

**ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА**

УПРАВЛЕНИЕ

Федеральной антимонопольной службы по Сахалинской области

почтовый адрес: пр. Победы, 24,

г. Южно-Сахалинск, 693007

юридический адрес: пр. Победы, 24,

г. Южно-Сахалинск, 693007

тел. (4242) 46-55-66, 46-55-69, факс (4242) 46-55-67

e-mail: to65@fas.gov.ru

_____ № _____

На № _____ от _____

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о назначении дела № 065/01/17-135/2023 о нарушении

антимонопольного законодательства к рассмотрению

01 марта 2023 года г. Южно-Сахалинск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Сахалинской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства ***

УСТАНОВИЛ:

В Управление Федеральной антимонопольной службы России по Сахалинской области (далее – Сахалинское УФАС России, Управление) поступило заявление от 01.12.2022 вх. № 4565эл Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Сахалинской области о проведении проверки в отношении администрации муниципального образования «Холмский городской округ» на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства по факту участия МБУ «УГДХ» в закупке по извещению № 0361300009122000*** на выполнение работ, связанных с осуществлением регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом по регулируемому тарифу на территории муниципального образования «Холмский городской округ» по маршруту № 165.

Из заявления следовало, что МБУ «УГДХ» было допущено к участию в названной закупке при наличии конфликта интересов, поскольку директор Департамента ЖКХ администрации МО «Холмский городской округ» (Заказчика) являлся представителем учредителя МБУ «УГДХ» (участника закупки). Заявление приводит правовую позицию, изложенную в п. 4 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о применении пункта 9 части 1 статьи 31 Федерального закона от 5 апреля 2013 года N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.09.2016). Верховный суд Российской Федерации указал, что в случае, когда руководитель заказчика является представителем учредителя некоммерческой организации (участника закупки), это обстоятельство свидетельствует о возникновении конфликта интересов и приводит к ограничению конкуренции при проведении закупки, поскольку интересы заказчика и участника закупки фактически представляет одно лицо.

В результате рассмотрения заявления Управлением установлено следующее.

09.02.2022 г. администрацией муниципального образования «Холмский городской округ» в порядке Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" было размещено извещение № 0361300009122000*** о проведении открытого конкурса в электронной форме на выполнение работ, связанных с осуществлением регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом по регулируемому тарифу на территории муниципального образования «Холмский городской округ» по маршруту № 165.

Согласно протоколу подведения итогов определения подрядчика в закупке по извещению № 0361300009122000*** приняло участие три заявки, все были допущены к участию, с победителем – МБУ «УГДХ» был заключен муниципальный контракт № 22-235/***

- определение поставщика (подрядчика, исполнителя) - совокупность действий, которые осуществляются заказчиками в порядке, установленном Федеральным законом № 44, начиная с размещения извещения об осуществлении закупки товара, работы, услуги для обеспечения государственных нужд (федеральных нужд, нужд субъекта Российской Федерации) или муниципальных нужд либо в установленных настоящим Федеральным законом случаях с направления приглашения принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершаются заключением контракта.

Для определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), за исключением осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), заказчик создает комиссию по осуществлению закупок (далее в настоящей статье – комиссия).

Администрация муниципального образования «Холмский городской округ» является уполномоченным органом по определению поставщиков, которая утверждает состав комиссии по осуществлению закупок.

Статья 31 Закона о контрактной системе устанавливает единые требования к

участникам закупки, в том числе требования об отсутствии между участником закупки и заказчиком конфликта интересов, под которым понимаются случаи, при которых руководитель заказчика, член комиссии по осуществлению закупок, руководитель контрактной службы заказчика, контрактный управляющий состоят в браке с физическими лицами, являющимися выгодоприобретателями, единоличным исполнительным органом хозяйственного общества (директором, генеральным директором, управляющим, президентом и другими), членами коллегиального исполнительного органа хозяйственного общества, руководителем (директором, генеральным директором) учреждения или унитарного предприятия либо иными органами управления юридических лиц - участников закупки, с физическими лицами, в том числе зарегистрированными в качестве индивидуального предпринимателя, - участниками закупки либо являются близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами), усыновителями или усыновленными указанных физических лиц. Под выгодоприобретателями для целей настоящей статьи понимаются физические лица, владеющие напрямую или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) более чем десятью процентами голосующих акций хозяйственного общества либо долей, превышающей десять процентов в уставном капитале хозяйственного общества.

МБУ «УГДХ» (далее-Учреждение) создано на основании постановления администрации муниципального образования «Холмский городской округ» «О создании муниципального бюджетного учреждения «Управление городским дорожным хозяйством муниципального образования «Холмский городской округ» от 13.08.2014 г. № *** (в редакции постановления от 11.12.2014 г. № ***). Учреждение является некоммерческой организацией, созданной для выполнения работ, оказания услуг в целях обеспечения реализации полномочий органов местного самоуправления, предусмотренных законодательством Российской Федерации, в сфере дорожной деятельности на территории Холмского городского округа. Согласно пункту 1.3 Устава МБУ «УГДХ» функции и полномочия учредителя Учреждения осуществляет Департамент ЖКХ администрации муниципального образования «Холмский городской округ» (далее – Учредитель).

Департамент жилищно-коммунального хозяйства администрации муниципального образования "Холмский городской округ" (далее - Департамент жилищно-коммунального хозяйства) входит в структуру администрации муниципального образования "Холмский городской округ" и является функциональным органом администрации муниципального образования "Холмский городской округ" на территории муниципального образования "Холмский городской округ" по решению вопросов местного значения в сфере жилищно-коммунального хозяйства. В соответствии с Положением о Департаменте Департамент является муниципальным заказчиком по осуществлению закупок товаров, работ, услуг для обеспечения нужд Холмского городского округа.

Согласно закупочной документации Заказчиком закупки являлся Департамент жилищно-коммунального хозяйства администрации муниципального образования «Холмский городской округ, определение поставщика осуществляла администрация муниципального образования «Холмский городской округ».

Таким образом, по закупке № 0361300009122000*** директор Департамента являлся руководителем Заказчика и одновременно представлял учредителя некоммерческой организации МБУ «УГДХ» (участника закупки).

Руководитель заказчика и представитель учредителя некоммерческой организации (участника закупки) не указаны в числе лиц, одновременное участие которых в закупках товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд свидетельствует о конфликте интересов в соответствии с пунктом 9 части 1 статьи 31 Закона N 44-ФЗ. Об этом же говорит администрация в своих пояснениях, указывая, что между участником конкурса МБУ «УГДХ» и заказчиком (Департаментом) конфликт интересов отсутствовал, поскольку, исходя из нормы пункта 9 части 1 статьи 31 Закона о контрактной системе, конфликт интересов подразумевается между родственниками.

Законодательство о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд состоит из Закона N 44-ФЗ, а также иных федеральных законов, регулирующих указанные отношения, в частности Закона N 135-ФЗ (часть 1 статьи 2 Закона N 44-ФЗ).

Частью 1 статьи 17 Закона N 135-ФЗ установлены запреты на осуществление организатором закупки или заказчиком действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе на координацию деятельности участников закупки, создание преимущественных условий участия в закупке для отдельных ее участников (в том числе путем открытия доступа к информации), нарушение порядка определения победителя закупки.

Из системного толкования указанных положений Закона N 44-ФЗ и Закона N 135-ФЗ следует, что представление одним лицом как заказчика, так и участника закупки препятствует достижению указанных целей и может привести к нарушению равенства участников закупки, баланса интересов участников закупки и заказчика, к предоставлению необоснованных преференций одному из участников.

В случае, когда руководитель заказчика является представителем учредителя некоммерческой организации (участника закупки), это обстоятельство свидетельствует о возникновении конфликта интересов и приводит к ограничению конкуренции при проведении закупки, поскольку интересы заказчика и участника закупки фактически представляет одно лицо.

Данная правовая позиция изложена в п. 4 Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о применении пункта 9 части 1 статьи 31 Федерального закона от 5 апреля 2013 года N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.09.2016).

Более поздняя правовая позиция, касающаяся антимонопольных требований к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений, изложена в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 N 2 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства" (пункт 40).

Согласно данной позиции, по смыслу норм пунктов 1, 2 и 4 части 1 статьи 17 Закона

о защите конкуренции не допускаются к участию в обязательных процедурах, конкурентных закупках организатор, заказчик, работники организатора или заказчика, а также иные лица, которым организатор или заказчик имеют фактическую возможность давать обязательные для исполнения указания или иным образом определять их действия. Осуществление фактического контроля возможно вне зависимости от наличия (отсутствия) формально-юридических признаков связанности (например, через родство или свойство с лицами, входящими в состав органов управления участника, прямое или опосредованное участие в капитале либо в управлении). При установлении такого контроля необходимо проверить, насколько значительным было влияние связанного с ним лица на принятие решений, касающихся участия в обязательной процедуре, конкурентной закупке.

Таким образом, в соответствии с рассмотренной правовой позицией Верховного Суда РФ *фактический контроль* организатора или заказчика, проявляющийся в возможности давать обязательные для исполнения указания или иным образом определять действия участника, отнесен к действиям, запрещенным п. 1, 2 и 4 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Согласно Уставу МБУ «УГДХ» Учредитель назначает директора Учреждения и прекращает его полномочия, осуществляет контроль за деятельностью Учреждения (пункты 7.4, 7.11 Устава).

Таким образом, в случае рассматриваемой закупки имело место представление одним лицом как заказчика, так и участника закупки, а также фактический контроль Заказчика в отношении участника закупки – МБУ «УГДХ».

По смыслу взаимосвязанных положений части 1 статьи 1, частей 1 и 4 статьи 17, части 5 статьи 18 Закона о защите конкуренции антимонопольный контроль допускается в отношении процедур, обязательность проведения которых прямо предусмотрена законом и введена в целях предупреждения и пресечения монополистической деятельности, формирования конкурентного товарного рынка, создания условий его эффективного функционирования (далее - обязательные процедуры), например конкурентных процедур определения поставщика в соответствии со статьей 24 Закона о контрактной системе.

Данная позиция закреплена в пункте 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 N 2 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства".

Таким образом, уполномоченным органом/заказчиком при организации и проведении конкурентных процедур закупок помимо соблюдения требований Закона о контрактной системе также должны соблюдаться положения статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Анализ положений статьи 17 Закона о защите конкуренции свидетельствует о том, что запреты, предусмотренные пунктом 1 части 1 (в части запрета на координацию деятельности участников), пунктами 2 - 4 части 1, а также частями 2 и 3 статьи 17 Закона о защите конкуренции являются безусловными запретами.

Вышеизложенные факты, свидетельствуют о том, что администрация при проведении электронного аукциона на право заключения муниципального

контракта на выполнение работ, связанных с осуществлением регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом по регулируемому тарифу на территории муниципального образования «Холмский городской округ» по маршруту № 165 (извещение № 0361300009122000*** на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок <https://zakupki.gov.ru>), допустив и признав победителем заявку МБУ "УГДХ", учредителем которой являлся Заказчик аукциона, нарушила порядок определения победителя электронного аукциона, так как заявка такого участника подлежала отклонению.

Таким образом, рассматриваемые действия администрации содержат признаки нарушения п. 3 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с пунктом 3.49. регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации одним из оснований для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства является:

- поступление из государственных органов, органов местного самоуправления материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства.

- заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства.

На основании изложенного издан приказ Сахалинского УФАС России от 01.03.2023 № *** о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства № 065/01/17-135/2023 по признакам нарушения администрацией муниципального образования «Холмский городской округ» пункта 3 части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Руководствуясь частью 13 статьи 44 Закона о защите конкуренции,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Назначить дело № 065/01/17-135/2023 к рассмотрению на **03 апреля 2023 года в 15 часов 00 минут** по адресу: г. Южно-Сахалинск, пр. Победы, д. 24, 1 этаж, зал заседаний.
2. Привлечь к участию в рассмотрении дела:

- в качестве ответчика:

- администрацию муниципального образования «Холмский городской округ»*

- в качестве заявителя:

- Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Сахалинской области и его аппарат *

- в качестве заинтересованного лица:

- Муниципальное бюджетное учреждение «Управление городским дорожным

хозяйством муниципального образования «Холмский городской округ» (МБУ «УГДХ») *

1. Ответчику представить письменные пояснения по факту возбужденного дела, содержащие сведения об участниках закупки № 0361300009122000**, приложить копии всех заявок на участие в закупке № 0361300009122000**.
2. МБУ «УГДХ» представить письменные пояснения по факту возбужденного дела.

Явка представителя ответчика по делу на рассмотрение обязательна (при невозможности присутствия на заседании Комиссии Сахалинского УФАС России стороны по делу заблаговременно направляют ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя).

При себе необходимо иметь документы, удостоверяющие личность, доверенность, на право представления интересов организации в антимонопольном органе, заверенную надлежащим образом.

Председатель Комиссии ****