

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП -4, проезд Соломенной Сторожки, дом 12

адрес веб-сайта: <http://9aas.arbitr.ru>**ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е****№ 09АП-15607/2022**

город Москва

11.04.2022

дело № А40-217036/21

резолютивная часть постановления оглашена 05.04.2022

постановление изготовлено в полном объеме 11.04.2022

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующий судья Маркова Т.Т., судьи Кочешкова М.В., Сумина О.С.
при ведении протокола помощником судьи Михеевой З.В.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ОАО «РЖД»
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 28.01.2022 по делу № А40-217036/21,
по заявлению ОАО «РЖД»
к Федеральной антимонопольной службе
третьи лица 1. ООО «ОСС»; 2. ООО «РТС-Тендер»
о признании недействительными решения и предписания;

при участии:

от заявителя – Матушкина Я.А. по доверенности от 07.02.2022:

от заинтересованного лица – Gladkova E.A. по доверенности от 23.12.2021;

от третьих лиц – не явились, извещены;

установил: решением Арбитражного суда г. Москвы от 28.01.2022 решение и предписание Федеральной антимонопольной службы от 21.09.2021 № 223ФЗ-511/21 отменено в части выводов по нарушениям, изложенным п. 1.2 мотивировочной части решения и изложении устранения данных нарушений в предписании, в удовлетворении остальной части заявленных ОАО «РЖД» требований отказано.

Заявитель, не согласившись с принятым решением, обратился с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить в части отказа в удовлетворении заявленных требований и принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований в полном объеме.

В качестве третьих лиц в деле участвуют ООО «ОСС» и ООО «РТС-Тендер», представители в судебное заседание не явились, информация о принятии апелляционной жалобы вместе с соответствующим файлом размещена в информационно-телекоммуникационной сети Интернет на сайте Девятого арбитражного апелляционного суда (www.9aas.arbitr.ru) и Картотеке арбитражных дел по веб-адресу: www.kad.arbitr.ru/) в соответствии положениями ч. 6 ст. 121 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В судебном заседании представители заявителя и антимонопольного органа поддержали свои доводы и возражения.

Дело рассмотрено в порядке, предусмотренном ст. ст. 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Из материалов дела следует, что антимонопольным органом вынесено решение от 06.09.2021 № 223Ф3-483/21 по жалобе ООО «ОлСтарСистем» на действия (бездействие) ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 593/ОКЭ-ЦДПО/21 на право заключения договора оказания услуг по уборке пассажирских обустройств и административных зданий МК МЖД (извещение № 32110602610).

В соответствии п. 4 резолютивной части решения от 21.09.2021 № 223Ф3-511/21, ОАО «РЖД» выдано обязательное к исполнению предписание от 21.09.2021 № 223Ф3511/, в соответствии с которым предписано совершить ряд действий (мероприятий) в отношении закупки.

Согласно доводу жалобы ОАО «РЖД» в п. 2.2. приложения № 1.4 к документации, установлен неправомерный порядок оценки заявок участников по подкритерию «квалификация персонала» критерия «квалификация участника».

В соответствии с документацией по подкритерию «квалификация персонала» критерия «квалификация участника» установлен порядок оценки: количество персонала, представленного участником рассчитывается как сумма сотрудников по всем видам профессий, указанным в Форме сведений о квалифицированном персонале участника и наличие которого подтверждено документами, указанными в п. 2 настоящего приложения к конкурсной документации, при этом количество персонала по каждой отдельной профессии превышающее необходимое согласно настоящего приложения к конкурсной документации в расчете не учитывается.

В подтверждение наличия квалифицированного персонала участник в составе заявки должен представить: документ, подготовленный по форме сведений о квалифицированном персонале участника, представленной в приложении № 1.3 конкурсной документации; копии гражданско-правовых договоров и/или трудовых договоров с работниками и/или иные договоры на оказания услуг по предоставлению персонала; согласие каждого субъекта персональных данных, указанного в п. 2.2 приложения № 1.4 документации, на обработку его персональных данных ОАО «РЖД» в целях получения подтверждения сведений, указанных в заявке участника, необходимого для выполнения работ (оказания услуг) по предмету конкурса, по форме приложения № 1.3 документации; копии действующих разрешений на работу и/или патентов, выданные в соответствии с Федеральным законом «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25.07.2002 № 115-ФЗ (в случае предоставления участником персонала, являющегося иностранными гражданами).

Условия конкурсной документации предписывают участнику закупки дополнительные непредусмотренные действующим законодательством обязательства, в том числе, финансовые, для целей принятия участия в конкурсе, что тем самым существенно ограничивает круг возможных участников закупки.

Указанные установленные ОАО «РЖД» дополнительные требования надлежащим образом не характеризуют квалифицированный уровень участника, вследствие чего приводят к необоснованному ограничению конкуренции, поскольку потенциальный участник закупки на момент подачи заявки может не иметь в штате указанное в документации о закупке количество персонала, а также не обладать установленным количеством материально-технических ресурсов, но при этом равным образом являясь участником рынка, осуществляющим оказание необходимых услуг надлежащим образом.

Установление указанного порядка оценки заявок на участие в конкурсе по подкритерию № 1 к оценке подлежат специалисты, находящиеся в штате участника закупки, что исключает возможность привлекать специалистов на основании заключаемых с ними договоров гражданско-правового характера на оказание услуг

после подведения итогов конкурса до заключения договора, что в свою очередь может повлечь ограничение количества участников.

Указанные действия ОАО «РЖД» нарушают п. п. 13, 14 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

Пунктом 204 Положения о закупках и п. 3.9.9 ч. 3 документации установлено требование о том, что ОАО «РЖД» 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 аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Возможность участия в конкурсе, с учетом указанного положения документации, зависит от волеизъявления ОАО «РЖД», поскольку право ОАО «РЖД» запрашивать дополнительную информацию и документы у участников закупки может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что может привести к ограничению количества участников конкурса, а также создает преимущества отдельным участникам закупки при осуществлении дозапроса документов, как и изменение в результате дозапроса тех сведений, которые могут повлиять на оценку заявок участников закупки.

Вместе с тем в документации отсутствует порядок дополнительного запроса информации, в связи с чем, возможность участия в конкурсе зависит от решения ОАО «РЖД». Кроме того, право осуществления дозапроса информации и документов у участников закупки до подведения итогов закупки Законом о закупке не предусмотрено.

Учитывая изложенное, действия ОАО «РЖД», предусмотревшего в документации возможность осуществлять дополнительный запрос информации и документов у участников конкурса, ограничивают количество участников закупки и противоречат Положению о закупке, п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках и нарушают ч. 1 ст. 2 Закона о закупках.

По вопросу нарушения ч. 1 ст. 2 п. 13, 14 ч. 10 ст. 4. Закона о закупке, установления порядка оценки заявок участников по критерию цена договора, то в этой части судом первой инстанции принята позиция Верховного Суда Российской Федерации, отраженная в определении от 09.08.21 № 305-ЭС21-5801.

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

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

Выводы о том, что установленные ОАО «РЖД» критерии оценки заявок участников не отвечают требованиям п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, антимонопольный орган ограничился тем, что охарактеризовал спорный порядок оценки заявок как нецелесообразный, экономически неэффективный в отсутствие исследования вышеприведенных обстоятельств и не опроверг разумность спорного условия закупочной документации.

С учетом изложенного, доводы апелляционной жалобы отклоняются, обжалуемое решение суда соответствует нормам материального и процессуального права и фактическим обстоятельствам дела.

При подаче апелляционной жалобы обществом не уплачена государственная пошлина.

Руководствуясь ст. ст. 110, 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 28.01.2022 по делу № А40-217036/21 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Взыскать с ОАО «РЖД» доход федерального бюджета государственную пошлину по апелляционной жалобе в размере 1.500 (одна тысяча пятьсот) руб.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья

Т.Т. Маркова

Судьи

М.В. Кочешкова

О.С. Сумина