

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-4712/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

18.04.2023

г. Москва

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

рассмотрев жалобы ООО «Ортега» (далее - Заявитель) на действия ... при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по капитальному ремонту зданий при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по капитальному ремонту зданий (ДОЛ «Факел», ДОЛ «Магистраль») ... при проведении открытого конкурса среди субъектов малого и среднего предпринимательства в электронной форме на право заключения договора выполнения работ по текущему ремонту зданий и сооружений (ДОЛ «Факел», ДОЛ «Магистраль», ДОЦ «Старая Руза», ДОЛ «Синезёрки»),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Московского УФАС России поступили жалобы Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупок.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалобы Заявителя отвечают требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

В своих жалобах Заявитель оспаривает отказ Заказчика от заключения договоров с Заявителем как с единственным участником ввиду признания Закупок несостоявшимся.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, и на заседание Комиссии представил письменные возражения, а также иные истребованные антимонопольным органом документы.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссией установлено следующее.

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 (далее - положение о закупке).

В силу 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

проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Комиссией установлено, что 21.02.2023, 22.02.2023 Заказчик в соответствии с постановлением Правительства РФ от 06.03.2022 № 301 «Об основаниях неразмещения в единой информационной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд сведений о закупках товаров, работ, услуг, информации о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми заключены договоры» на официальном сайте Оператора ЭТП (<https://www.rts-tender.ru/>) на сайте <https://www.rts-tender.ru/> разместил информацию о проведении Закупок.

При проведении данных Закупок Заказчик руководствовался нормами Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным советом директоров ОАО «РЖД» от 28.06.2018 в редакции с изменениями, утвержденными решениями совета директоров ОАО «РЖД» от 01.02.2023 (далее – Положение о закупке).

Согласно пункту 1.3. протокола от 30.03.2023 №186/ОКЭ-МОСК/23/2 открытый конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства № 186/ОКЭ-МОСК/23 признать несостоявшимся в связи с тем, что подана одна заявка на основании подпункта 2) пункта 3.14.1. документации о закупке.

Согласно пункту 1.3. протокола от 30.03.2023 №228/ОКЭ-МОСК/23/2 открытый конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства № 228/ОКЭ-МОСК/23 признать несостоявшимся в связи с тем, что подана одна заявка на основании подпункта 2) пункта 3.14.1. документации о закупке.

Согласно пункту 1.3. протокола от 30.03.2023 №239/ОКЭ-МОСК/23/2 открытый конкурс в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства №239/ОКЭ-МОСК/23 по лоту №1 признать

несостоявшимся в связи с тем, что подана одна заявка на основании подпункта 2) пункта 3.14.1. документации о закупке.

Договор с единственным допущенным участником по результатам закупки не заключается.

В соответствии с пунктом 5 статьи 447 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. Иные основания признания торгов несостоявшимися устанавливаются законом.

Согласно пункту 3.9.2 Закупочной документации установлено, что если на участие в закупке поступила одна заявка, заказчиком может быть принято решение о признании закупки несостоявшейся без рассмотрения заявки. Соответствующая информация указывается в итоговом протоколе. Иные протоколы в ходе закупки не оформляются.

На основании подпункта 2 пункта 3.14.1. Закупочной документации запрос предложений признается несостоявшимся, в связи с тем, что на участие в запросе предложений подана одна заявка. Аналогичное основание предусмотрена подпунктом 2 пункта 300 Положения о закупке.

Согласно позиции Заказчика включение в Положение о закупках, Закупочную документацию указания на право заказчика (не обязанность) заключить договор с единственным допущенным участником или не заключать его, обосновано исходя из того, что организация закупочной деятельности является инструментом сокращения издержек и получения экономической эффективности от проведения торгов.

Также Заказчик отмечает, что в связи с допуском в процедуру одного участника у заказчика отсутствует объективная возможность заключения договора с лицом, предложившим наиболее лучшие условия, равно как и по признанию этого лица победителем закупочной процедуры. Отсутствие конкурентной борьбы в рассматриваемой закупке свидетельствует о невозможности признания Заявителя победителем закупки, а значит не порождает обязанностей по заключению договора.

Таким образом, Заказчик приходит к выводу, что завершение обжалуемой процедуры Закупки в порядке части 1 статьи 447 ГК РФ, а именно заключение договора с победителем закупки невозможно ввиду его отсутствия.

Согласно позиции Заказчика, признание открытого конкурса несостоявшимся без заключения договора с единственным участником (допущенным к участию в запросе предложений и не признанным победителем) само по себе, в отсутствие запрещающих норм, нельзя признать незаконным и несоответствующим установленным целям законодательства о закупках. Противоположное же не обеспечивает эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений. Заказчик при проведении закупок исходит из необходимости достижения цели проведения закупки конкурентным способом в целях эффективного

расходования денежных средств. В настоящем случае, с учетом допуска лишь одной заявки, одна из основных целей законодательства о закупках, а именно: экономия денежных средств в результате конкурентной борьбы участников закупки обществом не была достигнута.

Признавая открытый конкурс несостоявшимся без заключения договора с единственным лицом, заявка которого была допущена к участию, Заказчик с учетом приведенных норм Положения о закупках, закупочной документации имеет возможность повторно провести закупочную процедуру с целью расширения круга участников, повышения конкуренции и достижения эффекта экономии своих денежных средств.

В свою очередь, Комиссия оценивает позицию Заказчика критически ввиду следующего.

Целями Закона о закупках являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, осуществляющих закупки в соответствии с ним, в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

В связи с этим Закон о закупках устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке юридическими лицами, указанными в части 2 его статьи 1 и характеризующимися наличием публичных элементов в своем статусе или в составе участников либо выполнением публично значимых функций. При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципами информационной открытости закупки, равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика, а также принципом отсутствия ограничений допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к ее участникам.

Тем не менее, хотя лица, осуществляющие закупки в соответствии с Законом о закупках, не являются органами публичной власти, наличие публичных элементов в их статусе или в составе участников либо выполнение ими публично значимых функций во всяком случае предполагают повышенные требования к урегулированности правоотношений с их участием с учетом

применимости к таким закупкам требования о поддержании доверия к действиям публичных субъектов.

Не должны создаваться и условия для ограничения конкуренции, для произвольного усмотрения в правоотношениях, в которых затрагиваются интересы иных лиц потенциальных поставщиков товаров, работ, услуг, порождающего в том числе коррупционные риски.

Соответственно, условием реализации указанных принципов является отсутствие в положении о закупке предписаний, создающих условия для дискриминации участника торгов и нарушения его прав. Поэтому документами, регламентирующими закупки, включая соответствующее положение о закупке, не должна допускаться ситуация, когда заказчик (организатор торгов) действовал бы в отношении с единственным участником торгов по своему произвольному усмотрению, не основанному на какой-либо регламентации, определенным образом предписывающей его поведение при признании торгов несостоявшимися в связи с отсутствием других участников торгов.

Согласно позиции, установленной Постановлением Конституционного суда от 23.12.2022 №57-П нормы действующего законодательства не предполагают обязанности заказчика (организатора торгов) заключить договор, на право заключения которого проводятся обязательные торги, с единственным участником торгов в случае их признания несостоявшимися в связи с отсутствием других участников торгов, если в положении о закупке, принятом в соответствии с данным Федеральным законом, прямо предусмотрено, что в этом случае договор не заключается и торги проводятся повторно. **Когда же в названном документе подобное решение вопроса не предусмотрено либо допускается произвольное усмотрение заказчика (организатора торгов) в вопросе о заключении такого договора, признание торгов несостоявшимися на указанном основании не влечет отказа от заключения договора с единственным участником торгов, если объективных препятствий к заключению договора с этим участником не имеется (заказчик имеет возможность заключить договор с единственным участником, предложение которого является конкурентным, соответствует закупочной документации, а она, в свою очередь, не ограничивает условия для свободной конкуренции).**

Вместе с тем в соответствии с пунктом 301 Положения о закупке если открытый конкурс признан несостоявшимся вследствие поступления конкурсной заявки от одного участника, а также если к участию в открытом конкурсе допущен один участник, **с таким участником может быть заключен договор в порядке, установленном нормативными документами заказчика. Цена заключаемого договора не может превышать цену, указанную в конкурсной заявке участника.**

Цена договора, заключаемого с единственным участником конкурса,

определяется в порядке, установленном заказчиком. При этом если цена договора снижена заказчиком по сравнению с ценой, предложенной единственным участником конкурса в заявке на участие в конкурсе, договор заключается при согласии такого участника.

Согласно пункту 302 Положения о закупке если открытый конкурс признан несостоявшимся, заказчик вправе объявить новый конкурс или осуществить закупку другим способом. Выбор иного способа осуществляется исходя из условий применения такого способа, предусмотренных Положением.

То есть, Комиссия считает необходимым отметить, что в силу Постановления Конституционного суда от 23.12.2022 №57-П нормы действующего законодательства не предполагают обязанности заказчика (организатора торгов) заключить договор с единственным участником торгов в случае их признания несостоявшимся в связи с отсутствием других участников торгов, **если в положении о закупке, принятом в соответствии с данным Федеральным законом, прямо предусмотрено, что в этом случае договор не заключается** и торги проводятся повторно.

При этом в рассматриваемом случае пунктом 301 Положения о закупке не установлено прямое требование о незаключении договора с единственным участником в случае признания запроса предложений несостоявшимся вследствие поступления заявки от одного участника.

Напротив, пункты 301, 302 Положения о закупке содержат формулировки о праве Заказчика заключить договор с единственным участником, либо объявить новый конкурс или осуществить закупку другим конкурентным способом, то есть, допускается произвольное усмотрение заказчика.

Между тем, Комиссия отмечает, что Законом о закупках установлены общие принципы и основные требования к закупке товаров, работ, услуг именно в целях обеспечения единства экономического пространства, создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 названного Закона, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, предотвращения коррупции и других злоупотреблений.

Вместе с тем Заявитель, как более слабая сторона, не должен претерпевать негативные последствия, обусловленные действиями Заказчика, в данном случае выразившиеся в незаключении договора с единственным участником.

При этом в соответствии с пунктом 3 Протоколов результатов рассмотрения

вторых частей заявок от 30.03.2023 по процедурам №№186/ОКЭ-МОСК/23, 228/ОКЭ-МОСК/23, 239/ОКЭ-МОСК/23 (лот №1), Заявитель признан соответствующим требованиям документации.

Между тем, в своих возражениях Заказчик ссылается на Определение Верховного суда Российской Федерации от 26.01.2023 №305-ЭС-24492 по делу №А40-237073/2021 согласно которому Верховный суд Российской Федерации согласился с позицией Заказчика о правомерности незаключения договора с единственным участником закупочной процедуры.

В свою очередь, Комиссия отмечает, что Верховный суд Российской Федерации в своем определении от 26.01.2023 №305-ЭС-24492 по делу №А40-237073/2021 устанавливал правомерность незаключения договора с единственным участником основываясь на том, что после повторного пересмотра заявок участников у заказчика отпала потребность в проведении закупочной процедуры, то есть, предписание было отменено, поскольку «фактически вынуждало заключить договор поставки и монтажа электротехнического оборудования, в котором у общества отпала необходимость».

В настоящем случае, как пояснил Заказчик, потребность в проведении закупочной процедуры по предмету обжалуемой Закупки не отпала.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что определение Верховного суда Российской Федерации от 26.01.2023 № 305-ЭС-24492 по делу №А40-237073/2021 неприменимо к предмету рассматриваемой ситуации.

При таких обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу о несоответствии действий Заказчика требованиям, установленным пунктом 2 части 1 статьи 3 закона о закупках.

С учетом изложенного, на основе всестороннего исследования, оценки конкретных фактических обстоятельств, установленных на заседании и доказательств по делу в их совокупности и взаимосвязи Комиссия приходит к выводу об обоснованности жалоб и о необходимости выдачи Заказчику обязательных для исполнения предписаний.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобы ООО «Ортега» (ИНН:6732216778, ОГРН:1216700014827) на действия ... при проведении Закупки обоснованными.
2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенного нарушения.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.