

ОПРЕДЕЛЕНИЕ о назначении дела № 077/01/17-3070/2021 о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению

«04» марта 2021 г. г. Москва Председатель Комиссии Московского УФАС России по рассмотрению дела № 077/01/17-3070/2021 о нарушении антимонопольного законодательства <...>

УСТАНОВИЛ:

Московским УФАС России (далее также - Управление) по результатам рассмотрения заявлений Анисимова И. (далее - Заявитель) (вх. №№ 87279-ЭП/20 от 18.11.2020, 88835/20 от 23.11.2020, 92428/20 от 02.12.2020), перенаправленных Московской Межрегиональной транспортной прокуратурой, о возможных признаках нарушения антимонопольного законодательства АО «РЖДстрой» при осуществлении закупок у единственного поставщика с реестровыми номерами №№ 31807361405, 31807096769, 31806762652, 31806539629, 31806168823 (далее - Закупки) выявлены признаки нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Управлением установлено, что АО «РЖДстрой» (далее - Заказчик) осуществляет закупочную деятельность в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках).

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках 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 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Согласно части 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 осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 указанного Федерального закона, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Так, решением Совета директоров Заказчика утверждено Положение о закупках (далее - Положение о закупках), действующее на момент проведения закупочных процедур.

Как установлено антимонопольным органом, Заказчиком в Единой информационной системе закупок (далее - ЕИС) 19.05.2017 размещено извещение о проведении закупки у единственного поставщика № 31705129915 с ценой договора 46 350 400,00 рублей на основании Протокола от 19.05.2017 № 549.

Указанным Протоколом заседания Комиссии по осуществлению закупок Заказчика было решено осуществить размещение заказа у единственного подрядчика – ООО «АССибирь» (ИНН 5407479450), в пределах предусмотренного лимита финансирования на основании подпункта 1 пункта 81 Положения заказчика о закупках.

По результатам проведения указанной закупки у единственного поставщика между Заказчиком и ООО «АС-Сибирь» заключен договор № 17-17-01-3972 от 14.06.2017, предметом которого явилось выполнение строительно-монтажных работ в 2017 году на объекте «Реконструкция вокзального комплекса Чаны». Срок выполнения работ - июнь 2017 года по декабрь 2017 года.

При этом 21.02.2018 вновь Заказчиком размещено новое извещение № 31806168823 об осуществлении закупки у единственного поставщика ООО «АС-Сибирь» на сумму 23 936 488,80 рублей на выполнение комплекса работ на объекте: «Реконструкция вокзального комплекса Чаны». По результатам закупки у единственного поставщика заключен договор № 17-18-01-1709 от 22.02.2018. Срок исполнения договора установлен сторонами с 01.02.2018 по 31.12.2018 года.

Также Заказчиком дополнительным соглашением № 1 от 30.05.2018 к договору № 17-18-01-1709 увеличена стоимость работ до 70 303 833 рублей, а срок выполнения работ продлен сторонами до октября 2018 года.

Дополнительным соглашением № 3 от 02.08.2018 стоимость работ была увеличена до 134 579 970 рублей, а дополнительным соглашением № 5 от 07.11.2018 общая стоимость договора составила 304 588 764 руб., которая дополнительным соглашением № 6 от 04.12.2018 была изменена до 298 885 464 рублей.

Таким образом, общая стоимость договора № 17-18-01-1709 от 22.02.2018 была увеличена Заказчиком более чем в двенадцать раз, с 23 936 488,80 рублей до 298 885 464 рублей.

При этом Заказчиком также заключались и иные договоры по предмету «Реконструкция пассажирских обустройств вокзального комплекса Чаны» с единственным поставщиком - ООО «АС-Сибирь» в период, когда по договору № 17-18-01-1709 от 22.02.2018 по дополнительным соглашениям увеличивался объем работ, а также их стоимость.

Так, 29.05.2018 Заказчиком заключен договор с ООО «АС-Сибирь» на выполнение работ по реконструкции вокзального комплекса Чаны по результатам проведения закупки у единственного поставщика 31806539629 на сумму 46 367 344,80 рублей. По результатам названной закупки заключен договор № 17-18-01-2352. Период исполнения обязательств, установленный сторонами, с 30.05.2018 по 31.10.2018.

27.07.2018 Заказчиком опубликовано извещение № 31806762652 о заключении договора на выполнение комплекса работ на объекте «Реконструкция вокзального комплекса Чаны» у единственного исполнителя ООО «АС-Сибирь» на сумму 63 720

531,00 рублей. По результатам закупки заказчиком заключен договор № 17-18-01-4054 от 02.08.2018.

31.10.2018 года размещено извещение 31807096769 о проведении закупки у единственного поставщика ООО «АС-Сибирь» на выполнение комплекса работ по объекту: «Реконструкция вокзального комплекса Чаны» на сумму 168 292 800,00 рублей. По результатам указанной закупки заказчиком заключен договор № 17-18-01-4768 от 07.11.2018.

При этом также Заказчиком 12.02.2020 заключен договор № 17-19-01-6959 с АО «АС-Сибирь» на сумму 93 362 392 рублей на основании протокола заседания закупочной Комиссии от 30.12.2019 № 6953. В соответствии с пунктом 1.1 проекта договора его предметом является «Реконструкция вокзального комплекса Чаны».

На основании изложенного, усматривается, что Заказчиком в период с 19.05.2017 по 12.02.2020 в отношении одного предмета закупки осуществлены шесть закупок у одного единственного поставщика, при этом дополнительным соглашением по одному из договоров стоимость работ и объем были увеличены более чем в двенадцать раз.

Таким образом, следует, что фактически Заказчиком искусственным образом осуществлено дробление необходимого объема работ и заключены отдельные договоры с единственным поставщиком - АО «АС-Сибирь».

В соответствии с пунктом 33 Положения Заказчика он вправе заключать договор с единственным поставщиком проводя дополнительную закупку в случае нецелесообразности смены поставщика ввиду необходимости обеспечения совместимости с имеющимися товарами, оборудованием, технологией или работами, услугами эффективности первоначальной закупки с точки зрения удовлетворения потребностей заказчика. При этом Положением оговорено, что объем дополнительной закупки должен быть ограничен по равнению с первоначальными объемами закупки и должен составлять не более 50 процентов первоначального объема в сумме по всем дополнительным соглашениям.

В настоящем случае Заказчиком заключена была закупка впервые у единственного поставщика по предмету «Реконструкция вокзального комплекса Чаны» 19.05.2017 (извещение № 31705129915) с ценой договора 46 350 400,00 рублей).

Все последующие закупки с учетом дополнительных соглашений, указанных ранее, превышали 50 процентов от первоначального объема по указанному договору.

Управлением направлены в адрес Заказчика запросы письмами исх. № ЕО/65940/20 от 20.11.2020, исх. № ЕО/74615/20 от 24.12.2020, исх. № ЕИ/6508/21 от 05.02.2021. В ответ на указанные запросы антимонопольного органа Заказчик пояснил следующее.

В соответствии с протоколами закупочных Комиссий решение о проведении неконкурентных закупочных процедур у единственного исполнителя принято на основании подпункта 1 пункта 81 Положения Заказчика о закупках в редакции, действующей на момент осуществления юридически значимых действий.

В соответствии с указанным условием Положения о закупках Заказчик вправе

заключить договор у единственного поставщика по решению руководителя (иных уполномоченных лиц) (в исключительных случаях), или в случае срочной потребности в товарах, работах, услугах (если проведение иного способа закупки невозможно) при условии, что обстоятельства, обусловившие срочную потребность в товарах, работах, услугах, невозможно было предусмотреть заранее и они не являются результатом некорректного планирования закупок).

В настоящем случае протоколы о проведении закупок у единственного поставщика принимались Комиссией Заказчика, соответственно правомерность проведения закупок неконкурентным способом подлежала обоснованию со стороны Заказчика с учетом требований Положения, связывающих возможность проведения неконкурентных закупок в исключительных случаях, а равно при наступлении обстоятельств, исключающих возможность проведения закупки на конкурентной основе.

В ответе на запрос о причинах проведения закупок у единственного поставщика Заказчик указал, что по рассматриваемому объекту «Реконструкция вокзального комплекса Чаны» положительное заключение государственной экспертизы по проекту было получено только 02.02.2018, следовательно, в случае проведения открытой конкурентной процедуры Заказчик не смог бы обеспечить участников требуемыми сведениями, и нарушил бы требования к формированию извещения и документации о закупке. Вследствие чего, при организации закупки в 2017 году Заказчиком был выбран альтернативный способ удовлетворения потребности посредством проведения закупок у единственного подрядчика.

Однако Управлением установлено, что пунктом 5.1 договоров от 14.06.2017, 22.02.2018 предусмотрена обязанность Генподрядчика (АО «РЖДстрой») передать подрядчику ООО «АС-Сибирь» утвержденную проектно-сметную документацию в течение 30 дней с даты подписания договоров. Таким образом, на момент заключения договоров с единственным поставщиком у Заказчика имелась необходимая проектная документация для проведения конкурентной процедуры, при этом до получения именно положительного заключения Заказчиком, как изложено ранее, осуществлялись закупки на неконкурентной основе.

Кроме того, как пояснил в возражениях Заказчик, закупки у единственного поставщика обусловлены тем, что подрядчик ООО «АС-Сибирь» выполнил работы по монтажу железобетонных фундаментов, монолитных перекрытий, кирпичных стен и перегородок в 2017 году с опережением графика и ввиду отсутствия объемов финансирования в 2018 году на весь выполненный объем, Заказчиком был заключен договор с единственным исполнителем.

Как пояснил Заказчик, аналогично, ввиду перехода выполненных работ ООО «АС-Сибирь» в 2019 в физический и стоимостной объём работ, требуемых в 2020 году, Заказчиком также были заключены в 2020 году договоры с единственным исполнителем - ООО «АС-Сибирь».

Из представленных пояснений Заказчика не приведено обстоятельств, указывающих на невозможность проведения конкурентной закупочной процедуры. Факт получения положительного заключения государственной экспертизы по проекту лишь 02.02.2018 не свидетельствует о невозможности проведения конкурентных процедур в 2018 году, учитывая, что Заказчиком в указанный год заключено четыре договора неконкурентным способом, что не мешало ему

провести закупки на конкурентной основе.

Помимо указанных обстоятельств Заказчиком не представлено документального подтверждения отсутствия факта финансирования, а также не обоснована необходимость деления объема работ по отдельным закупочным процедурам. Кроме того, выполнение работ подрядчиком с опережением графика приведенного ранее, как указывает Заказчик, не могло стать основанием для принятия обязательств, выполненных на внедоговорной основе с последующей легитимацией такого исполнения за счет заключения договора с единственным поставщиком на уже фактически выполненный объем работ.

Управление отмечает, что при проведении закупочной процедуры путем закупки у единственного поставщика в отсутствие подтверждения экономической-производственной целесообразности проводимых закупок, а также в отсутствие обоснования срочной необходимости такой закупки Заказчик совершает неверный выбор формы проведения такой закупки, поскольку вместо нее должна быть проведена конкурентная закупка. Необоснованное игнорирование Заказчиком проведения конкурентных процедур при осуществлении закупочной деятельности, в свою очередь, приводит к дискриминации и ограничению конкуренции.

Документом, регламентирующим закупочную деятельность конкретного заказчика, является положение о закупках, которое содержит 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 (часть 2 статьи 2 Закона о закупках). В положении о закупке могут быть предусмотрены иные (помимо конкурса или аукциона) способы закупки.

В связи с изложенным, Заказчиком не представлено доказательств, подтверждающих правомерность применения подпункта 1 пункта 81 Положения Заказчика о закупках, а именно срочный характер возникшей потребности в выполнении работ по реконструкция вокзального комплекса станции Чаны, исключающей возможность проведения конкурентных закупочных процедур.

Как указано в письме ФАС России от 27.02.2019 № 17/15158/19 возможность осуществления заказчиками закупки у единственного поставщика предусмотрена частью 3.2 статьи 3 Закона о закупках при условии соблюдения требований, установленных статьей 3 Закона о закупках (соответствие принципам информационной открытости закупки, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки и др.).

Таким образом, заказчик самостоятельно определяет в положении о закупке способы закупки в том числе, условия и порядок заключения договора с единственным поставщиком, исполнителем, подрядчиком.

При этом, проведение закупки у единственного поставщика при любом удобном для Заказчика случае является нарушением принципа отсутствия ограничения конкуренции и положений статьи 3.6 Закона о закупках, согласно которой порядок подготовки и осуществления закупки у единственного поставщика и исчерпывающий перечень случаев проведения такой закупки устанавливаются

положением о закупке.

Данный вывод подтверждается Обзором судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденным Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.05.2018, в котором говорится, что отсутствие в Положении заказчика ограничений по проведению закупки у единственного поставщика является неправомерным и свидетельствует об ограничении конкуренции на торгах: для целей экономической эффективности закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконтурных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы). Кроме того, закупка товаров, работ, услуг у единственного поставщика возможна по результатам несостоявшейся конкурентной закупочной процедуры. Закрепленные заказчиком в положении о закупке условия позволяют осуществлять закупку у единственного поставщика во всех случаях при любых потребностях без проведения конкурентных процедур независимо от наличия конкурентного рынка, создают возможность привлечения исполнителя без проведения торгов (конкурса/аукциона), что, в свою очередь, приводит к дискриминации и ограничению конкуренции.

Таким образом, совокупное толкование норм Закона о закупках и разъяснений Верховного Суда Российской Федерации позволяет сделать вывод, что основополагающим при объявлении закупки у единственного поставщика является именно наличие объективного обоснования проведения закупки именно таким способом.

Согласно части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Согласно части 5 статьи 17 Закона о защите конкуренции положения части 1 настоящей статьи распространяются в том числе на все закупки товаров, работ, услуг, осуществляемые в соответствии с Законом о закупках.

Возможность осуществления заказчиками закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) предусмотрена частью 3.2 статьи 3 Закона о закупках, при условии соблюдения требований, установленных, в частности, статьей 3.6 Закона о закупках.

Согласно статье 3.2 Закона о закупках неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 3 статьи 3 Закона о закупках. Способы неконкурентной закупки, в том числе условия и порядок заключения договора с единственным поставщиком (исполнителем, подрядчиком) и исчерпывающий перечень случаев проведения такой закупки, устанавливаются Заказчиком самостоятельно в Положении о закупках (статья 3.6 Закона о закупках).

В соответствии с позицией ФАС России, изложенной в Стандарте осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц закупка товаров,

работ, услуг у единственного поставщика целесообразна в случае, если такие товары, работы, услуги обращаются на низкоконкурентных рынках, или проведение конкурсных, аукционных процедур нецелесообразно по объективным причинам (например, ликвидация последствий чрезвычайных ситуаций, последствий непреодолимой силы).

Управлением установлено, что рынок выполнения подрядных работ по реконструкции объектов капитального строительства является конкурентным, а проведение закупки у единственного поставщика могло ограничить конкуренцию на торгах, поскольку исключило возможность проведения закупочной процедуры на конкурентной основе без наличия на то достаточных оснований, установленных Заказчиком в собственном Положении о закупках.

С учетом имеющейся информации Управление пришло к выводу, что действия АО «РЖДстрой» при проведении закупок неконкурентным способом привели или могут привести к ограничению конкуренции на рынке выполнения подрядных работ и содержат признаки нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

На основании изложенного издан приказ Московского УФАС России от 20.02.2021 № 33 о возбуждении дела № 077/01/17-3070/2021 и создании Комиссии по рассмотрению дела № 077/01/17-3070/2021 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения АО «РЖДстрой» части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Руководствуясь частью 13 статьи 44 Закона о защите конкуренции,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Назначить дело № 077/01/17-3070/2021 к рассмотрению на 19.03.2021 года в 11 час. 00 мин. Дистанционно (посредством видеоконференцсвязи/программное обеспечение TrueConf). Приглашением в видеоконференцию является ссылка

2. Привлечь к участию в рассмотрении дела в качестве: – заявителя: Анисимова И.

– ответчика: АО «РЖДстрой»;

3. АО «РЖДстрой» представить в адрес Управления в срок до 15.03.2021 письменные пояснения в связи с изложенными обстоятельствами, в том числе:

1. Копии договоров, заключенные по результатам закупок с единственным поставщиками по закупкам №№ №№ 31807361405, 31807096769, 31806762652, 31806539629, 31806168823 со всеми актами и дополнительными соглашениями (ранее в адрес Управления были представлены договоры не по всем закупочным процедурам).

2. Пояснения причин невозможности закупки работ конкурентным способом, в том числе обоснование по каким причинам было осуществлено дробление работ по реконструкции вокзального комплекса посредством отдельных закупок у единственного поставщика. Каким образом осуществлено планирование проведение указанных закупок.

3. Документы, подтверждающие отсутствие финансирования для проведение

конкурентной закупки в соответствии с ранее представленными Заказчиком пояснениями.

4. Иные документы и сведения по существу поставленных вопросов.

Права лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, предусмотрены статьей 43 Закона о защите конкуренции.