



АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва
10.11.2023

Дело № А40-254140/2022

Резолютивная часть постановления объявлена 09.11.2023

Полный текст постановления изготовлен 10.11.2023

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего-судьи Петропавловской Ю.С.,

судей: Анисимовой О.В., Шевченко Е.Е.

при участии в заседании:

от ОАО «РЖД» в лице филиала «Центральная дирекция закупок и снабжения»:

Плевако И.А. по доверенности от 30.11.2022, паспорту, Ефремова А.С. по доверенности от 30.11.2022, паспорту;

от ФАС России: Ратникова А.В. по доверенности от 21.11.2022, удостоверению;

от ООО «СД-К»: не явился, извещён;

рассмотрев 09.11.2023 в судебном заседании кассационную жалобу ФАС России

на решение от 31.03.2023 Арбитражного суда города Москвы,

на постановление от 04.07.2023 Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу № А40-254140/2022

по заявлению ОАО «РЖД» в лице филиала «Центральная дирекция закупок и снабжения»

к ФАС России,

третье лицо: ООО «СД-К»
об оспаривании решения,

УСТАНОВИЛ:

ОАО «РЖД» (далее - общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными решения и предписания ФАС России (далее - антимонопольный орган, служба) от 19.08.2022 № 223ФЗ-339/22.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 31.03.2023, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.07.2023, заявленные требования удовлетворены.

В кассационной жалобе служба просит отменить данные судебные акты, ссылаясь на неправильное применение судами норм права, неполное выяснение фактических обстоятельств.

В судебном заседании представитель службы поддержал доводы и требования кассационной жалобы, представитель общества возражал против удовлетворения кассационной жалобы по основаниям, изложенным в отзыве.

Иные лица, извещенные надлежащим образом о дате, месте и времени судебного разбирательства в суде кассационной инстанции, своих представителей не направили, что в силу положений части 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) не является препятствием для рассмотрения кассационной жалобы в их отсутствие.

Изучив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, выслушав лиц, участвовавших в судебном заседании, проверив в порядке статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права, кассационная инстанция полагает, что имеются основания для отмены обжалуемых судебных актов в связи со следующим.

Арбитражные суды установили, что в ФАС России поступила жалоба ООО «СД-К» от 08.08.2022 № 08/2022-1, направленная письмом Московского УФАС России от 10.08.2022 № ЕИ/41760/22, на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной

форме на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» (извещение № 3271/ОАЭ-ДКСС/22, размещенное на сайте <https://www.rts-tender.ru>) (Аукцион, Жалоба).

Закупочная деятельность общества регламентируется положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением совета директоров ОАО «РЖД» от 28.06.2018 (в редакции от 30.06.2022 протокол № 20) (Положение о закупке).

В соответствии с извещением о проведении Аукциона (Извещение), закупочной документацией (Документация), протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1. Извещение размещено на сайте оператора электронной площадки <https://www.rts-tender.ru> - 29.07.2022;
2. Начальная (максимальная) цена договора - 113 579 894, 49 руб.;
3. Дата окончания срока подачи заявок на участие в Аукционе - 16.08.2022;
4. Дата рассмотрения заявок, поданных на участие в Аукционе - 31.08.2022;
5. Дата проведения Аукциона - 02.09.2022;
6. Дата подведения итогов Аукциона - 02.09.2022.

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона права и законные интересы ООО «СД-К» нарушены действиями Заказчика, неправомерно установившего в Документации положение, в соответствии с которым Заказчик вправе отменить Аукцион в любое время до заключения договора.

Представитель общества с доводом Жалобы не согласился и сообщил, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положения о закупке и Документации.

Комиссией Федеральной антимонопольной службы России (ФАС России) по результатам рассмотрения жалобы ООО «СД-К» на действия (бездействие) ОАО «РЖД» при проведении открытого конкурса в электронной форме № 3271/ОАЭ-ДКСС/22 на право заключения договора поставки

инженерного и технологического оборудования для объектов капитального строительства ОАО «РЖД» вынесено решение от 19.08.2022 по делу № 223-ФЗ-339/22, в соответствии с которым жалоба признана обоснованной. Общество признано нарушившим ч. 1 ст. 2, ч. 5 ст. 3.2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (Закон о закупках).

Выдано обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленного нарушения, в соответствии с решением от 19.08.2022 № 223ФЗ-339/22.

Указанные обстоятельства явились основанием для обращения общества в Арбитражный суд Московской области с рассматриваемым заявлением.

Удовлетворяя заявленные требования, суды руководствовались следующим.

В силу положений части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках) Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Согласно ч. 5 ст. 3.2 Закона о закупках Заказчик вправе отменить конкурентную закупку по одному и более предмету закупки (лоту) до наступления даты и времени окончания срока подачи заявок на участие в конкурентной закупке.

В соответствии с частью 7 статьи 3.2 Закона о закупках по истечении срока отмены конкурентной закупки в соответствии с частью 5 настоящей статьи и до заключения договора заказчик вправе отменить определение поставщика (исполнителя, подрядчика) только в случае возникновения обстоятельств непреодолимой силы в соответствии с гражданским законодательством.

Суды пришли к выводу, что в рассматриваемом случае Заказчиком правомерно установлен п. 3.5.9 в конкурсной документации, согласно которому

заказчик вправе отменить аукцион по одному и более предмету закупки (лоту) в любое время до заключения договора, поскольку настоящая закупка является неконкурентной, в связи с чем положения частей 5 и 7 статьи 3.2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках) к ней не применимы.

Также суды исходили из того, что согласно части 3 статьи 3 Закона о закупках конкурентной закупкой является закупка, осуществляемая с соблюдением одновременно следующих условий:

1) информация о конкурентной закупке сообщается заказчиком одним из следующих способов:

а) путем размещения в единой информационной системе извещения об осуществлении конкурентной закупки, доступного неограниченному кругу лиц, с приложением документации о конкурентной закупке;

б) посредством направления приглашений принять участие в закрытой конкурентной закупке в случаях, которые предусмотрены статьей 3.5 настоящего Федерального закона, с приложением документации о конкурентной закупке не менее чем двум лицам, которые способны осуществить поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом такой закупки;

2) обеспечивается конкуренция между участниками конкурентной закупки за право заключить договор с заказчиком на условиях, предлагаемых в заявках на участие в такой закупке, окончательных предложениях участников такой закупки;

3) описание предмета конкурентной закупки осуществляется с соблюдением требований части 6.1 настоящей статьи.

Согласно части 3.2 статьи 3 Закона о закупках неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 3 настоящей статьи.

В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 06.03.2022 № 301 «Об основаниях не размещения 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», а

также согласно письму Министерства финансов Российской Федерации от 14.03.2022 № 24-03-08/18813 «О направлении информации по вопросам осуществления закупок отдельными видами юридических лиц в связи с изданием постановления Правительства Российской Федерации от 6 марта 2022 года № 301» заказчики, в отношении которых иностранными государствами введены санкции и меры ограничительного характера, обязаны не размещать в единой информационной системе в сфере закупок сведения о закупках.

В пункте 3 указанного письма Министерства финансов Российской Федерации указано, что с учетом положений частей 3 - 3.2 статьи 3 Закона о закупках, а также изложенного в пункте 2 настоящего письма заказчики, указанные в Постановлении № 301, в настоящее время осуществляют закупки, в том числе путем проведения неконкурентных закупок, при которых информация о закупке не размещается в ЕИС (то есть при которых не выполняется условие осуществления закупки о размещении в ЕИС, предусмотренное подпунктом «а» пункта 1 части 3 статьи 3 Закона о закупках).

Аналогичная позиция отражена в письмах Министерства финансов Российской Федерации от 08.04.2022 № 24-01-08/30604 «Об отдельных вопросах, связанных с не размещением сведений о закупке и поставщике (подрядчике, исполнителе) в ЕИС госзакупок», (далее - письмо от 08.04.2022), от 18.04.2022 № 24-01-09/34211 «в дополнение к информационному письму от 14 марта 2022 года № 24-03-08/18813 «О направлении информации по вопросам осуществления закупок отдельными видами юридических лиц в связи с изданием постановления Правительства Российской Федерации от 6 марта 2022 года № 301» (письмо от 18.04.2022).

В пункте 2 приложения к письму от 08.04.2022, а также в пункте 2 письма от 18.04.2022 указано, что порядок проведения заказчиком неконкурентных закупок определяется в силу положений частей 3 - 3.2 статьи 3 Закона о закупках положением о закупке.

Суды пришли к выводу, что настоящая закупка не может считаться конкурентной, в связи с тем, что она не соответствует признакам, указанным в части 3 статьи 3 Закона о закупках (не подпадает под подпункт «а» пункта 1 части 3 статьи 3 Закона о закупках).

Судами установлено, что порядок проведения неконкурентных закупок устанавливается заказчиками в положении о закупке (часть 2 статьи 3 Закона о закупках).

В соответствии с пунктом 481.1 Положения о закупке ОАО «РЖД» заказчик во исполнение постановления Правительства Российской Федерации от 6 марта 2022 года № 301 «Об основаниях не размещения 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», проводит неконкурентные закупки, сведения о которых не размещаются в единой информационной системе.

Подпункт 2 пункта 481.2 Положения о закупке ОАО «РЖД» предусматривает проведение неконкурентного аукциона.

Суды, пришли к выводу, что содержание указанных пунктов Положения о закупке ОАО «РЖД» в части проведения неконкурентных закупок соответствует, в том числе, Постановлению № 301, в связи с чем оспариваемые решение и предписание создают препятствия ОАО «РЖД» для проведения неконкурентных процедур, как таковых и осуществления предпринимательской и закупочной (экономической) деятельности, в связи с чем установлена совокупность условий для удовлетворения требований, заявленных в порядке гл. 24 АПК РФ.

Между тем, судами не учтено следующее.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Согласно пункту 1 части 3.1 статьи 3 Закона о закупках конкурентные закупки осуществляются, в том числе путем проведения аукциона (открытый аукцион, аукцион в электронной форме, закрытый аукцион).

Пунктом 79 Положения о закупке ОАО «РЖД» предусмотрено осуществление, в том числе, конкурентных закупок в форме открытого и закрытого аукциона.

Как установлено судами и следует из материалов дела, согласно сведениям, размещенным на сайте оператора электронной площадки <https://www.rts-tender.ru>, а также положениям Извещения, Документации обжалуемая закупочная процедура осуществляется путем проведения открытого аукциона в электронной форме, что отвечает критериям конкурентности, установленным в части 3 статьи 3, пункте 1 части 3.1 статьи 3 Закона о закупках, так как сведения об Аукционе размещены на сайте оператора электронной площадки, на сайте Заказчика (<https://company.rzd.ru>, раздел «Закупки и торги»), что соответствует принципу информационной открытости закупки, установленному в пункте 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках,

С учетом изложенного ФАС России приводило в судах довод о том, что факт неразмещения Аукциона в ЕИС не свидетельствует о неконкурентности проводимой закупки, поскольку Извещение доступно неограниченному кругу лиц, обеспечена конкуренция между участниками, описание предмета закупки осуществлено с соблюдением требований части 6.1 статьи 3 Закона о закупках.

ФАС России указывает, что Постановление № 301 лишь закрепляет основание для неразмещения сведений о закупке товаров, работ, услуг, информации о поставщике (подрядчике, исполнителе) в ЕИС, а не презюмирует, что все закупки, проводимые заказчиками, в отношении которых введены санкции, являются неконкурентными.

Постановление № 301 направлено на снижение риска введения недружественными иностранными государствами санкций, в том числе вторичных, или иных мер ограничительного характера в отношении участников закупок, принимающих участие в закупках, осуществляемых такими заказчиками.

Следует отметить, что частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках и введенным на их основании постановлением Правительства РФ от 06.03.2022 № 301 предусмотрена обязанность по неразмещению информации о соответствующих конкурентных закрытых закупках именно на официальном

сайте единой информационной системы (а не в самой единой информационной системе).

Кроме того, письма Минфина от 14.03.2022 № 24-03-08/18813, от 08.04.2022 № 24-01-08/30604, от 18.04.2022 № 24-01-09/34211, от 28.10.2022 № 24-07-08/105019 не являются нормативными правовыми актами и носят информационный характер.

Таким образом, с учетом всех установленных обстоятельств, у судов не имелось оснований для вывода о несоответствии требованиям законодательства оспариваемых решения и предписания ФАС России от 19.08.2022 № 223ФЗ-339/22.

В связи с этим обжалуемые судебные акты подлежат отмене на основании части 1 статьи 288 АПК РФ ввиду неправильного применения судами норм материального права с принятием в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 287 АПК РФ нового судебного акта об отказе в удовлетворении заявления общества.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 176, 284-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 31.03.2023 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.07.2023 по делу № А40-254140/2022 отменить.

В удовлетворении заявления ОАО «РЖД» в лице филиала «Центральная дирекция закупок и снабжения» отказать.

Председательствующий судья

Ю.С. Петропавловская

Судьи

О.В. Анисимова

Е.Е. Шевченко