

Общество с ограниченной ответственностью «ОПТИМА»

ИНН: 6234186288 КПП: 623401001 ОГРН: 1196234012985
Адрес: 390027, г. Рязань, ул. Лермонтова, дом 9/2, офис 5
Р/с 40702810653000009419 ПАО СБЕРБАНК Рязанское отделение № 8606
к/с 30101810500000000614 БИК 046126614

ИСХ №20-2/02 от 20.02.2024 г.

Кому: **Управление Федеральной антимонопольной
службы по Санкт-Петербургу**
Адрес: 199004, Санкт-Петербург, 4-я линия Васильевского
острова, д.13, лит.А
Тел. +7 (812) 313-04-30
E-mail: to78@fas.gov.ru

Лицо, подающее жалобу:
ООО «ОПТИМА»
ИНН 6234186288, КПП 667101001
199004, Санкт-Петербург
4-я линия Васильевского острова, д.13, лит.А
E-mail: optima-rus@mail.ru
Тел.: 8-926-473-20-29

ЖАЛОБА

*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»*

1.	Дата публикации и адреса сайтов в сети Интернет	Извещение в ЕИС 32413281295 Настоящее извещение и конкурсная документация размещены в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (далее – Единая информационная система) на сайте (далее — ЭТЗП) (далее — сайты) «13» февраля 2024 г. Все необходимые документы по конкурсу №97/ОКЭ-ТЭ/24 размещены в разделе «Документы».
2.	Способ осуществления закупки	Конкурс проводится в электронной форме № 126/ОКЭ-ТЭ/24.
3.	Электронная торгово-закупочная площадка	Электронная площадка "РТС-тендер" www.rts-tender.ru.
4.	Заказчик	Заказчик – ОАО «РЖД» Закупка осуществляется для нужд Октябрьской дирекции по энергообеспечению – структурного подразделения «Трансэнерго» – филиала ОАО «РЖД». Место нахождения заказчика: 191023, г. Санкт-Петербург, пл. Островского, д.2. Почтовый адрес заказчика: 191023, г. Санкт-Петербург, пл. Островского, д.2, каб. 522, 531. Контактные данные:

		<p>Контактное лицо: Специалист по закупкам Клюка Дмитрий Андреевич.</p> <p>Адрес электронной почты: rcoz_KlyukaDA@orw.rzd.ru</p> <p>Номер телефона: +7 (812) 457-62-52.</p>
5.	Предмет закупки/договора	<p>На право заключения договора выполнения работ по вырубке нежелательной древесно-кустарниковой растительности в охранных зонах воздушных линий электропередач Октябрьской дирекции по энергообеспечению – структурного подразделения Трансэнерго – филиала ОАО «РЖД».</p> <p>Лот № 1: На право заключения договора выполнения работ по вырубке нежелательной древесно-кустарниковой растительности в охранных зонах воздушных линий электропередач, расположенных в Тверской области Октябрьской дирекции по энергообеспечению – структурного подразделения Трансэнерго – филиала ОАО «РЖД»;</p> <p>Лот № 2: На право заключения договора выполнения работ по вырубке нежелательной древесно-кустарниковой растительности в охранных зонах воздушных линий электропередач, расположенных в Ленинградской области Октябрьской дирекции по энергообеспечению – структурного подразделения Трансэнерго – филиала ОАО «РЖД».</p> <p>Объем выполняемых работ по каждому лоту указывается в техническом задании, являющемся приложением к конкурсной документации.</p>
6.	Начальная (максимальная) цена договора либо формула цены и максимальное значение цены договора, либо цена единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора	<p>Начальная (максимальная) цена договора составляет 23 030 701,48 (Двадцать три миллиона тридцать тысяч семьсот один) руб. 48 коп. с учетом НДС.</p> <p>Начальная (максимальная) цена договора сформирована методом сопоставимых рыночных цен, предусмотренным подпунктом 1 пункта 54 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», и включает в себя все расходы на оборудование, материалы используемые при выполнении работ, затраты на доставку оборудования, материалов до места производства работ и их перемещение по фронту работ, затраты на оказание услуг по погрузке, выгрузке и вывоз древесины с полосы отвода в места утилизации и утилизацию, районные коэффициенты к оплате труда рабочих (механизаторов), установленные на федеральном уровне; накладные расходы и сметную прибыль; затраты на производство работ в зимнее время; затраты на устройство временных зданий и сооружений, любые другие расходы, которые возникнут или могут возникнуть в ходе выполнения работ, все виды налогов, без учета налога на добавленную стоимость (НДС).</p>
7.	Порядок, дата начала, дата и время окончания срока подачи заявок на участие в закупке (этапах закупки)	<p>Дата начала подачи заявок - с момента опубликования извещения и документации на сайтах «13» февраля 2024 г.</p> <p>Дата окончания срока подачи заявок - «27» февраля 2024 г. в 09:00 ч. московского времени.</p> <p>Заявки на участие в конкурсе №97/ОКЭ-ТЭ/24 подаются в электронной форме на ЭТП (на странице данного конкурса на ЭТП).</p> <p>Заявка на участие должна состоять из первой части, второй части и ценового предложения.</p>

8.	Порядок подведения итогов закупки	<p>Рассмотрение первых частей заявок осуществляется «05» марта 2024 г.</p> <p>Вторые части заявок предоставляются оператором заказчику на следующий рабочий день после размещения в установленном порядке протокола рассмотрения и оценки первых частей заявок. Рассмотрение вторых частей заявок осуществляется «28» марта 2024 г.</p> <p>Подведение итогов закупки осуществляется «28» марта 2024 г.</p> <p>Порядок рассмотрения первых и вторых частей заявок, сопоставления ценовых предложений, выбора победителя закупки (участника, с которым заключается договор) осуществляется в порядке, указанном в части 3 документации о закупке.</p>
----	-----------------------------------	--

Довод жалобы №1:

Заказчик неправоммерно 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.

г о д	Реквизиты договора ¹	Контрагент (с указанием филиала, представительства, подразделения которое выступает от имени юридического лица)	Срок действия договора (момент вступления в силу, срок действия, дата окончательного исполнения)	Предмет договора (указываются только договоры о наличии требуемого опыта)	Сумма договора (в руб., без учета НДС и с учетом НДС с указанием стоимости в год либо иной отчетный период)	Стоимость поставленного товара, выполненных работ, оказанных услуг на основании надлежащим образом оформленных накладных о поставке товаров, актов выполненных работ, оказанных услуг (в руб., без учета НДС с указанием стоимости по каждому акту (накладной))	Адрес поставки товара/выполнения работ/оказания услуг	Реквизиты накладной о поставке товаров, акта выполненных работ, оказанных услуг	Наличие жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или третьих лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору ²	Сведения об обоснованности и удовлетворении участником требований контрагента и/или третьих лиц по итогам рассмотрения жалоб претензий, исковых заявлений, других документов	Реквизиты документа, подтверждающего оплату, в случае установления такого требования в документации
<i>Указать область, в которой требуется подтверждение наличия опыта, согласно пункту 1.9 конкурсной документации (например, выполнение монтажных работ)</i>											
						Итого по договору (указывается суммарная стоимость по каждому договору)			<p>При отсутствии жалоб, претензий, исковых заявлений указывается: «Не имеется» или «Нет»</p> <p>При наличии жалоб, претензий, исковых заявлений указывается: «Имеется» или «Да»</p> <p>Дополнительно указывается информация о направленных претензиях, жалобах, исковых заявлениях: наименование контрагента, направившего документ, с указанием его реквизитов (Номера и даты)</p>	<p>При наличии жалоб, претензий, исковых заявлений указывается: «Обосновано» / «Не обосновано» / «Частично обосновано» или «Удовлетворено» / «Не удовлетворено» / «Частично удовлетворено»</p> <p>При отсутствии жалоб, претензий, исковых заявлений по договору столбец не заполняется.</p>	
<i>Указать область, в которой требуется подтверждение наличия опыта, согласно пункту 1.9 конкурсной документации (например, поставка оборудования)</i>											

¹В случае если договор и документы, подтверждающие его исполнение, размещены на официальном сайте единой информационной системы и являются доступными участникам рынка для ознакомления, участник также указывает реестровый номер договора единой информационной системы в сфере закупок, дату его заключения.

² При наличии претензий по договору участник вправе предоставить документы, подтверждающие необоснованность претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору.

В соответствии с формой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров приложения № 1.3 к закупочной документации участнику закупки необходимо предоставить информацию, в том числе о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или третьих лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору, а также сведений об обоснованности и удовлетворении участником требований контрагента и/или третьих лиц по итогам рассмотрения жалоб претензий, исковых заявлений, других документов.

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.

Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участникам закупки не означает, что реализация данного права должна осуществляться произвольно.

Следовательно, требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

Документация о проведении закупки, являющаяся, по своей сути, офертой, в соответствии с положениями которой впоследствии заключается договор, не должна содержать возможности ее множественного толкования. Указанная документация должна содержать в себе четкие, исчерпывающие требования к претендентам, подающим заявки на право участия в торгах, что исключает возможность субъективного толкования указанных в заявках предложений заказчиком.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме от 24.02.2022 № ПИ/13959/22, подобный порядок оценки заявок носит субъективный характер, поскольку наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет объективно оценить опыт участника закупки и не свидетельствует о невозможности надлежащим образом исполнять обязательства по договору, заключенным по итогам проведения закупок.

Указанный вывод подтверждается также многочисленными решениями антимонопольного органа при рассмотрении аналогичных жалоб, в частности Решение Московского УФАС России по делу № 077/07/00-4157/2023 о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров 05.04.2023; Решение Санкт-Петербургского УФАС России №78/19574/23, 78/19575/23 Т02-404/23 от 03.08.2023 г.

Данный правовой подход соответствует сложившейся судебной практике: Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-103484/23 от 18.09.2023 г.; А40- 79565/21; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2022 № 09АП-67401/2022 по делу № А40-105170/22.

Кроме того, необходимо отметить, что пунктом 3.9.5. документации установлено, что в случае установления недостоверности информации, содержащейся в документах, представленных участником в составе заявки, заказчик обязан отстранить такого участника конкурса на любом этапе проведения конкурса.

Так, на момент подачи заявок участники закупки могут не обладать информацией о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору, ввиду чего соответствующая информация при ее наличии может быть не указана такими участниками в форме сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, содержащейся в приложении № 1.3 к Документации.

При этом в случае установления Заказчиком на этапе рассмотрения заявок наличия жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору такие заявки могут быть отклонены Заказчиком, ввиду предоставления недостоверных сведений в указанной части.

Данный вывод подтверждается многочисленными решениями антимонопольного органа, в частности Решение Санкт-Петербургское УФАС России по жалобе №Т02-404/23 от 03 августа 2023 года указал, что «Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России полагает, что на момент

подачи заявок участники Закупки могут не обладать информацией о наличии жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору, ввиду чего соответствующая информация при ее наличии может быть не указана такими участниками в форме сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, содержащейся в приложении № 1.3 к Документации.

При этом в случае установления Заказчиком на этапе рассмотрения заявок наличия жалоб, претензий, исковых заявлений со стороны контрагента и/или иных лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору такие заявки могут быть отклонены Заказчиком, ввиду предоставления недостоверных сведений в указанной части. Учитывая изложенное, действия Заказчика, установившего ненадлежащие условия и порядок оценки заявок по показателю «Опыт участника» критерия «Квалификация участника», противоречат п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона №223-ФЗ и нарушают п. 14 ч. 10 ст. 4 Закона №223-ФЗ.»

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 как указано выше 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.

Данный довод подтверждается вышеуказанными судебными решениями, также решениями антимонопольного органа Решение Красноярского УФАС России № 024/07/3-1483/2023 от 01.06.2023 г.; Решение Красноярского УФАС России № 024/07/3-1020/2023 от 24.04.2023 (Решение Арбитражного суда Красноярского края А33-16206/2023).

Таким образом, Заявитель считает, что Заказчик должен исключить данное требование (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).

Действия Заказчика нарушают требования, установленные пунктом 2 части 1 статьи 3 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Согласно п. 1 и п. 2 ч. 1 ст. 3 ФЗ №223 «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

В соответствии с п.9 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» 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.

Довод жалобы №2.

Заказчик ненадлежащим образом установил порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

В Приложении №1.4. к конкурсной документации Критерии и порядок оценки и сопоставления заявок установлен порядок оценки по критерию:

№ критерия	Наименование критерия/подкритерия	Значимость критерия	Порядок оценки по критерию

3.	Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами	Сумма баллов, присвоенных заявке участника по всем вышеуказанным критериям, снижается на 7 баллов	Сумма баллов, присвоенная заявке участника, уменьшается на количество баллов (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; связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору; информация об обжаловании их в судебном порядке. Оценка по критерию осуществляется по следующей
----	---	---	--

			<p>документы, подтверждающие необоснованность претензий,</p> <p>Б2 – наличие факта уклонения участника от заключения договора по результатам закупок (2 балла за каждый выявленный факт);</p> <p>Б3 – наличие вступивших в законную силу судебных актов, подтверждающих факт неисполнения/ненадлежащего исполнения участником закупки обязательств по договору (2 балла за каждый выявленный факт);</p> <p>Б4 – наличие факта неисполнения участником закупки требований об уплате неустоек (штрафов, пеней) (1 балл за каждый выявленный факт);</p> <p>Б5 – наличие претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением участником закупки обязательств по договору, по которым отсутствуют:</p> <p>судебные акты, подтверждающие отсутствие факта неисполнения/ненадлежащего исполнения обязательств по договору;</p> <p>документы, подтверждающие необоснованность претензий, связанных с неисполнением/ненадлежащим исполнением обязательств по договору;</p> <p>информация об обжаловании их в судебном порядке (1 балл за каждый выявленный факт).</p> <p>Если при суммировании баллов по критерию получено более 7 баллов, то сумма баллов, присвоенная заявке по итогам оценки, снижается на 7 баллов.</p>
--	--	--	--

Таким образом, Заказчик в основу критерия положил следующие факты: 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.

Вместе с тем, Заявитель жалобы считает, что данный критерий установлен ненадлежащим образом, в силу следующего:

Так, наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед Заказчиком и/или Третьими лицами может подтверждаться исключительно судебным актом, вступившим в законную силу.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами: равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Так, установленный критерий оценки о наличии 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.

1) неисполнение, ненадлежащее исполнение обязательств, направление одностороннего отказа от исполнения прошлого договора может являться следствием недобросовестного поведения заказчика и/или третьих лиц, наступления независимых от сторон обстоятельств, обстоятельств непреодолимой силы и иных, **то есть отсутствие критериев обоснованности предъявленной претензии (неисполненных обязательств) позволит в подобной ситуации фактически произвольно занижать баллы участникам Закупки.**

Направления Заказчиком одностороннего отказа от исполнения прошлого договора безотносительно к обоснованности, что исключает признание подрядчика, исполнителя, поставщика недобросовестным и допускает ситуацию направления одностороннего отказа, например, в ходе проведения торгов, вплоть до оценки и сопоставления заявок), что влечет риск произвольного занижения баллов добросовестным участникам торгов и систематического обеспечения преимуществ отдельным участникам закупки.

2) уклонения участника от заключения договора по результатам закупок, вместе с тем **сам факт признания Заказчиком уклонения участника от заключения договора также может быть оспорен участником, в судебном порядке, например в том случае, когда Заказчик неправоммерно признал участника закупки уклонившимся от заключения договора, однако, на момент рассмотрения Заявки сроки в судебном порядке такое дело не рассмотрено (отсутствует вступивший в законную силу судебной акт).**

Заявитель считает, что **данный факт не может являться надлежащим подтверждением неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств, принятых на себя участником, поскольку не учитывает обоснованность и возможность оспаривания участником принятых решений в отношении признания участника уклонившимся от заключения договора по итогам проведенных конкурентных закупок.**

Согласно п. 1 и п. 2 ст. 401 Гражданского кодекса Российской Федерации лицо, не исполнившее обязательство, либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности. Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства. Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство.

Однако Заказчиком установлен данным критерием, что за наличие факта уклонения участника от заключения договора по результатам закупок (2 балла за каждый выявленный факт);

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

В данном случае необходимо отметить, что **участник Закупки может иметь претензии направленные Заказчиком в рамках исполненных договорных отношений, которые им не признаются в силу необоснованности, неправомочности начисления и соответственно не оплачиваются.** Однако при этом Заказчик, предъявив претензию не подает длительное время (срок исковой давности 3 года (ст.196, ст.207, ст.330 Гражданского кодекса Российской Федерации) в арбитражный суд исковое заявление в связи с неудовлетворением претензии.

Считаем, что данный критерий не позволяет объективно оценить заявку участника закупки и ведет к субъективному право усмотрению со стороны Заказчика.

Таким образом, **может сложиться ситуация при которой участнику закупки Заказчик будет вычитать наличие 1 балл за каждый выявленный факт, фактически необоснованных претензий со стороны Заказчика (которые участником закупки не признаются, но по которым нет вступивших в законную силу решений суда, в том числе в связи с не обращением самого истца в арбитражный суд).**

Кроме того, согласно пункту 1 статьи 330 Гражданского кодекса Российской Федерации 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). Кроме того, необходимо обратить внимание, что 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 др.

Установление такого узко-сформулированного требования не способствует определению наилучшего участника закупки, а, напротив, способствует ограничению конкуренции.

В связи с чем заявитель жалобы делает вывод о не объективности вышеуказанного порядка оценки заявок, поскольку у участников закупки, обладающих различным фактом неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами (например, «1» участник имеет претензию о возмещении убытков (которые не установлены Заказчиком в данном критерии) и другой «2» участник закупки который имеет претензию об уплате неустоек (штрафов, пеней) однако 1 балл согласно данного критерия будет вычтен только у второго участника, что ставит участников закупки в неравное положение, зависит от субъективного мнения заказчика, не позволяет заказчику выявить лучшие условия исполнения договора и объективно оценить заявки участников закупки по указанному критерию оценки.

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.

Заявитель считает, что последствия неисполнения/ненадлежащего исполнения договора относятся к категории гражданско-правового спора и могут быть рассмотрены только в суде, у Заказчика отсутствуют полномочия на рассмотрение данного факта по существу при оценке заявки.

Заявитель считает, что установленные Заказчиком таким образом критерии, не могут свидетельствовать о проявлении им осмотрительности при выборе контрагента, а приводят лишь к исключению из числа участников процедуры тех, которые могут принять участие в нем, но отказываются от подачи заявки ввиду создания Заказчиком препятствий к тому.

Таким образом, отсутствие критериев обоснованности направления уведомлений о расторжении договорных отношений с участником ввиду предъявленных претензий (неисполненных обязательств), односторонних отказов от исполнения договора со стороны Заказчика не подтвержденных в судебном порядке, позволит в подобной ситуации фактически произвольно отклонять участников, поскольку данная неопределенность позволяет Заказчику субъективно трактовать обстоятельства об отсутствии или наличии оснований для отклонения заявки участника закупки по своему собственному усмотрению

Так, в пункте 4 Обзора Верховного суда Российской Федерации (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018) прямо указано, что использование заказчиком оценочных критериев выбора поставщика не является нарушением, если эти критерии носят измеряемый характер и соответствие участника закупки названным критериям может быть установлено объективно. Исходя из положений гражданского законодательства, установленный критерий оценки о наличии 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. В этой связи, цели законодательного регулирования достигаются в том числе путем соблюдения Заказчиком при закупке товаров, работ, услуг принципов равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона № 223-ФЗ.

Исходя из положений гражданского законодательства, установленный критерий оценки о

наличии 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 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.

Наличие у Заказчика права по самостоятельному определению требований к участникам закупки не означает, что реализация данного права должна осуществляться произвольно.

Заявитель жалобы считает, что требования должны устанавливаться Заказчиком таким образом, при котором обеспечиваются равные возможности (условия) для принятия участия в процедуре.

Как указано выше, согласно позиции ФАС России, приведенной в письме от 24.02.2022 № ПИ/13959/22 подобный порядок оценки заявок носит субъективный характер, поскольку наличие претензий и судебных решений, не вступивших в законную силу, не позволяет объективно оценить опыт участника закупки и не свидетельствует о невозможности надлежащим образом исполнять обязательства по договорам, заключенным по итогам проведения закупок.

Данный правовой подход соответствует сложившейся судебной практике (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2022 № 09АП-67401/2022 по делу № А40-105170/22), Решение Арбитражного суда Красноярского края А33-16206/2023 от 16.10.2023 г.; Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-103484/23 от 18.09.2023 г.; А40-79565/21.

Законом о закупках в целях обеспечения единства экономического пространства, создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 названного Закона, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений установлены общие принципы и основные требования к закупке товаров, работ, услуг.

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).

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

Таким образом, Заказчик ненадлежащим образом установил порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами», что не позволяет присвоить участникам закупки максимальное количество баллов, а также объективно сопоставить заявки участников Конкурса.

Частью 10 статьи 3 ФЗ №223 «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» 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 ЕИС положении о закупке такого заказчика (п.1.ч.10 статьи 3 ФЗ № 223 «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»).

В соответствии с ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» по правилам данной статьи 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 Федеральным законом от 18 июля 2011 года N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Исходя из положений названной нормы антимонопольный контроль торгов делегирован антимонопольным органам.

Руководствуясь ч.1.ст.2; п.2.ч1. ст.3, п.1. ч.10 ст. 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»,

ПРОШУ:

1. Провести внеплановую проверку.
2. Признать доводы жалобы обоснованными.
3. Признать в действиях заказчика нарушения №223–ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».
4. Выдать заказчику предписание об устранении указанных нарушений, путем обязанности внесения изменений в документацию в части исключения из формы об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров требования о предоставлении сведений:

Наличие жалоб, претензий, исковых заявлений, других документов со стороны контрагента и/или третьих лиц в связи с ненадлежащим исполнением участником обязательств по договору	Сведения об обоснованности и удовлетворении участником требований контрагента и/или третьих лиц по итогам рассмотрения жалоб претензий, исковых заявлений, других документов
--	--

5. Обязать Заказчика внести изменения в документацию путем исключения ненадлежащего порядка оценки заявок участников закупки по Критерию №3 «Наличие фактов неисполнения, ненадлежащего исполнения обязательств перед заказчиком и/или третьими лицами».

Дополнительно в связи с эпидемиологической обстановкой на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19) и принятыми мерами органами гос. власти ходатайствуем предоставлении возможности участия в рассмотрении жалобы путем видео-конференц-связи.

Приложения:

1. Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-103484/23;
2. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № А40-103484/23;
3. Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу №А33-16206/2023;
4. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда по делу А33-16206/2023;
5. Решение ФАС России №223-463/23 по результатам рассмотрения жалобы ООО «ОНИКС» от 13.12.2023 г.
6. Решение единственного участника ООО «ОПТИМА» от 24.10.2019 г.

Директор ООО «ОПТИМА»

Г.В. Третьяков

ПОДПИСАНО ЭЦП