

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-6701/2021 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**23.04.2021 г. Москва**

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

Председателя Комиссии:

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей  
ООО «Спецстройпроект», ОАО «РЖД»,

рассмотрев жалобу ООО «Спецстройпроект» (далее также — Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее также — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ в области борьбы с нежелательной растительностью на эксплуатационных объектах Красноярской дирекции инфраструктуры (реестровый № 32110147218) (далее — Конкурс),

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 поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика, мотивированная несогласием с установлением неправомерных положений Закупочной документации.

Проанализировав заявленные доводы, Комиссия приходит к выводу о возможности рассмотрения указанной жалобы в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, учитывая требования, установленные частью 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

Положение о закупке товаров, работ, услуг Заказчика в редакции, действующей на момент объявления закупок (далее также — Положение о закупках), размещено

на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее — Официальный сайт).

Из доводов жалобы Заявителя следует, что Заказчиком необъективно установлен порядок оценки заявок участников по показателю **«Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами»**.

В соответствии с пунктом 3 приложения № 1.4 к Закупочной документации установлен критерий оценки **«Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами»**.

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.

Вместе с тем как указывает заявитель, установление вышеуказанных требований ограничивает количество участников квалификационного отбора, так как данные требования, установленные Заказчиком к участникам отбора, относятся к деловой репутации таких участников и не влияют на исполнение обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке, в том числе требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям.

То есть Заказчик создал ситуацию, при которой в рамках рассмотрения представленных заявок, оно может снизить оценку заявки участника закупки лица в случае направления в его адрес претензионного письма при ранее возникших гражданско-правовых обязательствах сторон.

Учитывая, что указанные претензии направляются контрагентами участника закупки и иными организациями, а указанным претензиям не дается надлежащая правовая оценка судом, возможно субъективное правоусмотрение заказчиков при направлении соответствующих претензий конкретным субъектам рынка, что не соотносится с принципами проведения закупочных процедур и равноправия участников гражданских правоотношений.

Таким образом, установление указанного порядка оценки заявок нарушает права участников, поскольку несоответствие указанным требованиям, относящимся к деловой репутации перед заказчиком, не подтверждает невозможность для участника конкурса исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам закупки.

Более того, данный критерий не является объективным и прозрачным и не позволяет учитывать фактически совершенное правонарушение, то есть степень опасности нарушения.

Данный критерий является дискриминационным, потому как не позволяет дифференцировать нарушения, непосредственно связанные с нарушением обязательств, и иные нарушения. Кроме того, данный критерий не позволяет дифференцировать нарушения с точки зрения их опасности, хотя заказчик настаивает на обратном, однако правовых доводов им не приводится.

При этом создается ситуация, которая нивелирует существо судебной и претензионной работы как способов защиты нарушенного права, поскольку позволяет обеим сторонам таких отношений манипулировать таким правом.

Так, заказчик может стремиться к предъявлению необоснованных претензий к неисполнившим по тем или иным причинам обязательства контрагентам, а участник закупки получив значительный объем претензий и судебных взысканий у одних заказчиков «уйти» к другим, для которых в силу порядка и оснований оценки заявок такое лицо будет считаться надлежащим контрагентом с устойчивой деловой репутацией.

Таким образом, резюмируя изложенное, требования, установленные заказчиком, не могут свидетельствовать о проявлении им осмотрительности при выборе контрагента.

Факт направления претензии в адрес потенциального участника отбора не свидетельствует об обоснованности такой претензии, в связи с чем факт ее направления нивелирует возможность получения максимального балла, по результатам которой фактически заказчик осуществляет последующие закупочные процедуры среди отобранного круга лиц. В связи с изложенным Комиссия Управления не считает возможным признать обоснованным подобное условие. При этом возможность снижения баллов за ненадлежащее исполнение обязательств, подтвержденные вступившими в силу решениями суда Комиссия признает возможным с учетом установленного порядка оценки заявок в указанной части.

При этом следует отметить, что имеется сложившаяся судебная практика относительно необходимости соблюдения заказчиками баланса частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П) и стабильности публичных правоотношений, и недопустимости противоречия установления заказчиками требований закупочной документации принципу

равенства участников гражданских правоотношений (ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), презумпции добросовестности участников таких правоотношений (ч. 5 ст. 10 ГК РФ), а также законодательно установленному запрету на злоупотребление правом (ч.1 ст. 10 ГК РФ), что отражено и следует из судебных актов по делам, рассмотренным в Московском регионе, например, №№ А40-42683/18, А40-57030/2018, А40-111259/18.

**Включенные в состав документации спорные требования в итоге не приводят к избежанию рисков, связанных с ненадлежащим исполнением заключаемых договоров.**

**Также Заявитель оспаривает положение проекта договора, устанавливающее невозможность привлечения к исполнению обязательств субподрядные организации.**

Пунктом 4.2. проекта Договора, являющегося приложением № 1.2 к конкурсной документации предусмотрено, что: «4.2. Исполнитель не вправе привлекать к выполнению Работ по настоящему Договору третьих лиц (субподрядные организации)».

Поскольку участник закупки является субъектом предпринимательской деятельности, он вправе привлекать для выполнения работ субподрядчиков. Установление в документации запрета на их привлечение ограничивает участника в свободной предпринимательской деятельности. Указанное положение конкурсной документации ставит участников закупки в зависимость от волеизъявления Заказчика.

На основании вышеизложенного, действия Заказчика, выразившиеся в установлении в документации запрета на привлечение субподрядчиков/соисполнителей противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, что нарушает положение пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу ООО «Спецстройпроект» (ОГРН: 1156658088267, ИНН: 6670357399) на действия ОАО «РЖД» (ОГРН: 1037739877295, ИНН: 7708503727) при проведении Конкурса обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать заказчику обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.

## **ПРЕДПИСАНИЕ**

**по делу № 077/07/00-6701/2021 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**23.04.2021 г. Москва**

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

Председателя Комиссии:

руководствуясь пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании решения Комиссии **от 23.04.2021 по делу № 077/07/00-6701/2021,**

## **ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) устранить нарушения, допущенные при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на выполнение работ в области борьбы с нежелательной растительностью на эксплуатационных объектах Красноярской дирекции инфраструктуры (реестровый № 32110147218) (далее — Закупка), а именно:

- 1. Заказчику** рассмотреть и оценить заявки участников Закупки без учета требования Закупочной документации, признанного в соответствии с решением **от 23.04.2021 по делу № 077/07/00-6701/2021 неправомерным;**
2. Заказчику при заключении договора не учитывать положение, признанное в соответствии с решением **от 23.04.2021 по делу № 077/07/00-6701/2021 неправомерным;**
- 3. Заказчику** не позднее трех дней со дня совершения действий, указанных в пункте 1 настоящего предписания, разместить в единой информационной системе ([www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru)) информацию о совершении действий, указанных в пунктах 1-3 настоящего предписания;
- 4. Заказчику** завершить проведение Закупки в соответствии с требованиями действующего законодательства в сфере закупок, Положения о закупке;

5. Заказчику надлежит исполнить настоящее предписание в срок **до 21.06.2021**;

6. Заказчику надлежит сообщить в адрес Московского УФАС России об исполнении настоящего предписания в срок **до 23.06.2021** с приложением подтверждающих документов.

Настоящее предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его выдачи.

Примечание:

1. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность.

2. Привлечение к ответственности, предусмотренное законодательством, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.