



АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Москва

02 ноября 2021 года

Дело № А40-96584/20

Резолютивная часть постановления объявлена 26 октября 2021 года.

Полный текст постановления изготовлен 02 ноября 2021 года.

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего-судьи Кузнецова В.В.,

судей: Гречишкина А.А., Шевченко Е.Е.,

при участии в заседании:

от заявителя: Голубушин И.С., доверенность от 20.11.2020; Иванова Е.В.,
доверенность от 16.08.2021;

от заинтересованного лица: Бомбырь Д.С., доверенность от 14.09.2021;

от третьего лица: представитель не явился, извещен;

рассмотрев 26 октября 2021 года в судебном заседании кассационную жалобу
заинтересованного лица - ФАС России

на постановление от 20 февраля 2021 года

Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу № А40-96584/20

по заявлению ОАО «РЖД» в лице Центральной дирекции закупок и снабжения
об оспаривании решения и предписания

к ФАС России,

третье лицо: ООО «ППК»,

УСТАНОВИЛ:

ОАО «РЖД» в лице Центральной дирекции закупок и снабжения (далее - общество, заказчик) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к ФАС России (далее - антимонопольный орган) о признании незаконными решения и предписания от 15.05.2020 № 223ФЗ-353/20.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено ООО «ППК».

Решением Арбитражного суда города Москвы от 13 октября 2020 года в удовлетворении заявленных требований отказано.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2021 года решение суда первой инстанции отменено, заявленные требования удовлетворены.

Не согласившись с постановлением суда апелляционной инстанции, ФАС России обратилась с кассационной жалобой, в которой просит постановление отменить и оставить в силе решение суда первой инстанции.

Заявитель жалобы считает судебный акт незаконным и необоснованным, как принятый с неправильным применением норм материального и процессуального права.

Третье лицо, извещенное надлежащим образом о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, своего представителя в судебное заседание суда кассационной инстанции не направило, что в силу части 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не является препятствием для рассмотрения дела в его отсутствие.

В судебном заседании суда кассационной инстанции представитель заинтересованного лица поддержал доводы кассационной жалобы.

Представители заявителя возражали против удовлетворения кассационной жалобы.

Изучив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, заслушав лиц, участвовавших в судебном заседании, проверив в порядке статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации законность обжалуемого судебного акта, устанавливая правильность применения судом

апелляционной инстанции норм материального и процессуального права при рассмотрении дела и принятии постановления, а также соответствие выводов, содержащихся в обжалуемом судебном акте, установленным им по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, и исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе, суд кассационной инстанции пришел к выводу о том, что обжалуемое постановление апелляционного суда подлежит отмене в части удовлетворения требований ОАО «РЖД» в лице Центральной дирекции закупок и снабжения к ФАС России о признании недействительными решения и предписания ФАС России от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-353/20 в части: установления избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в саморегулируемую организацию (далее - СРО); установления неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозапрос информации в отношении участников конкурса; неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса; установления ненадлежащим образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора» в связи с неправильным применением норм права с оставлением в силе решения суда первой инстанции в указанной части.

Как следует из материалов дела и установлено судами первой и апелляционной инстанций, заказчиком проведен открытый конкурс в электронной форме № 300/ОКЭ-ДКРС/20 на право заключения договора выполнения комплекса строительно-монтажных работ, включая поставку оборудования и пусконаладочные работы по объекту «Реконструкция железнодорожного путепровода над Пулковским шоссе на перегоне Среднерогатская - Предпортовая Октябрьской железной дороги» (извещение № 32009124359).

В антимонопольный орган поступила жалоба ООО «ППК» от 06.05.2020 № 56 на действия (бездействие) заказчика при проведении открытого конкурса в электронной форме № 300/ОКЭ-ДКРС/20.

Из указанной жалобы следует, что при проведении конкурса заказчиком нарушены положения Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках), а именно:

1. Заказчиком неправомерно объединены в один лот выполнение строительно-монтажных работ и осуществление поставки оборудования в соответствии с проектной документацией.

2. Заказчиком в документации установлено избыточное требование к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО.

3. Заказчиком в документации установлено неправомерное положение о праве заказчика осуществлять дозапрос документов и информации в отношении участников конкурса.

4. Заказчиком в документации неправомерно установлены квалификационные требования к участникам конкурса.

5. Заказчиком в документации неправомерно установлено требование к перечню банков, гарантии которых принимаются заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

6. Заказчиком в документации ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора».

По результатам рассмотрения указанной жалобы ФАС России принято решение от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-351/20, которым жалоба ООО «ППК» признана обоснованной в части следующих доводов:

1. Об установлении избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО.

2. Об установлении неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозапрос информации в отношении участников конкурса.

3. О неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса.

4. О неправомерном установлении требования к перечню банков, гарантии которых принимаются заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора.

5. Об установлении ненадлежащим образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора».

Решением 15.05.2020 № 223ФЗ-353/20 антимонопольный орган признал поданную ООО «ППК» жалобу обоснованной в части, а в действиях заказчика выявил

нарушения требований части 1 статьи 2, пунктов 9, 13 и 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

В пункте 3 решения от 15.05.2020 ФАС России указала, что обязательное к исполнению предписание не выдавать, поскольку выявленные нарушения не повлияли на результат конкурса.

15.05.2020 обществу выдано обязательное для исполнения предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в котором указано:

заказчику при рассмотрении участников конкурса не учитывать пункты 1.9.2-1.9.5, при оценке заявок не учитывать пункт 1 приложения № 1.4 в части предложения участниками демпинговой цены, пункт 3.6.11 конкурсной документации (далее - документация), при заключении договора по результатам проведения конкурса не учитывать пункт 3.16.6 документации в части предоставления банковской гарантии из указанного списка банков, пункт 3.16.8 документации в части согласования с заказчиком банковской гарантии, в соответствии с требованиями Закона о закупках, Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчика (далее - Положение о закупке), с учетом принятого Комиссией антимонопольного органа решения от 15.05.2020 № 223ФЗ-353/20 (пункт 3);

договор не может быть заключен до даты исполнения предписания об устранении нарушения законодательства о закупках (пункт 4);

заказчику в срок до 09.06.2020 представить в ФАС России подтверждение исполнения предписания (пункт 5).

09.06.2020 заказчик протоколом рассмотрения и оценки конкурсных заявок отклонил заявки трех участников по причине указания недостоверной информации о производителе оборудования и не подтверждения наличия производственных мощностей.

Суд апелляционной инстанции, удовлетворяя заявленные обществом требования и отменяя решение суда первой инстанции, пришел к следующим выводам.

Суд апелляционной инстанции заключил, что ФАС России не имела права рассматривать жалобу ООО «ППК», указывая на то, что порядок рассмотрения жалоб на нарушение процедуры обязательных в соответствии с законодательством

Российской Федерации торгов установлен статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), которая регламентирует лишь порядок действий антимонопольного органа (процедуру) при рассмотрении жалоб участников закупок, осуществляемых в силу Закона о защите конкуренции, но не определяет основания обращения в антимонопольный орган.

Апелляционный суд пришел к выводу о том, что в рамках административной процедуры по рассмотрению жалоб участников закупки, установленной статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган вправе принимать решения только по тем нарушениям, перечень которых установлен в части 10 статьи 3 Закона о закупках.

Также суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что в рассматриваемом случае как жалоба ООО «ППК», так и решение ФАС России от 15.05.2020 № 223ФЗ-353/20 не содержат ни доводов, ни ссылок на нарушение заказчиком какого-либо пункта части 10 статьи 3 Закона о закупках, что исключало возможность рассмотрения поданной жалобы в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, и является безусловным основанием для признания решения и предписания ФАС России незаконными, в связи с чем у антимонопольного органа отсутствовали полномочия на рассмотрение такой жалобы.

Апелляционный суд указал, что первоочередной целью Закона о закупках является создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности (часть 1 статьи 1 Закона о закупках), в связи с чем Законом о закупках заказчикам предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности. Реализация указанного права предполагает относительную свободу заказчиков в определении условий закупок.

Суд апелляционной инстанции заключил, что из указанного вытекает недопустимость вмешательства антимонопольного органа в процесс закупки по мотивам, связанным с оценкой целесообразности ее условий и порядка проведения.

Апелляционный суд констатировал, что в оспариваемом решении антимонопольный орган указал, что включенное обществом в документацию требование о предоставлении участником в составе заявки помимо выписки из реестра членов СРО подтверждения совокупного размера обязательств по договорам строительного подряда, является излишним, поскольку СРО самостоятельно отслеживает в установленном законодательством порядке соотношение размера компенсационного взноса и принятых участником закупки обязательств.

Апелляционный суд заключил, что, признавая указанное требование противоречащим пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, антимонопольный орган, с выводами которого согласился суд первой инстанции, исходил исключительно из нецелесообразности включения его в документацию о закупке.

Апелляционный суд полагает, что антимонопольным органом и судом не учтено, что требование о предоставлении указанного подтверждения не является дополнительным по отношению к требованиям к участникам, установленным в соответствии с градостроительным законодательством, и само по себе не может каким-либо образом ограничивать круг участников закупки.

Так, как отметил апелляционный суд, не имея информации о размере неисполненных обязательств участника по договору строительного подряда, заказчик не имеет возможности проверить правомерность участия в закупке соответствующего участника и законность заключения с ним договора в случае признания его победителем. При этом в выписке из реестра членов СРО соответствующие сведения не указываются.

Таким образом, по мнению апелляционного суда, вопреки выводу антимонопольного органа и суда первой инстанции указанное требование установлено заказчиком в полном соответствии требованиям законодательства и не приводит к необоснованному ограничению конкуренции.

Апелляционный суд отметил, что наличие у заказчика права запросить у участника документы и информацию само по себе не ограничивает возможность участия в закупочной процедуре, следовательно, не может приводить к сокращению количества ее участников.

Также апелляционный суд заключил, что установление факта нарушения в данном случае было бы возможно, если реализация заказчиком указанного права в конкретном случае повлекла неправомерный отказ в допуске к участию в конкурсе (например, в случае непредоставления документов по запросу заказчика обязанность предоставления, которых документацией не предусмотрена), чего в данном случае антимонопольным органом не установлено.

При этом апелляционный суд отметил, что непосредственной целью включения в документацию указанного условия является обеспечение для заказчика возможности в случае наличия в заявке каких-либо неточностей или ошибок либо непредставления участником по ошибке документов, подтверждающих указанные в ней сведения, уточнить содержащуюся в ней информацию, запросив у участника необходимые документы.

В этом контексте, как указал апелляционный суд, данное условие не только не приводит к ограничению конкуренции, а наоборот, ее поддерживает, поскольку позволяет заказчику не отклонять заявку участника, допустившего неточности или ошибки при ее оформлении, а допустить его к участию в закупке в случае предоставления им необходимых разъяснений, уточняющих сведения, содержащиеся в заявке, не изменяя ее содержание.

При таких обстоятельствах апелляционный суд пришел к выводу о правомерности действий заказчика по включению в документацию указанного условия.

Апелляционный суд констатировал, что в оспариваемом решении антимонопольный орган признал действия заказчика по установлению в документации названных требований, нарушающими цели и принципы законодательства о закупках, сославшись на то обстоятельство, что отсутствие у участника опыта по выполнению соответствующих работ и поставке оборудования не свидетельствует о невозможности исполнения им обязательств по предмету закупки, а необходимые для исполнения указанных обязательств производственные мощности и кадровые ресурсы могут быть привлечены после заключения договора по результатам конкурса, в связи с чем отсутствие у участника необходимого опыта, а также кадровых и материальных ресурсов не может являться критерием допуска к

участию в конкурсе; иное приводит к сокращению количества участников конкурса и, как следствие, к ограничению конкуренции.

Кроме того, апелляционный суд отметил, что заказчик, обосновывая необходимость установления в конкурсной документации вышеназванных дополнительных требований к участникам закупки, обращал внимание на сложность и повышенную значимость выполняемых работ, которые производятся на объектах железнодорожного транспорта, относящихся к зонам повышенной опасности, их объем и начальную стоимость в размере более 678 млн. руб., а также необходимость выполнения в сжатые сроки.

Апелляционный суд пришел к выводу о том, что в действиях заказчика по установлению в документации указанных требований не могут расцениваться как приводящие к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку соответствуют целям и потребностям заказчика. При этом апелляционный суд указал, что антимонопольный орган не представил доказательств того, что указанные условия включены в документацию о закупках специально для того, чтобы обеспечить победу конкретному хозяйствующему субъекту.

Также апелляционный суд указал, что в оспариваемом решении антимонопольный орган пришел к выводу о неправомерности включения обществом в документацию условия о том, что при выборе в качестве обеспечения банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в перечне банков, представленном на сайте заказчика в разделе «Тендеры», а также что участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне (пункты 3.16.6, 3.16.8 документации).

Между тем, апелляционный суд считает, что при оценке правомерности действий общества по включению в документацию указанного условия антимонопольным органом и судом первой инстанции не учтено, что оно не создает каких-либо препятствий для участия в закупочной процедуре, поскольку применяется только по отношению к победителю закупки. Указанное условие включено в документацию на основании пункта 390 Положения о закупках заказчика, предусматривающего, что исполнение договора может обеспечиваться

предоставлением банковской гарантии, выданной банком, приемлемым для заказчика, или внесением денежных средств на указанный заказчиком счет.

Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что данное условие соответствует потребностям заказчика, поскольку финансовая устойчивость кредитной организации влияет на возможность осуществления выплаты по банковской гарантии и не влечет ограничение конкуренции при проведении закупочной процедуры.

Кроме того, суд апелляционной инстанции отметил, что в соответствии с условиями документации заявкам, 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 по приведенной в документации формуле не оцениваются.

Ссылка антимонопольного органа на то, что указанный порядок оценки не направлен на стимулирование участников закупки к предоставлению максимального снижения цены, отклонена апелляционным судом, поскольку установленный порядок сам по себе не ограничивает право участников закупки на снижение предлагаемой цены договора, а также поскольку апелляционный суд считает, что 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 работ, существенное снижение качества и увеличение сроков проведения работ.

На основании изложенного апелляционный суд пришел к выводу о том, что оспариваемое решение антимонопольного органа в той части, в которой им в действиях заказчика установлены нарушения законодательства о закупках (пункты 2, 3, 4, 5, 6 мотивировочной части), а также выданное ему предписание не соответствуют Закону о закупках и нарушают права заказчика, в связи с чем удовлетворил заявленные требования общества.

Между тем, судебная коллегия суда кассационной инстанции не может согласиться с выводами суда апелляционной инстанции в части удовлетворения требований общества к ФАС России о признании недействительными решения и предписания ФАС России от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-353/20 в части: установления избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО; установления неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозапрос информации в отношении участников конкурса; неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса; установления ненадлежащим образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора», считает постановление апелляционного суда подлежащим отмене в указанной части с оставлением в силе решения суда первой инстанции в указанной части по следующим основаниям.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

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

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках, при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе (далее - ЕИС) размещаются информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная

информация, размещение которой в ЕИС предусмотрено Законом о закупках и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

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

В соответствии с частью 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

Федеральным законом от 31.12.2017 № 505-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» внесены поправки в Закон о закупках, в том числе в порядок рассмотрения жалоб в соответствии с требованиями Закона о закупках и Закона о защите конкуренции.

Так, расширен перечень случаев, установленный частью 10 статьи 3 Закона о закупках, для подачи жалобы в антимонопольный орган, в частности установлено

такое основание для подачи жалобы, как нарушение положений Закона о закупках, иных нормативных правовых актов, принятых в его реализацию, положения о закупках при проведения закупочной процедуры.

Согласно части 10 статьи 3 Закона о закупках, любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке, установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки. Обжалование осуществляется в следующих случаях:

1) осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в ЕИС положении о закупке такого заказчика;

2.1) нарушение оператором электронной площадки при осуществлении закупки товаров, работ, услуг требований, установленных настоящим Федеральным законом;

3) неразмещение в ЕИС положения о закупке, изменений, внесенных в указанное положение, информации о закупке, информации и документов о договорах, заключенных заказчиками по результатам закупки, а также иной информации, подлежащей в соответствии с настоящим Федеральным законом размещению в ЕИС, или нарушение сроков такого размещения;

4) предъявление к участникам закупки требований, не предусмотренных документацией о конкурентной закупке;

5) осуществление заказчиками закупки товаров, работ, услуг в отсутствие утвержденного и размещенного в ЕИС положения о закупке и без применения положений Закона о контрактной системе, предусмотренных частью 8.1 настоящей статьи, частью 5 статьи 8 настоящего Федерального закона, включая нарушение порядка применения указанных положений;

б) неразмещение в ЕИС информации или размещение недостоверной информации о годовом объеме закупки, которую заказчики обязаны осуществить у субъектов малого и среднего предпринимательства.

Соответственно, как правомерно заключил суд первой инстанции, наличие в жалобе указаний на осуществление заказчиком закупки с нарушением положений Закона о закупках, иных нормативных правовых актов, принятых в его реализацию, положения о закупках при проведения закупочной процедуры, является самостоятельным основанием для принятия жалобы к рассмотрению.

В связи с изложенным суд первой инстанции пришел к правомерному выводу о том, что вопреки доводам общества ФАС России обоснованно приняла жалобу ООО «ППК» к рассмотрению в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции на основании наличия в жалобе указаний на осуществление заказчиком закупки с нарушениями, предусмотренными частью 10 статьи 3 Закона о закупках.

Таким образом, суд первой инстанции обоснованно заключил, что ФАС России при принятии решения и выдаче предписания выполняла свои функции (полномочия) по контролю в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, возложенные на нее законодательством в рамках своей компетенции в установленном процессуальном порядке.

Также суд первой инстанции правомерно заключил, что установление в документации избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО помимо действующей выписки СРО нарушает пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

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

Суд первой инстанции указал, что аналогичный принцип закупочной деятельности заказчика установлен подпунктом 2 пункта 32 Положения о закупке.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Суд первой инстанции установил, что пунктом 1.9.1 документации предусмотрено, что участник конкурса должен соответствовать требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации, к лицам, осуществляющим строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства.

Участник считается соответствующим данному требованию при соблюдении следующих условий:

- участник закупки является членом саморегулируемой организации (далее - СРО) в области строительства, реконструкции, капитальный ремонт объектов капитального строительства;

- наличие у саморегулируемой организации, членом которой является участник, компенсационного фонда обеспечения договорных обязательств, сформированного в соответствии со статьями 55.4 и 55.16 Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее - ГрК РФ);

- совокупный размер неисполненных обязательств, принятых на себя участником строительного подряда, заключаемым с использованием конкурентных способов заключения договоров, не превышает предельный размер обязательств, исходя из которого участником внесен взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в соответствии с частью 13 статьи 55.16 ГрК РФ.

В подтверждение соответствия требованиям, установленным законодательством Российской Федерации, участник в составе заявки предоставляет:

- сведения о наименовании саморегулируемой организации, членом которой является участник, в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства в декларативной форме в составе заявки участника, оформленной согласно форме заявки участника, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации;

- подтверждение совокупного размера обязательств по договорам в декларативной форме в составе заявки участника, оформленной согласно форме заявки участника, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации.

В соответствии с частью 4 статьи 55.17 ГрК РФ, предоставление сведений, содержащихся в реестре членов саморегулируемых организаций, осуществляется по

запросам заинтересованных лиц в виде выписок из реестра в срок, не более, чем три рабочих дня со дня поступления указанного запроса. Срок действия выписки из реестра членов саморегулируемой организации составляет один месяц с даты ее выдачи.

Соответственно, суд первой инстанции обоснованно признал состоятельной ссылкой антимонопольного органа на то, что подтверждением наличия допуска к участию в торгах на выполнение работ по предмету конкурса должна являться выписка из реестра членов СРО, при этом законодательством в сфере закупок не установлено иных требований к подтверждению участниками закупок права осуществления строительства, реконструкции объектов капитального строительства.

Кроме того, частью 4 статьи 55.8 ГрК РФ установлено, что член СРО ежегодно в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере строительства, архитектуры и градостроительства, обязан уведомлять СРО о фактическом совокупном размере обязательств соответственно по договорам подряда на выполнение инженерных изысканий, подготовку проектной документации, договорам строительного подряда, заключенным таким лицом в течение отчетного года с использованием конкурентных способов заключения договоров. Данное уведомление направляется членом СРО в срок до 1 марта года, следующего за отчетным, с приложением документов, подтверждающих такой фактический совокупный размер обязательств данного члена. Член СРО вправе не представлять в СРО документы, содержащаяся в которых информация размещается в форме открытых данных.

При этом согласно части 5 статьи 55.8 ГрК РФ, член СРО самостоятельно при необходимости увеличения размера внесенного им взноса в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств до следующего уровня ответственности члена СРО по обязательствам, предусмотренного частью 11 или 13 статьи 55.16 ГрК РФ, обязан вносить дополнительный взнос в компенсационный фонд обеспечения договорных обязательств в порядке, установленном внутренними документами СРО.

Учитывая изложенное, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что требование документации о подтверждении совокупного размера

обязательств участника конкурса является излишним, поскольку СРО самостоятельно отслеживает в установленном законодательством порядке соотношение размера компенсационного взноса и принятых участником закупки обязательств.

Довод заказчика о правомерности установления квалификационных требований к участникам конкурса, а именно: требований о наличии опыта выполнения строительно-монтажных работ по определенным видам работ, о наличии производственных мощностей и квалифицированного персонала правомерно отклонен судом первой инстанции по следующим основаниям.

Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Суд первой инстанции установил, что в соответствии с пунктом 1.9.2 документации участник должен иметь опыт по фактически выполненным работам по строительству и/или реконструкции мостов и/или путепроводов (по всем перечисленным видам работ в совокупности:

- устройство и/или переустройство воздушных линий электроснабжения;
- устройство и/или переустройство кабельных линий связи;
- устройство и/или переустройство и/или монтаж и/или демонтаж устройств сигнализации, централизации, блокировки;
- устройство и/или переустройство кабельных линий не менее 10 кВ;
- устройство монолитных железобетонных ростверков;
- устройство монолитных железобетонных опор;
- устройство монолитных железобетонных устоев;
- монтаж металлоконструкций пролетных строений;
- устройство дорожной насыпи,

стоимость которых составляет не менее 20 % процентов начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в пункте 1.1 приложения № 1.1 к конкурсной документации.

При этом учитывается стоимость всех выполненных участником закупки (с учетом правопреемственности) работ (по выбору участника закупки) по строительству

и/или реконструкции мостов и/или путепроводов (по всем вышеперечисленным видам работ в совокупности).

Согласно пункту 199 Положения о закупке заказчика, в документации о закупке может установить единые квалификационные требования к участникам, в зависимости от технических, технологических, функциональных (потребительских) характеристик товаров, работ, услуг, требований, предъявляемых к их безопасности, и/или иных показателей, связанных с определением соответствия участника закупки требованиям, предъявляемым законодательством Российской Федерации, нормативными документами общества к поставщикам (исполнителям, подрядчикам).

Вместе с тем, суд первой инстанции указал, что предметом закупки является выполнение комплекса строительно-монтажных работ по объекту «Реконструкция железнодорожного путепровода над Пулковским шоссе на перегоне Среднерогатская - Предпортовая Октябрьской железной дороги».

Кроме того, как правомерно отметил суд первой инстанции, законодательство не содержит определения понятия «путепровод».

В Своде правил СП 35.13330.2011 «Мосты и трубы. Актуализированная редакция СНиП 2.05.03-84*», утвержденном приказом Минрегиона России от 28.12.2010 № 822, дано определение: путепровод - это разновидность мостового сооружения над железными или автомобильными дорогами.

Также, пунктом 3.3 Отраслевого дорожного методического документа ОДМ 218.2.012-2011 «Классификация конструктивных элементов искусственных дорожных сооружений», принятого и введенного в действие распоряжением Росавтодора от 13.09.2011 № 731-р, указано, что путепровод - это искусственное дорожное сооружение, служащее для пропуска транспортных средств или пешеходов над автомобильной или железной дорогой.

Согласно пункту 10.1 ГрК РФ, линейные объекты - линии электропередачи, линии связи (в том числе линейно-кабельные сооружения), трубопроводы, автомобильные дороги, железнодорожные линии и другие подобные сооружения.

Суд первой инстанции указал, что из рассматриваемого объекта закупки становится очевидным, что рассматриваемый объект для подтверждения опыта

является линейным объектом, так как в первую очередь отвечает признакам такого объекта.

Кроме того, технические и функциональные характеристики объекта строительства и объекта - параметра аналогичности для подтверждения опыта не противоречат определению, данному линейным объектам в пункте 10.1 статьи 1 ГрК РФ и пункте «в» части 1 Положения о составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 16.02.2008 № 87: линии электропередачи, линии связи (в том числе линейно-кабельные сооружения), трубопроводы, автомобильные дороги, железнодорожные линии и другие подобные сооружения.

Вместе с тем, устройство и/или переустройство воздушных линий электроснабжения; устройство и/или переустройство кабельных линий связи; устройство и/или переустройство и/или монтаж и/или демонтаж устройств сигнализации, централизации, блокировки; устройство и/или переустройство кабельных линий не менее 10 кВ; устройство монолитных железобетонных ростверков; устройство монолитных железобетонных опор; устройство монолитных железобетонных устоев; монтаж металлоконструкций пролетных строений; устройство дорожной насыпи также выполняются при строительстве дорог, тоннелей, фуникулеров, метро и других линейных объектов.

Суд первой инстанции обоснованно заключил, что наличие опыта работы на иных линейных объектах не может свидетельствовать об отсутствии навыков выполнения строительных и монтажных работ из вышеуказанного перечня, а также знания нормативно-правовой и технической базы.

В том числе, требуемые в подтверждение квалификации материально-технические ресурсы и специалисты, указанные в пунктах 1.9.3 и 1.9.4 части 1 конкурсной документации, одинаково применяются и выполняют те же функции на других линейных объектах,

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

Таким образом, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что указанные принципы закупочной процедуры в настоящем случае заказчиком не соблюдены. Так, предъявление к участникам закупки требований, изначально ставящих этих участников в зависимость от действий третьих лиц, объективно ведет к несоблюдению указанных принципов, поскольку лишает таких участников возможности самостоятельно разрешать вопрос о наличии либо отсутствии у них возможности и необходимости принимать участие в закупочной процедуре, будучи зависящими от усмотрения третьих лиц, в ведении которых находится вопрос о предоставлении участникам требуемых организатором закупки документов.

Кроме того, суд первой инстанции правомерно отметил, что законодательством Российской Федерации не установлены обязательные требования о наличии опыта, связанного с предметом закупки, заказчик не вправе устанавливать соответствующие требования в документации о закупке.

Таким образом, суд первой инстанции правомерно заключил, что антимонопольным органом сделан законный вывод о том, что установление требования к участникам конкурса о наличии опыта по строительству и/или реконструкции мостов, относящихся к объектам инфраструктуры железнодорожного транспорта (по всем перечисленным видам работ в совокупности: устройство железобетонных буронабивных свай; погружение вибропогружателем стальных свай; монтаж металлических пролетных строений мостов; устройство монолитных железобетонных конструкций; монтаж сборных железобетонных конструкций; монтаж металлоконструкций; монтаж подъемной платформы, учитывающее исключительно конкретные виды выполненных подрядчиком работ, не учитывающее назначение объекта строительства, может существенно ограничить количество участников конкурса, что нарушает требования действующего законодательства.

В этой связи суд первой инстанции пришел к правомерному выводу о том, что действия заказчика, установившего такие требования документации, ограничивают количество участников закупки, и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3, части 1 статьи 2 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Довод общества об обоснованности установления порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора» суд первой инстанции правомерно признал несостоятельным и отклонил в связи со следующим.

В соответствии с пунктами 13 и 14 части 10 статьи 4 Закона о закупках, в документации о конкурентной закупке должны быть указаны критерии оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке, а также порядок оценки и сопоставления заявок на участие в такой закупке.

Суд первой инстанции установил, что в соответствии с пунктом 1 приложения № 1.4 к документации оценка заявок участников конкурса осуществляется, в том числе по критерию «Цена договора».

Оценка осуществляется следующим образом:

заявкам участника, в 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 формуле не оцениваются.

Заявка каждого участника, в которой предложена не демпинговая цена, оценивается путем сравнения начальной (максимальной) цены, сниженной на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.4 части 1 конкурсной документации (C_{\min} - 508.819.123,01 руб.), по формуле:

$$B_j = \frac{C_{\min}}{C_j} * 60, \text{ где}$$

$j = 1..n$, n - количество участников;

B_j - количество баллов j -ого участника;

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

C_{\min} - 508.819.123,01 руб. (начальная (максимальная) цена, сниженная на максимально допустимый размер снижения цены, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации) (без учета НДС);

C - начальная (максимальная) цена (без учета НДС);

60 - максимально возможное количество баллов.

При этом заявкам, содержащим предложение демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, максимально допустимый размер снижения (на 25 % и более от начальной (максимальной) цены), присваивается максимальное количество баллов по критерию «Цена договора». Заявки, содержащие предложения демпинговой цены (сниженной на размер превышающий, установленный в пункте 1.4 конкурсной документации), по вышеприведенной формуле не оцениваются.

Вместе с тем, при предложении участником демпинговой цены участникам конкурса, представившим различные ценовые предложения, будет присвоено одинаковое количество баллов по критерию «Цена договора», что свидетельствует об отсутствии объективности оценки по указанному критерию и ставит участников закупки в неравное положение при предоставлении ценовых предложений, и не позволяет однозначным образом выявить лучшее ценовое предложение.

Кроме того, как правомерно отметил суд первой инстанции, вышеуказанный порядок оценки по критерию «Цена договора» не направлен на стимулирование участников закупки к предоставлению максимального снижения ценового предложения, что прямо противоречит принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, установленному в подпункте 2 пункта 32 Положения о закупке.

Учитывая изложенное, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что заказчиком ненадлежащим образом установлен порядок оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора», что не позволяет объективно сопоставить заявки участников конкурса.

Кроме того, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что заказчиком в документации неправомерно установлено право осуществлять дозапрос информации и документов в отношении участников закупки.

Суд первой инстанции констатировал, что пунктом 3.6.9 документации установлено, что заказчик вправе до подведения итогов конкурса в письменной форме запросить у участников конкурса информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в извещении.

Вместе с тем, как обоснованно заключил суд первой инстанции, возможность участия в конкурсе с учетом указанного положения документации зависит от волеизъявления заказчика, поскольку применение заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников конкурса.

Также суд первой инстанции установил, что в документации отсутствует порядок дополнительного запроса информации, в связи с чем возможность участия в конкурсе зависит от решения заказчика.

Кроме того, суд первой инстанции обоснованно отметил, что право осуществления дозапроса информации и документов у участников закупки до подведения итогов закупки Законом о закупке не предусмотрено.

Таким образом, суд первой инстанции пришел к правомерному выводу о том, что действия заказчика, установившего указанные положения документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

В соответствии с абзацем 1 статьи 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, ненормативный акт, не соответствующий закону или иным правовым актам и нарушающий гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, может быть признан судом недействительным.

В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», в частности, в абзаце втором пункта 1 указано следующее: «если суд установит, что оспариваемый акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со статьей 13 Гражданского кодекса Российской Федерации он может признать такой акт недействительным».

Таким образом, для признания недействительным обжалуемого обществом решения ФАС России необходимо одновременно наличие двух обязательных

условий: наличие нарушения прав общества; несоответствие оспариваемого акта закону.

С учетом изложенного суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о признании законными решения и предписания ФАС России от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-353/20 в части установления избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО; установления неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозапрос информации в отношении участников конкурса; неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса; установления ненадлежащим образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора» и об отказе обществу в удовлетворении заявленных требований в этой части.

Аналогичная правовая позиция изложена в определении Верховного Суда Российской Федерации от 20.09.2021 № 305-ЭС21-8237 по делу № А40-27132/20.

Между тем, судебная коллегия суда кассационной инстанции не может согласиться с выводом суда первой инстанции о признании законными решения и предписания ФАС России в части неправомерного установления заказчиком требования к перечню банков, гарантии которых принимаются заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора. В данной части постановление суда апелляционной инстанции подлежит оставлению без изменения по следующим основаниям.

Отменяя решение суда первой инстанции в части отказа обществу в удовлетворении требований о признании незаконными оспариваемых решения и предписания антимонопольного органа в части выводов о неправомерном установлении требований к перечню банков, гарантии которых принимаются заказчиком в качестве обеспечения исполнения договора, суд апелляционной инстанции, применив положения статьи 2 Закона о закупках, статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации, Положения о закупках, аукционной документации, исходил из того, что получение банковской гарантии в любом банке из перечня или внесение денежных средств на счет заказчика не создает каких-либо препятствий для участия в закупке, применяется только по отношению к победителю закупки и не может ограничить количество участников. Участник, с которым по

итогам закупки заключается договор, вправе согласовать предоставление банковской гарантии иным банком, направив письменное обращение заказчику с приложением проекта банковской гарантии, соответствующего требованиям документации.

Апелляционный суд отметил, что условие о возможности представления банковской гарантии из перечня банков относится в равной мере ко всем участникам открытого конкурса, согласование банковской гарантии, выданной одним из банков, входящих в указанный перечень не требуется, таким образом, данное условие аукционной документации распространяется только на те случаи, когда участник закупки добровольно выражает желание предоставить банковскую гарантию, выданную банком, не входящим в перечень. В случае если участником предоставляется банковская гарантия, выданная банком, входящим в перечень, то согласование такого проекта не требуется. При этом апелляционный суд установил, что рассматриваемый перечень банков основан на объективных критериях их включения в такой перечень исходя финансовой устойчивости, платежеспособности и надежности, что направлено исключительно на обеспечение законных интересов заказчика в обстоятельствах, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии (неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору).

Достаточных оснований для несогласия с выводом апелляционного суда в части, касающейся вопроса о представлении обеспечения исполнения контракта, с учетом установленных судами первой и апелляционной инстанции обстоятельств не усматривается.

Принимая во внимание изложенное, суд кассационной инстанции считает, что у суда апелляционной инстанции не имелось оснований для отмены решения суда первой инстанции в части отказа в удовлетворении требований общества к ФАС России о признании недействительными решения и предписания ФАС России от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-353/20 в части: установления избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО; установления неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозаявление информации в отношении участников конкурса; неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса; установления ненадлежащим

образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора», в связи с чем решение суда первой инстанции в указанной части подлежит оставлению в силе, а постановление суда апелляционной инстанции в остальной части - оставлению без изменения.

Руководствуясь статьями 284 - 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2021 года по делу № А40-96584/20 отменить в части удовлетворения требований ОАО «РЖД» в лице Центральной дирекции закупок и снабжения к ФАС России о признании недействительными решения и предписания ФАС России от 15.05.2020 по делу № 223ФЗ-353/20 в части: установления избыточных требований к подтверждению совокупного размера компенсационного взноса в СРО; установления неправомерных положений документации о праве заказчика осуществлять дозапрос информации в отношении участников конкурса; неправомерном установлении квалификационных требований к участникам конкурса; установления ненадлежащим образом порядка оценки заявок участников закупки по критерию «Цена договора».

В указанной части решение Арбитражного суда города Москвы от 13 октября 2020 года по делу № А40-96584/20 оставить в силе.

В остальной части обжалуемое постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2021 года по делу № А40-96584/20 оставить без изменения.

Председательствующий-судья

В.В. Кузнецов

Судьи

А.А. Гречишкин

Е.Е. Шевченко