подпунктом 11 пункта 209 Положения о закупке ОАО «РЖД», предусматривающим возможность установления критерия оценки «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Данный критерий применим в случае выявления факта 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. В случае наличия факта урегулированной претензии со стороны заказчика или третьих лиц к участнику закупки, такие факты не рассматриваются и сумма баллов, присвоенная заявке участника по всем вышеуказанным критериям, не уменьшается.

Необходимо отметить, что наличие претензий и судебных решений *свидетельствует о некачественном выполнении договорных обязательств, принятых на себя исполнителем работ.* Кроме того, удовлетворение претензий или исполнение судебных решений, вынесенных в отношении участника (отзывы лицензий, штрафы, запрет на осуществление вида деятельности, признание банкротом и т.д.), может привести к невозможности исполнения договоров, заключенных по итогам настоящей процедуры и срыву производственных программ Заказчика.

Таким образом, применяемая оценка по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» позволяет выявить недобросовестных исполнителей работ на стадии рассмотрения заявок и дать приоритет исполнителям, имеющим положительный

опыт. Заключение договора с недобросовестным исполнителем может привести к срыву сроков выполнения работ по техническому обслуживанию и восстановлению работоспособности систем пожарной автоматики.

Данный критерий объективно позволяет оценить наличие или отсутствие отрицательного опыта участника. Тем самым, при установлении данного критерия ОАО «РЖД» не было допущено каких-либо нарушений действующего законодательства, а также не допущено ограничения количества участников.

При этом законность установления вышеуказанное критерия оценки, в том числе и порядок присвоения баллов, участникам Закупки, подтверждается решением ФАС России от 05.07.2021 № 223ФЗ-334/21.

Так при проведении ПАО «ФСК ЕЭС» конкурса в электронной форме на право заключения договоров поставки средств индивидуальной защиты от термических рисков электрической дуги, поражения электрическим током при работах в зоне наведенного напряжения для нужд ДЗО ПАО «Россети» в 2021-2025 гг. (извещение № 32110259421) в закупочной документации установлен критерий оценки «Деловая репутация и надежность» (пункт 2.2 приложения № 1 к информационной карте).

Также в вышеуказанной закупочной документации установлен порядок оценки по критерию «Деловая репутация и надежность», а именно: «.....оценивается отсутствие за предшествующие date вскрытия конвертов 60 месяцев и на момент подведения ее итогов, вступивших в законную силу судебных актов, которыми установлен факт неисполнения (ненадлежащего исполнения) Участником обязательств по договорам, в которых он выступает поставщиком (подрядчиком, исполнителем и т.п.).

*Проверка по указанному критерию осуществляется на основании официальных открытых данных (Картотека арбитражных дел*

*(kad.arbitr.ru).*

*При отсутствии вышеуказанных решений Участнику начисляется 100 баллов.*

*При наличии вышеуказанных судебных решений в отношении Участника, он получает оценку 0 баллов.....».*

Учитывая изложенное, участники закупки, обладающие различным количеством вступивших в законную силу судебных актов, которыми установлен факт неисполнения (ненадлежащего исполнения) будет присвоено одинаковое количество баллов (0 баллов).

При этом комиссия ФАС России при рассмотрении жалобы ООО «Альянс» признала довод жалобы ООО «Альянс», в части обжалования критерия оценки «Деловая репутация и надежность» необоснованным.

Вместе с тем критерий оценки «Деловая репутация и надежность», установленный ПАО «ФСК ЕЭС» в своей закупочной документации, в части присвоения количества баллов, идентичен критерию оценки «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», установленному Заказчиком при проведении Закупки.

Также правомерность установления вышеуказанного критерия оценки заявок подтверждается также практикой, в том числе, решением Московского УФАС России от 29.06.2021 № 077/07/00-10826/2021, решением ФАС России от 05.07.2021 № 223ФЗ-334/21, постановлениями Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2019 по делу № А40-150001/18, от 08.04.2019 по делу №А40-230367/18, от 10.09.2019 по делу № А40-38659/19, от 28.02.2020 по делу № А40-112558/19, определением ВС РФ от 03.06.2015 № 306-КГ15-5349.

Таким образом, критерий оценки «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами» установлен законно и обоснованно.

С учетом изложенного и руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

#### **РЕШИЛА:**

Снять ограничения с закупки, наложенные письмом Управления № ЕО/57418/21 от 20.09.2021, ЕО/55006/21 от 09.09.2021.

**Признать жалобу ООО «БалтЭнергоКомплект-XXI ВЕК» на действия ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме необоснованной.**

**Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.**