

Решение по результатам рассмотрения жалобы

на нарушение порядка проведения закупки

№ 076/10/18.1-1426/2023

Резолютивная часть решения оглашена 04.12.2023
Ярославль

г.

Решение изготовлено в полном объеме 07.12.2023

Комиссия Межрегионального Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области и Костромской области по рассмотрению жалоб на нарушения при организации и проведении торгов, а также порядка заключения договоров (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии – Врио руководителя Управления Охинцева С.Н., члены Комиссии – заместитель начальника отдела контроля закупок Семенычев Е.К., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Колосова А.С.,

с участием:

от ОАО «РЖД» – "...",

от ООО «Оптима» – "...",

рассмотрев жалобу ООО «Оптима» (**вх. № 3002-ЭП/23 от 17.11.2023**) на действия (бездействие) заказчика — ОАО «РЖД» (извещение № 2534/ОКЭ-ТЭ/23), в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

в Ярославское Межрегиональное УФАС России поступила жалоба ООО «Оптима» (**вх. № 3002-ЭП/23 от 17.11.2023**) на действия (бездействие) заказчика — ОАО «РЖД» (извещение № 2534/ОКЭ-ТЭ/23).

Обжалуемые действия (бездействие): положения закупочной документации.

В жалобе Заявитель указывает, что

(1) Заказчик неправомерно установил требования об указании информации о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору в Форме сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров Приложения № 1.3 к конкурсной документации и ненадлежащим образом установил порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Исходя из положений гражданского законодательства, установленный порядок оценки по рассматриваемому Критерию оценки применительно к наличию 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.

При этом документацией не предусмотрен, фактически не установлен порядок проверки и установления наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами для 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.

(2) Заказчиком неправомерно установлено требование об обязательном предоставлении участником Закупки копий документов, подтверждающих оплату по договору и/или копий платежных поручений об оплате денежных средств по договору в рамках оценки по подкритерию «Опыт участника», установленного

в п.3.1 Приложения №1.4 ч. 1 Документации.

Оспариваемое требование закупочной документации ставит участников Закупки в неравное положение, поскольку участники Закупки, имеющие опыт оказания услуг в рамках договоров, обязательства по которым исполнены посредством взаимозачета и у исполнителя по договорам отсутствуют документы, подтверждающие оплату, не могут предоставить сведения о таких договорах для целей оценки по показателю «Опыт участника».

В соответствии действующим законодательством (Положение Банка России от 29.06.2021 № 762-П «О правилах осуществления перевода денежных средств», статья 863 Гражданского кодекса Российской Федерации) платежные поручения, квитанции к приходным ордерам, банковские выписки о перечислении денежных средств со счета покупателя на счет продавца, товарные и кассовые чеки и другие документы относятся к расчетным (платежным) документам.

То есть, из вышеуказанных положений действующего законодательства следует, что расчетные (платежные) документы подтверждают факт осуществления финансовых операций между контрагентами.

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

Заказчик с доводами жалобы не согласился, представил документы, запрошенные уведомлением от 20.11.2023 № СО/2280/23 и пояснил, что

(1) Требование установлено исходя из действительной потребности Заказчика, распространяются на всех участников закупки и не является ограничением конкуренции, поскольку не создают неоправданных барьеров для участия в закупках и не направлены на обеспечение победы конкретного участника. Обжалуемый критерий оценки содержит формулу расчета, а также порядок расчета по ней баллов по указанному критерию.

Применяемая формула расчета позволяет объективно осуществить оценку участников по указанному критерию, обладающих различным количеством фактов неисполнения обязательств.

Установление оспариваемого Критерия оценки объективно позволяет оценить наличие или отсутствие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств участников. Наличие претензий и судебных решений свидетельствует о некачественном выполнении договорных обязательств, принятых на себя участником закупки.

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

(2) Установление данного требования о предоставлении документов, подтверждающих оплату по договорам, представленными участниками закупки в составе своей заявки, обусловлено в первую очередь проявлением ОАО «РЖД» должной осмотрительности при выборе контрагента.

Также отсутствие оплаты по договорам будет свидетельствовать, в том числе, об отсутствии выполнения работ по договорам, в связи с чем, данные договоры будут являться мнимой сделкой, которая в силу части 1 статьи 170 ГК РФ является ничтожной.

Платежное поручение, как документ об оплате услуг, подтверждает также и факт принятия оказанных услуг (поставленных товаров, выполненных работ) контрагентом на сумму, указанную в платежном поручении. Иными словами, платежное поручение или выписка по счету, свидетельствуют о бесспорном принятии выполненных обязательств на указанную сумму, в то время, как факт выполнения обязательств по договору, подтвержденный только актом выполнения работ/оказанных услуг, в случае недобросовестного поведения участника конкурса, может быть оспорен в судебном порядке.

Таким образом, установленные требования к перечню документов, которые необходимо предоставить в составе заявки, позволяют ОАО «РЖД» исключить налоговые, репутационные,

экономические риски при заключении договора.

Принимая решение, Комиссия исходит из следующего.

Частью 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции установлено, что по правилам указанной статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или 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 Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

При рассмотрении жалобы Комиссия Ярославского Межрегионального УФАС России установила следующее.

13.11.2023 г. ОАО «РЖД» посредством электронной торговой площадки ООО «РТС-тендер» разместило извещение о проведении открытого конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 2534/ОКЭ-ТЭ/23 на право заключения договоров выполнения работ по вырубке нежелательной древесно-кустарниковой растительности в полосе отвода Северной дирекции по энергообеспечению.

В Приложении № 1.3 конкурсной документации содержится Форма сведений об опыте поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг, содержащая столбец «Наличие жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или третьих лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору»

В соответствии с пунктом 2.4 Приложения № 1.4 к конкурсной документации (Критерий «Квалификация участника» / Подкритерий «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения

обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами») сумма баллов, присвоенная заявке участника, уменьшается на количество баллов (но не более 7 баллов), полученное по итогам оценки по критерию, при наличии фактов неисполнения/ненадлежащего исполнения обязательств по договорам за период 3 календарных года, предшествующих дате размещения информации о закупке в случае:

1) расторжения договора в одностороннем порядке или по решению суда в связи с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору;

2) уклонения участника от заключения договора по результатам закупок;

3) наличия вступивших в законную силу судебных актов, подтверждающих факт неисполнения/ненадлежащего исполнения участником закупки обязательств по договору;

4) неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней) по договору;

5) наличия претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору, по которым отсутствуют:

судебные акты, подтверждающие отсутствие факта неисполнения/ненадлежащего исполнения обязательств по договору;

документы, подтверждающие необоснованность претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору;

информация об обжаловании их в судебном порядке.

Оценка по критерию осуществляется по следующей формуле:

$$B_j = \sum B_1 + \sum B_2 + \sum B_3 + \sum B_4 + \sum B_5, \text{ где}$$

B_j – количество баллов j -го участника;

B_1 – наличие факта расторжения заказчиком или иным лицом

договора с участником закупки в одностороннем порядке или по решению суда, вступившему в законную силу, в связи с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору (2 балла за каждый выявленный факт);

Б₂ – наличие факта уклонения участника от заключения договора по результатам закупок (2 балла за каждый выявленный факт);

Б₃ – наличие вступивших в законную силу судебных актов, подтверждающих факт неисполнения/ненадлежащего исполнения участником закупки обязательств по договору (2 балла за каждый выявленный факт);

Б₄ – наличие факта неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней) (1 балл за каждый выявленный факт);

Б₅ – наличие претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору, по которым отсутствуют:

судебные акты, подтверждающие отсутствие факта неисполнения/ненадлежащего исполнения обязательств по договору;

документы, подтверждающие необоснованность претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору;

информация об обжаловании их в судебном порядке (1 балл за каждый выявленный факт).

Если при суммировании баллов по критерию получено более 7 баллов, то сумма баллов, присвоенная заявке по итогам оценки, снижается не более чем на 7 баллов.

Таким образом, Заказчиком в конкурсной документации закреплена форма предоставления сведений о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или третьих лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору. В последствии, на основании, в том числе, данных из вышеуказанной табличной формы и содержания пункта 2.4 Приложения № 1.4 к конкурсной документации Заказчиком осуществляется оценка по критерию «Квалификация участника» / подкритерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего

исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Комиссия антимонопольного органа, изучив положения конкурсной документации, отмечает следующее.

Заказчиком в Документации не установлен порядок проверки и установления наличия фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами для присвоения баллов участникам закупки по вышеуказанному критерию оценки.

Кроме того, 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. Наличие жалоб, претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет сделать вывод о наличии отрицательного опыта, представленного участником закупки.

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

Довод о том, что наличие претензий свидетельствует о некачественном выполнении договорных обязательств также подлежит отклонению, поскольку исключительно наличие вступившего в законную силу судебного акта, с установлением факта ненадлежащего исполнения подрядчиком своих обязательств по договору может однозначно свидетельствовать о недобросовестном исполнении подрядчиком своих обязательств.

Вместе с тем, контракт (договор) представляет собой соглашение с корреспондирующими правами и обязанностями, следовательно, и претензии могут быть взаимными, и в судебных актах могут быть отражены нарушения обязательств со стороны Заказчика.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств при осуществлении закупки может быть предусмотрено право сторон требовать от контрагента уплаты неустойки (пеней, штрафа) и/или процентов за пользование чужими денежными средствами по основаниям, предусмотренным Гражданским Кодексом Российской Федерации или положением о закупке Заказчика. Ненадлежащее исполнение обязательств может повлечь и другие гражданско-

правовые последствия, в том числе - возмещение убытков.

Частью 2 статьи 2 Закона о закупках установлено, что документом, регламентирующим закупочную деятельность Заказчика, является Положение о закупке, которое, в частности, устанавливает порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Таким образом, порядок исполнения договоров, в том числе порядок определения ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств регламентируется Положением о закупке.

Статьей 309 ГК РФ определено, что обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов. Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Согласно статье 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой.

Пунктом 1 статьи 330 ГК РФ установлено, что неустойкой (штрафом, пенями) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Вместе с тем Закон о закупках не содержит запрета на установление уплаты неустойки. Кроме того, к должнику могут применяться предусмотренные законом общие меры ответственности за нарушение обязательств, нарушение договорных обязательств может повлечь и другие последствия, например, взыскание убытков, удержание имущества, невозврат задатка, отказ от договора, а также внесение сведений в отношении недобросовестного поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями Закона о закупках в Реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Неисполнение, ненадлежащее исполнение обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами также может являться следствием недобросовестного поведения заказчика и/или третьих лиц, наступления независимых от сторон обстоятельств,

обстоятельств непреодолимой силы и проч.

Установление такого узко-сформулированного требования, как наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами при отсутствии порядка проверки и установления вышеуказанного факта для надлежащего присвоения баллов участникам закупки по Критерию не способствует определению наилучшего участника закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по вышеуказанному критерию, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, и нарушают требования пункта 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

(2) В соответствии с пунктом 2.1 Приложения № 1.4 к конкурсной документации (Критерий «Квалификация участника» / Подкритерий «Опыт участника») опыт участника оценивается путем деления стоимости выполненных каждым (j-ым) участником работ, по вырубке нежелательной древесно - кустарниковой растительности на цену договора (лота) без учета НДС, по формуле:

, где

B_j – количество баллов j-го участника;

$C_{j\Sigma\text{опыт}}$ – стоимость выполненных j-ым участником работ по вырубке древесно – кустарниковой растительности (без учета НДС);

C нач.макс. – цена договора (лота) без учета НДС, указанная в техническом задании документации о закупке.

$N=20$ – максимально возможное количество баллов.

В случае, если стоимость выполнения работ/оказанных услуг равна или больше цены договора (лота) без учета НДС, указанной в техническом задании документации о закупке, то участнику сразу присваивается **20 баллов**.

Пунктом 3.1 Приложения № 1.4 к конкурсной документации закреплено, что в подтверждение наличия опыта участника, указанного в приложении № 1.4 к конкурсной документации, участник в составе заявки должен представить:

- документ, подготовленный в соответствии с Формой сведений об

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

- акты о выполнении работ, оказании услуг;

- договоры на выполнения работ/оказания услуг (представляются все листы договоров со всеми приложениями и дополнительными соглашениями);

- копии документов, подтверждающих правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).

- представление участником закупки копий платежных документов, подтверждающих их оплату (выписки из обслуживающего банка по расчетному счету участника закупки, подтверждающие факт поступления денежных средств по договору, и/или копии платежных поручений об оплате денежных средств по договору, указанному участником в «Форме сведений об опыте поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг, представленной в приложении № 1.3 документации о закупке, с отметкой обслуживающего банка об исполнении).

Если договор и документы, подтверждающие его исполнение, размещены в Единой информационной системе в сфере закупок и являются доступными участникам рынка для ознакомления, участник вправе в Форме сведений об опыте выполнения работ/оказания услуг, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации, указать реестровый номер договора в Единой информационной системе в сфере закупок. При этом в случае, если участником указан реестровый номер договора в Единой информационной системе в сфере закупок и такой договор и документы, подтверждающие его исполнение, доступны для ознакомления, участник вправе не предоставлять в составе заявки копии договоров на выполнения работ/оказания услуг, а также копии документов, подтверждающих исполнение таких договоров (акты выполнения работ/оказания услуг).

Комиссия антимонопольного органа отмечает следующее.

В соответствии с положениями статьи 410 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) любое обязательство может

быть прекращено зачетом, что является надлежащим прекращением обязательства по оплате работ. В силу положений гражданского законодательства Российской Федерации для зачета необходимо и достаточно заявления одной стороны. При этом для прекращения обязательств заявление о зачете должно быть доставлено соответствующей стороне или считаться доставленным по правилам статьи 165.1 ГК РФ.

Гражданско-правовая природа зачета встречного однородного требования, как и надлежащее исполнение, представляет собой основание для прекращения обязательства, то есть влечет те же последствия, что и исполнение обязательств стороной по договору.

Вместе с тем вышеуказанное положение Документации ставит участников закупки в неравное положение, поскольку участники закупки, имеющие опыт оказания услуг в рамках договоров, обязательства по которым исполнены посредством взаимозачета и у исполнителя по договорам отсутствуют документы, подтверждающие оплату, не могут предоставить сведения о таких договорах для целей оценки по Подкритерию «Опыт участника».

Кроме того, в соответствии действующим законодательством (Положение Банка России от 29.06.2021 № 762-П «О правилах осуществления перевода денежных средств», статья 863 Гражданского кодекса Российской Федерации) платежные поручения, квитанции к приходным ордерам, банковские выписки о перечислении денежных средств со счета покупателя на счет продавца, товарные и кассовые чеки и другие документы относятся к расчетным (платежным) документам.

Из вышеуказанных положений действующего законодательства следует, что расчетные (платежные) документы подтверждают факт осуществления финансовых операций между контрагентами. Само по себе составление и подписание сторонами акта о выполненных работах (оказанных услугах) устанавливает 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).

Оценка заявок участников закупки является прямым механизмом определения победителя в закупочной процедуре.

Требование о предоставлении платежных документов, вводит

участников закупки в заблуждение, поскольку отсутствие оплаты работ, заявленных в составе опыта, не может являться основанием для не включения данных работ в состав опыта, так как факт выполнения работ может подтверждаться актами выполненных работ.

Вместе с тем оплата выполненных работ по условиям договора в подтверждение вышеуказанного опыта может быть установлена в иной срок после даты приема работ. Соответственно, работы могут быть выполнены и приняты до даты окончания подачи заявки и оплачены в соответствии с условиями договора после даты окончания подачи заявки.

Следовательно, в данной ситуации не представляется возможным сделать вывод о том, что опыт у участника закупки отсутствует.

Таким образом, действия Заказчика, установившего ненадлежащий перечень документов, представляемых участниками закупки для оценки заявки по Подкритерию «Опыт участника» и, как следствие, установившего ненадлежащий порядок оценки заявок участников закупки по Подкритерию «Опыт участника», противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, и нарушают требования пункта 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Оптима» (**вх. № 3002-ЭП/23 от 17.11.2023**) на действия (бездействие) заказчика — ОАО «РЖД» (извещение № 2534/ОКЭ-ТЭ/23), обоснованной.

2. Признать Организатора торгов (инициатора торгов) нарушившим **пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и пункт 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.**

3. Выдать Заказчику обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского Межрегионального УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель Комиссии:
Охинцева

С.Н.

Члены Комиссии:
Семенычева

Е.К.

А. С. Колосова