|  |  |
| --- | --- |
|  | ***О.Ю. Гурин,*** *ведущий специалист сектора контрактной службы министерства общего и профессионального образования Ростовской области,старший преподаватель Центра дополнительного профессионального образования ТПП Ростовской области, председатель экспертного совета «ПРОГОСЗАКАЗ.РФ»* |

# Строительные работы и поставка оборудования: закупаем вместе или порознь?

Закупки строительных работ в контрактной системе всегда чреваты появлением конфликтных ситуаций, в которых своя правда есть у каждой из сторон. Одним из самых частых поводов для «выяснения отношений» между заказчиками и участниками является ситуация, когда заказчику по результатам закупки требуются полностью оснащённые всем необходимым больницы, школы, детские сады и т.д., а не строительная продукция как таковая. Строительные компании при этом возмущаются: с какой стати заказчик включает в один лот не только строительно-монтажные работы, но ещё и поставку оборудования, мебели и различного инвентаря?

Например, муниципальный заказчик получил субсидию из регионального бюджета на строительство детского сада. Поскольку целевое назначение выделенных бюджетных средств – строительство детского сада, то результатом должен быть детский сад, пригодный для эксплуатации. Значит, помимо построенного и сданного в эксплуатацию здания, заказчику необходимы также мебель, бытовая техника и даже детские игрушки. В отсутствие всего перечисленного возведённое подрядчиком здание попросту *не будет детским садом* – оно будет лишь пустой коробкой, непригодной для размещения и содержания детей. Готовность детского сада к эксплуатации означает его соответствие требованиям СанПиН 2.4.1.3049-13 «Санитарно-эпидемиологические требования к устройству, содержанию и организации режима работы дошкольных образовательных организаций». Названный документ предусматривает обязательное наличие в дошкольной образовательной организации необходимого оборудования и хозяйственного инвентаря. Следовательно, приобретая пригодный к эксплуатации детский сад, заказчик не только вправе, но и обязан требовать его оснащения таким инвентарём и оборудованием.

Однако возмущение строительных компаний тоже можно понять: ведь закупка строительных работ одновременно с поставкой бытовой техники, мебели и хозяйственного инвентаря нарушает запрет на объединение в единый объект закупки технологически и функционально не связанных друг с другом товаров и работ (ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ)! Строители уверены, что подобное формирование объекта закупки приводит к ограничению конкуренции вследствие сокращения числа потенциальных участников закупки. Чтобы избежать ограничения конкуренции, заказчику следует закупать строительную продукцию отдельно от товаров, которые не относятся к числу монтируемой техники, предусмотренной проектным решением.

В то же время, не всегда заказчик может просто взять и разделить такую закупку на составляющие, выделив в разные лоты строительство здания детского сада как такового, а также поставку мебели, инвентаря и оборудования. Принцип адресности и целевого характера бюджетных средств означает, что бюджетные средства предоставляются получателям с указанием цели их использования (ст. 38 БК РФ). Если целевое назначение предоставленной заказчику субсидии – *строительство детского сада*, направление части выделенных денежных средств на закупку *мебели, инвентаря и оборудования* может быть признано нецелевым расходованием бюджетных средств (ч. 1 ст. 306.4 БК РФ, ст. 15.14 КоАП РФ). Кроме того, как было показано выше, взятое само по себе *здание детского сада* не способно удовлетворить потребность заказчика в *детском саде, пригодном к эксплуатации*. Так как инвентарь и оборудование, предусмотренные СанПиН 2.4.1.3049-13, необходимы для превращения созданной подрядчиком строительной продукции в *детский сад*, они парадоксальным образом оказываются функционально и технологически связанными с самим строительством. А если так, то каких-либо препятствий к их закупке в составе единого объекта у заказчика не остаётся!

Поскольку действующее законодательство Российской Федерации не устанавливает формальные критерии функциональной и технологической связанности товаров, работ и услуг, вопрос о наличии либо отсутствии такой связи в каждом конкретном случае разрешается органом, рассматривающим соответствующий спор, по своему внутреннему убеждению. За время действия Закона № 135-ФЗ территориальными органами ФАС России и судебными органами накоплен внушительный опыт рассмотрения споров о том, правомерно ли включать в единый объект выполнение строительных работ и поставку оборудования.

## Объединение недопустимо

В ряде территориальных органов ФАС России укрепилось убеждение, что строительные работы и поставка товаров относятся к разным рынкам, поэтому их объединение в один лот приводит к ограничению конкуренции вследствие сокращения числа потенциальных участников закупки. Подобное формирование объекта закупки заказчиком признаётся нарушением принципа обеспечения конкуренции (ч. 2 ст. 8 Закона № 44-ФЗ), в соответствии с которым при осуществлении закупок запрещается совершение заказчиками любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности, к необоснованному ограничению числа участников закупок:

 Решение Омского УФАС России от 22 мая 2014 г. № 03-10.1/195-2014

**Предмет закупки:** строительство школы на 550 мест.

**Предмет жалобы:** в рамках подрядных работ заказчику требуются такие товары, как:

- стол ученический лабораторный для кабинета физики для 4 группы роста 1200x600x640;

- стол ученический лабораторный для кабинета химии для 5 группы роста 1300x600x700;

- стол демонстрационный для кабинета химии 2400x750x900 с сантехникой;

- электрополотенце;

- мясорубка электрическая настольная МИМ-300;

- машина для нарезки хлеба АХМ-300 и пр.

Объединение в один предмет закупки строительных работ и поставки оборудования, технологически и функционально не связанного с объектом строительства не допускается, поскольку такое объединение приводит к необоснованному ограничению количества участников закупки, так как лица, занимающиеся только строительными работами, либо только поставкой вышеуказанного оборудования, мебели, инвентаря и т.п., по условиям, установленным заказчиком, не смогут принять участие в данном электронном аукционе.

**Вывод Комиссии Омского УФАС России:** объединение в один объект закупки строительных работ с поставкой вышеуказанных товаров, технологически и функционально не связанных со строительством, влечет за собой ограничение количества участников закупки из числа, в частности поставщиков и (или) производителей специализированного оборудования и мебели, относящихся к иным товарным рынкам, нежели строительство.

Комиссия также изучила локальный сметный расчет на малые архитектурные формы, в соответствии с которым в объект закупки включена поставка и установка теневого навеса, скамеек, урн, сушилок для ковров, качелей, песочниц, горок, контейнеров для мусора и т.д. По мнению Комиссии, установка малых архитектурных форм также технологически и функционально не связана с осуществлением общестроительных работ, данная категория товаров составляет иной товарный рынок, и включение данных работ в объект закупки влечет ограничение количества участников закупки.

**Решение Комиссии Омского УФАС России:** признать жалобу обоснованной.

См. также решение Омского УФАС России от 3 декабря 2014 г. по делу № 03-10.1/627-2014 и др.

В следующем решении территориальный орган ФАС России обращает внимание на различные условия введения в оборот, которые установлены для строительных работ и поставки товаров. Для выполнения работ, оказывающих влияние на безопасность объектов капитального строительства, участник закупки должен обладать свидетельством о допуске к таким работам, выданным саморегулируемой организацией (ч. 2 ст. 52 ГрК РФ). Однако для поставки инвентаря и оборудования никаких разрешительных документов не требуется! Ввиду изложенного, оказываются ущемлены права тех хозяйствующих субъектов, которые могли бы предложить наиболее конкурентные условия исполнения контракта именно в части поставки товаров:

Решение Ростовского УФАС России от 27 февраля 2014 г. по делу № 352/03

**Предмет закупки:** строительство дошкольной образовательной организации на 220 мест.

**Предмет жалобы:** заказчиком включены в один лот как работы по строительству детского сада, так и товары различного назначения, не имеющие технологической и функциональной связи с этими работами:

 - весы порционные;

- стол кондитерский;

- персональный компьютер;

- стол детский 1040x550, регулируемый по высоте;

- стул детский "МИФ";

- пианино и другие товары.

**Вывод Комиссии Ростовского УФАС России:** объединение в один лот различных по функциональным характеристикам товаров при проведении торгов ведет к сокращению числа хозяйствующих субъектов, которые могут принять в них участие. Имеющаяся у заказчика потребность как в работах по строительству, так и в перечисленных товарах сама по себе не означает, что данные товары неразрывно связаны с объектом строительства, в т.ч. работами по строительству этого объекта, т.е. находятся в такой технологической и функциональной взаимосвязи, при которой неизбежно должны закупаться вместе. Заказчиком не представлены обоснования того, что работы по строительству и перечисленные товары не могут закупаться раздельно, различными лотами, в т.ч. не следует возможность поставки и установки данных товаров только неизбежно вместе с работами по строительству.

При этом виды работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, в силу ч. 2 ст. 52 ГрК РФ должны выполняться только индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, имеющими выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ. Требование о представлении участником размещения заказа во второй части аукционной заявки копии свидетельства о допуске к работам по организации строительства установлено Заказчиком в документации об аукционе.

В то же время поставка товаров, перечисленных в настоящем решении, не требует наличия названного свидетельства. Следовательно, законодателем предусмотрены различные условия введения в оборот (в т.ч. для нужд заказчиков) работ по строительству и перечисленных товаров.

Необходимость пользоваться мебелью, персональным компьютером, играть на пианино и т.д., т.е. использовать перечисленные товары по их назначению, не исключает раздельной закупки этих товаров и работ по строительству. Доводы Заказчика не доказывают наличия между этими работами и товарами неразрывной технологической и функциональной связи, требующей их закупки только единым лотом, в т.ч. необходимости изменения предусмотренных ПСД конструктивных решений объекта строительства в случае раздельной закупки этих товаров (например, пианино, персонального компьютера, мебели и т.д.) и работ по строительству.

Изложенные нормы права и фактические обстоятельства дела указывают на то, что объединив в один лот работы по строительству и иные товары, указанные в настоящем решении, заказчик тем самым нарушил ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ. Данное объединение, т.е. требование заказчика о выполнении работ и поставке товаров, перечисленных в настоящем решении, в рамках единого лота (а соответственно, и единого контракта), привело к ограничению количества участников размещения заказа, поскольку исключило из числа участников лиц, способных исполнить контракт в части данных товаров, но не в части работ по строительству. Одним из таких лиц является заявитель жалобы, который не имеет вышеуказанного свидетельства и опыта работ по строительству, при этом имеет возможность удовлетворить потребность заказчика в товарах.

**Решение Комиссии Ростовского УФАС России:** признать жалобу обоснованной.

Аналогичный подход содержится в решении Новгородского УФАС России от 22 декабря 2014 г. по делу № 1625-ФАС52-КТ-33-09/12-14(697-ДР), решении Краснодарского УФАС России от 7 октября 2015 г. по делу № ЭА-933/2015 и др.

## Допустимо объединение строительных работ с поставкой монтируемого оборудования, если предмет закупки – *строительство «под ключ»*

Функциональная и технологическая связь строительных работ и товаров, которыми оснащается объект капитального строительства, может быть успешно доказана в том случае, если предметом закупки является *строительство «под ключ»*. Данная форма организации строительства предусматривает обеспечение сооружения объектов, подготовленных к эксплуатации или оказанию услуг, на основе сосредоточения функций управления всеми стадиями инвестиционного процесса в одной организационной структуре. Такое строительство осуществляется как единый непрерывный комплексный процесс создания готовой строительной продукции, включающий в себя следующие стадии: *проектирование* – *выполнение строительных и монтажных работ, в т.ч. комплектация технологическим и инженерным оборудованием* – *ввод в эксплуатацию* (п. 1.2 Положения об организации строительства объектов «под ключ», утв. постановлением Госстроя СССР от 10.11.1989 № 147; далее – Положение).

Строительство объектов «под ключ» предусматривает включение стоимости *оборудования, мебели, инвентаря* в общую стоимость строительства (см. п. 2 приложения к Положению). Возможность включения затрат *на приобретение оборудования, мебели и инвентаря* в сметную стоимость строительства (ремонта) предусмотрена также в п. 3.14 Методики определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации (утв. постановлением Госстроя России от 05.03.2004 № 15/1).

ФАС России допускает совместную закупку строительных работ и оборудования в рамках строительства «под ключ», но с одним условием. По мнению ФАС России, объединять в один лот со строительными работами можно не любое оборудование, а только т.н. «монтируемое оборудование», поставка и установка которого впоследствии будет невозможна без изменения предусмотренных проектом конструктивных решений:

Письмо ФАС России от 5 декабря 2011 г. № ИА/45240

Применение норм о строительстве «под ключ» должно осуществляться с учетом действующего законодательства Российской Федерации о размещении заказов и антимонопольного законодательства, в соответствии с которым в состав одного предмета торгов может включаться выполнение строительных работ, а также оборудование, поставка и установка которого технологически и функционально связаны со строительно-монтажными работами.

Таким образом, при размещении соответствующих заказов заказчик вправе предусмотреть в документации о торгах необходимость поставки и монтажа оборудования, неразрывно связанного с объектом строительства. При этом в качестве неразрывно связанного с объектом строительства оборудования следует рассматривать оборудование, поставка и установка которого невозможна впоследствии без изменения предусмотренных проектом конструктивных решений объекта строительства.

При этом объединение в один предмет торгов строительных работ и поставки оборудования, технологически и функционально не связанного с объектом строительства, не допускается, поскольку такое объединение приводит к необоснованному ограничению количества участников размещения заказа.

В практике территориальных органов ФАС России довольно часто встречаются решения, в которых реализуется вышеизложенный подход. Оснащение объекта капитального строительства технологическим оборудованием признаётся функционально и технологически связанным со строительными работами. Однако включение в эту же закупку ещё и бытовой техники рассматривается как нарушение:

Решение Омского УФАС России от 4 августа 2015 г. по делу № 03-10.1/268-2015

**Предмет закупки:** строительство детского сада.

**Предмет жалобы:** в документацию о закупке включена поставка товаров, технологически и функционально не связанных со строительными работами, выполнение которых является предметом торгов, а именно: оборудование пищеблока, использующееся для приготовления, хранения и подачи пищи; медицинское оборудование; прачечное оборудование и т.д.

**Вывод Комиссии Омского УФАС России:** В рассматриваемом случае фактически предметом торгов являлось выполнение работ по строительству объекта «под ключ».

При этом выполнение строительных работ с использованием товаров, в том числе технологического и инженерного оборудования, которым оснащается готовый строительный объект в ходе непрерывного комплексного процесса строительства, не свидетельствует о функциональной или технологической связанности и правомерности объединения их в один лот с бытовым оборудованием, что влечет за собой ограничение количества участников закупки из числа, в частности поставщиков и (или) производителей специализированного оборудования, относящихся к иным товарным рынкам, нежели строительство. Так, заказчиком установлен перечень товаров, применяемых при выполнении работ, согласно которому при выполнении работ требуется поставить оборудование как монтируемое (т.е. товары, технологически и функционально связанные со строительством), так не требующее монтажа, например, печь микроволновая.

**Решение Комиссии Омского УФАС России:** признать жалобу частично обоснованной.

В решении Омского УФАС России от 7 июля 2015 г. по делу № 03-10.1/233-2014 был приведён ещё один интересный довод, в силу которого объединять в один лот строительные работы и монтаж встраиваемого оборудования не только можно, но и нужно. Комиссия Омского УФАС России указала, что в соответствии со ст. 745 ГК РФ обязанность по обеспечению строительства материалами, в том числе деталями и конструкциями, или оборудованием несет подрядчик. Сторона, в обязанность которой входит обеспечение строительства, несет ответственность за обнаружившуюся невозможность использования предоставленных ею материалов или оборудования без ухудшения качества выполняемых работ. Таким образом, поставка на строительную площадку и установка оборудования не подрядчиком, а иной организацией, невозможна без вмешательства в компетенцию подрядчика и его непосредственную деятельность при осуществлении им строительно-монтажных работ.

Мало того, действия, противоречащие ст. 745 ГК РФ, снимают с подрядчика ответственность за конечный результат и могут сказаться на качестве построенного объекта, что также противоречит принципу эффективности использования бюджетных средств, установленному ст. 34 БК РФ, и ст. 12 Закона № 44-ФЗ, согласно которой при осуществлении закупок заказчики должны исходить из необходимости достижения заданных результатов обеспечения муниципальных нужд.

Однако ранее тот же территориальный орган ФАС России отмечал, что непосредственно в процессе строительства осуществляется монтаж одного лишь санитарно-технического оборудования, и только оно может считаться функционально и технологически связанным с общестроительными работами. Тогда как поставка и установка иного встраиваемого оборудования после завершения строительных работ вовсе не является невозможной:

Решение Омского УФАС России от 2 апреля 2014 г. № 03-10.1/108-2014

**Предмет закупки:** строительство детского сада.

**Предмет жалобы:** наравне со строительными работами, заказчиком включена в объект закупки поставка оборудования пищеблока и прачечного оборудования. Названные товары технологически и функционально не связаны между собой (очевидно, что для приготовления пищи нет необходимости использовать оборудование для сауны). Включение указанного оборудования в состав одного лота является незаконным, поскольку ограничивает круг лиц, претендующих на заключение муниципального контракта.

**Пояснения заказчика:** в объект закупки включена поставка оборудования, подлежащего монтажу, к которому необходимо подвести систему водопровода и канализации с определенным диаметром в определенное проектом место, подвести электрические сети с определенным напряжением, сечением кабельной продукции и степенью защиты, выполнить общестроительные работы в соответствии с габаритами и способом крепления монтируемого оборудования. Все указанные работы связаны между собой технологическим процессом. Мебель и бытовые приборы, которые требуются для осуществления деятельности детского сада, в предмет конкурса не включены.

**Выводы Комиссии Омского УФАС России:** Комиссия не может согласиться с доводом заказчика, что монтаж данного оборудования возможен только в ходе строительства, а по его завершению будет невозможен. Как было указано представителем заказчика, монтаж оборудования будет осуществляться в уже определенное проектом место, следовательно, на этапе строительства заранее известно, в какое место необходимо подвести систему водопровода и канализации с определенным диаметром, или электрические сети с определенным напряжением, сечением кабельной продукции и пр.

Кроме того, Комиссия отмечает, что в локально-сметном расчете предусмотрены конкретные размеры поставляемого оборудования, например: "Машина стиральная - автомат бытовая (600x300)", "Шкаф жарочный 3-секционный ШЖЭ-3 (840x850x1475 мм)", "Шкаф холодильный бытовой Бирюса (600x600x1700)" и пр. Таким образом, конкурсной документацией и проектом определены конкретные размеры поставляемого оборудования, а также места, в которых будет осуществляться его установка и подключение, что опровергает довод заказчика о невозможности установки оборудования после окончания общестроительных работ.

Комиссия считает, что объединение в один объект закупки строительных работ с поставкой вышеуказанных товаров, технологически и функционально не связанных со строительством, влечет за собой ограничение количества участников закупки из числа, в частности поставщиков и (или) производителей специализированного оборудования, относящихся к иным товарным рынкам, нежели строительство.

Вместе с тем, Комиссия соглашается с позицией заказчика относительно правомерности включения в объект закупки моечных ванн и умывальников со смесителями, и признает довод жалобы в этой части необоснованным, поскольку ванны моечные, умывальники относятся к санитарно-техническому оборудованию, монтаж которого по общим правилам осуществляется при строительстве.

**Решение Комиссии Омского УФАС России:** признать жалобу частично обоснованной.

Аналогичный подход содержится также в решении Красноярского УФАС России от 11 июня 2014 г. № 454.

В целом, объединение заказчиком в один лот строительных работ с поставкой монтируемого оборудования признаётся правомерным. Исключение из сметы прочего оборудования и всевозможного инвентаря – практически залог отсутствия претензий к такой закупке со стороны территориальных органов ФАС России.

##  В рамках строительства «под ключ» может поставляться любое оборудование, а не только монтируемое

 Однако в большинстве случаев практика территориальных органов ФАС России и в особенности судебных органов исходит из правомерности включения в единый объект закупки всего, что охватывается понятием *строительство «под ключ»* – в т.ч. *оборудования, мебели и инвентаря.* При этом функциональная и технологическая связь строительных работ и всего перечисленного усматривается в единой цели такой «комплексной» закупки: ею признаётся создание помещений, пригодных для использования в качестве, например, детского дошкольного учреждения.

В данном случае вообще будет неправильным считать, что заказчик объединил в один лот строительные работы и поставку товаров. В ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных с предметом торгов. Однако при строительстве «под ключ» ни строительные работы, ни какие-либо товары сами по себе не являются предметом торгов. Предметом торгов является как раз *строительство «под ключ»,* с которым оказываются связаны и строительные работы, и поставляемые товары!

Так, ФАС Восточно-Сибирского округа в постановлении от 4 сентября 2014 г. по делу № А58-6965/2013 указал, что заказчик, объявляя аукцион, имел интерес не к выполнению строительно-монтажных работ по объекту школа и к поставке всего необходимого оборудования для оснащения создаваемого здания школы в отдельности, а к строительству школы «под ключ», то есть к получению результата в виде создания – возведения полностью оснащенного и укомплектованного всем необходимым здания школы. Среди территориальных органов ФАС России подобный подход также является весьма распространённым: например, он лежит в основе решений Ненецкого УФАС России от 27.06.2014 № 01-33/16-2014, Владимирского УФАС России от 21.10.2014 № Г756-04/2014, Ивановского УФАС России от 15.09.2014, Костромского УФАС России от 01.10.2014 № 12-10-143/143, Северо-Осетинского УФАС России от 23.12.2014 № А86-2-12/14 и т.д.

При этом в отдельных случаях территориальные органы ФАС России придают особое значение наличию в извещении и документации о закупке указания на то, что предметом закупки является строительство «под ключ». Например, в решении Дагестанского УФАС России от 26 мая 2014 г. № 248А-2014 отсутствие такого указания явилось основанием для вывода о том, что между строительными работами и поставкой медицинской мебели, мебели общего назначения, компьютерной техники, торгово-технологического оборудования и инвентаря отсутствует функциональная и технологическая связь.

Однако в судебной практике не придаётся такое значение упоминанию в документации о закупке формулировки *строительство «под ключ»*. Так, в постановлении от 26 мая 2015 г. по делу № А38-5073/2014 ФАС Волго-Вятского округа указал следующее: несмотря на фактическое отсутствие в документации слов *строительство «под ключ»*, весь комплекс работ, которые необходимо было выполнить в рамках муниципального контракта, направлен на создание готового к эксплуатации объекта, что говорит об осуществлении единого непрерывного комплексного процесса и допускает объединение в один лот работ по строительству и связанных с ним услуг по приобретению оборудования, мебели и инвентаря.

При этом не рассматривается как нечто критичное отсутствие возможности принять участие в закупке, предметом которой является строительство «под ключ», у лиц, которые занимаются выполнением строительных работ и поставкой товаров по отдельности. Как указала Комиссия Ивановского УФАС России в решении от 1 сентября 2014 г., установление заказчиком любых параметров, характеристик, требований к товару, работам, услугам может повлечь для того или иного юридического, физического лица невозможность принять участие в закупке, ограничить число участников закупки, поскольку не все поставщики (исполнители) имеют возможность поставить товар, выполнить работу, оказать услугу, соответствующую всем условиям документации об электронном аукционе. Факт невозможности участия конкретного участника в открытом конкурсе, в связи с отсутствием у него каких-либо товаров либо невозможностью выполнения каких-либо работ, необходимых Заказчику, не влечет нарушение его прав.

В судебной практике данный подход также снискал самую широкую популярность: см., например, постановления ФАС Уральского округа от 1 июля 2014 г. по делу № А60-38313/2013, ФАС Восточно-Сибирского округа от 4 сентября 2014 г. по делу № А58-6965/2013, ФАС Волго-Вятского округа от 26 мая 2015 г. по делу № А38-5073/2014 и т.д. Приведём типичное решение:

Постановление ФАС Уральского округа от 29 декабря 2014 г. № Ф09-8922/14

**Предмет закупки:** строительство детского сада.

**Фабула дела:** Курганское УФАС России признало необоснованной жалобу на действия заказчика, включившего в единый объект закупки технологически и функционально не связанные друг с другом строительные работы и поставку оборудования. Заявитель жалобы обжаловал решение Курганского УФАС России в Арбитражный суд Курганской области. По мнению истца, поставка оборудования никак не может влиять на выполнение работ по строительству объекта, поскольку эти действия осуществляются в качестве следующего за строительством этапа, а не как часть самого этапа строительства. Указывая на выполнение работ по разработке проектной и рабочей документации и строительству объекта «под ключ», включая оснащение технологическим оборудованием и мебелью, заказчик лишь создает видимость обоснованности и правомерности включения в документацию товаров, работ, услуг, технологически и функционально не связанных между собой.

**Вывод суда:** единый порядок размещения заказов устанавливается им в целях расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия, эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов и иных целях.

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

Исследовав содержание информационной карты открытого аукциона, техническое задание, а также иные представленные в материалы дела доказательства в порядке ст. 71 АПК РФ, суды пришли к правильному выводу о том, что комплектация вспомогательных помещений детского сада (помещения групповой, пищеблока, туалетные помещения, постирочная) холодильным, сантехническим, электрическим и иным оборудованием не противоречит непрерывному комплексному процессу создания готовой строительной продукции «под ключ» (проектирование – выполнение строительных и монтажных работ, включая комплектацию технологическим и инженерным оборудованием – ввод в эксплуатацию) и функционально и технологически с ним связано.

Включение в техническое задание комплектацию помещений садика названным оборудованием преследует цель создания готового к эксплуатации объекта в едином процессе с экономией временных затрат, при максимально эффективном расходовании бюджетных средств.

С учетом изложенного, в силу п. 1 ст. 1 Закона № 94-ФЗ в торгах могут участвовать лишь те лица, которые соответствуют названным целям. Таким образом, суды обоснованно указали, что включение в документацию о торгах условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах и не является нарушением ст. 17 Закона № 135-ФЗ.

Таким образом, существует достаточно высокая вероятность признания правомерными действий заказчиков, объединяющих в один лот как строительные работы, так и оборудование, мебель и инвентарь. Главное, чтобы при необходимости заказчику удалось доказать, что в его конкретном случае речь идёт именно о строительстве «под ключ», а вся закупка направлена на достижение единой цели, которой является получение помещений, пригодных для использования в необходимым заказчику назначением.

## Уместно ли использовать понятие *строительство «под ключ»* при осуществлении закупок?

Вы могли заметить, что во всех рассмотренных выше решениях территориальных органов ФАС России и постановлениях судебных органов строительством «под ключ» признавалась закупка лишь 2-х из 3-х стадий создания готовой строительной продукции, перечисленных в 1.2 Положения об организации строительства объектов «под ключ». А именно, предметом закупки везде выступали *выполнение строительных и монтажных работ, включая комплектацию строек технологическим и инженерным оборудованием – ввод в эксплуатацию*. Однако первым звеном единого инвестиционного процесса строительства «под ключ» стадия проектирования объекта капитального строительства!

С учётом изложенного, отдельные контрольные и судебные органы считают правомерным использование понятия *строительство «под ключ»* только при наличии всех трёх стадий: *проектирование – выполнение строительных и монтажных работ, включая комплектацию строек технологическим и инженерным оборудованием – ввод в эксплуатацию*. Если закупка не предусматривает стадию проектирования, то формально становится невозможным говорить о строительстве «под ключ». А значит, нельзя оправдать строительством «под ключ» включение в один лот строительных работ, оборудования, мебели и инвентаря:

Постановление 13-го ААС от 13.05.2011 по делу № А26-11058/2010

**Предмет закупки:** капитальный ремонт здания Межрайонной ИФНС России № 1 по Республике Карелия.

**Фабула дела:** УФАС России по Республике Карелия признало заказчика нарушившим ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ, поскольку в состав одного лота включены не связанные технологически и функционально с предметом конкурса товары и работы, а именно: наряду с капитальным ремонтом здания предусмотрена поставка офисной техники и мебели: принтеры, сканер, ксерокс, телефон-факс и т.д. Ссылки заказчика на строительство «под ключ» в данном случае безосновательны, поскольку строительство «под ключ» с включает в себя три обязательные стадии инвестиционного процесса: проектирование, выполнение строительных и монтажных работ, включая комплектацию строек технологическим и инженерным оборудованием, и ввод в эксплуатацию. В данном случае первая стадия инвестиционного процесса – проектирование – не вошла в комплект работ, предусмотренных государственным контрактом. Следовательно, утверждение о выполнении комплекса работ по капитальному ремонту здания «под ключ» неправомерно.

Заказчик обжаловал решение УФАС России по Республике Карелия в арбитражный суд, однако суд поддержал позицию антимонопольного органа.

**Вывод суда:** в судебном заседании апелляционного суда податель жалобы объяснил, что вывод об осуществлении работ "под ключ" сделан налоговым органом на основе анализа перечня и объема выполненных работ. Однако из представленной в материалы дела конкурсной документации не следует, что УФНС по Республике Карелия объявлялся аукцион по выполнению работ "под ключ".

В соответствии с пунктом 1.2 Положения об организации строительства объектов «под ключ», утвержденному Постановлением Госстроя СССР от 10.11.2989 № 147 метод строительства объектов «под ключ» предусматривает обеспечение сооружения объектов, подготовленных к эксплуатации или оказанию услуг, на основе сосредоточения функций управления всеми стадиями инвестиционного процесса в одной организационной структуре и осуществляется как единый непрерывный комплексный процесс создания готовой строительной продукции (проектирование – выполнение строительных и монтажных работ, включая комплектацию строек технологическим и инженерным оборудованием – ввод в эксплуатацию).

В данном случае, как обоснованно отмечено представителем УФАС, первая стадия инвестиционного процесса – проектирование – не вошла в комплекс работ, предусмотренных государственным контрактом. Следовательно, утверждение заявителя об осуществлении комплекса работ «под ключ», не соответствует понятию этих работ, установленному в Положении № 147 от 10.11.1989. Учитывая вышеизложенное, вывод суда первой инстанции о том, что заказчиком в один лот включены работы и товары, технологически и функционально не связанные между собой, апелляционная коллегия признает правомерным.

Рассматривая возможность формирования объекта закупки таким образом, чтобы в нём оказались предусмотрены все составляющие строительства «под ключ» (в т.ч. и проектирование), необходимо учитывать следующее.

Если в объем работ, который должен быть выполнен в соответствии с контрактом, включаются не только строительные работы, но и разработка проектной документации, потенциальный участник такой закупки должен будет обладать сразу двумя свидетельствами о допуске на осуществление разных видов работ, оказывающих влияние на безопасность объектов капитального строительства – на проектирование и на строительство. При этом для получения каждого из них необходимо выполнить несходные между собой требования и условия. Работы по проектированию и строительству различны по своей специфике, методам исполнения и конечному результату. Юридическое лицо, избравшее своим видом деятельности проектирование, например, не нуждается в имуществе, работниках и т.д. для осуществления строительной деятельности. В то же время юридическое лицо, занимающееся строительной деятельностью, не обязано иметь, приобретать и содержать имущество, штат работников для осуществления проектной деятельности. То есть наличие у юридического лица возможности (необходимых ресурсов) осуществлять один из видов деятельности, не позволяет ему с использованием этих же возможностей осуществлять другой вид деятельности, в связи с чем данные виды работ не являются безусловно связанными между собой.

Соответственно, объединение в один предмет закупки строительных работ и работ по разработке проектной документации практически гарантировано будет признано ограничением конкуренции между участниками торгов (см., например, постановление ФАС Северо-Западного округа от 27 февраля 2014 г. по делу № А26-3382/2013). А значит, заказчику нет никакой выгоды от того, что в этом случае у него появится возможность с полным правом говорить о пресловутом *строительстве «под ключ».*

Следует отметить, что сама возможность использовать понятие *строительство «под ключ»* для целей осуществления закупок иногда ставится под вопрос. Например, тот же 13-й ААС в постановлении от 26 марта 2012 г. по делу № А42-4929/2011 признал ссылку заказчика на постановление Госстроя СССР от 10.11.1989 № 147 несостоятельной. Суд указал, что названный нормативно-правовой акт был издан ещё до вступления в силу Закона № 94-ФЗ (не говоря уже о Законе № 44-ФЗ), и был принят в целях, не связанных с вопросами заключения государственных и муниципальных контрактов. Указанный подход успешно взят на вооружение отдельными территориальными органами ФАС России: см., например, решение Амурского УФАС России от 16 мая 2014 г. по жалобе № ЖМ-72/2014.

Отметим также постановление ФАС Московского округа от 11 апреля 2012 г. по делу № А40-26894/11-94-195, в котором суд указал, что Постановление Госстроя СССР от 10.11.1989 г. № 147 должно применяться с учетом действующего федерального законодательства, в том числе законодательства о закупках и законодательства о защите конкуренции. Иными словами, формирование объекта закупки с использованием понятия строительство «под ключ» недопустимо ввиду приоритета, который в данном случае имеют нормы об обеспечении конкуренции при проведении торгов.

В то же время, в судебных решениях, провозглашающих правомерность объединения в один лот строительных работ с оборудованием, мебелью и инвентарём в рамках строительства «под ключ», иногда указывается, что применение постановления Госстроя СССР от 10.11.1989 г. № 147 осуществляется судами исключительно с целью разъяснить понятие *строительство «под ключ»* и поэтому не может быть признано необоснованным (см., например, постановление ФАС Уральского округа от 1 июля 2014 г. № Ф09-4102/14 по делу № А60-38313/2013).

## Выделяем строительные работы и не связанные с ними товары в отдельные лоты

Если заказчик хочет исключить риск неблагоприятного исхода закупки строительных работ, оборудования, мебели и инвентаря одним лотом, верный способ – закупать всё перечисленное порознь. В таком случае в смету на выполнение работ можно включить работы по установке товаров, закупленных заказчиком заранее отдельно от строительных работ:

Решение Пензенского УФАС России от 4 июля 2014 г. по жалобе № 3-22/83-2014

**Предмет закупки:** строительство детского сада.

**Предмет жалобы:** включение оборудования в состав одного лота со строительными работами является незаконным, поскольку ограничивает круг лиц, претендующих на заключение муниципального контракта.

**Вывод Комиссии Пензенского УФАС России:** в отношении указанного оборудования, мебели и прочего требуются работы по установке, а не поставка такого оборудования и мебели.

В процессе заседания Комиссии Управления представитель Заказчика пояснил, что указанное оборудование, мебель и прочее были закуплены Заказчиком ранее, в качестве доказательств представлены акты от 09.12.2013 № 6, от 13.12.2013 № 7.

Исходя из вышеизложенного, при проведении Комиссией Управления внеплановой проверки не установлено наличие в положениях документации об электронном аукционе объединения в один предмет закупки строительных работ и поставки мебели общего назначения, медицинской мебели, оборудования и пр., технологически и функционально не связанных между собой, а также требований, влекущих за собой ограничение количества участников закупки. Соответствующий локальный сметный расчет входит в состав проектно-сметной документации исключительно для обоснования стоимости монтажных работ. Таким образом, оборудование в принципе не входит в предмет закупки.

**Решение Комиссии Пензенского УФАС России:** признать жалобу необоснованной.

См. также решение УФАС России по Алтайскому краю от 3 июля 2014 г. по делу № 317/14.

Следует отметить, что решение о выделении в отдельный лот (лоты) оборудования, мебели и инвентаря, предусмотренных единой проектно-сметной документацией, порождает весьма нетривиальную проблему: какой метод определения и обоснования НМЦК необходимо в этом случае использовать заказчику при подготовке закупок таких товаров? Дело в том, что проектно-сметная документация разрабатывается на объект капитального строительства *в целом* и включает в себя в том числе и стоимость всего необходимого оборудования, без установки которого построенный объект невозможно ввести в эксплуатацию Положительное заключение государственной экспертизы проектно-сметная документация точно также получает *в целом*. В связи с этим, отдельные заказчики считают необходимым при выделении из единой проектно-сметной документации товаров, поставка которых технологически и функционально не связана с выполнением строительных работ, сохранять обоснование их стоимости, подготовленное с использованием сметного метода: ведь такое обоснование получило положительное заключение государственной экспертизы! Данная проблема получила правовую оценку в следующем примечательном судебном постановлении:

**Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 18 февраля 2015 г. по делу № А33-9479/2014**

**Предмет закупки:** поставка компьютерного оборудования на строящийся объект «Школа на 275 учащихся».

**Фабула дела:** в Красноярское УФАС России поступила жалоба на действия государственного заказчика. В ходе рассмотрения жалобы антимонопольным органом установлено, что извещение о проведении электронного аукциона размещено на ООС 11.04.2014. При этом расчет НМЦК выполнен в соответствии с локальной сметой на технологическое оборудование строящегося объекта – «Школа на 275 учащихся». Антимонопольный орган пришел к выводу, что метод определения НМЦК выбран заказчиком с нарушением требований ст. 22 Закона № 44-ФЗ, поскольку объектом электронного аукциона является поставка персональных компьютеров, а не строительство объекта.

Решением Красноярского УФАС России от 25.04.2014 № 276 жалоба заявителя признана обоснованной. Заказчик оспорил названное решение в Арбитражный суд Красноярского края. Суды первой и апелляционной инстанций отказали истцу в удовлетворении заявленных требований.

**Вывод ФАС Восточно-Сибирского округа:** в соответствии с ч. 1 ст. 22 Закона № 44-ФЗ НМЦК, ЦКЕП определяются и обосновываются заказчиком посредством применения следующего метода или нескольких следующих методов:

1) метод сопоставимых рыночных цен (анализа рынка);

2) нормативный метод;

3) тарифный метод;

4) проектно-сметный метод;

5) затратный метод.

Метод сопоставимых рыночных цен (анализа рынка) является приоритетным для определения и обоснования НМЦК, ЦКЕП. Использование иных методов допускается в случаях, предусмотренных частями 7 – 11 ст. 22 Закона № 44-ФЗ (ч. 6 ст. 22 Закона № 44-ФЗ).

Документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со ст. 33 Закона № 44-ФЗ, в том числе обоснование НМЦК (п. 1 ч. 1 ст. 64 Закона № 44-ФЗ).

Как установлено судами и следует из материалов дела, при определении НМЦК при проведении аукциона на закупку компьютерного оборудования на строящийся объект Учреждением применен проектно-сметный метод и не применен основной метод сопоставимых рыночных цен (анализа рынка) без обоснования к тому причин.

Заявитель кассационной жалобы полагает, что вправе был применять данный метод обоснования цены как при осуществлении закупки на выполнение строительно-монтажных работ по объекту, так и на поставку оборудования, устанавливаемого на строящемся объекте (компьютерное оборудование), поскольку проектно-сметная документация разработана на объект капитального строительства в целом, включает в себя, в том числе и стоимость всего необходимого оборудования, без установки которого построенный объект невозможно ввести в эксплуатацию, и получила положительное заключение государственной экспертизы.

Данный довод проверен, однако не может быть принят во внимание в силу следующего.

Согласно ч. 9 ст. 22 Закона № 44-ФЗ проектно-сметный метод заключается в определении НМЦК, ЦКЕП на:

1) строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объекта капитального строительства на основании проектной документации в соответствии с методиками и нормативами (государственными элементными сметными нормами) строительных работ и специальных строительных работ;

2) проведение работ по сохранению объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, за исключением научно-методического руководства, технического и авторского надзора.

Проектно-сметный метод может применяться при определении и обосновании НМЦК, ЦКЕП на текущий ремонт зданий, строений, сооружений, помещений (ч. 9.1 ст. 22 Закона № 44-ФЗ).

Суды установили, что стоимость персональных компьютеров, являющихся объектом закупки, в локальном сметном расчете произведена на основании прайс-листа интернет-магазина krasnoyarsk.dns-shop.ru за второй квартал 2012 года. Расчет НМЦК выполнен в соответствии с локальной сметой на основании базовой цены товаров, являющихся объектом закупки, из локального сметного расчета, умноженной на индекс изменения сметной стоимости (в уровне цен 01.01.2000 в соответствии с письмом Минрегиона России от 12.11.2013 № 21331-СД/10) и умноженной на 18 % НДС.

При этом заказчиком не представлены доказательства проведения в целях получения ценовой информации в отношении приобретаемого товара нескольких процедур, перечисленных в п. 3.7 Методических рекомендаций по использованию методов определения НМЦК, ЦКЕП (утв. приказом Минэкономразвития России от 02.10.2013 № 567; далее – Методические рекомендации). Помимо этого суды указали на то, что положительное заключение государственной экспертизы на проектную документацию, включая смету и результаты инженерных изысканий, по объекту «Школа на 275 учащихся», утверждена 11.09.2012, в то время как извещение о проведении электронного аукциона на поставку товаров, являющихся объектом закупки, опубликовано в ЕИС 11.04.2014, то есть спустя более одного года с момента получения положительного заключения государственной экспертизы. *Доказательства, подтверждающие актуальность взятых за основу розничных цен на момент размещения заказа, в материалах дела отсутствует.*

Принимая во внимание положения ч. 2 ст. 48 ГрК РФ, пункта 30 постановления Правительства Российской Федерации от 16.02.2008 № 87 "О составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию", пункта 3.16 Методики определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации, утвержденной постановлением Госстроя России от 05.03.2004 № 15/1, согласно которым *локальные сметные расчеты составляются на отдельные виды строительных работ и затрат по зданиям и сооружениям*, учитывая, что объектом электронного аукциона является поставка компьютерной техники, а не строительство объекта, суды пришли к правильному выводу об отсутствии у заказчика оснований определять НМЦК на основании локального сметного расчета, поскольку он не является документом, позволяющим установить окончательную стоимость затрат на компьютерное оборудование.

Учитывая изложенное, суды пришли к обоснованному и мотивированному выводу о доказанности антимонопольным органом соответствия закону оспариваемых актов, ввиду того, что *определение НМЦК на поставку компьютерного оборудования на основании проектно-сметного метода на этапе разработки проектной документации проектной организацией, не соответствует* *ст. 22* *Закона № 44-ФЗ и* *пункту 3.7* *Методических рекомендаций. Заявитель не обосновал невозможность применения метода сопоставимых рыночных цен (анализа рынка), который определен как приоритетный* *в* *ч. 6* *ст. 22* *Закона № 44-ФЗ*.

Аналогичная позиция содержится также и в постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 5 февраля 2015 г. по делу № А33-9481/2014.

##  Критерий взаимосвязанности товаров и строительных работ – совместное упоминание в проектной документации?

Наш обзор правоприменительной практики по вопросу о правомерности объединения в один лот строительных работ, оборудования, мебели и инвентаря будет неполным без упоминания о существовании решений территориальных органов ФАС России и судебных органов, в которых указанный вопрос разрешается положительно без привлечения категории «строительство «под ключ». При этом единственным критерием функциональной и технологической связи строительных работ и разнообразных товаров признаётся их вхождение в единую проектно-сметную документацию:

Решение Новосибирского УФАС России от 9 декабря 2013 г. № 08-01-477

**Предмет закупки:** строительство детских садов.

**Предмет жалобы:** заказчик незаконно включил в предмет аукциона помимо выполнения работ по строительству поставку и установку товаров, а именно: оборудования, мебели и инвентаря.

**Выводы Комиссии Новосибирского УФАС России:** указанные в жалобе товары и оборудование, а также их поставка и монтаж предусмотрены в проектно-сметных документациях данного заказа, размещенных на официальном сайте. Данные проектно-сметные документации прошли государственную вневедомственную экспертизу. Таким образом, присутствует технологическая и функциональная взаимосвязь в рамках данных проектов между выполнением работ по строительству детских садов и поставкой оборудования. Следовательно, довод подателя жалобы не нашел своего подтверждения.

**Решение Комиссии Новосибирского УФАС России:** в данной части доводы жалобы необоснованны.

Кроме того, в постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 26 мая 2015 г. по делу № А38-5073/2014 тот факт, что приобретение оборудования и мебели было предусмотрено прошедшей государственную экспертизу проектно-сметной документацией на строительство школы, также был расценен судом в качестве решающего довода в пользу правомерности действий заказчика, объединившего в единый лот строительные работы с поставкой мебели и оборудования.

Отметим, однако, что подобный подход представляет собой скорее исключение, нежели правило, поэтому не может быть рекомендован заказчикам в качестве ориентира для принятия решений.

## Выводы

Как можно убедиться, на сегодняшний день в практике территориальных органов ФАС России и судебных органов не сложился единый подход к разрешению вопроса о правомерности включения в один объект закупки строительных работ и товаров, необходимых для оснащения готовой строительной продукции. Не существует каких-либо объективных критериев, позволяющих определить достаточную степень оснащённости строительного объекта оборудованием, мебелью и инвентарём, необходимую для его признания готовым к эксплуатации. Очевидно, однако, что заказчик не может до бесконечности расширять перечень товаров, входящих в состав одного лота, обосновывая свои действия невозможностью эксплуатации построенного объекта без того или иного предмета мебели.

Поэтому исход рассмотрения вопроса о правомерности действий заказчика, закупающего оборудование, мебель и инвентарь наряду с общестроительными работами, в каждом конкретном случае носит вероятностный характер. Подытожим наш обзор, расположив различные варианты формирования объекта закупки в порядке возрастания рисков признания заказчика нарушившим запрет на объединение в один лот функционально и технологически не связанных с предметом закупки товаров (таблица 1).

Таблица 1.

|  |  |
| --- | --- |
| Варианты формирования объекта закупки заказчиком  | Вероятность наступления неблагоприятных последствий для заказчика |
| Закупать строительные работы, оборудование, мебель и инвентарь порознь, выделяя каждый отдельный вид товаров, работ и услуг в отдельный лот | Риск признания заказчика нарушившим запрет на объединение в один лот функционально и технологически не связанных с предметом закупки товаров отсутствует |
| Закупать одним лотом строительные работы и оборудование, устанавливаемое в процессе строительства (технологическое, санитарно-техническое) | Риск признания заказчика нарушившим запрет на объединение в один лот функционально и технологически не связанных с предметом закупки товаров практически отсутствует |
| Закупать одним лотом строительные работы и любое монтируемое оборудование (кухонное, холодильное, прачечное и т.д.) | Появляется риск признания заказчика нарушившим запрет, установленный в ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ, поскольку поставка такого оборудования возможна в т.ч. и после завершения строительства: изменение предусмотренных проектной документацией конструктивных решений при этом не требуется. Однако в большинстве случаев связь таких товаров с процессом создания готовой строительной продукции будет считаться достаточной. |
| Закупать строительные работы, оборудование, мебель и хозяйственный инвентарь одним лотом в рамках строительства «под ключ», сделав упор на единой цели таких торгов – получении помещений, пригодных для эксплуатации в соответствии с их назначением | Существует риск признания понятия *строительство «под ключ»* неприменимым для характеристики закупки, предметом которой является создание объекта капитального строительства и его оснащение всем необходимым. Чтобы говорить о *строительстве «под ключ»,* необходимо включить в предмет закупки ещё и стадию проектирования, что совершенно неприемлемо. Кроме того, *строительство «под ключ»* может быть признано понятием, использование которого в принципе невозможно для целей осуществления закупок в виду приоритета ч. 3 ст. 17 Закона № 135-ФЗ. Несмотря на это, в большинстве случаев универсальным оправданием заказчиков, формирующих объект закупки рассматриваемым образом, является именно ссылка на *строительство «под ключ».* |
| Закупать одним лотом как строительные работы, так и любую другую продукцию, предусмотренную проектно-сметной документацией, прошедшей государственную экспертизу | Тезис о функциональной и технологической связи строительных работ и любых товаров только по одному факту их упоминания в проектной документации является откровенно слабым, однако существуют немногочисленные примеры его успешного использования. |