

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ

об отложении рассмотрения дела № 9

07 июня 2017 г.

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России) по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства в составе:

Камнева Н.П. – заместитель руководителя управления, председатель Комиссии;

Иванов С.А. – и.о. начальника отдела контроля органов власти, член Комиссии;

Калинина О.Ю. – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти, член Комиссии;

рассмотрев дело № 9 от 04.04.2017 по признакам нарушения акционерным обществом «Сибирская энергетическая компания» (ИНН 5405270340, КПП 997450001, ул. Чаплыгина, дом 57, г. Новосибирск, 630099) пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

### УСТАНОВИЛА

Согласно ст. 48.1 Комиссией Новосибирского УФАС России вынесено заключение об обстоятельствах дела о нарушении антимонопольного законодательства № 9, возбужденного 04.04.2017 г.

В соответствии ч.1, ч. 1.1, ч. 5 ст. 47 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия

### ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Отложить рассмотрение дела № 9 от 04.04.2017г.
2. Назначить рассмотрение дела № 9 от 04.04.2017г. на 06.07.2017г. в 10-00 часов.

### ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА № 9

07.06.2017 г.

г. Новосибирск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

Камнева Н.П. – заместитель руководителя управления, председатель Комиссии;

Иванов С.А. – и.о. начальника отдела контроля органов власти, член Комиссии;

Калинина О.Ю. – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Н  
иссии,

рассмотрев дело о нарушении антимонопольного законодательства № 9, возбужденное 04.04.2017г. в отношении акционерного общества «Сибирская энергетическая компания» (ИНН 5405270340, КПП 997450001, ул. Чаплыгина, дом 57, г. Новосибирск, 630099), по признакам нарушения п. 3 ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в присутствии представителей:

- ООО «СТК», <...> (по доверенности);

- АО «СИБЭКО», <....> (по доверенности), <...> (по доверенности),

руководствуясь статьей 48.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

#### УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление ООО «СТК» (ИНН 5433956349, ОГРН 1165476075467), указывающее на наличие признаков нарушения анти-монопольного законодательства в действиях АО «СИБЭКО».

По результатам рассмотрения вышеуказанного заявления 04.04.2017г. было возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства № 9 по признакам нарушения АО «СИБЭКО» пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в установлении в Положении о закупках АО «СИБЭКО» (ч. 3.1 ст. 45, ч. 3.1 ст. 49) норм о том, что заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем запроса цен и запроса предложений, а также о том, что заключение договора по итогам закупочных процедур, кроме конкурса или аукциона, является правом Заказчика (п. 11.1.4 Положения о закупках), что приводит (может привести) к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, руководствуясь частью 13 статьи 44 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции».

АО «СИБЭКО» представило следующие пояснения по существу рассматриваемого дела (вх. № 4109 от 02.05.2017г.).

Критерии, определяющие способ закупки - это предмет и цена договора, а не информация, подлежащая указанию в извещении о закупке.

В Определении от 05.04.2017г. сделан вывод о том, что требования, предъявляемые извещению о конкурентных закупках АО «СИБЭКО» (конкурс, аукцион, запрос предложений, запрос цен, закупка у единственного поставщика) в полном объеме соответствуют требованиям, предъявляемым к торгам, в соответствии с ГК РФ.

Однако данное обстоятельство не является основанием признания конкурентной процедуры - запроса предложений, торгами.

Пунктом 2 раздела VII Стандарта осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц, утвержденного Федеральной антимонопольной службой, предусмотрено, что для повышения прозрачности проводимых закупок заказчику следует установить в положении о закупке критерии выбора заказчиком способа закупки товаров, работ, услуг в зависимости от предмета договора и или

цены договора.

Так, в частности, в случае закупки с целью обеспечения срочных, неотложных нужд заказчика при небольшой сумме начальной (максимальной) цены договора, порог которой установлен в положении о закупке целесообразно применять такие конкурентные процедуры как запрос котировок, запрос предложений.

В случае же, если предмет договора носит более сложный характер для эффективного проведения закупки следует применять конкурсную процедуру либо аукцион.

Таким образом, способы закупки подлежат разделению в зависимости от критериев выбора заказчиком способа закупки товаров, работ, услуг в зависимости от предмета договора и (или) цены договора.

Согласно указанным рекомендациям в Положении о закупке товаров АО «СИБЭКО» предусмотрены критерии выбора той или иной процедуры закупки (п.4.1.1).

Так, например, конкурс проводится при закупках сложной продукции либо простой продукции в значительных объемах. Аукцион может проводиться при закупках простой продукции на функционирующих рынках (в т.ч. биржах) на сумму, не превышающую 3 (три) млн. рублей без НДС.

Открытый запрос предложений в том значении, в котором он используется в соответствии с Положением о закупке АО «СИБЭКО» согласно позиции Верховного Суда РФ, не является формой торгов и не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств.

Тот факт, что согласно п.7.3 Положения в извещении о закупке, в том числе при запросе предложений, указывается информация, которая сходна с информацией, которая в соответствии с ч.2 ст.448 ГК РФ является обязательной для извещения о проведении торгов, не имеет определяющего значения для квалификации способа закупки.

Унификация формы извещения о закупке в соответствии с Положением о закупке АО «СИБЭКО» направлена на установление наиболее удобного взаимодействия между организатором и участником закупки.

Определяющим же значением должны являться критерии отнесения способа закупки к той или иной процедуре, установленные в порядке п. 2 ст.2 Закона о закупках в Положении о закупке.

Право отказа от заключения договора по итогам закупочной процедуры, за исключением конкурса или аукциона, заказчиком определяется самостоятельно и не влечет недопущение, ограничение или устранение конкуренции, а также нарушение порядка определения победителя.

Закон о закупке определяет общие положения (разделы), которые должны включаться в положение о закупке, но не содержит каких-либо обязательных требований или ограничений к порядку проведения процедур закупки, в частности, не устанавливает правила отмены закупочной процедуры.

Следовательно, непосредственное содержание указанных разделов, а также правила отмены закупочной процедуры определяется заказчиком самостоятельно.

Согласно разделу 6 Положения о закупке АО «СИБЭКО» заключение договора по итогам иных процедур, нежели конкурс или аукцион, является правом Общества.

Аналогичные условия содержались также в документации о закупке от 09.12.2016г., а именно: «Данная процедура не является офертой или публичной офертой, или процедурой проведения торгов. Заключение договора для заказчика по результатам процедуры не является обязательным. Данная конкурентная процедура может быть прекращена в любой момент до подведения её итогов».

При этом, участие в закупке является свободным волеизъявлением участника закупки, при котором он принимает на себя обязательства соблюдать условия закупочной процедуры и порядок проведения, содержащиеся в документации о закупке. Таким образом, считаем, что право организатора запроса предложений на отказ от заключения договора, не приводит к ограничению числа потенциальных участников закупки и нарушению порядка определения победителя.

Реализация данного права может прервать сам процесс закупки, но никак не нарушить установленный порядок выбора победителя.

АО «СИБЭКО» не совершало каких-либо действий, которые могли бы быть признаны действиями, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Довод о том, что установление в Положении о закупке права отказаться от заключения договора с победителем запроса цен и запроса предложений, приводят к нарушению порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений несостоятелен, поскольку основан лишь на возможной оценке участником закупки целесообразности участия в процедуре.

В то время как, внутреннее убеждение участника закупки относительно необходимости своего участия в конкретной процедуре закупки не может лежать в основе вменения Организатору закупки вышеуказанного нарушения в отсутствие конкретных действий, нарушающих нормы осуществления процедуры.

Считаем, что право организатора запроса предложений (оферт) на отказ от заключения договора не приводит к ограничению числа потенциальных участников закупки и нарушению порядка определения победителя.

Отсутствие в Положении о закупке механизма ответственности организатора закупки в случае отказа от заключения договора, само по себе не может служить основанием для квалификации наличия или отсутствия права на отказ от заключения договора по итогам закупочной процедуры.

Данное право, как указано выше, принадлежит организатору закупки в соответствии с законом и Положением о закупке. В соответствии с п.1 ст.2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли; каждый субъект предпринимательской деятельности самостоятельно оценивает ее эффективность и целесообразность, исходя из поставленных целей.

При нарушении обязательств, сторона, которая понесла убытки, вправе требовать взыскания данных убытков с виновной стороны, что регулируется гражданским законодательством.

При этом, затраты на участие в закупке со стороны участника не превышают разумных расходов субъекта при осуществлении предпринимательской деятельности, направленной на получение прибыли.

В обоснование вышеизложенной позиции АО «СИБЭКО» приводит следующие судебные акты: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.12.2016 № А41-21786/16; Определение ВС РФ от 24.03.2017 N 305-ЭС17-1283 по делу N А41-21786/2016; Определение ВС РФ от 13.05.2015 N 305-КГ15-3950 по делу N А40-34303/2014; Определение от 24.03.2017 N 305-ЭС17-1283 по делу N А41-21786/2016; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 08.12.2014 N Ф06-17789/2013 по делу N А65- 8455/2014; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.01.2017 N Ф08-10342/2016 по делу N А53-10355/2016; решение Санкт-Петербургского УФАС России от 19 июля 2016 г. по жалобе N Т02-437/16.

АО «СИБЭКО» сообщает, что в 2016 году закупки способов запроса цен не проводились, в 2017 году отказы от заключения договоров с победителями закупок в форме запроса цен и запроса предложений отсутствуют.

Исходя из анализа и сопоставления изложенных доводов и возражений Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к следующим выводам.

Акционерно общество «Сибирская энергетическая компания» (ИНН 5405270340, ОГРН 1045401912401, далее - АО «СИБЭКО») является организацией, осуществляющей регулируемые виды деятельности в сфере электроснабжения, газоснабжения, теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, утилизации (захоронения) твердых бытовых отходов (ИКЮЛ 4540527034054060100104, дата присвоения- 05.10.2016г.).

АО «СИБЭКО» осуществляет свою закупочную деятельность на основании требований Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также Положения о закупке товаров, работ, услуг АО «СИБЭКО» (утверждено Решением Совета директоров АО «СИБЭКО», протокол № 25 от 26.12.2016, далее - Положение о закупке АО «СИБЭКО»).

Исходя из анализа Положения о закупках АО «СИБЭКО» антимонопольным органом установлено, что заказчик допускает проведение следующих видов закупочных процедур: конкурс, аукцион, запрос предложений, запрос цен, закупка у единственного поставщика.

При этом Положением о закупке АО «СИБЭКО» (пункты 7.1.2.1.- 7.1.2.4) вышеуказанным процедурам закупки даны следующие характеристики:

Конкурс - конкурентная процедура формализованного запроса технико-коммерческих предложений (оферт) с выбором победителя по совокупности критериев и с обязанностью Заказчика заключить договор с победителем такой процедуры. Конкурс может проводиться при закупках сложной продукции либо

простой продукции в значительных объемах. Продолжительность процедуры с даты размещения извещения до окончания подачи заявок на участие не менее 20 календарных дней;

Аукцион - конкурентная процедура формализованного запроса технико-коммерческих предложений (оферт) с выбором победителя только по цене и с обязанностью Заказчика заключить договор с победителем такой процедуры. Аукцион может проводиться при закупках простой продукции на сумму, не превышающую 3 (три) млн. рублей без НДС. Продолжительность процедуры с даты размещения извещения до окончания подачи заявок на участие не менее 20 календарных дней;

Запрос предложений - конкурентная процедура формализованного запроса технико-коммерческих предложений (оферт) с выбором лучшего предложения и определением победителя по совокупности критериев оценки и без обязанности Заказчика заключить договор по результатам такой процедуры. Продолжительность процедуры с даты размещения извещения до окончания подачи заявок на участие не менее 5 рабочих дней;

Запрос цен - конкурентная процедура формализованного запроса технико-коммерческих предложений (оферт) с выбором лучшего предложения и определением победителя только по цене и без обязанности Заказчика заключить договор по результатам такой процедуры. Продолжительность процедуры с даты размещения извещения до окончания подачи заявок на участие не менее 3 рабочих дней.

Таким образом, вышеуказанные процедуры закупки являются конкурентными (допускают соперничество двух и более хозяйствующих субъектов), однако заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем запроса цен и запроса котировок. АО «СИБЭКО» указывает, что заключение договора по итогам закупочных процедур, кроме конкурса или аукциона, является правом Заказчика (п. 11.1.4 Положения о закупках), а не его обязанностью.

Давая оценку вышеизложенным обстоятельствам Комиссия Новосибирского УФАС России исходит из правовой природы определения «торги». Так, в соответствии с ч. 4 ст. 447 Гражданского Кодекса РФ, торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом.

Следовательно, Гражданский Кодекс не ограничивает формы торгов определениями «конкурс» и «аукцион». Согласно ч. 1 ст. 447 ГК РФ, договор, если иное не вытекает из его существа, может быть заключен путем проведения торгов. Договор заключается с лицом, выигравшим торги.

Федеральный закон от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» не ограничивает заказчика как в выборе процедур закупки, так и в формулировании названия таковой процедуры. В частности, ч. 3 ст. 3 ФЗ-223 устанавливает, что в положении о закупке заказчика могут быть предусмотрены иные (помимо конкурса или аукциона) способы закупки. При этом заказчик обязан установить в своем положении о закупке порядок закупки указанными способами.

Торгами в контексте гражданского законодательства могут быть признаны закупочные процедуры, по своей правовой природе отвечающие определению «аукцион» или «конкурс», вне зависимости от того, какое наименование присвоено им организатором таких процедур. Признание процедуры закупки торгами влечет определенную правовую оценку такой процедуры, в том числе к рассматриваемым правоотношениям могут применимы запреты и ограничения, установленные ст. 17 Федерального закона от 26.07.2016г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Согласно ч. 2 ст. 448 ГК РФ, извещение о проведении торгов должно содержать сведения:

- о времени, месте и форме торгов;
- об их предмете, о существующих обременениях продаваемого имущества;
- о порядке проведения торгов, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги;
- сведения о начальной цене.

Общий порядок проведения конкурентных процедур, проводимых АО «СИБЭКО» установлен п. 7.3 Положения о закупках. Так, согласно п. 7.3.2 Положения о закупках, началом конкурентной процедуры является опубликованное извещение о закупке, которое должно содержать следующую информацию:

- способ закупки;
- наименование, место нахождения, почтовый адрес, адрес электронной почты, номер контактного телефона Заказчика;
- предмет договора с указанием количества поставляемого товара, объема выполняемых работ, оказываемых услуг;
- место поставки товара, выполнения работ, оказания услуг;
- сведения о начальной (максимальной) цене договора (цене лота);
- срок, место и порядок предоставления документации о закупке, размер, порядок и сроки внесения платы, взимаемой Заказчиком за предоставление документации, если такая плата установлена Заказчиком, за исключением случаев предоставления документации в форме электронного документа;
- место и дата рассмотрения заявок на участие и подведения итогов закупочной процедуры.

Таким образом, требования, предъявляемые извещению о конкурентных закупках АО «СИБЭКО» (конкурс, аукцион, запрос предложений, запрос цен, закупка у единственного поставщика) в полном объеме соответствуют требованиям, предъявляемым к торгам, в соответствии с ГК РФ.

Заказчик, который осуществляет свою закупочную деятельность в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» свободен в выборе форм и

наименования проводимых закупок (установление данных норм в Положении о закупках). Однако проведение данных процедур должно в полной мере отвечать всем публично возложенным нормам права.

Вынося настоящее заключение, Комиссия Новосибирского УФАС России принимает во внимание тот факт, что отнесение таких форм закупок как «запрос предложений» и «запрос цен» к понятию «торги» в соответствии с гражданским законодательством является важной, но не определяющей причиной для квалификации состава вменяемого нарушения антимонопольного законодательства.

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.

Необоснованный отказ от заключения договора после подведения итогов закупки в том случае, когда заказчику уже известно конкретное лицо-хозяйствующий субъект, ставшее победителем не может отвечать гарантиям поддержки конкуренции, установленным ч. 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации.

В той ситуации, когда заказчик свободен в волеизъявлении о заключении договора по результатам закупки, неизбежно возникают риски того, что решение о заключении договора может быть отложено до тех пор, пока победителем не будет признан аффилированный участник. Вышеуказанное обстоятельство недопустимо, так как противоречит основополагающим принципам, установленным Федеральным законом от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а именно - равноправию, справедливости, отсутствию дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

При этом важным обстоятельством является тот факт, что нарушение императивного запрета на действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении закупок, установленное ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» не требует доказательства наступления неблагоприятных последствий, достаточно угрозы их возникновения.

При квалификации действий АО «СИБЭКО» по включению в положение о закупках норм о том, что заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем запроса цен и запроса предложений, а также о том, что заключение договора по итогам закупочных процедур, кроме конкурса или аукциона, является правом Заказчика (п. 11.1.4 Положения о закупках), Новосибирское УФАС в первую очередь исходит из обстоятельства негативного влияния данных пунктов Положения на состояние конкуренции при проведении субъектом естественной монополии закупочной деятельности.

Изложенная позиция косвенно подтверждается фактом обращения хозяйствующего субъекта - полноправного участника товарного рынка в антимонопольный орган, а также аналитическим отчетом по результатам анализа

состояния конкуренции при проведении АО «СИБЭКО» закупок в форме запроса котировок и запроса предложений, в частности установлено, что хозяйствующие субъекты, соотнося все риски участие в такой процедуре, когда надлежащие исполнение требований закупочной документации и наилучшее предложение по критериям отбора не является гарантом заключения договора ставят под сомнение рациональность участия в проводимой закупке, что ограничивает круг потенциальных участников и негативно влияет на состояние конкуренции при такой закупке.

Данный вывод также подтверждается решением Седьмого арбитражного апелляционного суда РФ (постановление по делу А45-26064/2015).

В частности, Суд пришел к выводам о том, что:

- в системе действующего правового регулирования при проведении конкурентного отбора контрагента является недопустимым наличие у одного субъекта исключительно прав, у другого – исключительно обязанностей. В частности, в случае уклонения потенциального участника открытого запроса предложений от заключения договора с заказчиком участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. Однако, заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем без принятия на себя какой-либо ответственности;

- включение в Положение о право отказаться от заключения договора с победителем без принятия на себя какой-либо ответственности, нарушает пункт 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в части установления возможности для необоснованного отказа от подписания договора с участником запроса предложений, предложившим лучшие условия исполнения гражданско-правовой сделки, с целью выбора определенного поставщика при проведении последующей аналогичной закупки, что может привести к нарушению порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений, то есть к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводам о том, что возможность безусловного отказа от заключения договора с победителем закупки, проведенной конкурентным способом, когда хозяйствующие субъекты учувствуют в добросовестном соперничестве на любом товарном рынке недопустима вне зависимости от того как заказчик именуется закупку (запрос цен, запрос котировок, запрос предложений, запрос заявок и т.д.) и вне зависимости от того попадает ли данная закупка под понятие «торги», установленное Гражданским Кодексом РФ.

В случае отнесения такой закупки к понятию «торги» в соответствии с ГК РФ недопустимость безусловного права отказа от заключения договора после подведения итогов только усиливает императивный запрет на данные действия, но не является единственным основанием для принятия решения о квалификации таких действий как нарушение антимонопольного законодательства.

Судебная практика, на которую ссылается АО «СИБЭКО» не может быть принята во внимание, так как в ней не рассматривался вопрос о соответствии Положения о закупках АО «СИБЭКО» нормам Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции», а также Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ «О

закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». В определении Верховного Суда РФ № 305-ЭС17-1283 от 24.03.2017г. фактически не рассматривался вопрос об отнесении какой-либо процедуры закупки к понятию «торги» (в соответствии с Гражданским Кодексом РФ) в случае соответствия требованиям к извещению о проведении торгов, установленным ч. 2 ст. 448 ГК РФ, но имеющим название, отличное от «конкурс» или «аукцион». Данный судебный акт является определением об отказе к принятию к производству дела судебной коллегией по экономическим спорам Верховного суда РФ.

Таким образом, руководствуясь частью 1 статьи 41 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводам о том, что установление в Положении о закупках АО «СИБЭКО» (ч. 3.1 ст. 45, ч. 3.1 ст. 49) норм о том, что заказчик оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем запроса цен и запроса предложений, а также о том, что заключение договора по итогам закупочных процедур, кроме конкурса или аукциона, является правом Заказчика (п. 11.1.4 Положения о закупках), что приводит (может привести) к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, и содержит признаки нарушения п. 3 ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».