



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

30.10.2023

Дело № А40-36105/2023

Резолютивная часть постановления объявлена 24.10.2023

Полный текст постановления изготовлен 30.10.2023

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего судьи Шевченко Е.Е.,

судей Ананьиной Е.А., Латыповой Р.Р.,

при участии в заседании:

от заявителя по делу – акционерного общества «Российские железные дороги» –
Ефремовой А.С. (представителя по доверенности от 30.11.2022),

от Федеральной антимонопольной службы – Кузыка А.С. (представителя по
доверенности от 21.12.2022),

от общества с ограниченной ответственностью «СПС» – извещено,
представитель не явился,

рассмотрев 24.10.2023 в судебном заседании кассационную жалобу Федеральной
антимонопольной службы

на решение от 23.05.2023

Арбитражного суда города Москвы,

на постановление от 02.08.2023

Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу № А40-36105/2023

по заявлению открытого акционерного общества «Российские железные дороги»

к Федеральной антимонопольной службе
об оспаривании решения, предписания,
третье лицо: общество с ограниченной ответственностью «СПС»,

УСТАНОВИЛ:

открытое акционерное общество «Российские железные дороги» (далее – ОАО «РЖД», общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением об оспаривании решения и предписания Федеральной антимонопольной службы (далее также – служба) от 01.12.2022 по делу № 223ФЗ-482/22.

В качестве третьего лица в деле участвует общество с ограниченной ответственностью «СПС» (далее – ООО «СПС»).

Решением Арбитражного суда города Москвы от 23.05.2023, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.08.2023, заявление удовлетворено.

В кассационной жалобе ФАС России просит отменить данные судебные акты, ссылаясь на неправильное применение судами норм права, несоответствие выводов судов о применении норм права установленным судами по делу обстоятельствам.

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

ООО «СПС», извещенное о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, своего представителя не направило.

Изучив материалы дела, заслушав представителей сторон, обсудив доводы кассационной жалобы, отзыва на нее, суд округа пришел к выводу о наличии оснований для отмены обжалуемых судебных актов.

Как установили арбитражные суды, в ФАС России поступила жалоба ООО «СПС» от 14.11.2022 № 175/22 на действия ОАО «РЖД» (заказчик) при проведении открытого конкурса в электронной форме на право заключения договора выполнения комплекса строительно-монтажных работ включая поставку оборудования, по объектам: «Техническое перевооружение понизительной подстанции 110/27,5/10 Гончарове», «Техническое перевооружение трансформаторной подстанции 110/10 Большой Луг» и «ЛЭП-35

кВ от I и II СШ КРУН-35 кВ ПС ПО кВ Мегет, Иркутской ЭЧ. Технологическое присоединение ЭПУ по адресу: Иркутская область, Ангарский район, р.п. Мегет. АО «Братская электросетевая компания», расположенным в границах Восточно-Сибирской железной дороги (извещение № 1942/ОКЭ-ТЭ/22).

Решением ФАС России от 01.12.2022 по делу № 223ФЗ-482/22 жалоба ООО «СПС» признана обоснованной, в действиях ОАО «РЖД» установлено нарушение требований пункта 2 части 6.1 статьи 3, пункта 3 части 9, пункта 1 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) ввиду предъявления заказчиком к участникам закупки требований, совокупность которых может обусловить безосновательное ограничение их количества.

ФАС России указала, что заказчиком объединены в один лот закупки выполнение работ на станциях, находящихся на значительном удалении друг от друга, что ограничивает количество потенциальных участников, желающих принять участие в закупочной процедуре. В соответствии с требованиями закупочной документации подрядчику необходимо выполнить работы на объектах капитального строительства, расположенных в Иркутской области (Шелеховский район и Ангарский городской округ). Объединение в один лот работ на объектах капитального строительства, расположенных в различных административно-территориальных образованиях Иркутской области, ограничивает количество потенциальных участников, желающих принять участие в закупочной процедуре, с учетом того, что объекты капитального строительства, входящие в предмет конкурса, находятся на удалении 17, 42 и 59 км. друг от друга. Кроме того, между работами по объектам капитального строительства, входящими в предмет закупки, отсутствует функциональная и технологическая взаимосвязь, поскольку вышеуказанные работы могут выполняться отдельно друг от друга, а объединение нескольких административно-территориальных образований в один лот увеличивает начальную (максимальную) цену договора, и, соответственно, обеспечение заявки на участие в закупке, исключает возможность участия в торгах организаций, заинтересованных в выполнении работ по договору только на территории одного административно-территориального образования, а также

ограничивает доступ к участию в закупке, в том числе субъектов малого и среднего предпринимательства.

Обществу выдано предписание от 01.12.2022 об устранении нарушения путем корректировки закупочной документации.

Не согласившись, общество оспорило решение и предписание в судебном порядке.

Признавая заявление общества подлежащим удовлетворению, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что в настоящем случае не доказано в действиях заказчика нарушение требований пункта 2 части 6.1 статьи 3, пункта 3 части 9, пункта 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Суды указали, что включение в документацию условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников размещения заказа лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах.

Суды отметили, что большое расстояние между объектами, входящими в предмет конкурса, обусловлено расположением этих объектов в Восточной Сибири, в условиях редкого и рассредоточенного населения, и, как следствие, значительного расстояния между населенными пунктами и объектами транспортной инфраструктуры, в том числе тяговыми подстанциями ОАО «РЖД».

По мнению судов, все тяговые подстанции находятся на территории одного субъекта Российской Федерации - Иркутской области, на территории двух соседних муниципальных образований - Шелеховский район (ТП Большой Луг, Гончарово) и Ангарский городской округ (ТП Мегет), и с учетом расстояния между ними время в пути по автомобильной дороге между двумя любыми подстанциями составляет не более 1 часа.

Кроме того, как сочли суды, отсутствие у потенциальных участников закупки должных производственных, технологических и функциональных ресурсов не может являться обоснованием безосновательности предъявленных ОАО «РЖД» требований и ограничения им конкуренции в ходе проведения спорной закупочной процедуры. Отказ участников от подачи своих заявок на участие в закупке не может в настоящем случае рассматриваться в качестве необоснованного ограничения конкуренции.

Суды указали, что техническое перевооружение данных тяговых подстанций является одним из этапов реализации программ по модернизации инфраструктуры Восточного полигона, Байкало-Амурской и Транссибирской магистралей (Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28.04.2021 № 1100-р). Рассматриваемые объекты объединены заказчиком в один лот в целях достижения оптимальных сроков выполнения строительно-монтажных работ по всем объектам и полного восстановления первоначальных технических характеристик объектов устройств тяговых подстанций, устройств контактной сети электропередач инфраструктуры железнодорожного транспорта с учетом повышения надежности работы, обеспечение высоких скоростей и безопасности движения поездов. Кроме того, выполнение строительно-монтажных, пусконаладочных работ, поставка оборудования в рамках одного лота в пределах Восточно-Сибирской железной дороги позволит участникам оптимизировать решения в транспортировке оборудования, материалов и транспортных задач.

Суды определили, что, объединяя в один лот аналогичные работы на тяговых подстанциях одного структурного подразделения заказчика, расположенных в соседних районах, заказчик руководствовался принципом централизации, стремился ускорить выполнение работ, направленных на реализацию указанных инфраструктурных программ, снизить расходы на проведение конкурентных процедур закупки (одна процедура вместо трех). В свою очередь действующее законодательство, в том числе Закон о закупках не содержит запрета на объединение в один лот одноименных работ, которые будут выполняться в разных районах (округах).

Между тем в соответствии с пунктами 2, 3 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются установленными в Законе о закупках принципами, в том числе принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, а также 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.

Аналогичные принципы закупочной деятельности заказчика установлены в подпунктах 2, 3 пункта 32 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденного решением совета директоров ОАО «РЖД» 28.06.2018.

В соответствии с пунктом 3 части 9 статьи 4 Закона о закупках в извещении об осуществлении конкурентной закупки должно быть указано краткое описание предмета закупки в соответствии с частью 6.1 статьи 3 Закона о закупках.

На основании пункта 1 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен указать функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки.

При этом в силу пункта 2 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках при описании в документации о конкурентной закупке предмета закупки заказчик должен руководствоваться следующими правилами, а именно: в описание предмета закупки не должны включаться требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки.

Пунктом 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

В соответствии с частью 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

По доводам ФАС России, объекты капитального строительства, входящие в предмет конкурса, находятся на значительном удалении друг от друга (расстояние между ст. Гончарово и ст. Большой луг составляет 17 км., между ст. Гончарово и ст. Мегет - 42 км., между ст. Большой луг и ст. Мегет - 59 км.). Между работами по объектам капитального строительства, входящими в предмет закупки, отсутствует функциональная и технологическая взаимосвязь, поскольку указанные работы могут выполняться отдельно друг от друга. Объединение нескольких административно-территориальных образований в один лот увеличивает начальную (максимальную) цену договора, и, соответственно, обеспечение заявки на участие в закупке, исключает возможность участия в торгах организаций, заинтересованных в выполнении работ по договору только на территории одного административно-территориального образования, а также ограничивает доступ к участию в закупке в том числе субъектов малого и среднего предпринимательства.

ФАС России утверждает, что каждый объект капитального ремонта, обладая индивидуально-определенными свойствами, привлекает к участию в закупочной процедуре специфический круг участников, обладающих определенными производственными, трудовыми, финансовыми и иными ресурсами. При этом в отношении каждого объекта капитального строительства Заказчиком в составе Конкурсной документации размещены три проектные документации, определяющие объем, содержание и иные характеристики выполняемых работ по предмету закупки.

В связи с этим служба полагает, что объединение в один лот работ в отношении различных объектов капитального строительства, обладающих разным набором потребительских свойств, неизбежно ведет к отказу от участия в торгах лиц, заинтересованных в выполнении работ на определенном объекте капитального строительства или на определенной территории административно-территориального образования.

Данные доводы судами первой и апелляционной инстанций не оценены.

Суды, не отклонили утверждения ФАС России о том, что в соответствии с условиями конкурсной документации работы по предмету закупки необходимо выполнить параллельно, в один временной период (по объекту № 1 до 31.05.2024, по объекту № 2 до 31.01.2024, по объекту № 3 до 31.05.2024), что является дополнительным препятствием для участия в проводимой закупке.

Суды не приняли также во внимание доводы ФАС России о том, что согласно пункту 1.5 части 1 конкурсной документации размер обеспечения заявки составляет 5 % от начальной (максимальной) цены договора без учета НДС – 64 388 741, 50 рублей. В соответствии с пунктом 1.6 части 1 конкурсной документации размер обеспечения исполнения договора составляет 5 % от начальной (максимальной) цены договора без учета НДС - 64 388 741,50 рублей.

Укрупнение лота негативно влияет на число участников закупки, способных принять участие в торгах, имеющих трудовые и иные ресурсы для надлежащего исполнения условий контракта, но не имеющих финансовых ресурсов, позволивших бы им практически одновременно, в определенный промежуток времени, внести (иметь в наличии) как обеспечение заявки, так и обеспечение исполнения договора. Действия заказчика, произвольно объединившего в составе лота выполнение комплекса строительно-монтажных работ, включая поставку оборудования в разных административно-территориальных образованиях, по доводам ФАС России, влекут за собой необходимость внесения обеспечения заявки на участие в конкурсе и обеспечения исполнения договора в повышенном размере, и напрямую влияют на количество потенциальных участников закупки, сводя их к минимуму, поскольку участие в закупке становится актуальным лишь для крупных предприятий, ограничивая доступ к закупке субъектов малого и среднего предпринимательства.

Судами данные доводы службы не проверены и обжалуемых судебных актах не указаны мотивы, по которым суды отклонили эти доводы.

Судами также не отклонены доводы ФАС России о том, что обоснованность ограничения конкуренции посредством объединения в один лот выполнения работ, входящих в предмет конкурса, должна быть доказана заказчиком, как равно и отсутствие возможности проведения конкурса путем отдельных закупок. Подобное укрупнение лота не позволяет выявить по итогам

конкурса участника закупки, исполнение договора которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности в работах с необходимыми показателями качества и надежности, а также не предоставляет заказчику дополнительные гарантии выполнения победителем закупки своих обязательств, поскольку выполнение значительного объема работ, предусмотренного конкурсной документацией, создает риски невыполнения обязательств по заключаемому договору, что может увеличить, в свою очередь, издержки заказчика, привести к невозможности исполнения обязательств по договору в целом.

Суды не привели обстоятельства, которые могли бы свидетельствовать о взаимосвязанности данных работ по всем рассматриваемым объектам, исключающей их проведение разными подрядчиками по отдельным закупкам по данным объектам.

Так, по доводам ФАС России, по одному из объектов требуется демонтаж и новая установка ограждения, замена шинного разъединителя; установка секционного выключателя; установка оборудования защиты от перенапряжений; замена выключателя и трансформаторов тока вида и др. Как утверждает служба, проведение таких работ не обусловлено каким-либо образом выполнением работ по другому объекту, их выполнение в один период времени об этом не свидетельствует.

Поскольку для разрешения спора требуется исследование и оценка доказательств, дополнительное выяснение обстоятельств, что выходит за рамки полномочий суда кассационной инстанции, обжалуемые судебные акты подлежат отмене по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 288 АПК РФ, с направлением дела на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции.

При новом рассмотрении дела суду необходимо всесторонне, полно и объективно исследовав все доказательства и доводы лиц, участвующих в деле, и установив по результатам их оценки обстоятельства спора, разрешить его, правильно применив нормы материального и процессуального права. В частности, необходимо проверить обстоятельства по доводам ФАС России о характере и видах работ по всем трем объектам.

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

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 23.05.2023 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.08.2023 по делу № А40-36105/2023 отменить, дело направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы.

Председательствующий судья

Е.Е. Шевченко

Судьи

Е.А. Ананьина

Р.Р. Латыпова