Доклад

Кемеровского УФАС России

к Публичным обсуждениям 25 августа 2020 года

**Правоприменительная практика в сфере законодательства о закупках**

**Практика по вопросам,**

**связанным с применением Федерального закона**

 **от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ,**

**услуг отдельными видами юридических лиц»**

1. Согласно части 2 статьи 2 Закона о закупках Положение о закупке является локальным документом заказчика, который регламентирует его закупочную деятельность.

В случае противоречия между содержанием положения о закупке и документации о закупке применению подлежит положение о закупке.

Так, например, заявитель обратился с жалобой на действия заказчика с требованием о признании закупки недействительной, поскольку при ее проведении применялись положения документации о закупке, противоречащие содержанию положения о закупке. По мнению заявителя, указанные действия заказчика нарушают требования части 2 статьи 2 и части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Положении о закупках Заказчика установлен исчерпывающий перечень требований к участникам закупки, не предусматривающий возможность его расширения в документации о закупке. Вместе с тем документация о закупке, в нарушение условий положения о закупке, содержала иные требование.

Согласно часть 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны сведения, определенные положением о закупке.

В связи с этим арбитражный суд, разрешая спор, исходил из содержания положения о закупке, а не условий документации о закупке.

(обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018)

1. Заказчик **не вправе** устанавливать в документации требование к участникам закупки товара о наличии (подтверждении) статуса производителя или его уполномоченного дилера.

Согласно правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации, установленные требования не относятся к техническим или функциональным характеристикам товара либо к иным характеристикам, требуемым к включению в документацию на основании пункта 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

 Такие требования приводят к необоснованному ограничению конкуренции (нарушение ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»), поскольку потенциальный участник закупки может не быть производителем оборудования, равным образом являясь участником рынка, осуществляющим поставку требуемого оборудования.

1. . Кемеровское УФАС России при рассмотрении жалобы Заявителя на действия Заказчика при организации и проведении открытого аукциона в электронной форме на оказание услуг по внедрению информационной системы для обеспечения обмена медицинской документацией в форме электронных документов между медицинскими организациям Кемеровской области: передача неисключительных (пользовательских) прав на автоматизированные рабочие места лабораторной службы с подключением к региональной шине данных, признала жалобу необоснованной.

Заявитель указывал, что Документация не содержит обязательные требования к участникам закупки, а именно: предоставление копии лицензии на услуги по установке, настройке, техническому обслуживанию медицинского изделия и копии лицензии на техническую защиту конфиденциальной информации.

В соответствии с пунктом 17 части 1 статьи 12 Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» **лицензированию подлежит** **производство и техническое обслуживание** (за исключением случая, если техническое обслуживание осуществляется для обеспечения собственных нужд юридического лица или индивидуального предпринимателя**) медицинской техники**.

Согласно пункту 2 Положения о лицензировании деятельности по производству и техническому обслуживанию (за исключением случая, если техническое обслуживание осуществляется для обеспечения собственных нужд юридического лица или индивидуального предпринимателя) медицинской техники, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 03.06.2013 г. № 469 (далее – Положение о лицензировании) понятие «**медицинская техника**» **означает медицинские изделия**, **представляющие собой** **инструменты,** **аппараты, приборы, оборудование, применяемые в медицинских целях отдельно** или в сочетании, а также вместе с другими принадлежностями, необходимыми для применения указанных изделий по назначению, **включая специальное программное обеспечение, и предназначенные** производителем **для профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации заболеваний, мониторинга состояния организма человека, проведения медицинских исследований, восстановления, замещения, изменения анатомической структуры или физиологических функций организма, предотвращения или прерывания беременности**, функциональное назначение которых не реализуется путем фармакологического, иммунологического, генетического или метаболического воздействия на организм человека.

В соответствии с частью 1 статьи 38 Федерального закона от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – ФЗ № 323-ФЗ) **медицинскими изделиями являются любые инструменты, аппараты, приборы, оборудование, материалы и прочие изделия**, **применяемые в медицинских целях** отдельно или в сочетании между собой, а также вместе с другими принадлежностями, необходимыми для применения указанных изделий по назначению, **включая специальное программное обеспечение, и предназначенные производителем для профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации заболеваний, мониторинга состояния организма человека, проведения медицинских исследований, восстановления, замещения, изменения анатомической структуры или физиологических функций организма, предотвращения или прерывания беременности**, функциональное назначение которых не реализуется путем фармакологического, иммунологического, генетического или метаболического воздействия на организм человека.

Из изложенного следует, что **понятие «медицинская техника»** **ограничено таким исчерпывающим перечнем изделий, как инструменты, аппараты, приборы, оборудование**, и не подлежит расширительному толкованию. В то же время **понятие «медицинское изделие» не содержит исчерпывающий перечень изделий** – перечень видов таких изделий является открытым и ограниченным лишь их функциональным назначением.

Таким образом, понятие «медицинского изделия» хоть и включает в себя понятие «медицинской техники», но является более широким понятием, включающим помимо инструментов, аппаратов, приборов и оборудования также другие изделия медицинского назначения.

Такое понимание медицинской техники соответствует **ГОСТ Р 50444-92,** **согласно которому медицинская техника** подразумевает следующие ее виды: **медицинские приборы, медицинские аппараты, медицинское оборудование, медицинские комплексы**. Данное определение является уточняющим нормативное определение медицинской техники, ему не противоречит и может быть использовано для системного толкования этого понятия.

Кроме того, согласно действующему с 01.01.2017 г. Общероссийскому классификатору продукции по видам экономической деятельности (ОКПД 2) ОК 034-2014 (КПЕС 2008) класс продукции «Медицинская техника» не включает в себя ни лабораторную информационную систему в частности, ни вообще какое-либо программное обеспечение.

Таким образом, согласно Положению о лицензировании **лицензированию подлежит деятельность по производству и техническому обслуживанию** не любых медицинских изделий, а только тех, которые являются **медицинской техникой – инструментов, аппаратов, приборов и оборудования**.

Поскольку ЛИС не может быть отнесена ни к одному из этих видов, то из этого следует, что программное обеспечение ЛИС, являясь медицинским изделием, в то же время не является медицинской техникой.

Пунктом 3 Положения о лицензировании определено, что **в состав деятельности по производству и техническому обслуживанию медицинской техники входят работы** (услуги) **по перечню** согласно приложению.

Однако, такие предусмотренные этим перечнем **операции как монтаж, наладка, контроль технического состояния, ремонт, текущее и периодическое обслуживание не могут применяться к программному обеспечению, поскольку в состав программного обеспечения не входят какие-либо детали, механические или электронные компоненты**.

Услуги, являющиеся объектом закупки – услуги по внедрению информационной системы для обеспечения обмена медицинской документацией в форме электронных документов между медицинскими организациям Кемеровской области – не подпадают под данный перечень работ (услуг) по техническому обслуживанию медицинской техники.

Поскольку **в настоящий предмет закупки не входит производство и/или техническое обслуживание** какой-либо **медицинской техники**, то **Документация закупки не содержит требования о наличии у исполнителя лицензии Росздравнадзора на деятельность по производству и обслуживанию медицинской техники**.

С учетом изложенного дополнение документации закупки таким требованием противоречит закону и необоснованно может ограничить количество участников закупки.

Относительно довода о необходимости включить в Документацию закупки требованием к участнику о предоставлении лицензии деятельности по технической защите конфиденциальной информации Кемеровское УФАС России поясняет следующее:

В соответствии с пунктом 4 Положения о лицензировании деятельности по технической защите конфиденциальной информации, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 03.02.2012 г. № 79 (далее – Положение о лицензировании), лицензированию подлежат:

а) услуги по контролю защищенности конфиденциальной информации от утечки по техническим каналам;

б) услуги по контролю защищенности конфиденциальной информации от несанкционированного доступа и ее модификации в средствах и системах информатизации;

в) услуги по мониторингу информационной безопасности средств и систем информатизации;

г) работы и услуги по аттестационным испытаниям и аттестации на соответствие требованиям по защите информации;

д) работы и услуги по проектированию в защищенном исполнении: средств и систем информатизации; помещений со средствами (системами) информатизации, подлежащими защите; защищаемых помещений;

е) услуги по установке, монтажу, наладке, испытаниям, ремонту средств защиты информации.

**Объектом закупки является оказание услуг по внедрению информационной системы** для обеспечения обмена медицинской документацией в форме электронных документов между медицинскими организациям Кемеровской области: передача неисключительных (пользовательских) прав на автоматизированные рабочие места лабораторной службы с подключением к региональной шине данных.

Таким образом, **объект закупки не включает вышеуказанные услуги по контролю защищенности конфиденциальной информации**, мониторингу информационной безопасности, аттестации, проектированию средств, систем и помещений в защищенном исполнении.

Согласно части 1 статьи 19 Федерального закона от 27.07.2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» **оператор при обработке персональных данных обязан принимать необходимые** правовые, организационные и технические **меры** или обеспечивать их принятие **для защиты персональных данных от неправомерного или случайного доступа к ним**, уничтожения, изменения, блокирования, копирования, предоставления, распространения персональных данных, а также от иных неправомерных действий в отношении персональных данных.

В части 2 той же статье приведен примерный перечень таких мер.

При этом закон не обязывает оператора персональных данных или лицо, осуществляющее обработку персональных данных по поручению оператора, иметь лицензию на деятельность по технической защите конфиденциальной информации.

В соответствии с пунктом  2 Состава и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных, утвержденного Приказом Федеральной службы по техническому и экспортному контролю (далее – ФСТЭК) России от 18.02.2013 г. № 21 (далее – Приказ ФСТЭК), **безопасность персональных данных при их обработке в информационной системе персональных данных** (далее - информационная система) **обеспечивает оператор или лицо, осуществляющее обработку персональных данных** по поручению оператора в соответствии с законодательством Российской Федерации. Для выполнения работ по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационной системе в соответствии с законодательством Российской Федерации могут привлекаться на договорной основе юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, имеющие лицензию на деятельность по технической защите конфиденциальной информации.

**Объектом закупки** Заказчика **не является выполнение работ по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационной системе.**

Согласно п. 3 вышеуказанного Приказа ФСТЭК меры по обеспечению безопасности персональных данных реализуются в рамках системы защиты персональных данных, создаваемой в соответствии с Требованиями к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 1 ноября 2012 г. № 1119, и должны быть направлены на нейтрализацию актуальных угроз безопасности персональных данных.

Как следует из пункта 4 данных Требований, выбор средств защиты информации для системы защиты персональных данных осуществляется оператором в соответствии с нормативными правовыми актами.

Таким образом, **действующим законодательством не предусмотрено лицензирование деятельности по обработке персональных данных**, а меры для защиты персональных данных выбираются и реализуются оператором персональных данных (Заказчиком) по своему усмотрению,исходя из требований нормативных актов.

Установленные Техническим заданием требования не относятся к средствами защиты конфиденциальной информации, но направлены на обеспечение возможности последующей реализации Заказчиком мер по защите персональных данных.

Данному доводу соответствуют положения Технического задания – подпункт «g» пункта 3 «Требования по информационной безопасности». Так, **защита информации** должна быть реализована комплексом организационных, технологических, технических и программных мер и средств защиты конфиденциальной информации, при этом указано, что такая комплексная защита конфиденциальной информации не является предметом настоящего технического задания, а **осуществляется Заказчиком самостоятельно**. Также предусмотрено, что обеспечение безопасности обмена данных между субъектами распределенных сетей ЛИС должно осуществляться при помощи защищенных протоколов и защищенных каналов связи, при этом указано, что защита каналов связи не входит в задачи исполнителя.

В связи с изложенным, **поскольку в объект закупки не входят лицензируемые виды деятельности, дополнение Документации закупки требованием к участнику о предоставлении лицензии деятельности по технической защите конфиденциальной информации противоречит закону и необоснованно ограничит круг потенциальных участников.**

Не согласившись с Решением Кемеровского УФАС России Заявитель обратился в Арбитражный суд Кемеровской области о признании решения незаконным.

Арбитражный суд Кемеровской области, Седьмой арбитражный апелляционный суд, а также Арбитражный суд Западно-Сибирского округа признал решение Кемеровского УФАС России законным и обоснованным (судебное дело № А27-27392/2018).

Аналогичная судебная практика, поддерживающая позицию Кемеровского УФАС России - Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 15.02.2018 по делу № А55-6582/2017.

1. Согласно позиции антимонопольного органа по вопросу установления требований, к участникам, применяющим различные системы налогообложения (уменьшение или увеличение предложенной максимальной начальной цены на сумму НДС) во исполнение требований части 2 статьи 3 Закона о закупках, при проведении закупочных процедур победитель определяется путем сравнения поступивших ценовых предложений и выигравшим признается лицо, предложившее наиболее низкую цену договора. (Письмо ФАС России от 22.08.2018 № АД/66562/18).

Заказчик не имеет правовых оснований производить какие-либо вычеты из ценовых предложений, применять иные особенности оценки и сопоставления заявок в отношении разных категорий налогоплательщиков.

Федеральным законом 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» не предоставляется никаких преимуществ при участии в закупках, соответственно, заключается договор по меньшей цене, предложенной участником на условиях, указанных в заявке.

Применение при оценке заявок вычета НДС из ценовых предложений участников закупки, являющихся плательщиками указанного налога, может привести к созданию данным участникам закупки преимущественных условий по сравнению с участниками, применяющими упрощенную систему налогообложения, то есть привести к созданию неравных условий и, соответственно к ограничению конкуренции по отношению к другим участникам закупки, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Следовательно, при определении в Документации о закупке начальной (максимальной) цены договора Заказчик должен установить одно значение такой цены для всех участников (независимо от применяемой ими системы налогообложения), указав при этом содержит или нет установленная цена НДС.

1. Суды признали допустимым установление в Документации требования к участникам закупки об обязательном наличии... опыта оказания аналогичных услуг... как отвечающего принципу целевого и экономически эффективного расходования денежных средств, сокращения издержек заказчика...

(Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.12.2019 № Ф07-13135/2019 по делу № А56-139898/2018, также Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.07.2019 № 13АП-14101/2019 по делу № А56-139898/2018).

Закон № 223-ФЗ не обязывает заказчиков допускать к участию в закупке всех хозяйствующих субъектов, имеющих намерение получить прибыль в результате заключения договора. <...>

Дополнительные требования к участникам закупки, свидетельствующие об опыте работы на рынке не нарушают принцип равенства, поскольку в равной степени применимы ко всем участникам закупки. Данное требование должно быть оценочным.

Невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным заказчиком требованиям... не означает... ограничение конкуренции (пункт 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона № 223-ФЗ, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018).

1. По вопросу приостановления исполнения предписаний, выдаваемых антимонопольным органом в соответствии с п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закон о защите конкуренции, хотелось бы отметить следующее:

На основании пунктов 3.1 и 4.2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки при организации и проведении обязательных в силу законодательства Российской Федерации торгов и выдает обязательные для исполнения предписания организатору торгов, оператору электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи.

Порядок осуществления антимонопольным органом вышеуказанных полномочий, а также рассмотрения жалоб при организации и проведении закупок в соответствии с Законом о закупках, установлен статьей 18.1 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения жалобы по существу комиссия антимонопольного органа принимает решение о необходимости выдачи предписания, предусмотренного пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 23 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции предписание комиссии антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания.

При этом в статье 18.1 Закона о защите конкуренции отсутствует указание на приостановление исполнения предписания в случае его обжалования в судебном порядке.

Статьей 18.1 Закона о защите конкуренции установлен особый самостоятельный порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров.

Таким образом, исполнение предписания антимонопольного органа, выданного в соответствии с пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, может быть приостановлено исключительно в случае принятия судом соответствующих обеспечительных мер в виде приостановления действия предписания в установленном порядке.

**Статистика по итогам первого полугодия 2020 года**

В первом полугодии 2020 года в Кемеровское УФАС России поступили жалобы на 426 закупочных процедур, преимущественно проводимых в форме электронного аукциона, из которых:

- 36 жалоб были возвращены заявителям (8 %), в связи с несоблюдением требований, предъявляемых к жалобе статьей 105 ФЗ №44-ФЗ;

- 48 – отозвано заявителями (11 %);

- 214 – признаны необоснованными (50 %);

- 128 – признаны обоснованными (30% от общего количества). При этом в отношении аукционов, при проведении которых выявлены нарушения законодательства о контрактной системе, Кемеровским УФАС России было выдано 108 предписаний об устранении допущенных нарушений.

По результатам рассмотрения жалоб Кемеровским УФАС России было выявлено 128 закупочных процедур, проведенных заказчиками с нарушением законодательства о контрактной системе.

Кроме того, Кемеровским УФАС России в первом полугодии текущего года проведено 33 внеплановые документарные проверки действий государственных и муниципальных заказчиков Кемеровской области, по результатам которых в действиях 10 заказчиком были выявлены нарушения требований Федерального закона № 44-ФЗ, а также Кодекса об административных правонарушениях РФ.

Полномочия по возбуждению и рассмотрению дел об административных правонарушениях также является неотъемлемой частью работы Кемеровского УФАС России. В первом полугодии 2020 года Кемеровским УФАС России в отношении должностных лиц федеральных, государственных и муниципальных заказчиков, членов конкурсных, аукционных комиссий были возбуждены соответствующие дела об административных правонарушениях, из которых:

- 10 – прекращены по основаниям, предусмотренным Кодексом РФ об административных правонарушениях;

- вынесено 33 постановления о наложении штрафов на общую сумму 534400 рублей, из которых более половины дел на сумму 333400 рублей были исполнены привлеченными к ответственности лицами добровольно, оставшиеся дела находятся в стадии исполнения.

Наиболее распространенными административными правонарушениями являются:

- часть 4.2 статьи 7.30 КоАП РФ - утверждение конкурсной документации, документации об аукционе, документации о проведении запроса предложений, определение содержания извещения о проведении запроса котировок с нарушением требований, предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок, - вынесено 14 постановлений на сумму 64 000 рублей;

- часть 2 статьи 7.31 КоАП РФ - ненаправление, несвоевременное направление в орган, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок, информации, подлежащей включению в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей), или непредставление, несвоевременное представление в федеральный орган исполнительной власти, орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, орган местного самоуправления, уполномоченные на ведение реестра контрактов, заключенных заказчиками, реестра контрактов, содержащего сведения, составляющие государственную тайну, информации (сведений) и (или) документов, подлежащих включению в такие реестры контрактов, если направление, представление указанных информации (сведений) и (или) документов являются обязательными в соответствии с законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок, или представление, направление недостоверной информации (сведений) и (или) документов, содержащих недостоверную информацию, - вынесено 8 постановлений на сумму 160 000 рублей;

- часть 1 статьи 7.32.5 КоАП РФ - нарушение должностным лицом заказчика срока и порядка оплаты товаров (работ, услуг) при осуществлении закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд, в том числе неисполнение обязанности по обеспечению авансирования, предусмотренного государственным или муниципальным контрактом - вынесено 10 постановлений на сумму 300 000 рублей.

Что касается вопроса исполнения функции антимонопольного органа по рассмотрению обращений заказчиков о включении в реестр недобросовестных поставщиков сведений об участниках закупок, считаем необходимым отметить следующее:

По результатам первого полугодия 2020 года Кемеровским УФАС России было рассмотрено **154** обращения, из которых:

- 48 обращений (31% от общего числа) были удовлетворены, сведения о поставщиках (подрядчиках, исполнителях) включены в реестр недобросовестных поставщиков;

- 106 обращений оставлены без удовлетворения.

Чаще всего Кемеровское УФАС России сталкивалось с ситуацией несоблюдения заказчиками процедуры одностороннего отказа от исполнения контракта в связи с существенным нарушением условий контрактов, в связи с чем таким заказчикам было отказано в удовлетворении заявленных требований о включении сведений о поставщиках в реестр недобросовестных поставщиков.

Отсутствие у поставщика (подрядчика, исполнителя) умысла для уклонения от заключения контракта (например, внесение обеспечения в установленные сроки) являлось также распространенным основанием для невключения соответствующих сведений в реестр недобросовестных поставщиков.

Подробнее вопросы, связанные с исполнением в первом полугодии 2020 года антимонопольным органом функций по рассмотрению жалоб и обращений о включении сведений в РНП в порядке, установленном Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», будут изложены на публичных обсуждениях правоприменительной практики Кемеровского УФАС России 25.08.2020.

**Изменения в Федеральном законе № 44-ФЗ**

В 2020 году вступили в силу значимые изменения в Федеральный закон № 44-ФЗ и подзаконные акты, на которые необходимо обратить внимание как заказчиков, так и участников закупок. Новые способы закупок, больше сведений в заявках участников, иной порядок согласования заключения контракта с единственным поставщиком - об этих и других новшествах пойдет речь на публичных обсуждениях правоприменительной практики Кемеровского УФАС России.

Пожалуй, немного найдется так часто корректируемых федеральных законов, как Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Заказчики и поставщики только разобрались с обширными изменениями 2019 года, как 27.12.2019 был опубликован Федеральный закон № 449-ФЗ, которым внесены масштабные изменения в требованиях Закона о контрактной системе на 2020 год. И этих нововведений столько, что как поставщикам, так и заказчикам нужно внимательно их изучать, чтобы не допустить нарушений федерального законодательства.

Кроме того, значимые изменения в Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ были внесены Федеральными законами от 01.04.2020 № 98-ФЗ, от 04.04.2020 № 107-ФЗ, от 24.04.2020 № 124-ФЗ, от 08.06.2020 № 180-ФЗ, а также изменения, внесенные Постановлением Конституционного Суда РФ от 09.04.2020 №16-П.

Федеральным законом от 27.12.2019 № 449-ФЗ поставлена точка в многолетнем теоретическом споре о том, распространяются ли положения Закона № 44-ФЗ на приобретение заказчиками недвижимого имущества. С 08.01.2020 в соответствии с п. 8.1 ст. 3 Закона № 44-ФЗ под контрактом понимается государственный или муниципальный контракт либо гражданско-правовой договор, предметом которого являются поставка товара, выполнение работы, оказание услуги (в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества).

Кроме того, с 1 января 2020 года вступили в силу изменения, касающиеся запрета участвовать в закупках без регистрации в ЕИС. При нарушении данного правила оператор электронной площадки вернет заявку участнику.

Федеральным законом от 27.12.2019 № 449-ФЗ в Закон № 44-ФЗ о контрактной системе возвращена обязанность участников закупки указывать наименование страны происхождения товара в заявке на участие в конкурентной процедуре закупки в электронной форме.

С 2020 года во всех без исключения заявках на участие в конкурсе требуется указывать страну происхождения предлагаемого участником конкурса товара.

На практике это означает, что если до этого момента данное требование применялось только в отношении запретов, ограничений или условий допуска иностранных товаров, то теперь отсутствие указания страны происхождения товара в любом случае (даже если предлагаемый товар российского происхождения) для заказчика является основанием для отклонения заявки участника конкурса.

Соответственно, заказчик также должен предусмотреть в требованиях к содержанию и форме заявки необходимость указания страны происхождения товара.

Кроме этого, сведения о стране происхождения товара с января 2020 г. стали обязательной частью проекта контракта, который заказчик направляет на подпись победителю конкурса на закупку.

В качестве одного из значимых изменений необходимо отметить следующее: в редакции статьи 66 Закона № 44-ФЗ в 2020 году в отношении закупаемых товаров, работ, услуг используется новая формулировка «товар, поставляемый заказчику при выполнении закупаемых работ, оказании закупаемых услуг», вместо формулировки, которая была в старых редакциях закона – «товар, используемый для выполнения работ, оказания услуг». В связи с поступающими вопросами о разграничении понятий используемый товар и поставляемый товар при осуществлении закупок в письме от 25 июня 2020 г. № ИА/53616/20 ФАС России разъяснила порядок отнесения товаров к поставляемым и используемым соответственно.

Также следует отметить, что заключить контракт с единственным поставщиком по пункту 4 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ можно на сумму до 600 тыс. руб., а не до 300 тыс. руб., как было ранее. Увеличился и процентный годовой лимит таких закупок: он составил 10% вместо 5% от совокупного годового объема закупок.

Федеральный закон от 24.04.2020 № 124-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения устойчивого развития экономики в условиях ухудшения ситуации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции» позволяет не устанавливать требование об обеспечении исполнения контракта и гарантийных обязательств. Исключение составляют случаи, когда контракт предусматривает авансирование. Требование обеспечения гарантийных обязательств с последними изменениями с 1 июля 2020 года является правом заказчика, а не обязанностью.

У единственного поставщика по пункту 9 части 1 статьи 93 Закона № 44-ФЗ можно закупить любые товары, работы, услуги. Не нужно учитывать их наличие в перечне правительства. К списку оснований для такой закупки добавили введение режима повышенной готовности для предупреждения ЧС.

В 2020 году стороны государственного или муниципального контракта по взаимному согласию могут изменить срок его исполнения и (или) его цену, если на прежних условиях контракт невозможно исполнить по независящим от контрагентов обстоятельствам. Речь идет об обстоятельствах, возникших из-за распространения коронавирусной инфекции.

Подробнее вопросы, связанные с вышеуказанными изменениями, внесенными в Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», будут изложены на публичных обсуждения правоприменительной практики Кемеровского УФАС России 25.08.2020.

**РНП**

Реестр недобросовестных поставщиков используется как правовой инструмент защиты заказчиков от потенциально недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Реестр недобросовестных поставщиков (РНП) по 44-ФЗ ведет Федеральная антимонопольная служба. Это касается как включения, так и исключения из РНП информации о проштрафившемся поставщике. Вся информация общедоступна и размещена в ЕИС. Территориальные органы ФАС России не обладают полномочиями по включению (исключению) сведений о недобросовестных поставщиках (подрядчиках, исполнителях) в реестр недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

В полномочия территориальных органов ФАС России входит исключительно принятие решений о включении (исключении) в реестр недобросовестных поставщиков (исполнителей, подрядчиков) сведений о хозяйствующих субъектах.

 Сведения, содержащиеся в РНП, автоматически исключаются из него по истечении двух лет со дня их внесения (ч. 5 ст. 5 Закона № 223-ФЗ, ч. 9 ст. 104 Закона № 44-ФЗ). Кроме того, сведения будут исключены из РНП, если решение антимонопольного органа будет успешно обжаловано в судебном порядке.

Процедуре рассмотрения обращений заказчиков о включении сведений в Реестр недобросовестных поставщиков посвящена небольшая часть всего Федерального закона № 44- ФЗ, в том числе статья 104.

В соответствии с данной правовой нормой антимонопольным органом рассматриваются обращения заказчиков о включении в реестр недобросовестных поставщиков в трех случаях:

- если участник закупки уклонился от заключения контрактов,

* с поставщиком контракт расторгнут по решению суда
* или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением поставщиками условий контрактов.

Также статьей 104 ФЗ 44-ФЗ определен перечень информации, подлежащей направлению заказчиком в антимонопольный орган вместе с соответствующим обращением о включении сведений в РНП и сроки направления данного обращения.

**Определен Порядок передачи сведений о включении в РНП:**

- на бумажном носителе;

- в электронном виде с использованием электронной подписи

При этом важно, что, если заказчик не направит сведения в антимонопольный орган или направит их несвоевременно, а также если переданная информация окажется недостоверной, на должностных лиц заказчика может быть наложен штраф в размере 20 000 руб. (ч. 2 ст. 7.31 КоАП РФ).

 1 мая 2019 года в часть 7 статьи 104 Закона №44-ФЗ были внесены изменения, согласно которым проверка обращения заказчика о включении в РНП осуществляется в течение **5-ти** рабочих дней с даты поступления документов и информации. В случае подтверждения достоверности указанных заказчиком фактов в течение трех рабочих дней сведения о поставщике включаются в РНП (ч. 7 ст. 104 Закона № 44-ФЗ, п. 7—9 Правил ведения реестра недобросовестных поставщиков).

**Процедурные особенности рассмотрения вопроса о включении в РНП**

 Решение антимонопольного органа обжалуется по правилам публичного производства, то есть в течение трехмесячного срока (ст. 219 КАС РФ). При наличии уважительных причин этот срок может быть восстановлен судом.

В случае если контракт был расторгнут по решению суда, антимонопольный орган проверку достоверности фактов не проводит, поскольку вступившее в законное силу решение суда предполагается достоверным. Как специально разъяснил Верховный суд РФ, положения нормативных актов, обязывающих антимонопольный орган проводить проверку поступивших документов и информации на наличие фактов недобросовестности исполнителя государственного (муниципального) контракта для вынесения решения о включении последнего в реестр, не распространяются на случаи, когда факт существенного нарушения контракта исполнителем установлен вступившим в законную силу решением суда (п. 24 Обзора судебной практики Верховного суда РФ № 3 (2016), утв. Президиумом Верховного суда РФ 19.10.2016).

Необходимо отметить, что число обращений заказчиков о включении в РНП каждый год не является одинаковым и иногда отличается в разы, соотношение количества обращений, которые были удовлетворены антимонопольным органом из числа обращений, которые остались без удовлетворения остается неизменным - примерно 50 на 50.

**Анализ судебной практики при рассмотрении заявлений о признании незаконными (недействительными) ненормативных правовых актов Кемеровского УФАС России, принятых в рамках Закона о контрактной системе**

В 2020 году (по состоянию на август) Арбитражным судом Кемеровской области рассмотрено 11 заявлений ( в стадии рассмотрения - 14) о признании недействительными (незаконными) решений и предписаний по результатам рассмотрения жалоб, поданных в порядке, предусмотренном главой 6 Закона о контрактной системе, а также решений о включении в реестр недобросовестных поставщиков принятых Кемеровским УФАС России в 2019-2020 (в 2019 году было рассмотрено – 33 заявления).

За указанный период практика судебных разбирательств показывает, что Управление действует в рамках закона и  в пределах предоставленных ему полномочий, т.е. судами в большинстве случаев подтверждалась законность вынесенных управлением ненормативных правовых актов.

В результате рассмотрения вышеуказанных заявлений Арбитражным судом Кемеровской области принято:

- 10 решений об отказе в удовлетворении заявленных требований заявителя (в 2019 году -26);

- 3 решения об удовлетворении заявленных требований заявителя (в 2019 году -7).

Необходимо отметить, что 2020 году увеличилось количество судебных дел об обжаловании решений о включении в реестр недобросовестных поставщиков. В настоящее время в стадии обжалования в арбитражном суде находятся 11 дел (в 2019 году было обжаловано – 6).

Соответственно, количество судебных дел об обжаловании решений, предписаний Управления, принятых по результатам рассмотрения жалоб, меньше чем об обжаловании решений о включении в реестр недобросовестных поставщиков.

В указанном периоде в Арбитражном суде Кемеровской области было обжаловано 8 решений и предписаний принятых по результатам рассмотрения жалоб (в 2019 – 27)

Как показывает практика Кемеровского УФАС России, предписания, выданные Управлением заказчиками, исполняются безоговорочно и в добровольном порядке. Основная масса судебных разбирательств инициирована заказчиками и уполномоченными органами, не согласными с принятым Управлением по итогам рассмотрения жалоб решением, считая, что выявление антимонопольным органом нарушения при проведении торгов в соответствии с Законом №44-ФЗ может повлечь негативные последствия в виде привлечения к административной ответственности.

# Вместе с тем, доводы о том, что оспариваемыми ненормативными правовыми актами нарушаются права заявителя, поскольку он в дальнейшем будет привлечен к административной ответственности, не принимаются арбитражным судом Кемеровской области и судом апелляционной инстанции, поскольку привлечение должностных лиц заказчика (уполномоченного органа) в будущем к административной ответственности не свидетельствует о незаконности решения и предписания антимонопольного органа (№. А27-20027/2018, № А27-11162/2019).

Также обжалуются решения о включении в реестр недобросовестных поставщиков Кемеровского УФАС России исполнителями контрактов, которые не согласны с принятым Управлением по итогам рассмотрения Комиссией решением о включении в РНП.

В качестве примера наиболее интересных дел, решения по которым вынесено Кемеровским УФАС России, можно привести следующие дела:

#  **№ А27-13292 /2019**

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение заказчика Гимназии о включении в реестр недобросовестных поставщиков сведений Общества, в отношении которого применена процедура одностороннего отказа от исполнения обязательств по контрактам: «на оказание услуг по обслуживанию и содержанию гардероба в 2019 году» и «на оказание услуг по уборке и содержанию территории в 2019 году» .

Кемеровское УФАС России, рассмотрев обращение Гимназии вынесло решение о включении в реестр недобросовестных поставщиков сведений об Обществе.

Посчитав, что указанное решение УФАС по КО является незаконным и нарушающим права и законные интересы Общество обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании решения недействительным.

Решением Арбитражного суда Кемеровской области по делу № А27-13292 /2019вышеуказанное решение Кемеровского УФАС России было приз нано недействительным.

 Управление Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, не согласившись с вышеуказанным решением, подало апелляционную жалобу.

Седьмым арбитражным апелляционным судом было вынесено постановление об оставлении решения суда первой инстанции без изменения, апелляционной жалобы – без удовлетворения.

По мнению судов первой и апелляционной инстанций следует, что из поведения общества не усматриваются признаки недобросовестности, поскольку к исполнению контрактов общество не приступило в результате действий как заказчика, так исполнителя, с учетом ограниченного периода времени согласования работников и графика оказания услуг (20.02.2019 заключили контракты, 27.02.2019 направлено уведомлении о расторжении контрактов).

Так же были отклонены ссылки Антимонопольного органа на вступившее в законную силу решение суда по делу № А27-6688/2019, поскольку предметом рассмотрения данного дела явилось проверка правомерности односторонних отказов заказчика от исполнения контрактов, обстоятельства уклонения исполнителя от исполнения контрактов и недобросовестность действий заявителя судом не устанавливались, действия исполнителя по признакам уклонения или недобросовестности предметом оценки судов не являлись.

Постановлением арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.07.2020 по делу №А27-13292/2019 были отменены решение от 26.09.2019 Арбитражного суда Кемеровской области и постановление от 20.12.2019 Седьмого арбитражного апелляционного суда, был принят новый судебный акт об отказе Обществу в удовлетворении заявленных требований к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области о признании недействительными и отмене решений комиссии Кемеровского УФАС России по делу о включении в реестр недобросовестных поставщиков.

Признавая решения антимонопольного органа незаконными, суды первой и апелляционной инстанций не усмотрели в поведении Общества признаков недобросовестности и намерения уклониться от исполнения контрактов, поскольку общество оперативно реагировало на замечания заказчика и предпринимало активные действия по урегулированию возникших разногласий; заказчик, располагая информацией об адресе электронной почты общества, направлял ему все письма и претензии почтовой связью, что не способствовало разрешению сложившейся ситуации.

Между тем судами не учтено следующее, при решении вопроса о включении сведений в реестр недобросовестных поставщиков в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта антимонопольный орган должен проверить, имело ли место неисполнение (ненадлежащее исполнение) своих обязательств поставщиком (подрядчиком, исполнителем) и является ли это нарушение существенным, а также процедуру расторжения контракта.

Из материалов дела следует, что решения гимназии об одностороннем отказе от исполнения контрактов мотивированы нарушением Общества условий, закрепленных в контракте. Вступившим в законную силу решением от 18.07.2019 Арбитражного суда Кемеровской области по делу № А27-6688/2019 требования общества о признании незаконными односторонних отказов заказчика от исполнения вышеназванных контрактов оставлены без удовлетворения. В рамках названного дела судами установлено, что Общество не представило в сроки установленные контрактом график работы и список персонала а так же копии справок об отсутствии судимости в отношении работников и копии их медицинских книжек.

Суд отметил, что условия контрактов были известны победителю заранее, аукционная документация содержала разъяснения о формировании графика работ с учетом режима работы заказчика; график и список работников не могли быть согласованы гимназией, поскольку противоречили условиям контракта и Технического задания. Медицинские книжки не содержали сведений о прохождении работниками профессиональной гигиенической подготовке и аттестации и о выполненных профилактических прививках против гриппа, вирусного гепатита В и кори. Доказательств устранения обществом выявленных нарушений, послуживших основанием для отказа гимназии от исполнения контрактов (согласования графика и списка работников из четырех штатных единиц, соответствующих требованиям, предъявляемым к персоналу образовательных организаций), в течение предусмотренного частью 14 статьи 95 Закона № 44-ФЗ срока, Обществом не представлено. При таких обстоятельствах выводы судов об отсутствии у антимонопольного органа правовых оснований для принятия оспариваемых решений и включения сведений об обществе в реестр недобросовестных поставщиков следует признать ошибочным.

**№ А27-20027/2018**

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступила жалоба на действия заказчика – при проведении электронного аукциона на поставку изделий медицинского назначения, а именно учреждением в извещении и документации не были установлены ограничения допуска товаров, происходящих из иностранных государств в соответствие с Постановлением № 102.

 По результатам проведения внеплановой проверки Комиссией Кемеровского УФАС России принято решение, согласно которому жалоба признана обоснованной, а Заказчик признан нарушившим требования части 3 статьи 14, части 1 статьи 31 Закона № 44-ФЗ, не установившего при проведении электронного аукциона ограничений в соответствие с Постановлением№ 102.

Нарушение в действиях Заказчика выразилось в следующем:

Постановлением № 102 установлены ограничения допуска отдельных видов медицинских изделий, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд и утвержден Перечень таких товаров, в том числе:

- перечень **медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков,** происходящих из иностранных государств, в отношении которых устанавливаются ограничения допуска для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд (далее - перечень N 2).

Пунктом 2(1.1) Постановления Правительства РФ № 102 установлено, что для целей осуществления закупок медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков, включенных в перечень N 2, заказчик отклоняет все заявки (окончательные предложения), содержащие предложения о поставке медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков, включенных в перечень N 2, при условии, что на участие в определении поставщика подано не менее одной удовлетворяющей требованиям извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке заявки (окончательного предложения), которая одновременно:

- содержит предложение о поставке медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков, включенных в перечень N 2;

- подается организацией, включенной в реестр поставщиков указанных медицинских изделий, предусмотренный Правилами отбора организаций, реализующих в 2017 - 2024 годах комплексные проекты по расширению и (или) локализации производства медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков, в целях осуществления конкретной закупки такой продукции для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 14 августа 2017 г. N 967 "Об особенностях осуществления закупки медицинских изделий одноразового применения (использования) из поливинилхлоридных пластиков для обеспечения государственных и муниципальных нужд".

 Вторая часть заявки на участие в электронном аукционе должна содержать, в том числе документы, подтверждающие соответствие участника такого аукциона и (или) предлагаемых им товара, работы или услуги условиям, запретам и ограничениям, установленным заказчиком в соответствии со статьей 14 настоящего Федерального закона, или копии этих документов (пункт 6 части 5 статьи 66 Закона №44-ФЗ).

Из названных норм следует, что участники закупки вправе подать заявку с предложением товаров иностранного производства, при этом такая заявка подлежит отклонению только при наличии условий, указанных в пункте 2 Постановления № 102.

В примечании к перечню № 2 Постановления Правительства № 102 указано, что при применении настоящего перечня следует руководствоваться кодом в соответствии с Общероссийским классификатором продукции по видам экономической деятельности (ОКПД 2), и **(или)** кодом вида медицинского изделия в соответствии с номенклатурной классификацией медицинских изделий, утвержденной приказом Минздрава России, и **(или)** наименованием вида медицинского изделия, и (или) классификационными признаками вида медицинского изделия (при наличии).

Кемеровским УФАС России было установлено, что код вида медицинского изделия «136330», а также наименование вида медицинского изделия «Набор базовый для внутренних вливаний» установленные в извещении заказчиком совпадают с перечнем № 2 Постановления Правительства № 102.

Следовательно, по всем признакам, за исключением кода по ОКПД2 предмет закупки соответствует медицинскому изделию, указанному в пункте 1 перечня № 2.

Поскольку закупаемый заказчиком товар включен в перечень № 2 Постановления Правительства № 102, следовательно, заказчику необходимо было в извещении и аукционной документации установить запреты и ограничения допуска товаров, происходящих из иностранных государств, предусмотренные Постановлением Правительства РФ № 102.

В случае установления в документации ограничений в соответствии с Постановлением Правительства РФ № 102 участнику в составе второй части заявки необходимо представить сертификат о происхождении товара.

Следовательно, не установив в извещении об осуществлении закупки и документации об электронном аукционе ограничения в соответствии с Постановлением № 102, аукционной комиссией при рассмотрении заявок, заявки с предложением товара, происходящих из иностранных государств были бы неправомерно допущены к участию в аукционе.

Заказчик, не согласившись с вышеуказанным решением Кемеровского УФАС России, обратился в Арбитражный суд Кемеровской области с требованием о признании его недействительным.

29.04.2019 Решением Арбитражного суда Кемеровской области решение и предписание Кемеровского УФАС России были признаны законными, требования заявителя отставлены без удовлетворения.

06.08.2019 Седьмым арбитражным апелляционным судом было вынесено постановление об оставлении решения суда первой инстанции без изменения, апелляционной жалобы – без удовлетворения.