

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: 9aas.info@arbitr.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ****№ 09АП-37200/2023**г. Москва
22 августа 2023 года

Дело № А40-278571/22

Резолютивная часть постановления объявлена 15 августа 2023 года
Постановление изготовлено в полном объеме 22 августа 2023 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Лепихина Д.Е.,
судей: Марковой Т.Т., Суминой О.С.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Аверьяновой К.К.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
ОАО «РОССИЙСКИЕ ЖЕЛЕЗНЫЕ ДОРОГИ» на решение Арбитражного суда города
Москвы от 25.04.2023 по делу № А40-278571/22
по заявлению ОАО «РОССИЙСКИЕ ЖЕЛЕЗНЫЕ ДОРОГИ»
к ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЕ,
третье лицо: ООО «ЭКОСТАЙЛ»,
о признании недействительным решения и предписания,
при участии:
от заявителя: Чернов М.И. по доверенности от 30.11.2022;
от заинтересованного Ратникова А.В. по доверенности от 21.11.2022;
лица:
от третьего лица: не явился, извещен;

У С Т А Н О В И Л:

решением Арбитражного суда города Москвы от 06.03.2023 по делу № А40-256939/22 оставлено без удовлетворения заявление ОАО «РОССИЙСКИЕ ЖЕЛЕЗНЫЕ ДОРОГИ» (далее – общество) о признании недействительными решения и предписания ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ (далее – антимонопольный орган) от 21.09.2022 № 223ФЗ-372/22, которыми общество признано нарушившим Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках).

Не согласившись с решением суда, общество обратилось в Девятый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой.

В судебном заседании апелляционного суда представитель общества поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе, представитель антимонопольного органа поддержал решение суда.

Дело рассмотрено в порядке ч.5 ст.158 АПК РФ в отсутствие представителей ООО «ЭКОСТАЙЛ».

Изучив материалы дела, выслушав представителей участвующих в деле лиц, апелляционный суд с учетом положения ч.1 ст.268 АПК РФ о повторности рассмотрения дела, п.13 ч.2 ст.271 АПК РФ приходит к выводу об отмене оспариваемого решения суда по следующим мотивам.

Согласно материалам дела, в рамках Закона о закупках обществом (заказчик) проведен конкурс в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по комплексному обслуживанию и текущему ремонту модульных туалетных комплексов на объектах дирекций пассажирских обустройств.

ООО «ЭКОСТАЙЛ» обратилось в адрес антимонопольного органа с жалобой на действия (бездействие) заказчика.

По результатам рассмотрения жалобы антимонопольным органом принято решение от 29.11.2022 № 223ФЗ-372/22 об обоснованности жалобы ООО «ЭКОСТАЙЛ» и нарушении обществом ч.6 ст.3 Закона о закупках. Обществу выдано предписание от 29.11.2022 № 223ФЗ-372/22.

Вмененное обществу нарушение Закона о закупках заключается в следующем:

В соответствии с п/п 2.1. п.2 приложения № 1.4. к конкурсной документации оценка заявок участников закупки осуществляется, в том числе, на основании следующих документов, подтверждающих наличие у участника закупки опыта оказания услуг по комплексному обслуживанию и ремонту модульных туалетных комплексов и/или комплексному обслуживанию и ремонту туалетных кабин и/или комплексному обслуживанию и ремонту стационарных модульных туалетных кабин:

- документ, подготовленный в соответствии с формой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении № 1 3. к документации о наличии требуемого опыта;

- акты об оказании услуг;

- договоры на оказание услуг;

- документы, подтверждающие оплату по договорам.

Из изложенных положений конкурсной документации следует, что опыт должен быть подтвержден документом, подготовленным в соответствии с формой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров (договор), актами об оказанных услугах, договорами на оказание услуг и документом, подтверждающим оплату.

Согласно протоколу рассмотрения вторых частей заявок, поданных на участие в конкурсе по лоту № 2 от 01.09.2022 заказчиком при расчете баллов заявке ООО «ЭКОСТАЙЛ» по подкритерию принято решение не учитывать договоры, представленные в составе заявки в качестве подтверждения наличия опыта по подкритерию ввиду отсутствия в составе заявки платежных поручений, подтверждающих оплату.

По мнению антимонопольного органа, нарушение обществом Закона о закупках заключается в том, что требование конкурсной документации в части предоставления в составе заявки участника закупки документов, подтверждающих оплату по договорам, является избыточным, ограничивающим количество участников закупки, поскольку стоимость оказываемых услуг по договору можно определить на основании акта приемки оказанных услуг.

Предписанием антимонопольного органа от 21.09.2022 № 223ФЗ-372/22 обществу предложено устранить допущенное нарушение.

Отказывая в удовлетворении заявления, суд первой инстанции согласился с антимонопольным органом, что общество нарушило Закон о закупках.

Между тем, судом не учтено следующее.

В п.34 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 22.07.2020) сказано, что при разрешении спора судом кассационной инстанции не приняты во внимание особенности целей и принципов Закона о закупках и Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и

муниципальных нужд» (далее - Закон № 44-ФЗ), имеющих различные сферы правового регулирования.

Цели правового регулирования этих законов, в силу прямого на то в них указания, нельзя назвать аналогичными, в случае осуществления закупок для государственных или муниципальных нужд основополагающим является эффективное, зачастую экономное расходование бюджетных средств, а при закупках отдельными видами юридических лиц - эффективное удовлетворение потребностей самого заказчика, который самостоятельно устанавливает правила осуществления им закупок, утверждая соответствующее положение о закупках, определяя виды конкурентных процедур, критерии отбора (ч. 1 ст. 1 Закона № 44-ФЗ, ч. 1 ст. 1 Закона о закупках).

В соответствии с ч. 6 ст. 3 Закона о закупках заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Право заказчика самостоятельно определять требования к участникам закупки и перечень документов, представляемых участниками закупки для подтверждения их соответствия установленным требованиям, установлено в положениях п.п. 9, 10 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках.

По мнению апелляционного суда, заказчик вправе предъявить требования к участникам закупки, исходя из своих потребностей, целей, значимости и характера заказа, условий безопасности, которым могут не соответствовать все субъекты хозяйственной деятельности, поскольку правомерная конкуренция состоит в соперничестве и в формировании любым лицом лучшего предложения по исполнению заказа.

В таких случаях, указанные требования к участникам закупки не могут расцениваться как ограничение прав одних и предоставление преимуществ другим субъектам.

Основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения закупок, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате закупок лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.

К участию в закупках должны допускаться лишь те лица, которые соответствуют названным целям.

Поэтому включение в документацию о закупке условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в закупке, поскольку все участники закупки поставлены в равные условия.

Уменьшение числа участников закупки в результате предъявления к ним требований само по себе не является нарушением принципа равноправия, если такие требования предоставляют заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств и не направлены на установление преимуществ отдельным лицам либо на необоснованное ограничение конкуренции (п.6 Обзора судебной практики, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 16.05.2018).

По мнению апелляционного суда, условие, что опыт участника конкурса должен быть подтвержден документом, подтверждающим оплату, не противоречит Закону о закупках и не ограничивает количество участников конкурса.

По мнению апелляционного суда, данное условие относится в равной мере ко всем участникам конкурса.

В п.33 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2021) (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 10.11.2021) сказано, что принцип равноправия предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, которые находятся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера. Это, в частности, означает, что допустимым может быть признано установление заказчиком требований, которые в равной мере применяются ко всем участникам закупки и не приводят к исключению из числа участников закупки хозяйствующих субъектов по причинам, не связанным с обеспечением удовлетворения потребностей заказчика.

Апелляционный суд считает, что само по себе предъявление заказчиком рассматриваемого требования не приводит к необоснованному ограничению участников закупки и не влияет на развитие конкуренции.

При таких обстоятельствах заказчиком правомерно установлено в документации о закупке требование, что опыт должен быть подтвержден документом, подтверждающим оплату.

Закон о закупках не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. Иное противоречило бы принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика, закрепленному п.3 ч.1 ст.3 Закона о закупках и предполагающему наличие у заказчика права на установление в закупочной документации способствующих тому требований к участникам закупки.

Принцип равноправия в силу п.2 ч.1 ст.3 Закона о закупках предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

В материалах дела отсутствуют доказательства того, что рассматриваемое требование было включено в конкурсную документацию под конкретного участника, что таким требованием ограничено количество участников закупки.

Доказательства того, что рассматриваемое условие повлекло злоупотребления в сфере размещения заказов, антимонопольным органом не представлены.

Следовательно, нарушения положений Закона о закупках в действиях общества отсутствуют.

Апелляционный суд отклоняет довод об отсутствии необходимости у ООО «ЭКОСТАЙЛ» представлять документы об оплате, поскольку они имеются у общества (заказчик). Т.к. ранее между обществом и ООО «ЭКОСТАЙЛ» были заключены договоры.

По мнению апелляционного суда, непредставлением документов об оплате в этом случае как раз и поставит участников закупки в неравное положение. Когда один участник закупки представит документ об оплате, а другой не представит. Что не допустимо. Независимо от того, с кем был заключен договор, подтверждающий наличие опыта.

Вышеизложенные обстоятельства не были учтены судом первой инстанции, что в силу ч.1 ст.268 АПК РФ позволяет апелляционному суду переоценить выводы суда.

При изложенных обстоятельствах апелляционная жалоба подлежит удовлетворению, заявление обществ подлежит удовлетворению, решение суда подлежит отмене, как принятое при неполно выясненных обстоятельствах, имеющих значение для дела.

Оспариваемые решение и предписание антимонопольного органа подлежат признанию не соответствующими Закону о закупках.

Правовые подходы в рассмотрении аналогичных споров изложены в постановлениях Арбитражного суда Московского округа от 26.08.2021 по делу № А40-157482/2020, от 02.11.2021 по делу № А40-96584/2020, от 22.02.2023 по делу № А40-79565/2021.

На основании изложенного и руководствуясь статьями 110, 266, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации Девятый арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 25.04.2023 по делу № А40-278571/22 отменить.

Признать недействительными решение и предписание ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ от 21.09.2022 № 223ФЗ-372/22.

Взыскать с ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ в пользу ОАО «РОССИЙСКИЕ ЖЕЛЕЗНЫЕ ДОРОГИ» расходы по уплате государственной пошлины по заявлению в размере 3 000 (три тысячи) руб., по апелляционной жалобе 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:

Д.Е. Лепихин

Судьи:

Т.Т. Маркова

О.С. Сумина

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.