

ПАО «Мосэнерго»

119526, г. Москва, пр. Вернадского, дом 101. Корпус 3

ЗАО «Сбербанк-Автоматизированная система торгов»

Улица Новослободская, дом 24, строение 2, г. Москва, 127055

ООО «ППТК»

улица Верейская, дом 17, г. Москва, 121357

ООО «ДИАМИКС»

432017, г. Ульяновск, улица Кузнецова, дом 4-Б

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-6443/2019 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**29.07.2019 г. Москва**

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия) в составе:

Заместителя председателя Комиссии:

рассмотрев в открытом заседании жалобу ООО «Диамикс» на действия ПАО «Мосэнерго», ООО «ППТК» при проведении запроса предложений в электронной форме на определение лучших условий поставки сорбента ОДМ-2Ф для нужд Публичного акционерного общества энергетики и электрификации «Мосэнерго» (реестровый № 31907905879),

в соответствии с частью 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

**УСТАНОВИЛА:**

В адрес Московского УФАС России поступила жалоба заявителя на действия заказчика при проведении указанной закупки.

Жалоба рассмотрена по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

Действия (бездействие) заказчиков, комиссии по осуществлению закупок по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 4 - 6 части 10 статьи 3 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках отдельными юридическими лицами), обжалуются в порядке, предусмотренном статьей 18.1. Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Согласно части 1 пункту 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в административном порядке осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

В свою очередь, Законом о закупках провозглашены принципы, которым должны соответствовать действия заказчика при проведении конкурентной процедуры в порядке регулирования указанного закона. К таковым относятся принцип информационной открытости, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Жалоба заявителя мотивирована незаключением заказчиком с обществом договора по результатам проведения конкурентной процедуры, что предопределило состояние правовой неопределенности подателя жалобы. В связи с чем применительно к спорным правоотношениям жалоба общества мотивирована несоблюдением заказчиком принципов закупочной деятельности, установленных в части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Из материалов дела усматривается, что участник закупки (ООО «ДИАМИКС») обратился в антимонопольный орган, поскольку оценил действия заказчика в качестве нарушения указанного принципа, так как рассчитывал на заключение договора (вне зависимости от применения того или иного пункта Положения о закупках), исходя из реально совершенных действий ПАО «Мосэнерго» и совокупности требований, которые были предъявлены к участникам конкурентной процедуры.

Комиссия Управления по результатам рассмотрения жалобы заявителя приняла решение о признании ее обоснованной ввиду следующего.

Как следует из материалов дела, заказчиком 23.05.2019 опубликовано извещение о проведении **запроса предложений в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.**

Протоколом № 28/МЭ от 11.07.2019 заказчиком установлено, что на участие в

конкурентной процедуре подано 3 заявки, 2 из которых отклонены заказчиком. В свою очередь, заявка заявителя была признана заказчиком соответствующей требованиям документации как при рассмотрении первых, так и вторых частей. При этом ценовое предложение, представленное заявителем в составе заявки меньше начальной (максимальной) цены и составило 8 481 280,00 рублей. В свою очередь, начальная (максимальная) цена, установленная заказчиком в документации, составила **9 652 756, 80 рублей**.

Также в протоколе заказчиком указано, что в связи с тем, что по результатам рассмотрения не отклонена только одна заявка на участие в запросе предложений, признать несостоявшимся запрос предложений в электронной форме № 62/ЗП на определение лучших условий поставки сорбента ОДМ-2Ф для нужд филиалов ПАО «Мосэнерго».

Таким образом, проведенная заказчиком закупка была признана им несостоявшейся.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках названный закон устанавливает, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 данной статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

В соответствии с частью 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Так, решением Совета директоров ПАО «Мосэнерго» утверждено Положения о закупках (далее - Положение о закупках), действующее на момент проведения закупочной процедуры.

Согласно п. 1.2.19. Запрос предложений – форма торгов, при которой победителем запроса предложений признается участник конкурентной закупки, заявка на участие в закупке которого в соответствии с критериями, определенными в документации о конкурентной закупке, наиболее полно соответствует требованиям документации о конкурентной закупке и содержит лучшие условия поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг.

Также п. 12.2. Положения заказчиком определены последствия признания запроса предложений несостоявшимся. Так, запрос предложений признается несостоявшимся по основаниям, предусмотренным пунктом 7.8.2 Положения (п. 12.2.1 Положения). В качестве второго основания указана, в случае подачи одной заявки на участие в запросе предложений или если только одна заявка не отклонена, Комиссия по осуществлению запроса предложений вправе признать запрос предложений несостоявшимся (п. п. 12.2.2 Положения).

Согласно п. 12.1.10. Положения заказчика, в случае признания запроса

предложений несостоявшимся Заказчик (Организатор) вправе объявить новую процедуру закупки либо Заказчик (Организатор) вправе заключить договор с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) в соответствии с пунктом 17.1.8.

Согласно пункту 29 статьи 3.4 Закона о закупках договор по результатам конкурентной закупки с участием субъектов малого и среднего предпринимательства заключается на условиях, которые предусмотрены проектом договора, документацией о конкурентной закупке, извещением об осуществлении конкурентной закупки или приглашением принять участие в такой закупке и заявкой участника такой закупки, с которым заключается договор.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о закупках положение о закупках не является единственным правовым актом, регламентирующим деятельность заказчиков. Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений (часть 1 статьи 1 ГК РФ). Согласно части 1 статьи 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц.

Так, право заказчиков самостоятельно определять способы и особенности проведения закупочных процедур прямо предусмотрено ст. 2 Закона о закупках, заказчик установил, что процедура запрос предложений является торгами в соответствии со статьями 447-449 ГК РФ и главой 57 названного кодекса.

Согласно ч. 4 ст. 447 ГК РФ торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом. В этой связи положения ГК РФ, регулирующие проведение торгов, в полной мере применяются к иным торгово-закупочным процедурам, основанным на конкурентном отборе контрагента, предложение которого в наибольшей степени удовлетворяет потребностям заказчика.

В случае выражения (реализации) волеизъявления на возникновение гражданских прав и обязанностей в рамках правоотношений, урегулированных нормами ГК РФ, выбранная форма реализации должна соответствовать всем предусмотренным законом требованиям к содержанию этих правоотношений. Из приведенного выше следует, что лицо, реализуя свои субъективные права в урегулированных законом правоотношениях, должно соблюдать все предусмотренные законом требования к их реализации. При этом волеизъявление на реализацию прав в конкретном правоотношении будет регулироваться нормами права, предусмотренными для данного правоотношения, вне зависимости от того, как оно названо.

Положения закупочной документации однозначно определяют проведенную заявителем процедуру в качестве торгов в контексте гражданского и антимонопольного законодательства.

Исходя из п. 6 ст. 448 ГК РФ, если иное не установлено законом, лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора.

Таким образом, основываясь на толковании положений п. 6 ст. 448 ГК РФ факт принятия заказчиком (организатором торгов) протокола от 11.07.2019, которым

заявка заявителя признана соответствующей требованиям документации, свидетельствует о совершении заказчиком односторонней сделки, направленной на возникновение обязательственных правоотношений между ПАО «Мосэнергo» и ООО «ДИАМИКС».

В пользу приведенного выше толкования п. 6 ст. 448 ГК РФ указывает и следующее положение названной статьи - если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, при уклонении организатора торгов от подписания протокола победитель торгов вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения.

Таким образом, понуждение к заключению договора в судебном порядке возможно в случае, если организатор торгов (в настоящем случае таковым являлось ПАО «Мосэнергo» при проведении публичной конкурентной процедуры) уклоняется от принятия и подписания итогового протокола, который имеет как установлено законодателем силу договора. В связи с чем в таком случае в судебном порядке понуждается организатор торгов к подписанию протокола и, как следствие, к заключению договора. Однако в настоящем случае, протокол ПАО «Мосэнергo» был принят, опубликован в единой информационной системе закупок, в котором заявка ООО «ДИАМИКС» признано победителем. Таким образом, нет никаких оснований полагать, что действия, совершенные ПАО «Мосэнергo» при принятии указанного протокола, не были направлены на завершение процедуры и подведение ее итогов, юридическое оформление результатов закупки.

В связи с чем, процедура закупки подлежит завершению по правилам ч. 1 ст. 447 ГК РФ. В системе действующего правового регулирования при проведении конкурентного отбора контрагента является недопустимым наличие у одного субъекта исключительно прав, у другого — исключительно обязанностей.

Принципу стабильности и определенности положение общества в правоотношениях с заказчиком не отвечает. Так, например, в случае уклонения общества от заключения договора с заказчиком участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. В то же время заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем без принятия на себя какой-либо ответственности.

Ввиду указанных обстоятельств, Комиссия Управления пришла к выводу, что проведенная заявителем процедура соответствует правовой природе торгов, и, как следствие, заключение договора по ее итогам является обязательным.

В соответствии с п. 2 ст. 432 ГК РФ договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной.

Подача обществом заявки на участие в торгах в настоящем случае является акцептом оферты в контексте ст. 438 ГК РФ, поскольку согласно п. 1 ст. 438 ГК РФ акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии.

Акцепт должен быть полным и безоговорочным. Поскольку подача заявки на участие в торгах является акцептом оферты, при том, что заявка соответствует

всем требованиям закупочной документации, у заказчика (организатора торгов) возникает обязанность заключить контракт с единственным участником на условиях, предусмотренных документацией о торгах. Положениями ч. 5 ст. 447 ГК РФ определены случаи, в которых торги признаются несостоявшимися.

Однако правовые последствия такого признания упомянутой нормой права не установлены.

Вместе с тем, исходя из общих начал гражданского законодательства (ч. 3 ст. 1, ст. 10 ГК РФ) можно сделать вывод о том, что признание торгов несостоявшимися является их конечным результатом только в случае отсутствия поданных заявок на участие в таких торгах либо в случае отказа в допуске к участию в торгах всем потенциальным претендентам, поскольку в упомянутых случаях такое признание не влечет за собой никаких правовых последствий и неспособно привести к нарушению либо ущемлению чьих-либо гражданских прав.

Однако в случае признания торгов несостоявшимися в связи с тем, что в названных торгах только один участник закупки признан соответствующим требованиям документации, а значит победителем торгов независимо от того присвоен ли такой статус заказчиком в протоколе или нет, вести речь об отсутствии правовых последствий проведения таких торгов несостоявшимся не представляется возможным.

Обратное приведет к нарушению законодательно закрепленного принципа равенства участников гражданских правоотношений (ч. 1 ст. 1 ГК РФ).

Из приведенного следует, что довод заказчика о том, что он вправе не заключать договор, поскольку закупка признана несостоявшейся, подлежит отклонению, поскольку конечным результатом торгов, даже признанных несостоявшимися, при условии соответствия заявки участника соответствующей требованиям закупочной документации, является заключение с этим участником контракта по результатам таких торгов.

Названный правовой подход соответствует судебной практике (дела №№ А40-178332/18-120-2097, А40-146101/13, А40-124169/15, А40-163328/15, А40-164411/15, А40-124169/15, А40-134436/17).

Оценивая положения закупочной документации, Комиссия соглашается с Заявителем, что предусмотренный заказчиком в Положении механизм нарушает баланс частных и публичных интересов, законодательно закрепленный принцип равенства участников гражданских правоотношений, поскольку создает необоснованные преимущества для заказчика, обладающего правом немотивированно отказаться от заключения договора с участником закупки.

В этой связи Комиссия приняла решение о признании жалобы Заявителя обоснованной.

Доводы заказчика о его праве на проведение повторной процедуры со ссылками на условия Положения заказчика о закупках, предусматривающие соответствующую возможность, а равно и право на заключение договора с единственной заявкой закупки, а не обязанность отклоняются Комиссией Управления.

Закон о закупках является рамочным нормативным правовым актом и в полной мере не регулирует всего комплекса правоотношений в сфере закупок субъектами, в нем поименованными.

Таким образом, Положение о закупках не является единственным правовым актом, регламентирующим деятельность заказчиков. В этой связи разрабатываемые заказчиками со специальной правосубъектностью положения о закупках не могут и не должны противоречить действующему законодательству, а право заказчиков устанавливать особенности проведения закупочных процедур не освобождает их от необходимости соблюдения действующего законодательства, прав и законных интересов участников как более слабой стороны в правоотношениях.

Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений (ч. 1 ст. 1 ГК РФ).

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, заказчики руководствуются принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Учитывая наличие в рассматриваемых правоотношениях и публично-правовых элементов, действующее законодательство предъявляет к заказчику повышенные требования при проведении закупочных процедур.

Поскольку положение о закупках не является нормативным правовым актом (его законность не презюмируется), следует признать, что оно должно применяться в той мере, в которой не противоречит действующему законодательству. Изменять правовое регулирование, установленное нормами ГК РФ, положение о закупках не может.

Нормы, предусмотренные Положением о закупках и закупочной документацией в части наделения заказчика правом отказаться от заключения договора, противоречат требованиям ст. ст. 1, 10, 447 ГК РФ, ст. ст. 3, 4 Закона о закупках, в связи с чем не подлежат применению и не могут являться основанием для отказа от заключения договора с обществом. Применению подлежат нормы действующего законодательства, регулирующие порядок проведения торгов и заключения договоров.

Оценивая положения закупочной документации, Комиссия соглашается с Заявителем, что предусмотренный заказчиком механизм нарушает баланс частных и публичных интересов, законодательно закрепленный принцип равенства участников гражданских правоотношений, поскольку создает необоснованные преимущества для заказчика, обладающего правом немотивированно отказаться от заключения договора с победителем. В свою очередь, представителем заказчика никаких доводов по обстоятельствам, изложенным в жалобе, заявлено не было.

В этой связи Комиссия приняла решение о признании жалобы Заявителя обоснованной.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона и пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции,

## **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу ООО «ДИАМИКС» (ИНН 5826902139) на действия ПАО «Мосэнергo» (ИНН 7705035012) при проведении закупки обоснованной.
2. Признать в действиях ПАО «Мосэнергo» нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, пункта 29 статьи 3.4 Закона о закупках, п. 1 ст. 447 ГК РФ.
3. Выдать ПАО «Мосэнергo» обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.