



14020016474863

94_40230545



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115225, г. Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>

РЕШЕНИЕ

Именем Российской Федерации

г. Москва

Дело № А40-88523/24-94-675

19 июля 2024 года

Резолютивная часть объявлена 11 июля 2024 года

Решение изготовлено в полном объеме 19 июля 2024 года

Арбитражный суд в составе судьи Харламова А.О.,
при ведении протокола судебного заседания помощником Ларькиной А. И.,
рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению ПАО «Ростелеком»
(ИНН 7707049388 ул. Гончарная, д.30 г. Москва, 115172)

к заинтересованному лицу – Федеральная антимонопольная служба России (ФАС
России) ИНН 7703516539 ул. Садовая-Кудринская, д. 11, Д-242, ГСП-3г. Москва,
125993)

третье лицо - ООО «Газстрой» (ИНН 4028029310 проспект А. Кадырова, д. 8, кв. 60 г.
Гудермес, Гудермесский р-н, Чеченская Республика, 366208)

об оспаривании Решения и Предписания ФАС России №223ФЗ-54/24 от 04.03.2024 г.

при участии:

от заявителя: Шпинер К.О., доверенность от 23.12.2022г.

от заинтересованного лица: Ратникова А. В., доверенность от 27.11.2023 г.

от третьего лица: не явился, извещен

УСТАНОВИЛ:

ПАО «Ростелеком» (далее – заявитель) обратился в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об оспаривании решения и предписания Федеральной антимонопольной службы России (далее - антимонопольный орган, заинтересованное лицо) №223ФЗ-54/24 от 04.03.2024 г.

Заявитель поддерживает заявленные требования в полном объеме.

Заинтересованное лицо представило письменный отзыв, относительно удовлетворения заявленных требований возражает.

Дело рассмотрено в порядке ст.ст. 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

Выслушав представителей заявителя и заинтересованного лица, рассмотрев материалы дела, оценив представленные материалы в их совокупности и взаимной связи, арбитражный суд приходит к выводу, что заявленные требования подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, в ФАС России поступила жалоба ООО «Газстрой» от 15.02.2024 № 1 на действия (бездействие) заказчика ПАО «Ростелеком» (далее - Заказчик) при проведении ценового тендера с ограниченным участием в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по комплексному обслуживанию зданий/сооружений/помещений и прилегающих территорий Краснодарского филиала ПАО «Ростелеком» (извещение № 32413263809, размещенное <https://www.roseltorg.ru/>) (далее соответственно - Жалоба, Ценовой тендер).

Федеральной антимонопольной службой по результатам рассмотрения жалобы ООО «Газстрой» на действия (бездействие) ПАО «Ростелеком» при проведении ценового тендера ценового тендера в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по комплексному обслуживанию зданий/сооружений/помещений и прилегающих территорий Краснодарского филиала ПАО «Ростелеком» № (извещение №32413263809) (далее – ценовой тендер, закупка) вынесено решение №223ФЗ-54/24 от 04.03.2024 (далее – Решение), в соответствии с которым жалоба признана обоснованной, а ПАО «Ростелеком» нарушившим часть 1 статьи 2, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее - Закон о закупках).

В соответствии п. 3 резолютивной части Решения, ПАО «Ростелеком» выдано обязательное к исполнению предписание от 04.03.2024 № 223ФЗ-54/24 (далее — Предписание), которым предписано совершить ряд действий (мероприятий) в отношении закупки.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения заявителя в суд с заявленными требованиями.

Удовлетворяя заявленные требования, суд исходит из следующего.

В соответствии с ч. 2 ст. 2 Закона о закупках, Положение о закупках является документом, который регламентирует закупочную деятельность Заказчика и содержит 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.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком», утвержденным Решением Совета директоров ПАО «Ростелеком» (далее - Положение о закупках).

При осуществлении закупок Заказчик руководствуется собственными потребностями и нуждами, необходимыми ему для достижения целей и реализации мероприятий, предусмотренных действующим законодательством.

Пунктом 8 Раздела II «Информационная карта» Документации о закупке установлено требование о предоставлении обеспечения исполнения договора в размере 4% от цены договора. Допустимые формы обеспечения: денежные средства и банковская гарантия.

Согласно п.8.4.6. Документации о закупке случае предоставления обеспечения исполнения договора путем направления банковской гарантии, банковская гарантия должна быть выдана любым из банков, перечисленных в списке (Перечне) по ссылке: <http://zakupki.rostelecom.ru/docs/manual/>.

Согласно вышеуказанной информации, в качестве обеспечения договора принимается банковская гарантия, выданная любым из перечисленных банков.

Закупочная Документация предусматривает несколько способов обеспечения исполнения обязательств по договору, Победитель закупки имеет право выбора: предоставление банковской гарантии или предоставление денежных средств.

Рассматриваемый перечень банков сформирован исходя из критериев их финансовой устойчивости, платежеспособности и надежности банков, что направлено исключительно на обеспечение законных интересов Заказчика и минимизацию его финансовых рисков.

Установление способа обеспечения исполнения договора в виде предоставления банковской гарантии, выданной одним из банков, указанных в перечне банков, не противоречит действующему законодательству.

П. 6.10.12 Положения о закупках ПАО «Ростелеком» прямо предусмотрено, что исполнение договора может обеспечиваться предоставлением банковской гарантии, выданной банком, соответствующим требованиям, установленным в документации о закупке, внесением денежных средств, в порядке, установленном документацией о закупке, или иным способом, предусмотренным документацией.

Таким образом, в соответствии с перечисленными условиями закона и Положения о закупках в закупочную Документацию включены соответствующий пункт (8.4.6).

Таким образом, вышеперечисленное положение Документации свидетельствуют не об ограничении прав участников, а напротив о предоставлении им дополнительных возможностей: получение банковской гарантии в любом банке из Перечня банков или внесение денежных средств на счет Заказчика, что не создает каких-либо препятствий для участия в закупке. Указанные условия Документации применяются только по отношению к победителю закупки и не могут ограничить количество участников Конкурса.

Установленное требование к Перечню банков является обоснованным, поскольку предъявление Заказчиком требований в отношении банка, выдавшего банковскую гарантию, обусловлено необходимостью финансовой устойчивости, платежеспособности и надежности банка, что обеспечит интересы Заказчика в обстоятельствах, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии (неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору).

Обязательство по банковской гарантии в соответствии с положениями статей 368-379 ГК РФ возникает именно между гарантом (банк) и бенефициаром (ПАО «Ростелеком»), в связи с чем, последний правомерно и обоснованно выдвигает определенные требования к финансовой устойчивости и надежности контрагента, проявляя при этом должную осмотрительность.

Основанием для установления в Документации списка банков, чьи гарантии принимаются в целях обеспечения надлежащего исполнения договора, является распоряжение ПАО «Ростелеком» №01/01/1042/24 «О введении в действие Финансовой политики ПАО «Ростелеком» которым утверждена Финансовая политика ПАО «Ростелеком».

Согласно п. 8.4 Финансовой политики ПАО «Ростелеком» банки-контрагенты должны соответствовать требованиям, установленным частью 1 статьи 2 Федерального закона от 21.07.2014 №213-ФЗ «Об открытии банковских счетов и аккредитивов, о заключении договоров банковского вклада хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для оборонно-промышленного комплекса и безопасности Российской Федерации, и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Перечень банков, гарантии которых принимаются в качестве обеспечения договора или заявки при проведении Обществом закупочных процедур определяется на основании перечня системно значимых кредитных организаций Банка России, а также соответствия следующим параметрам:

Капитал банка не менее 30 млрд. руб.;

Наличие рейтинга АКРА/НКР/Эксперт РА (по крайней мере, от одного агентства) не ниже уровня ВВВ по национальной рейтинговой шкале;

Наличие в банке кредитных продуктов для корпоративных клиентов, в т. ч. возможности выдачи независимых гарантий.

Установление Перечня банков связано с необходимостью исключения возникновения кредитных и финансовых рисков для Заказчика в виде неисполнения обязательств банками-эмитентами по выданным банковским гарантиям.

Распоряжением Правительства РФ от 15.10.2009 № 1475-р ПАО «Ростелеком», являясь владельцем критической инфраструктуры и оператором связи, занимающим существенное положение, определен единственным исполнителем в рамках реализации ряда нацпрограмм, необходимых для развития инфраструктуры органов исполнительной власти, обороноспособности и безопасности государства, что является одним из главных критериев работоспособности российской экономики.

Рассматриваемое условие не является ограничением допуска участника к участию в закупке и не создает каких-либо препятствий для участия в закупочной процедуре, состязательности участников закупки, поскольку применяется только по отношению к победителю закупки.

Требование о предоставлении банковской гарантии из Перечня банков-гарантов, установленного Заказчиком, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим намерение принять участие в закупке, не приводит к нарушению антимонопольных запретов.

Правомерность установления данного требования подтверждается судебной практикой, например, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.09.2023 по делу № А40-236432/2022.

Кроме того, антимонопольный орган не представил доказательств того, каким образом требование о представлении банковской гарантии из Перечня банков-гарантов ограничило количество участников закупки и как могло нарушить права и законные интересы Третьего лица.

Вместе с тем, согласно позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в определениях от 31.07.2017 № 305-КГ17-2243 и от 27.04.2021 № 305-ЭС20-24221 требования к участникам закупки могут рассматриваться как нарушающие действующее законодательство, если антимонопольный орган докажет, что это условие включено в документацию о закупках специально для того, чтобы обеспечить победу конкретному хозяйствующему субъекту, а формирование условий закупки не соответствует целям и потребностям проводимых заказчиком процедур.

Установленное Заказчиком такого условия в равной мере применяется ко любому участнику закупки, не приводит и не может привести к исключению из числа участников закупки хозяйствующих субъектов.

Установление Заказчиком Перечня банков для получения банковской гарантии не может являться ограничением конкуренции, т.к. данное условие применимо только к победителю закупки и на момент его реализации данного условия этап допуска заявок на участие в закупки и этап оценки заявок, на которых реализуется состязательность в закупке, уже завершены.

Победитель закупки, предоставляя обеспечение на стадии заключения договора, находится за рамками конкурентных отношений.

При этом суд обращает внимание, что Третье лицо (ООО «Газстрой») заявку на участие в закупке не подавал, с запросами разъяснений на положения документации к Заказчику не обращался.

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 и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

ФАС России, вменяя Заказчику нарушение вышеуказанной нормы Закона, в оспариваемом Решении не мотивировал и не обосновал, в чем именно выразилось нарушение приведенной нормы права, какая именно норма права была нарушена Заказчиком для такой квалификации вмененного нарушения.

Вмененные Заявителю нарушения никак не мотивированы и фактически представляют собой цитирование примененных административным органом норм права без оценки фактических обстоятельств дела, самостоятельных выводов заинтересованного лица и их аргументации.

ФАС России в своем отзыве на исковое заявление ссылается на нормы Федерального закона "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" от 05.04.2013 N 44-ФЗ (далее - Закон № 44-ФЗ), которые не применимы в настоящем деле, так как рассматриваемая закупка проведена в рамках Федерального закона "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" от 18.07.2011 N 223-ФЗ (далее - Закон о закупках).

В п. 34 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 22.07.2020) сказано, что при разрешении спора судом кассационной инстанции не приняты во внимание особенности целей и принципов Закона о закупках и Закона № 44-ФЗ), имеющих различные сферы правового регулирования.

Цели правового регулирования этих законов, в силу прямого на то в них указания, нельзя назвать аналогичными, в случае осуществления закупок для государственных или муниципальных нужд основополагающим является эффективное, зачастую экономное расходование бюджетных средств, а при закупках отдельными видами юридических лиц - эффективное удовлетворение потребностей самого заказчика, который самостоятельно устанавливает правила осуществления им закупок, утверждая соответствующее положение о закупках, определяя виды конкурентных процедур, критерии отбора (ч. 1 ст. 1 Закона N 44-ФЗ, ч. 1 ст. 1 Закона о закупках).

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, непосредственно Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятым положением о закупке.

В обжалуемом решении не указаны требования конкретного нормативного акта из вышеуказанного перечня, которые, по мнению антимонопольного органа, нарушены ПАО «Ростелеком» при проведении закупки.

Напротив, заказчиком соблюдены нормы Закона о закупках, а также иных подзаконных актов при установлении требования о предоставлении лицом, с которым заключается договор по итогам закупки, банковской гарантии, выданной банком, входящим в соответствующий перечень. Следовательно, вышеуказанное нарушение в действиях ПАО «Ростелеком» в действительности отсутствует, поскольку данное требование правомерно и обоснованно установлено заказчиком.

Получение банковской гарантии в любом банке из перечня или внесение денежных средств на счет Заказчика не создает каких-либо препятствий для участия в закупке, применяется только по отношению к победителю закупки и не может ограничить количество участников.

Установление перечней банков связано с необходимостью исключения возникновения кредитных и финансовых рисков для ПАО «Ростелеком» в виде неисполнения обязательств банками-эмитентами по выданным банковским гарантиям, что актуально с учетом отзыва Центральным банком Российской Федерации лицензий у финансово-кредитных организаций.

Кроме того, антимонопольным органом не представлено доказательств наличия препятствий получения победителем закупки банковской гарантии в одном из банков, входящим в установленный Перечень Заказчика.

Антимонопольным органом не учтено, что Документацией не устанавливалось требование к участникам закупки при подаче заявки о наличии банковской гарантии, входящим в Перечень.

Наличие банковской гарантии из Перечня банков не входит в перечень документов, которые обязан представить участник для допуска к участию в закупке. Таким образом, условие о предоставлении банковской гарантии из Перечня банков не влияет на права участников закупочной процедуры, на равные условия доступа к процедуре и на конкуренцию между ними.

Закон о закупках не ограничивает Заказчика в праве самостоятельного определения банков в целях обеспечения исполнения договора победителем закупки. Запрет на реализацию такого права заказчиком по Закону о закупках нормативные правовые акты не содержат.

Указанное условие не влияет на количество баллов, начисляемых участнику при сопоставлении его заявки с заявками других участников.

Соответственно, возможность участия в закупке и возможность участника стать ее победителем не поставлены в зависимость от того открыт ли участником закупки расчетный счет в банке из Перечня или нет, что исключает ограничение числа потенциальных участников.

Установленное требование не препятствует участию в отборе, так как данное требование распространяется только на победителя.

Указанные условия не нарушают принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Доказательства наличия заинтересованных лиц, которые не смогли участвовать в данной закупке в результате применения данного условия или факта, что у кого-то возникли затруднения с выполнением условий, предусмотренных Документацией, антимонопольным органом не представлены. Как видно из протокола подведения итогов, ни одна из заявок не была отклонена на основании указанного условия.

Представление обеспечения от банка, который в случае невыполнения победителем закупки своих обязательств по договору не исполнит свои обязательства по банковской гарантии, непосредственно влияет на возможность исполнения договора, поскольку Заказчик будет лишен возможности возместить неисполненные победителем закупки обязательства, что не отвечает целям Закона о закупках и потребностям заказчика (часть 1 статья 1 Закона о закупках).

При подобных условиях исключается создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей Заказчика в товарах и работах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, а также исключается эффективное использование денежных средств.

Банки-гаранты выбраны не произвольно, а по результатам определенных исследований и расчетов. Сама по себе невозможность представления банковской гарантии из перечня банков-гарантов, не означает, что действия заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Стабильность банка, выдавшего банковскую гарантию для обеспечения надлежащего исполнения договора непосредственно влияет на возможность исполнения договора в конечном итоге, на удовлетворение потребностей заказчика в товарах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, а также на эффективное использование денежных средств в рамках закупки.

Таким образом, установление условия о предоставлении победителем закупки банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения договора из утвержденного

перечня банков Заказчика (или внесением денежных средств на счет Заказчика) является правом Заказчика, направленным на обеспечение его законных интересов, снижения его рисков и неблагоприятных последствий для него.

Вместе с тем, нормами Закона о закупках не регламентировано применение механизма банковского сопровождения договора, заключаемого по итогам процедуры закупки, что не свидетельствует о незаконности данного условия, поскольку определение условий договора и порядка его исполнения отнесено законом к исключительной компетенции Заказчика. Закон о закупках не регулирует условия исполнения договоров.

Согласно ч. 2 ст. 201 АПК РФ, арбитражный суд, установив, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, принимает решение о признании ненормативного правового акта недействительным.

Указанные обстоятельства судом установлены, связи с чем, требования заявителя подлежат удовлетворению.

Расходы по уплате государственной пошлины распределяются по правилам ст. 110 АПК РФ и относятся на ответчика.

На основании изложенного и руководствуясь ст.ст. 4, 64, 65, 71, 75, 110, 167 -170, 176, 198, 200, 201 АПК РФ, суд

РЕШИЛ:

Признать недействительными решение и предписание ФАС России №223ФЗ-54/24 от 04.03.2024.

Взыскать с ФАС России в пользу ПАО «Ростелеком» расходы по оплате госпошлины в размере 3000 (три тысячи) рублей.

Проверено на соответствие действующему законодательству.

Решение может быть обжаловано в месячный срок с даты его принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

А.О. Харламов

Электронная подпись действительна.

Данные ЭП: Удостоверяющий центр Казначейство России

Дата 17.04.2024 5:11:52

Кому выдана Харламов Александр Олегович