РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена 17 мая 2017 года г. Новосибирск

Решение в полном объёме изготовлено 25 мая 2017 года

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

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

Должженкова Е.В. – начальник отдела контроля органов власти, член Комиссии;

Филатьева И.Е. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти, член Комиссии,

рассмотрев дело № 6, возбужденное 16.03.2017 по признакам нарушения Государственным автономным учреждением Новосибирской области «Центр адаптивной физической культуры и спорта Новосибирской области» (ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО»; ул. Бетонная, д. 16/3, г. Новосибирск, 630024; ИНН 5406112882) пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

в присутствии представителей ответчика - ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО»: директора ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» <...> (на основании Приказа от 11.05.2017 года № 14-л/с), <...> (по доверенности от 12.04.2017 года № 10),

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступили материалы проверки Управления Федеральной службы безопасности по Новосибирской области в отношении ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО».

По результатам рассмотрения указанных материалов установлено следующее.

ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» является юридическим лицом, осуществляющим, в том числе, предоставление услуг по организации и проведению физкультурно-оздоровительных и спортивно-массовых мероприятий, предоставление услуг по размещению рекламы юридических лиц при проведении спортивно-массовых мероприятий учреждения, предоставление услуг по использованию спортивного зала, оборудования и инвентаря, тренажерного зала для проведения спортивно-массовых мероприятий физическим и юридическим лицам на договорной основе.

ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» руководствуется в закупочной деятельности положениями Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также Положением о закупке товаров, работ, услуг ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО», утвержденным Наблюдательным советом ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» (в настоящее время действует Положение, утвержденное 08.02.2017 года; далее – Положение о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО»).

Разделом 14 Положения о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» предусмотрен такой

способ проведения закупки как запрос предложений.

Согласно пункту 14.1 раздела 14 Положения о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» процедура запроса предложений не является конкурсом, аукционом и ее проведение не регулируется статьями 447 - 449 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Данная процедура открытого запроса предложений также не является публичным конкурсом и не регулируется статьями 1057 - 1061 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации, и не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств. Процедура запроса предложений не является запросом котировок. Извещение и документация являются приглашением делать оферты. Заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам настоящей процедуры закупки и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры.

Кроме того, в соответствии с пунктом 14.2 Положения о закупке ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» заказчик имеет право отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

Таким образом, ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» установлена возможность отказа от заключения договора по результатам проведения запроса предложений, а также возможность отказа от процедуры закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

В соответствии с частью 12 статьи 44 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в отношении ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» возбуждено дело № 6 (приказ № 48 от 16.03.2017 года) по признакам нарушения пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» представило следующие пояснения по существу дела.

В соответствии со статьей 435 ГК РФ предложение есть оферта, соответственно запрос предложений - приглашение делать оферты (часть 2 статьи 437 ГК РФ), таким образом, запрос предложений не является торгами в соответствии со статьями 447-449 ГК РФ.

Данная процедура также не является публичным конкурсом и не регулируется статьями 1057-1061 ГК РФ.

Договор заключается при условии полного и безоговорочного акцепта оферты в соответствии с частью 1 статьи 438 ГК РФ, следовательно, в случае, если по решению закупочной комиссии, которая действует на основании Положения о закупочной комиссии, оферта не удовлетворила полностью запрос Заказчика, даже если его заявка соответствует основным требованиям (т.е. нет основания для отклонения заявки и нельзя ни одну заявку признать победителем), законодательство не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств. Закупочная комиссия в этом случае отражает свое решение в протоколе, подлежащем размещению в ЕИС, с указанием основания.

При этом признаки ограничения конкуренции в данном случае отсутствуют, поскольку ни одна заявка не отклонена и никому не отдано преимущество, порядок

определения поставщика не нарушен (пункт 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», прописан в пунктах 14.5-14.7 Положения), Победитель определяется в соответствии с пунктом 14.8.

Положение о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» создано на основе Типового положения, утвержденного Приказом Контрольного управления во исполнение Распоряжения Правительства Новосибирской области от 21.05.2013 года № 225-рп «Об организации в Новосибирской области закупок отдельными видами юридических лиц», согласно пункту 2 которого Областным исполнительным органам государственной власти Новосибирской области, осуществляющим координацию и регулирование деятельности государственных унитарных предприятий в соответствующих отраслях, а также имеющим подведомственные им государственные автономные учреждения, организовать работу по приведению в срок до 01.10.2013 года положений о закупках товаров, работ, услуг соответствующих заказчиков в соответствие с Методическими рекомендациями, предусмотренными пунктом 1 настоящего распоряжения. В данной редакции положение о закупках товаров, работ, услуг ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» использует с 2013 года. Процедуру «запрос предложений» применяли 11 раз с 2013 года, не одна процедура не была отменена по решению заказчика и не разу не использовали подпункт 1) раздела 14.1. Положения о закупках товаров, работ, услуг ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» «заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам настоящей процедуры закупки и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры».

Признаем, что в случае необоснованного отказа Заказчика от заключения договора с победителем запроса предложений (если такой определен закупочной комиссией), Заказчик не имеет права заключить договор с единственным поставщиком без повторного проведения процедуры.

В связи с вышеизложенным, подготовлен проект изменений в данный абзац раздела 14.1. положения о закупке товаров, работ, услуг ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» в следующей редакции: «Процедура запроса предложений не является конкурсом, аукционом и ее проведение не регулируется статьями 447 - 449 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Данная процедура открытого запроса предложений также не является публичным конкурсом и не регулируется статьями 1057 - 1061 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации, и не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств. Процедура запроса предложений не является запросом котировок. Извещение и документация являются приглашением делать оферты», в новой редакции положения убран спорный раздел. Положение в новой редакции будет утверждено наблюдательным советом ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» и опубликовано до 28.04.2017 года в ЕИС.

Анализ содержания поступивших материалов, представленных документов и сведений позволяет сделать следующие выводы.

Пунктом 14.1 раздела 14 Положения о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» предусмотрено, что процедура запроса предложений не является конкурсом, аукционом и ее проведение не регулируется статьями 447 - 449 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Данная процедура открытого запроса предложений также не является публичным конкурсом и не регулируется статьями 1057 - 1061 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации,

и не накладывает на заказчика соответствующего объема гражданско-правовых обязательств. Процедура запроса предложений не является запросом котировок. Извещение и документация являются приглашением делать оферты. Заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам настоящей процедуры закупки и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры.

В соответствии с пунктом 14.2 Положения о закупке ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» заказчик имеет право отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

Вышеизложенные пункты Положения о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» противоречат антимонопольному законодательству по следующим основаниям.

На основании части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» 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 1 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее - заказчики), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также - закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

В силу части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются следующими принципами:

1) информационная открытость закупки;

2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;

3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика;

4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Учитывая изложенное, нормам Конституции Российской Федерации, Гражданского

кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации должно соответствовать и Положение о закупке, являющееся 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.

Также Положение о закупках должно быть направлено на достижение целей регулирования Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и соответствовать принципам указанного Федерального закона.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «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, в том числе нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений.

В силу части 5 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» положения части 1 настоящей статьи распространяются, в том числе на все закупки товаров, работ, услуг, осуществляемые в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Согласно части 1 статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц.

Федеральный закон от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» не содержит понятия торгов, а также положений, из которых следует, что торгами являются только конкурсы и аукционы.

Исходя из положений норм права, 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.

Более того, в соответствии с частью 4 статьи 447 ГК РФ торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом. То есть согласно ГК РФ торгами признаются не только аукцион или конкурс, но иные формы конкурентных процедур, предусмотренные законодательством. Таким образом, положения статьи 447 ГК РФ не исключают возможности отнесения к торгам закупки в форме запроса предложений. В соответствии с частью 1 статьи 447 ГК РФ договор заключается с лицом, выигравшим торги. Следовательно, при проведении торгов в иной, помимо конкурса и аукциона форме, у организатора не отпадает обязанность по заключению договора с победителем.

ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» по результатам запроса предложений определяет участника, предложившего лучшие условия исполнения договора.

Согласно части 2 статьи 448 ГК РФ извещение о проведении торгов должно содержать сведения о времени, месте и форме торгов, об их предмете, о существующих обременениях продаваемого имущества и о порядке проведения торгов, а также сведения о начальной цене.

В соответствии с пунктом пункт 7.1.1 части 7.1 раздела 7 Положения о закупках ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» извещение о проведении запроса предложений содержит сведения, закрепленные в части 2 статьи 448 ГК РФ.

Из чего следует, что такое извещение публикуется для неопределенного круга лиц и содержит условия, позволяющие, на основании части 4 статьи 447 ГК РФ, отнести запрос предложений к торгам, проводимым в иной форме конкурентной процедуры, кроме конкурса или аукциона. В связи с чем, к данным правоотношениям применимы нормы Гражданского Кодекса РФ, регулирующие проведение торгов вне зависимости от того, как ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» именует проводимые им процедуры.

В соответствии с частью 1 статьи 447 ГК РФ договор заключается с лицом, выигравшим торги.

Согласно части 4 статьи 447 ГК РФ торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом. Из данного положения не следует, что при проведении торгов в иной, помимо конкурса и аукциона форме, у организатора отсутствует обязанность по заключению договора с победителем.

Положением о закупке ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» закреплена обязанность лица, признанного в качестве победителя закупки, заключить договор, при этом согласно Положению о закупках за Заказчиком закреплено право не заключать договор по результатам запроса предложений, предусмотрена возможность заключения договора с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры, а также закреплено право отмены процедуры закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

Указанные положения противоречат общим принципам гражданского законодательства, в частности принципу равенства участников гражданских правоотношений, установленному частью 1 статьи 1 ГК РФ, а также установленному частью 1 статьи 10 ГК РФ запрету на злоупотребление правом.

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 потенциального участника запроса предложений в правоотношениях с Заказчиком (ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО») не отвечает.

Так, в случае уклонения потенциального участника открытого запроса предложений от заключения договора с Заказчиком участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. В то же время заказчик (ГАУ НСО

«ЦАФКиС НСО») оставляет за собой право отказаться от заключения договора с победителем либо отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения без принятия на себя какой-либо ответственности.

Согласно аналитическому отчету по результатам анализа состояния конкуренции при проведении ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» закупок товаров, работ, услуг способом запроса предложений, выполненному отделом товарных и финансовых рынков Новосибирского УФАС России, возможности для заказчика, установленные пунктами 14.1, 14.2 Положения о закупке ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» (Заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам настоящей процедуры закупки и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры (пункт 14.1.), Заказчик имеет право отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения (пункт 14.2.)), являются невыгодными для добросовестных участников закупки и приводят (могут привести) к их отказу от участия в закупке, а следовательно, к сокращению количества хозяйствующих субъектов конкурирующих между собой за право заключения договора по результатам проведения ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» запроса предложений, что в свою очередь приводит (может привести) к ограничению конкуренции при осуществлении таких закупок.

При этом указанные нормы дают заказчику возможность неограниченное число раз отказаться от подписания договора с добросовестным участником – победителем закупки, а также отменить процедуру закупки, в том числе после подведения итогов, что может привести к злоупотреблению при проведении закупки с целью выбора определенного победителя, и тем самым – к ограничению конкуренции среди участников.

Об этом свидетельствует довод ответчика о том, что если заявка участника соответствует требованиям закупочной документации и основания для отклонения заявки отсутствуют, закупочная комиссия, чтобы не заключать договор с таким участником, может отменить закупку на основании указанных выше норм Положения о закупках.

Действия по отказу от заключения договора с победителем по результатам размещения закупки в форме запроса предложений, а также по отмене процедуры закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения, не неся при этом никакой ответственности перед участником закупки, в том числе по возмещению затрат связанных с подготовкой и подачей заявок на участие в запросе предложений могут привести к необоснованному ограничению числа потенциальных участников данной закупки.

Увидев вышеуказанные положения в закупочной документации, реальные претенденты могут отказаться от участия в запросе предложений.

То есть может быть ограничено количество участников закупки, что противоречит таким целям Федерального закона от 18.07.2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», как 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.

Данная позиция подтверждается Постановлением Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.07.2014 года № А65-226/2014, Постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2016 года № А45-26064/2015).

Следовательно, действия ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» по включению в Положение о закупке пунктов, в соответствии с которыми Заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам настоящей процедуры закупки и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры, а также имеет право отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения без принятия на себя какой-либо ответственности, нарушают пункт 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 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. Такая возможность злоупотребления правом заказчика приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

На основании изложенного, руководствуясь статьей 23, частью 1 статьей 39, частями 1-3 статьи 41, статьей 49 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Комиссия Новосибирского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» нарушившим пункт 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. Выдать ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства. Для его исполнения ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» необходимо обратиться в Наблюдательный совет ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» для внесения изменений в Положение о закупке, а именно исключении из Положения о закупке пункта, предусматривающего право ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» отказаться от заключения договора с победителем по результатам проведения запроса предложений с возможностью заключения при этом договора с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры, а также пункта, предусматривающего право Заказчика отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

3. Признать, что основания для принятия иных мер по пресечению и (или) устранению последствий антимонопольного законодательства отсутствуют.

ПРЕДПИСАНИЕ № 33

о прекращении нарушения антимонопольного законодательства

25 мая 2017 года г. Новосибирск

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

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

Долженкова Е.В. – начальник отдела контроля органов власти, член Комиссии;

Филатьева И.Е. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти, член Комиссии,

руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьей 50 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции», на основании своего решения от 25.05.2017 года по делу № 6, возбужденному 16.03.2017 по признакам нарушения Государственным автономным учреждением Новосибирской области «Центр адаптивной физической культуры и спорта Новосибирской области» (ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО»; ул. Бетонная, д. 16/3, г. Новосибирск, 630024; ИНН 5406112882) пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» прекратить нарушение антимонопольного законодательства, выразившееся во включении в Положение о закупке пунктов 14.1, 14.2, в соответствии с которыми Заказчик не имеет обязанности заключения договора по результатам запроса предложений и может заключить договор с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры, а также имеет право отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения без принятия на себя какой-либо ответственности, что привело или могло привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

2. С целью исполнения настоящего предписания ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» необходимо совершить действия, направленные на обеспечение конкуренции, а именно в срок до 16.06.2017 года необходимо обратиться в Наблюдательный совет ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» для внесения изменений в Положение о закупке, а именно исключении из Положения о закупке пункта 14.1, предусматривающего право ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» отказаться от заключения договора с победителем по результатам проведения запроса предложений с возможностью заключения при этом договора с единственным поставщиком без проведения повторной процедуры, а также пункта 14.2, предусматривающего право Заказчика отменить процедуру закупки способом запроса предложений на любом этапе его проведения.

3. Об исполнении настоящего предписания ГАУ НСО «ЦАФКиС НСО» сообщить в Новосибирское УФАС России до 22.06.2017 года с приложением подтверждающих документов.