

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-КГ17-2243

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

г. Москва

31.07.2017

Дело № А40-3315/2016

резолютивная часть определения объявлена 26 июля 2017 года

полный текст определения изготовлен 31 июля 2017 года

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в составе:

председательствующего судьи Завьяловой Т.В.,

судей Антоновой М.К., Прониной М.В..

рассмотрела в открытом судебном заседании дело по кассационной жалобе акционерной компании «АЛРОСА» (публичное акционерное общество) на решение Арбитражного суда города Москвы от 09.06.2016 по делу № А40-3315/2016, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.09.2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.01.2017 по тому же делу

по заявлению акционерной компании «АЛРОСА» (публичное акционерное общество) (далее – общество, компания «АЛРОСА», заявитель) о признании недействительным пункта 2 резолютивной части решения Федеральной

антимонопольной службы (далее – ФАС России, антимонопольный орган) от 29.10.2015 № 223Ф3-326/15,

при участии в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора: общества с ограниченной ответственностью «ПЕТРО-ХЭХУА» (далее – общество «ПЕТРО-ХЭХУА»).

В заседании приняли участие представители:

от компании «АЛРОСА» – Лавров А.С., Трубачев Е.О.;

от Федеральной антимонопольной службы – Семенов Р.В.

Заслушав доклад судьи Верховного Суда Российской Федерации Завьяловой Т.В., выслушав объяснения представителей участвующих в деле лиц, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

установила:

компанией «АЛРОСА» (заказчик) был проведен открытый Запрос коммерческих предложений на право заключения договоров на выполнение работ по устройству технологического проезда г. Удачный – месторождение «Верхне-Мунское»: Лот №1 Устройство технологического проезда на участке ПК41-ПК64 Лот №2 Устройство технологического проезда на участке ПК64-ПК83 Лот №3 Устройство технологического проезда на участке ПК83-ПК103 Лот №4 Устройство технологического проезда на участке ПК 103-ПК 123 Лот №5 Устройство технологического проезда на участке ПК 123-ПК 140 Лот №6 Устройство технологического проезда на участке Развилка №1 (ПК 140) - Развилка №3 (извещение № 31502748243).

В ФАС России поступила жалоба общества «ПЕТРО-ХЭХУА» на действия заказчика при проведении указанного Запроса предложений, выразившиеся в отказе в допуске к участию ввиду отсутствия документов, подтверждающих наличие не менее трех заключенных и исполненных

участником закупки гражданских договоров с завершёнными в 2012, 2013 и 2014 годах работами сопоставимого характера и объёма, предметом которых является выполнение аналогичных предмету закупки работ.

По результатам рассмотрения жалобы общества «ПЕТРО-ХЭХУА» антимонопольный орган решением от 29.10.2015 № 223ФЗ-326/15 признал ее необоснованной. Пунктом 2 указанного решения ФАС России признал в действиях заказчика нарушение части 1 статьи 2, пунктов 9, 10 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).

Нарушения, по мнению ФАС России, выразились в установлении в Документации требований к участникам закупки, не соответствующих нормам и принципам Закона о закупках. В частности, было указано на неправомерное установление запрета привлечения субподрядчиков/соисполнителей, отсутствие в Документации положения о возможности участия в Запросе коммерческих предложений коллективных участников, установление в Документации требований о наличии у участника Запроса коммерческих предложений определенных сотрудников исключительно в штате, о наличии техники, необходимой для выполнения работ, непосредственно у участника запроса коммерческих предложений, а также установление в Документации требований о том, что со дня создания юридического лица должно пройти не менее двух лет на момент отправки заявки на участие в закупочной процедуре, установление требований в Документации об отсутствии сведений об участнике закупочной процедуры, в том числе, в реестре недобросовестных поставщиков компании, о наличии документа, подтверждающего статус дилера, дистрибьютора или его копию, заверенную производителем продукции.

Нарушением действующего законодательства ФАС России признал также установление обществом требования о предоставлении обеспечения заявки в форме денежного обеспечения или банковской гарантии, выданной банками (в

количестве 17 банков), включенными в сформированный компанией «АЛРОСА» реестр банков.

Указанные требования Документации, по мнению антимонопольного органа, ограничивают количество потенциальных участников Запроса коммерческих предложений.

Кроме того, ФАС России пришел к выводу, что компания «АЛРОСА» установлены не измеряемые требования к участникам закупки, содержание которых не может быть формализовано и однозначно понятно для всех потенциальных участников закупки; требования, которые не могут быть документально подтверждены и (или) не могут применяться в равной степени ко всем участникам закупочной процедуры.

В оспариваемом решении антимонопольный орган также указал, что действия заказчика, не установившего в Документации дату начала и окончания срока предоставления участникам Запроса предложений разъяснений положений Документации, нарушают пункт 10 части 10 статьи 4 Закона о закупках и содержат признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.23.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Поскольку выявленные при проведении проверки нарушения не повлияли на результаты проведения Запроса предложений, предписание об их устранении антимонопольным органом не выдавалось.

Не согласившись с названным решением ФАС России, общество обратилось в суд с настоящим заявлением.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 09.06.2016, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.09.2016, в удовлетворении заявленных требований отказано.

Арбитражный суд Московского округа постановлением от 10.01.2017 принятые по делу судебные акты оставил без изменения.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суды согласились с выводами ФАС России, изложенными в оспариваемом решении, признав действия общества «АЛРОСА» по установлению в Документации о закупке требований к участникам ограничивающими конкуренцию и нарушающими цели и принципы, закрепленные в Законе о закупках.

В кассационной жалобе, направленной в Верховный Суд Российской Федерации, компания «АЛРОСА» ставит вопрос об отмене принятых по делу судебных актов в связи с неправильным применением судами норм материального права, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и интересов общества в сфере предпринимательской деятельности.

По мнению заявителя, выводы судов трех инстанций не основаны на положениях Закона о закупках и повлекли необоснованное ограничение прав общества, выступающего в качестве заказчика при проведении закупочных процедур.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации Завьяловой Т.В. от 19.06.2017 кассационная жалоба компании «АЛРОСА» вместе с делом передана для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Основаниями для отмены или изменения Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации судебных актов в порядке кассационного производства являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов (часть 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Изучив материалы дела, проверив в соответствии с положениями статьи 291.14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации

законность обжалуемых судебных актов, Судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации полагает, что принятые по делу решение суда первой, постановления судов апелляционной и кассационной инстанций подлежат отмене, дело – направлению на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы, по следующим основаниям.

В целях создания условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 Закона о закупках, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективного использования денежных средств, расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ и услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, а также, наряду с изложенным, в целях развития добросовестной конкуренции, обеспечения гласности и прозрачности закупки, Законом о закупках закреплены основные принципы и положения закупки товаров, работ, услуг.

Так, при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципом равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках).

При этом Закон о закупках не содержит конкретных правил и критериев относительно требований, устанавливаемых заказчиком к участникам закупки. Осуществляя организацию и проведение закупки, заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (часть 1 статьи 2 Закона о закупках).

В частности, порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупок) и условия их применения устанавливаются заказчиками самостоятельно путем принятия Положения о закупке,

предусматривающего проведение закупки как в форме конкурса и аукциона, так и иными способами.

Таким образом, заказчикам предоставлено право сформировать свою систему закупок в зависимости от особенностей осуществления деятельности, установив при необходимости дополнительные требования к участникам закупки. Данное право на разработку и утверждение Положения о закупке согласуется с целями и задачами Закона о закупках, направленными в первую очередь на выявление в результате закупочных процедур лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, удовлетворения потребности заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности.

Следовательно, при оценке Документации о закупке на предмет ее соответствия положениям Закона о закупках, необходимо оценивать параметры и качественные характеристики проводимой закупки, выяснять действительную потребность в установлении заказчиком дополнительных требований, учитывая заинтересованность такого лица в рациональном расходовании средств и достижении максимального результата. Произвольный контроль антимонопольного органа за проведением корпоративных закупок в не соответствует целям и задачам, возложенным на данный орган действующим законодательством.

Включение заказчиком в Документацию о закупке дополнительных требований, предъявляемых к участникам закупки, безусловно, сужает круг потенциальных участников проводимых закупок. Вместе с тем, такие действия могут быть признаны нарушением антимонопольного законодательства, Закона о закупках лишь в случае, когда они привели к необоснованному ограничению конкуренции, созданию неоправданных барьеров хозяйствующим субъектам при реализации ими права на участие в конкурентных процедурах закупки.

Как следует из материалов дела, компания «АЛРОСА» обосновывала в ходе рассмотрения данного спора необходимость установления

дополнительных требований к участникам закупки и обращала внимание судов на особую сложность приобретаемых по спорной закупке работ, их объем и начальную стоимость в размере более 500 миллионов рублей по каждому лоту. Предметом закупочной процедуры являлся выбор подрядчиков на выполнение работ по устройству технологического проезда г. Удачный – месторождение «Верхне-Мунское», который представляет собой автомобильную дорогу, предназначенную для прохождения тяжелого и крупногабаритного транспорта. Строительство дороги проводится в Северо-Западной части Якутии, где средняя температура в зимний период – 45 градусов.

Учитывая общую протяженность технологического проезда (153 км), короткие сроки выполнения работ, экстремальные температуры и опыт работы в условиях Крайнего Севера на вечномерзлых грунтах, заказчик установил в Документации о закупке соответствующие требования к опыту, кадровому составу участника закупки, их техническому оснащению, а также ограничил возможность привлечения субподрядчиков (соисполнителей) для выполнения указанных работ.

При этом условие Документации о закупке, устанавливающее запрет на привлечение участником закупки для исполнения договора, заключенного по результатам закупочных процедур, субподрядчиков или соисполнителей, не является требованием, предъявляемым к участнику закупки, а относится к способу и порядку исполнения договора и соответствует положениям статей 706 и 780 Гражданского кодекса, предоставляющим возможность включения в договор условия о личном выполнении подрядчиком работ (оказании услуг).

Судебная коллегия отмечает, 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.

Между тем из оспариваемого решения ФАС России не следует вывод антимонопольного органа о том, что сформированные в Документации требования к участникам закупки были включены в рассматриваемое Положение в интересах определенного хозяйствующего субъекта. Признавая нарушением действующего законодательства включение в Документацию требования о представлении участником закупки банковской гарантии, выданной банком, включенным заказчиком в соответствующий перечень, антимонопольный орган не установил фактов необоснованного отказа в выдаче указанных банковских гарантий либо иного препятствия участникам закупки в их получении.

Таким образом, при рассмотрении данного спора арбитражные суды трех инстанций в нарушение требований Главы 7 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не дали полной и всесторонней оценки всем обстоятельствам дела, включая доводы компании «АЛРОСА» о наличии у нее как заказчика объективной потребности и необходимости включения в Документацию о закупке спорных условий.

С учетом изложенного, принятые по делу судебные акты подлежат отмене на основании части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, как принятые с существенным нарушением норм права, а дело – направлению на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы.

При новом рассмотрении данного спора суду необходимо оценить доводы сторон и представленные ими доказательства, применить надлежащие нормы права и рассмотреть дело с учетом вышеуказанной позиции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 176, 291.11-291.15 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

определила:

решение Арбитражного суда города Москвы от 09.06.2016 по делу № А40-3315/2016, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.09.2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.01.2017 по тому же делу отменить.

Дело направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы.

Председательствующий судья

Т.В. Завьялова

Судья

М.К. Антонова

Судья

М.В. Пронина

