

КВАЛИФИКАЦИЯ УЧАСТНИКА В 223-ФЗ:

ОТБОРОЧНОЕ ТРЕБОВАНИЕ ИЛИ КРИТЕРИЙ ОЦЕНКИ. ЧТО ПРАВИЛЬНЕЕ?



**ТИХОМИРОВ
Павел Анатольевич,**

начальник управления корпоративных реформ и закупок
Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации

Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации (АЦ) 16 июня 2020 провел видеоконференцию по теме «Практика применения квалификации участника как отборочных требований или критериев оценки при закупках по 223-ФЗ» (далее — конференция).

Обсуждались вопросы квалификации участников как при отборе, так и при оценке заявок. Все уже привыкли к тому, что квалификация участника часто применяется как критерий оценки при сравнении заявок. А вот правомочность применения квалификационных требований к участникам на этапе допуска уже не один год вызывает споры среди экспертов.

На конференции АЦ представил результаты исследования практики применения квалификационных требований и критериев оценки, проведенного на основании анализа положений о закупках, сведений из ЕИС, решений антимонопольного органа и судов.

Эксперты Аналитического центра проанализировали 30 положений о закупке крупных отраслевых компаний с государственным участием¹. Исследование проведено с участием сотрудников АЦ Екатерины Митиной и Екатерины Чумаковой.

НОРМАТИВНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Фактически федеральный закон от 18.07.2011 №223-ФЗ не регулирует установление требований к участникам закупки или порядок оценки заявок. Каждый заказчик вправе самостоятельно устанавливать требования и критерии как в положении о закупке, так и в документации. При этом корпоративное положение о закупке в данном случае приравнивается к подзаконному правовому акту, поскольку необходимость его наличия и проведения закупок в соответствии с положением прямо установлена в законе.

Такой подход подтверждает и регулятор. В своем письме от 09.06.2020 №24-05-08/49531 Минфин России пишет, что «... заказчики самостоятельно с учетом собственных потребностей и производственной необходимости устанавливают требования к участникам закупки, а также порядку оценки заявок на участие в закупке в соответствии с положением о закупке при условии, что такие требования не влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки.».

Что касается требований к общей и специальной правоспособности участника, то правомерность их установления ни у кого не вызывает сомнений. Однако возможность установления требований к квалификации участника на отборочной стадии сталкивается с позицией антимонопольной службы, которая считает это неправомерным, поскольку такие требования необоснованно ограничивают конкуренцию.

ПРОБЛЕМА ОБОСНОВАННОСТИ ОГРАНИЧЕНИЯ КОНКУРЕНЦИИ

Главным препятствием в применении любых требований (в том числе квалификационных) к участникам на этапе отбора является оценка наличия необоснованного сокращения количества участников, вызванного таким требованием. При этом критерии обоснованности такого ограничения в законе 223-ФЗ, да и в антимонопольном законодательстве, не прописаны. Таким образом, обоснованность ограничения конкуренции становится самым основным предметом споров и часто опирается на субъективное мнение оспаривающих и выносящих решение лиц.

ПРИМЕР

По жалобе ООО «Угольтехмаш» (заявитель) на ООО «Судостроительный комплекс «Звезда» (ответчик) Управление Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю вынесло решение об обоснованности доводов жалобы в части неправомерности установления в документации требования о том, что участник должен быть производителем, представителем производителя или дилером, поскольку данное требование, по мнению управления, ограничивает круг потенциальных участников, которые могут в полной мере выполнить поставку требуемого товара — железобетонных плит перекрытия — и не обладая указанными характеристиками. Ответчик оспорил решение антимонопольного органа в суде, после чего Пятый арбитражный апелляционный суд постановлением от 5 декабря 2019 г. № 05АП-8078/2019 отменил решения антимонопольного органа и суда первой инстанции, признавшего правомерность решения территориального органа ФАС России. Апелляционный суд пришел к выводу, что антимонопольный орган не доказал нарушение части 1 статьи 17 федерального закона №135-ФЗ

¹ Госкорпорации и акционерные общества: ГК «Росатом», ГК «Ростех», ГК «Роскосмос», ПАО «Сбербанк», ПАО «ВТБ», Российский сельскохозяйственный банк, ПАО «Промсвязьбанк», ПАО «Аэрофлот», АО «АЛРОСА», АО Концерн ВКО «Алмаз-Антей», ПАО «Газпром», ПАО НК «Роснефть», ОАО «РЖД», ПАО «РусГидро», АО «Объединенная судостроительная корпорация», ПАО «Россети», АО «Росгеология», ПАО «Ростелеком», АО «Почта России», ПАО «Объединенная авиастроительная корпорация», Федеральные государственные унитарные предприятия (стратегические компании): ФГУП «ИТАР-ТАСС», ФГУП «ВГТРК», ФГУП «РТРС», ФГУП «Росморпорт», ФГУП «Администрация гражданских аэропортов (аэродромов)», ФГУП «Ведомственная охрана железнодорожного транспорта», ФГУП «Государственная корпорация по организации воздушного движения в Российской Федерации», ФГУП «Космическая связь», ФГУП «Морская связь», ФГУП «Главный радиочастотный центр» (ГРЧЦ).

«О защите конкуренции», что не соответствует требованиям действующего законодательства и ограничивает права и законные интересы ответчика в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, мы видим, что совершенно обычное в коммерческой практике желание видеть поставщиком критически важного товара производителя или его полномочного представителя (для повышения вероятности добросовестного исполнения договора) вызывает в органах контроля и суда разноречивые позиции. Зачастую комиссия антимонопольного органа не сильно заботится о доказательствах своей позиции, обосновывая ее общими фразами, в связи с чем суды вынуждены выносить решения об отсутствии доказанности вынесенного комиссией решения. Получается, что только с использованием более высокой судебной инстанции есть возможность получить оценку наличия или отсутствия необоснованного ограничения конкуренции. В таблице 1 приведены несколько примеров обжалований в суде решений ФАС России по теме квалификационных требований к участникам, из которых видна однозначная мотивация судов, отменяющих решения антимонопольного органа. Видно также, что обжалование в судах занимает в среднем полгода.

Но для коммерческой деятельности, какой занимаются субъекты закона 223-ФЗ, такие сроки и технология оценки правомерности их действий в закупках абсолютно неприемлемы, поскольку это сильно затягивает закупочный процесс и обеспечение потребности предприятий в продукции. Значит, **необходимо срочно принимать меры по исключению правового вакуума в законодательстве и сопутствующего этому субъективизма в части оценки обоснованности ограничений конкуренции.**

Данный тезис подтверждают и результаты проведенного в ходе видеоконференции онлайн опроса участников (23 ответа). На вопрос о соотношении между установкой измеримых квалификационных требований к участникам и необоснованным ограничением конкуренции в закупках все 100% ответивших указали, что квалификационные требования относятся ко всем претендентам в равной степени и устанавливаются исключительно в целях проявления должной осмотрительности и снижения рисков неисполнения договора, а не являются необоснованным ограничением конкуренции. При этом мнения о наличии или отсутствии у заказчиков препятствий по установлению отборочных квалификационных требований, даже если они измеримы и установлены в ПОЗ, разделились пополам.

Но большинство ответивших (73%) считают, что должна существовать корреляция между решениями по жалобам и судебной практикой.

ПРАКТИКА УСТАНОВЛЕНИЯ В ПОЗ УСЛОВИЙ О КВАЛИФИКАЦИИ УЧАСТНИКА

Положения о закупке указанных в начале статьи организаций анализировались на предмет установления требований и критериев оценки, связанных с квалификацией участника.

Выяснилось, что наиболее часто в ПОЗ фигурируют и в качестве требований, и в качестве критериев оценки следующие топ-5 квалификационных параметров участника (таблица 2):

- наличие опыта;
- обеспеченность кадровыми ресурсами;
- финансовая устойчивость/обеспеченность финансовыми ресурсами;
- обеспеченность МТР;
- деловая репутация.

В девяти ПОЗ квалификационные отборочные требования установлены закрытым списком (ГК Росатом, ГК Ростех, ГК Роскосмос, ПАО Газпром, АО Почта России, ПАО ОАК, ФГУП РТРС, ФГУП Росморпорт, ФГУП Морсвязьспутник), 18 организаций установили открытый («и другие») перечень подобных требований, в то время

как в ПОЗ трех проанализированных предприятий вообще не установлены квалификационные требования к участнику.

В ряде ПОЗ при установлении квалификационных требований также конкретизируются минимальные параметры соответствия или предлагается это сделать в документации о закупке. Однако нередко встречаются ПОЗ, где требования к квалификации участника выглядят неопределенно, что создает риски оспаривания таких требований как неисчисляемых, либо дает возможность участия недостаточно квалифицированным участникам, подтверждая лишь факт наличия.

Например, фраза, найденная в одном из ПОЗ, о том, что у участника должно быть «наличие сведений об МТР для поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг», без указания на необходимость установления в документации перечня таких МТР, минимального количества и их состояния будет выполняться даже при указании в заявке сведений о наличии старой, неработающей бензопилы. А если заказчик все же установит в документации перечень и количественные показатели необходимых МТР, то такие условия могут быть оспорены как противоречащие положению о закупке, поскольку ПОЗ содержит однозначное условие о наличии «сведений об МТР», а не их перечня и количества.

Таблица 1.

Примеры оспаривания решений ФАС России в судах

№	Дата решения ФАС России	Ответчик по жалобе ФАС	Предмет обжалования / неправомерное требование:	Дата решения суда*	Суть решения суда
1	18.12.2018	ОАО «РЖД»	Наличие опыта	Июль 2019	Все решения основаны на следующих аргументах: 1) Требования установлены в соответствии с ПОЗ; 2) В соответствии с частью 10 статьи 4 Закона о закупках заказчик наделен правом самостоятельно устанавливать требования к претендентам в ПОЗ; 3) Требования публичны и измеримы; 4) В соответствии с обзором судебной практики, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018 г., требования не ограничивают конкуренцию и в равной мере относятся ко всем участникам.
2	17.05.2019	ООО «СК «Звезда»	Участник-производитель, дилер	Декабрь 2019	
3	09.04.2019	ОАО «РЖД»	Наличие опыта	Октябрь 2019	
4	17.12.2018	ОАО «РЖД»	Наличие опыта	Сентябрь 2019	
5	24.01.2019	ПАО «НК «РОСНЕФТЬ»	Наличие опыта, МТР и кадров, репутация	Июль 2019	
6	15.03.2019	ПАО «РусГидро»	Наличие МТР и кадров	Ноябрь 2019	
7	15.05.2019	ГБУЗ НСО «НОК НД»	Наличие опыта и деловой репутации	Июль 2019	
8	23.01.2019	ФГУП «Почта России»**	Наличие опыта	Июль 2019	
9	27.12.2017	ПАО «Россети»	Наличие опыта	Апрель 2018	
10	09.08.2017	АО ИК «АСЭ»	Наличие МТР	Январь 2018	

* Номера указанных решений могут быть представлены автором по запросу.

** В н.в. АО Почта России.

Таблица 2.

Установление в ПОЗ параметров квалификации участника

№	Наименование показателя квалификации	Требования			Критерий		
		Товары	Работы	Услуги	Товары	Работы	Услуги
Количество ПОЗ, ед.							
1	Наличие опыта участника	23	25	27	29		
2	Обеспеченность кадровыми ресурсами	21	23	21	23		
3	Финансовая устойчивость / Обеспеченность финансовыми ресурсами		22		14	15	
4	Обеспеченность МТР	20	21	22	20	22	
5	Деловая репутация		14		19	18	
6	Участник закупки является Производителем или Дилером / Дистрибьютером / Официальным представителем производителя	9	6		8	4	
7	Сведения о цепочке собственников и бенефициаров		8			0	
8	Наличие системы менеджмента качества		7		12	10	
9	Аудит достоверности данных		6	7		0	
10	Отсутствие в РНП отрасли		3			1	
11	Наличие в рейтингах рейтинговых агентств		1		2	3	

И наоборот, формулировка в ПОЗ «... достаточное для исполнения договора в исправном состоянии количество МТР ...» с дополнением о необходимости указания в документации «какими именно МТР должен обладать участник и показатели, которым они должны отвечать» может защитить заказчика от претензий со стороны контрольно-надзорных органов и от участия некачественных претендентов.

В таблице 3 приведено сопоставление некоторых ПОЗ по наличию определенных отборочных квалификационных требований к участникам.

Налицо довольно сильная разнородность подходов к установлению отборочных требований

к квалификации участника: от полного отказа до наличия почти всего спектра анализируемых показателей.

Почти такая же разноплановая картина наблюдается и в использовании данных показателей в качестве критериев оценки (таблица 4).

В некоторых ПОЗ встречается совершенно очевидный запрет на установление одних и тех же показателей в качестве отборочных требований и в качестве критериев оценки. В большинстве же проанализированных ПОЗ подобного ограничения нет, что создает неопределенность в возможности применения заказчиками квалификационных характеристик на этапе отбора и оценки и увеличи-

вает риск оспаривания процедуры закупки. Поскольку совершенно очевидно, что несправедливо, например, отклонить участника за то, что у него не хватает требуемого для исполнения договора опыта за последние 3 года, а затем на этапе оценки оценивать опыт оставшихся участников за 5 последних лет. Если для доказательства исполнимости договора участником достаточно его опыта за 3 года, то на этапе сравнения нужно сравнивать уже только глубину, полноту и соответствие предмета опыта прошедших отбор участников именно за этот период, поскольку иначе более молодые компании, скажем, работающие всего 3 года, будут в заведомо проигрышном положении при оценке.

А КАК РЕГУЛИРУЕТСЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КВАЛИФИКАЦИИ УЧАСТНИКА В ЕВРОСОЮЗЕ?

В закупочных директивах ЕС (директива 2014/24/EU о публичных закупках и директива 2014/25/EU о закупках субъектов естественных монополий) прослеживается довольно системный подход к применению квалификации участника. Он заключается в различии предметов рассмотрения на этапе отбора и на этапе оценки.

На этапе отбора разрешается устанавливать требования к участнику, в том числе квалификационные, такие как экономическая и финансовая

Таблица 3.

Упоминание в ПОЗ показателей квалификации участника в качестве отборочных требований

Требование	Росатом	Россети	Росморпорт	ГК по ОрВД	Ростех	Ростелеком	Росгеология	Газпром	РЖД	ОСК	ВТБ	Россельхозбанк	Алмаз-Антей	Роскосмос	Сбербанк	Ведомственная охрана ж/д транспорта	Почта России	РТРС	ИТАР-ТАСС	
Финансовая устойчивость / Обеспеченность финансовыми ресурсами	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Опыт	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
МТР	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Кадры	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Отсутствие в РНП отрасли	+				+															
Система менеджмента качества	+		+		+															
Деловая репутация	+		+	+		+		+	+		+	+								
Аудит достоверности данных	+	+	+	+		+	+									+				
Наличие в рейтингах национальных рейтинговых агентств		+	+																	

Таблица 4.

Упоминание в ПОЗ показателей квалификации участника в качестве критериев оценки

Требование	Ростех	Алмаз-Антей	Ростелеком	ОСК	Росгеология	ИТАР-ТАСС	Росморпорт	Роскосмос	Россети	Ведомственная охрана ж/д транспорта	ВТБ	Росатом	Почта России	ГК по ОрВД	Сбербанк	РТРС	Газпром	РЖД	Россельхозбанк
Финансовая устойчивость / Обеспеченность финансовыми ресурсами	+	+	+	+			+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Опыт	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
МТР	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Кадры	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Отсутствие в РНП отрасли				+															
Система менеджмента качества	+	+			+	+	+					+	+	+			+	+	
Деловая репутация	+	+	+	+	+	+		+	+	+		+	+	+					+
Наличие в рейтингах национальных рейтинговых агентств		+			+														

стабильность, технические и профессиональные возможности. На этапе оценки же предметом рассмотрения является только предлагаемая продукция, поэтому в перечне возможных критериев оценки не упоминаются параметры квалификации участника (таблица 5). Может, конечно, ввести в заблуждение пункт о квалификации привлеченного персонала на этапе оценки, но этот критерий напрямую относится к качеству работ, услуг, поскольку квалификация конкретных исполнителей непосредственно влияет на качество их исполнения, оказания, то есть относится непосредственно к предлагаемой продукции. Такие показатели обычно используются при закупке работ или услуг, где в документации заказчики просят указать конкретных привлеченных исполнителей — физических лиц и представить их резюме, по которым и производится оценка.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

В ряде проанализированных ПОЗ также прослеживается схожий с ЕС подход, при котором на этапе отбора оценивается наличие у участника необходимого опыта и других показателей, говорящих о его квалификации, а на этапе оценки заказчики ориентируются уже на ценовые показатели и качество предлагаемой продукции. Но в большинстве своем ПОЗ не содержат такого специфического разделения по предмету рассмотрения. Такое регулирование закупок может привести к возрастанию риска некачественного или несвоевременного исполнения договорных обязательств контрагентом, поскольку выигравший участник может не иметь достаточного опыта и набирать его в ходе исполнения договора. С другой стороны это приводит к низким показателям эко-

номии (снижения от НМЦД), поскольку побеждают участники с наибольшим опытом, но наименьшей скидкой, так как в закупочной документации при таком подходе заказчики вынуждены устанавливать довольно низкий вес критерия «цена». Либо происходит крен в другую сторону, когда побеждают недостаточно квалифицированные участники только за счет высокого снижения от начальной цены. В обеих ситуациях заказчик не застрахован от некачественного исполнения или неисполнения договора контрагентом.

На рисунке 1 приведены примеры сопоставления некоторых организаций по количеству применяемых на отборе квалификационных критериев участника (согласно ПОЗ) с результирующими показателями экономии и расторжения договоров по конкурентным закупкам. Они красноречиво иллюстрируют сформулированные выше тезисы: в организациях, где в ПОЗ установлено минимальное количество критериев квалификации, происходит максимальное расторжение договоров при минимальном либо при максимальном снижении цены.

Участники конференции отметили: отсутствие опыта у поставщика не означает, что он не сможет выполнить условия договора. Однако при отказе от применения квалификации на этапе отбора могут возникнуть существенные риски. «Если рассматривать квалификацию только на этапе оценки заявки, а в отборочных требованиях исключить, это приведет к увеличению стоимости договора и возрастанию рисков его неисполнения, — заявил директор Департамента закупочной деятельности ПАО «Россети» Юрий Зафесов. — Целесообразно применять отборочные требования к квалификации в случае, когда предмет закупки критически важен ...».

Он перечислил три варианта решения проблемы: закрепить на уровне 223-ФЗ право заказчика устанавливать требования к участникам закупки, в том числе в части квалификации такого участника; разработать отраслевые квалификационные требования на уровне профильных ФОИВов с привлечением профессиональных сообществ и отраслевых ассоциаций; внедрить информационные ресурсы, содержащие сведения о квалификации участников закупок, применение которых будет возможным на этапе проведения закупок.

С учетом изложенного возможно сделать следующие рекомендации заказчикам:

- целесообразно устанавливать в ПОЗ возможность применения показателей квалификации участника на этапе отбора с требованием указания в извещении и документации перечня и минимальных значений каждого квалификационного показателя;
- в критериях оценки применять в основном показатели соотношения цены и качества предлагаемой продукции среди участников, подтвердивших свое соответствие требованиям, в том числе квалификационным;
- установить в ПОЗ запрет на применение одинаковых показателей в качестве критериев отбора и критериев оценки;
- при наличии достаточно жестких квалификационных требований к участнику устанавливать низкий вес цены как критерия оценки.

Также считаю необходимым внесение в закон 223-ФЗ изменений, устанавливающих правомерность применения квалификационных требований к участникам при установлении заказчиком соответствующих норм в ПОЗ с учетом вышеизложенных рекомендаций. ■

Рисунок 1.
Сопоставление количества отборочных квалификационных критериев с процентом снижения цены и долей расторгнутых договоров по конкурентным закупкам в некоторых организациях за 2019 г.



Количество квалификационных отборочных требований



Таблица 5.
Различия в предметах рассмотрения на этапе отбора и оценки в законодательстве ЕС

Этап процедуры	Отбор*	Оценка**
Предмет рассмотрения	участник (правоспособность, квалификация)	продукция (цена, качество)
Параметры предмета рассмотрения	<ul style="list-style-type: none"> • Правоспособность • Соответствие вида профессиональной деятельности • Экономическая и финансовая стабильность • Технические и профессиональные возможности 	<ul style="list-style-type: none"> • Наиболее экономически эффективное предложение по критериям: <ul style="list-style-type: none"> – ценовые критерии – качество продукции, технические, функциональные, экологические характеристики – организация исполнения, квалификация привлеченного персонала – послепродажное обслуживание • Лучшее соотношение цена-качество • Стоимость жизненного цикла

* Статья 58 директивы 2014/24/EU, статья 79 директивы 2014/25/EU

** Статьи 67-68 директивы 2014/24/EU, статьи 82-83 директивы 2014/25/EU