РЕШЕНИЕ

по делу № 216-18/02АЗ

г. Орел

Резолютивная часть решения оглашена 24 января 2019 г.

В полном объеме решение изготовлено 07 февраля 2019 г.

Комиссия Орловского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

<…> (далее – Комиссия),

рассмотрев дело № 216-18/02АЗ, возбужденное по признакам нарушения Казенным учреждением Орловской области «Орловский областной государственный заказчик» (302026, г. Орел, ул. МОПРа, 42, ИНН5752030770) части 2 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), в присутствии на заседании представителя КУ ОО «Орёлгосзаказчик» <…> (доверенность от 05.12.2018 б/н),

УСТАНОВИЛА:

При рассмотрении жалобы ООО «Недра Сибири» (дело № 072-18/03ТЖ от 15.02.2018) на действия Заказчика – КУ ОО «Орёлгосзаказчик» по разработке документации об Аукционе на выполнение работ по строительству и реконструкции автомобильных дорог в Мценском районе Орловской области: строительство автомобильной дороги с. Спасское-Лутовиново - д. Шеламово в Мценском районе Орловской области; реконструкция автомобильной дороги д. Шашкино - д. Миново в Мценском районе Орловской области Комиссией Орловского УФАС России были усмотрены признаки нарушения части 2 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

21.06.2018 в соответствии с приказом Орловского УФАС России № 76 в отношении КУ ОО «Орёлгосзаказчик» по признакам нарушения части 2 статьи 17 Закона о защите конкуренции было возбуждено дело № 216-18/02АЗ и создана Комиссия по рассмотрению дела о

нарушении антимонопольного законодательства.

Комиссией было установлено.

Аукцион проводился в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе).

Начальная (максимальная) цена контракта – 48 738 444,00 рублей.

Выполнение работ предусмотрено за счет средств областного бюджета и субсидий из федерального бюджета.

До окончания срока, указанного в документации о проведении электронного аукциона на определение подрядчика для осуществления закупки на выполнение работ по строительству и реконструкции автомобильных дорог в Мценском районе Орловской области, поступила одна заявка – ООО «МонолитСтрой Тула», которая была принята электронной площадкой.

В связи с тем, что поступила только одна заявка на участие в электронном аукционе, в соответствии с частью 16 статьи 66 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», аукцион был признан несостоявшимся. 06 марта 2018 года КУ ОО «Орёлгосзаказчик» был заключен Контракт № 3-с с ООО «МонолитСтрой Тула». Снижение максимальной цены контракта составило 0%. На момент рассмотрения настоящего дела Контракт исполнен.

В техническом задании документации об Аукционе установлено, что все виды работ по строительству автомобильной дороги с. Спасское-Лутовиново - д. Шеламово в Мценском районе Орловской области и реконструкция автомобильной дороги д. Шашкино - д. Миново в Мценском районе Орловской области должны быть выполнены лично в полном соответствии с проектной документацией, сводными ведомостями объемов работ и локальными сметами, представленными в составе настоящей документации об аукционе, условиями контракта и требованиями действующих нормативных правовых и нормативно - технических актов, строительных норм и правил, государственных стандартов.

Аналогичное условие было предусмотрено и в пункте 4.19 проекта Контракта «Подрядчик выполняет работы, предусмотренные

Контрактом, лично без привлечения других лиц (субподрядчиков).

В соответствии с частью 2 статьи 19 Федерального закона от 08.11.2007 N 257-ФЗ (ред. от 05.12.2017) «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» прокладка, перенос или переустройство инженерных коммуникаций, их эксплуатация в границах полосы отвода автомобильной дороги осуществляются владельцами таких инженерных коммуникаций или за их счет на основании договора, заключаемого владельцами таких инженерных коммуникаций с владельцем автомобильной дороги и разрешения на строительство, выдаваемого в соответствии с Градостроительным кодексом Российской Федерации и настоящим Федеральным законом (в случае, если для прокладки, переноса или переустройства таких инженерных коммуникаций требуется выдача разрешения на строительство).

Следовательно перечень работ, которые необходимо было выполнить на объектах, включает в себя работы, выполнение которых зависит от третьих лиц, и которые не могут быть выполнены исполнителем самостоятельно, как того требует Контракт, а именно работы по переустройству инженерных коммуникаций: линий связи, газопровода, воздушных линий электропередач ВЛ-04 и ВЛ-10 кВ, водопроводной сети, а также работы по устройству освещения.

Переустройство инженерных коммуникаций (ЛЭПы, газопроводы, нефтепроводы, водоводы, канализация, теплотрассы, связь и др.) должно производиться на основании технических условий, выдаваемых организациями-собственниками, отвечающими за эксплуатацию этих сооружений.

Технические условия на перенос различных коммуникаций, который необходимо выполнить в ходе исполнения Контракта, были получены в период осуществления работ по разработке проектной документации на строительство и реконструкцию автомобильных дорог и в последующем в составе проектной (сметной) документации переданы КУ ОО «Орелгосзаказчик» в адрес ООО «МонолитСтрой Тула».

Таким образом, ещё на стадии подготовки проектной документации Заказчику было известно, что возможность выполнения всего комплекса работ, предусмотренных техническим заданием, без привлечения третьих лиц (субподрядчиков) имеется не у всех

участников рынка строительства, реконструкции и ремонта автомобильных дорог, которые могут принять участие в аукционе, ввиду специальной подготовки персонала, разрешения на проведение определенного вида работ, что нашло подтверждение в ходе рассмотрения дела.

Для выполнения работ, предусмотренных Контрактом № 3-с от 06.03.2018, ООО «МонолитСтрой Тула» были привлечены третьи лица – субподрядчики: АО «Газпром газораспределение Орел» (договор возмездного оказания услуг № 72/21 от 11.05.2018 на выполнение предусмотренных проектом работ на газопроводе в ходе реконструкции автомобильной дороги д. Шашкино – д. Миново в Мценском районе Орловской области) и ООО «РегионДорСтрой» (договор подряда № 20/2 от 06.03.2018 на выполнение работ по защите существующего газопровода низкого давления, по защите водопровода, по переустройству водопроводной сети, по устройству наружного освещения на объекте «Строительство автомобильной дороги с. Спасское-Лутовиново – д. Шеламово в Мценском районе Орловской области».

По мнению Комиссии, установление в аукционной документации требования к Подрядчику о выполнении всех работ лично, может рассматриваться как ограничение конкуренции, так как добросовестные участники рынка (потенциальные участники закупки), не имеющие возможности осуществить все работы, предусмотренные аукционной документацией, лично не подавали заявки на участие в аукционе.

Участник закупки является субъектом предпринимательской деятельности, он вправе согласно ГК РФ привлекать для выполнения работ субподрядчиков. Вместе с тем установление в документации о закупке запрета на их привлечение ограничивает генерального подрядчика в свободной предпринимательской деятельности и является вмешательством в работу участника закупки.

Статьёй 8 Закона о контрактной системе определено: «Контрактная система в сфере закупок направлена на создание равных условий для обеспечения конкуренции между участниками закупок. Любое заинтересованное лицо имеет возможность в соответствии с законодательством Российской Федерации и иными нормативными правовыми актами о контрактной системе в сфере закупок стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении

принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок, операторами электронных площадок, операторами специализированных электронных площадок любых действий, которые противоречат требованиям настоящего Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок».

Комиссия полагает, что включение в документацию об аукционе требования о выполнении Исполнителем работ лично нарушает принцип равнодоступности при проведении торгов, исключает возможность участия в торгах отдельных участников рынка, ограничивает возможность соперничества на аукционе за право заключения контракта и выполнения работ по предмету контракта, что может привести к ограничению конкуренции при проведении торгов, и запрещено частью 2 статьей 17 Закона о защите конкуренции.

Обеспечение конкуренции отнесено к первоочередным задачам законодательства о контрактной системе, что направлено, в том числе, на эффективное использование источников финансирования и выявления лица, исполнение контракта с которым в наибольшей степени будет результатом выбора наилучшего, т.е. наиболее конкурентоспособного предложения, что отвечает целям правового регулирования и согласуется с целями и задачами антимонопольного законодательства и законодательства о контрактной системе. А навязывание требования личного исполнения работ является принуждением к заключению договора и нарушает установленную статьей 421 ГК РФ свободу договора.

08.11.2018 в адрес КУ ОО «Орелгосзаказчик» направлено заключение об обстоятельствах дела № 216-18/02АЗ (исх. № 4052/02) согласно части 1 статьи 48.1 Закона о защите конкуренции.

10.12.2018 представителем КУ ОО «Орелгосзаказчик» представлены пояснения и возражения по доводам, изложенным в заключении об обстоятельствах дела, с приложением пакета документов, которые ранее не представлялись Комиссии и не оценивались ею на момент выдачи заключения об обстоятельствах дела (вх. № 6779).

В связи с чем, на заседании 11.12.2018 Комиссия пришла к выводу, что для принятия объективного решения по результатам рассмотрения дела № 216-18/02АЗ о нарушении антимонопольного законодательства ей необходимо всесторонне исследовать представленные КУ ОО «Орелгосзаказчик» материалы и документы и в случае необходимости, для получения дополнительной информации, направить запросы участникам рынка строительства, реконструкции, ремонта автомобильных дорог.

20.12.2018 КУ ОО «Орелгосзаказчик» представлены дополнительные объяснения и доводы в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела (вх. № 7025).

Суть объяснений КУ ОО «Орелгосзаказчик» сводится к следующему.

В соответствии с п.1 ч.1 ст.31 Закона № 44-ФЗ при осуществлении закупки заказчик устанавливает единые требования к участникам закупки об их соответствии требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации к лицам, осуществляющим поставку товара, выполнение работы, оказание услуги, являющихся объектом закупки.

Все работы, входящие в предмет контракта, имеют технологическую взаимосвязь, следовательно, входят в предмет одной сделки, т.е., являются единым объектом закупки. Выполнение всех сопутствующих работ по переносу существующих сетей обязан именно подрядчик под контролем владельцев сетей.

Установление к участникам закупки предусмотренных п.1 ч.1 ст.31 Закона № 44-ФЗ требований обусловлено, прежде всего, объектом закупки и необходимостью эффективного достижения необходимых результатов работ, а также эффективного использования бюджетных средств.

Конкуренция на торгах не была и не могла быть ограничена в связи с тем, что требования к участнику закупки, с которым возможно заключить контракт по результатам определения подрядчика, одинаковы как для лица, выполняющего работы лично, так и для лица намеренного привлечь к выполнению работ субподрядчиков.

Наличие в Контракте условия о выполнении работ лично не влечет никаких дополнительных требований к участникам, иных по сравнению с требованиями, которые предъявлялись к участникам в случае отсутствия в Контракте условия о личном выполнении работ,

следовательно, не приводят к сужению круга потенциальных участников торгов.

КУ ОО «Орелгосзаказчик» были установлены равные условия для всех участников закупки, которые могли в соответствии с законодательством принять участие в торгах. Законодательно необоснованного ограничения числа участников закупки Учреждением допущено не было.

Установление условия о порядке выполнения работ никаким образом не повлияло и не могло повлиять на объем правоспособности, которой в силу действующего законодательства должен обладать участник закупки для допуска к участию в торгах.

Тот факт, что никто из региональных подрядчиков не изъявил желание участвовать в определении подрядчика не может свидетельствовать о незаконном ограничении/возможном ограничении заказчиком конкуренции, поскольку участие в закупках является добровольным, заказчик не обладает полномочиями по понуждению юридических и физических лиц, индивидуальных предпринимателей, к участию в торгах.

Участие в аукционе могло принять неограниченное количество лиц, обладающих общей и специальной правоспособностью.

Подробно доводы КУ ОО «Орелгосзаказчик» изложены в письменных объяснениях и возражениях на заключение об обстоятельствах дела.

В целях установления очевидного ограничения доступа потенциальных участников к участию в аукционе были направлены запросы хозяйствующим субъектам, осуществляющим деятельность на рынке строительства, реконструкции и ремонта автомобильных дорог (потенциальным участникам торгов).

Результаты опроса хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на рынке строительства, реконструкции, ремонта автомобильных дорог, не позволили антимонопольному органу сделать однозначный вывод об имеющемся нарушении антимонопольного законодательства со стороны КУ ОО «Орелгосзаказчик» при проведении аукциона, а именно: включение в аукционную документацию требования Заказчика об обязательном личном (без привлечения субподрядчиков) выполнении победителем аукциона всех видов работ по строительству и реконструкции автомобильных дорог.

Мнение опрошенных субъектов разделились. Часть хозяйствующих субъектов считает указанное требование ограничением конкуренции и его не следует включать в аукционную документацию. Наличие данного условия в аукционной документации явилось одной из причин не принятия ими участия в проводимом аукционе. Другая часть полагает, что данное условие не ограничивает конкуренцию и не противоречит действующему законодательству, а в качестве причин, по которым они не приняли участие в аукционе указали: 1) выполнение работ является нецелесообразным для предприятия; 2) загрузка мощностей на момент проведения аукциона.

Учитывая изложенное Комиссия отмечает, что требование КУ ОО «Орелгосзаказчик» о выполнении всех работ лично согласно аукционной документации может в определенных случаях привести к необоснованному ограничению конкуренции на товарном рынке работ по строительству и реконструкции автомобильных дорог.

На заседании Комиссии 24.01.2019 представитель ответчика по делу (КУ ОО «Орелгосзаказчик») по существу сделанных Комиссией Управления в заключении об обстоятельствах дела выводах поддержал позицию, озвученную ранее (исх. № 2171-18 от 10.07.2018, исх. № 2598-18 от 15.08.2018, исх. № 3068-18 от 19.09.2018), а также изложенную в возражениях (исх. № 4243-18 от 10.12.2018, исх. № 4388-18 от 20.12.2018).

Проанализировав представленные КУ ОО «Орелгосзаказчик» возражения на заключение об обстоятельствах дела, а также представленные потенциальными участниками аукциона – хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на рынке строительства, реконструкции и ремонта автомобильных дорог, Комиссия, руководствуясь статьёй 23, частью 1 статьи 39, частями 1-3 статьи 41, пунктом 1 части 1 статьи 48 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

РЕШИЛА:

Производство по делу № 216-18/02АЗ о нарушении антимонопольного законодательства в отношении КУ ОО «Орелгосзаказчик» прекратить, в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией действиях.