

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА**

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

**от 4 октября 2022 г. по делу N А40-237073/2021**

Резолютивная часть постановления объявлена 27.09.2022

Полный текст постановления изготовлен 04.10.2022

Арбитражный суд Московского округа в составе:

председательствующего судьи Шевченко Е.Е.,

судей Латыповой Р.Р., Петропавловской Ю.С.,

при участии в заседании:

от заявителя по делу - открытого акционерного общества "Российские железные дороги" - Чернова М.И. (представителя по доверенности от 21.01.2021),

от Федеральной антимонопольной службы - Смирнова М.В. (представителя по доверенности от 22.12.2021),

от общества с ограниченной ответственностью "РТС-Тендер" - извещено, представитель не явился,

от общества с ограниченной ответственностью "Альфа" - извещено, представитель не явился,

рассмотрев 27.09.2022 в судебном заседании кассационную жалобу открытого акционерного общества "Российские железные дороги"

на решение от 09.02.2022 Арбитражного суда города Москвы

на постановление от 14.06.2022 Девятого арбитражного апелляционного суда

по делу N А40-237073/2021

по заявлению открытого акционерного общества "Российские железные дороги"

к Федеральной антимонопольной службе

об оспаривании решения и предписания,

третьи лица: общество с ограниченной ответственностью "РТС-Тендер", общество с ограниченной ответственностью "Альфа",

установил:

открытое акционерное общество "Российские железные дороги" (далее также - ОАО "РЖД, общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением об оспаривании решения и предписания Федеральной антимонопольной службы (далее также - служба) от 15.10.2021 N 223-ФЗ-553/21.

В качестве третьих лиц в деле участвуют общество с ограниченной ответственностью "Альфа" (далее - ООО "Альфа") и общество с ограниченной ответственностью "РТС-Тендер" (далее - ООО "РТС Тендер").

Решением Арбитражного суда города Москвы от 09.02.2022, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2022, в удовлетворении заявления отказано.

В кассационной жалобе ОАО "РЖД" просит отменить данные судебные акты, ссылаясь на

неправильное применение судами норм права, несоответствие выводов судов о применении норм права установленным обстоятельствам, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявления общества.

В судебном заседании представитель ОАО "РЖД" поддержал доводы кассационной жалобы, просил ее удовлетворить, среди прочего сослался на ряд судебных актов, принятых в 2022 году в пользу общества по делам с участием общества и антимонопольных органов со сходными вопросами правоприменения (в том числе: N А40-53266/2021, А40-111760/2021, А40-147972/2021).

Представитель ФАС России в судебном заседании возражал против удовлетворения кассационной жалобы по доводам, изложенным в отзыве на нее.

ООО "Альфа" и ООО "РТС Тендер", извещенные о месте и времени рассмотрения кассационной жалобы, своих представителей в заседание суда округа не направили, в связи с чем кассационная жалоба рассмотрена с учетом положений части 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) в отсутствие представителей ООО "Альфа" и ООО "РТС Тендер".

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 ввиду следующего.

Арбитражные суды установили, что ОАО "РЖД" (заказчик) 29.07.2021 разместило в ЕИС извещение о проведении электронного аукциона на право заключения договора поставки и монтажа электротехнического оборудования.

На участие в данном аукционе поступили заявки от трех участников; в соответствии с протоколом рассмотрения заявок от 28.09.2021 к участию в конкурсе допущен один участник - ООО "Альфа"; аукцион признан несостоявшимся на основании подпункта 3 пункта 3.9.1 аукционной документации; принято решение не заключать договор с единственным участником.

ООО "Альфа" обратилось в ФАС России с жалобой на действия заказчика, выразившиеся в не направлении ООО "Альфа" на подпись проекта договора.

Решением ФАС России от 15.10.2021 N 223-ФЗ-553/21 жалоба ООО "Альфа" признана обоснованной, в действиях ОАО "РЖД" признано нарушение части 15 статьи 3.2 Федерального закона от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (далее - Закон о закупках, Закон). ОАО "РЖД" выдано предписание от 15.10.2021 N 223-ФЗ-553/21.

Не согласившись с ФАС России, ОАО "РЖД" оспорило данные решение и предписание в судебном порядке.

Признавая законными оспариваемые решение и предписание, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что отказ заказчика от заключения договора с единственным участником, чья заявка была допущена к конкурентной процедуре, не соответствует требованиям законодательства и нарушает баланс частных и публичных интересов.

Суды отметили, что признание торгов несостоявшимися является их конечным результатом только в случае отсутствия поданных заявок на участие в торгах либо в случае отказа в допуске к участию в торгах всем потенциальным претендентам, поскольку в данных случаях такое признание не влечет за собой никаких правовых последствий и не способно привести к нарушению либо ущемлению чьих-либо гражданских прав.

Правовым последствием признания торгов несостоявшимися в связи с тем, что к участию в конкурентной процедуре допущен только один участник, заявка которого соответствует требованиям аукционной документации, как сочли суды, является заключение с таким участником договора по результатам торгов.

При этом суды отклонили доводы ОАО "РЖД" о том, что общество действовало на основании Положения о закупке товаров, работ, услуг, в том числе на основании пункта 3.9.3 документации об аукционе, указав, что данное Положение не является единственным правовым актом, регламентирующим деятельность заказчиков, не может изменять правовое регулирование, установленное федеральным законодательством для проведения торгов, и должно применяться в той мере, в которой не противоречит нормам Гражданского кодекса Российской Федерации (далее

- ГК РФ) и Закона о закупках.

При рассмотрении кассационной жалобы суд округа исходил из следующего.

Как следует из обжалуемых судебных актов и доводов лиц, участвующих в деле, при организации и проведении закупки заказчик руководствовался Законом о закупках, Положением о закупках ОАО "РЖД", аукционной документацией.

В силу части 1 статьи 2 Закона о закупках, определяющей правовую основу закупки товаров, работ, услуг, при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, ГК РФ, 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 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

Согласно части 2 статьи 2 Закона положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и осуществления закупок способами, указанными в частях 3.1 и 3.2 статьи 3 Закона, порядок и условия их применения, порядок заключения договоров.

В соответствии с частью 2 статьи 2 Закона о закупках документом, регламентирующим закупки обществом, является Положение о закупке, утвержденное советом директоров ОАО "РЖД" (далее также - Положение), относящегося к организациям, перечисленным в части 2 статьи 1 Закона.

В соответствии с пунктом 5 статьи 447 ГК РФ аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. Иные основания признания торгов несостоявшимися устанавливаются законом.

Ни ГК РФ, ни Закон о закупках, иные основания признания торгов несостоявшимися в рассматриваемом случае не устанавливают.

С учетом федерального законодательства ОАО "РЖД" предусмотрело основания признания торгов несостоявшимися и последствия признания торгов несостоявшимися в Положении о закупках ОАО "РЖД".

Согласно пункту 347 Положения организация и проведение открытого аукциона в электронной форме осуществляются в соответствии с разделами 17, 43 - 51 в части, не противоречащей настоящему разделу.

В соответствии с пунктом 237 Положения о закупках ОАО "РЖД" экспертные группы рассматривают представленные для участия в конкурентной закупке заявки и подводят итоги несостоявшихся конкурентных закупок, а также представляют предложения для рассмотрения комиссией.

Согласно пункту 343 Положения о закупках ОАО "РЖД" открытый аукцион признается несостоявшимся в случае, если:

- 1) на участие в аукционе не подано ни одной аукционной заявки;
- 2) на участие в аукционе подана одна аукционная заявка;
- 3) по итогам рассмотрения аукционных заявок к участию в аукционе допущен один участник;
- 4) ни один из участников не допущен к участию в аукционе;
- 5) на открытый аукцион явился один участник (за исключением аукциона в электронной форме);
- 6) на открытый аукцион не явился ни один из участников (за исключением аукциона в электронной форме);
- 7) в ходе проведения открытого аукциона не поступили предложения о более низкой цене договора (цене лота), чем начальная (максимальная) цена договора (цена лота), шаг аукциона снижен до минимального размера и после трехкратного объявления последнего предложения о начальной (максимальной) цене договора (цене лота) не поступило ни одного предложения с более

низкой ценой договора.

Пунктом 3.9.3 документации об аукционе установлено, что если аукцион (в том числе в части отдельных лотов) признан несостоявшимся вследствие поступления аукционной заявки от одного участника закупки, с таким участником при условии, что он будет допущен к участию в аукционе (в том числе в части отдельных лотов) и его аукционная заявка соответствует требованиям, изложенным в аукционной документации, а также с единственным допущенным к аукциону (в том числе в части отдельных лотов) участником, с участником, который один явился на аукцион (в том числе в части отдельных лотов), может быть заключен договор в порядке, установленном нормативными документами заказчика.

Согласно пункту 3.18.4 документации об аукционе заказчик в течение семи рабочих дней с даты размещения итогового протокола на сайтах, а в случае, если договор заключается с единственным участником, допущенным к участию в аукционе (в случае, если принято решение о заключении договора с таким участником) с даты определения цены, направляет участнику аукциона, с которым заключается договор, проект договора с использованием программно-аппаратных средств ЭТЗП.

Как следует из доводов общества, включение в Положение о закупках, аукционную документацию указания на право заказчика (а не обязанность) заключить договор с единственным допущенным участником или не заключать его, обосновано исходя из того, что организация закупочной деятельности является инструментом сокращения издержек и получения экономической эффективности от проведения торгов.

В соответствии с пунктом 1 статьи 447 ГК РФ договор заключается с лицом, выигравшим торги.

В соответствии с частью 18 статьи 3.2 Закона о закупках победителем открытого аукциона является лицо, заявка которого соответствует требованиям, установленным документацией о закупке, и которое предложило наиболее низкую цену договора путем снижения начальной (максимальной) цены договора, указанной в извещении о проведении аукциона, на установленную в документации о закупке величину.

В рассматриваемом случае победитель закупки не был определен комиссией заказчика, поскольку закупка признана несостоявшейся в связи с тем, что по итогам рассмотрения аукционных заявок к участию в аукционе был допущен один участник.

Тем самым, ООО "Альфа" нельзя считать победителем аукциона, который был признан несостоявшимся.

В связи с этим у судов первой и апелляционной инстанций не имелось оснований для вывода о несоответствии указанных пунктов Положения, аукционной документации не соответствующей требованиям гражданского законодательства и законодательства о закупках.

Ссылку службы и указание суда первой инстанции на часть 15 статьи 3.2 Закона о закупках нельзя признать обоснованными.

Согласно части 15 статьи 3.2 Закона договор по результатам конкурентной закупки заключается не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в единой информационной системе итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки. В случае необходимости одобрения органом управления заказчика в соответствии с законодательством Российской Федерации заключения договора или в случае обжалования в антимонопольном органе действий (бездействия) заказчика, комиссии по осуществлению конкурентной закупки, оператора электронной площадки договор должен быть заключен не позднее чем через пять дней с даты указанного одобрения или с даты вынесения решения антимонопольного органа по результатам обжалования действий (бездействия) заказчика, комиссии по осуществлению конкурентной закупки, оператора электронной площадки.

Данные положения Закона регламентируют сроки заключения договора (их исчисление) и не могут рассматриваться как нормы, устанавливающие требование об обязательном заключении договора в том случае, когда аукцион признается несостоявшимся и не определен его победитель.

Нельзя согласиться и с указанием апелляционного суда на Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 17.12.2020 N 307-ЭС20-11071 по делу N А56-86906/2019 в обоснование принятого решения, поскольку в этом деле был применен

пункт 125 Правил организации и проведения торгов (конкурсов, аукционов) на право заключения договора пользования рыболовным участком, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.05.2014 N 450.

Данный пункт Правил предусматривает прямое указание о том, что организатор аукциона на право заключения договора пользования рыболовным участком обязан заключить договор с единственным участником аукциона по начальной цене предмета аукциона в случае, если аукцион признан несостоявшимся в соответствии с подпунктом "а" пункта 124 этих же Правил (аукцион признается несостоявшимся, если в аукционе участвовали менее двух участников).

В настоящем деле не идет речи об аукционе на право заключения договора пользования рыболовным участком, соответственно, императивные требования названных Правил не могут быть применены.

Таким образом, у службы и у судов первой и апелляционной инстанций не имелось оснований для указания на несоответствие действий общества требованиям, предъявляемым к проведению закупок.

Согласно пункту 1 статьи 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Суды не указали обстоятельств, которые могли бы свидетельствовать о нарушении обществом положений пункта 1 статьи 10 ГК РФ, о совершении обществом рассматриваемых действий в целях ограничения конкуренции либо исключительно с намерением причинить вред другому лицу.

Выводов о том, что общество нарушило принципы добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (часть 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (часть 1 статьи 10 ГК РФ), суды не делали, обстоятельств, которые могли свидетельствовать о том, что рассматриваемые действия общества были направлены на достижение результата в нарушение таких принципов и не были связаны с реализацией прав и законных интересов общества в соответствии с законодательством о закупках, не привели, не установили, таких доводов заявлено не было.

В соответствии с частью 1 статьи 1 Закона о закупках целями регулирования указанного закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 Закона, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Признание аукциона несостоявшимся без заключения договора с единственным участником (допущенным к участию в аукционе и не признанным победителем) само по себе, в отсутствие запрещающих норм, нельзя признать незаконным и несоответствующим установленным целям законодательства о закупках. Противоположное же не обеспечивает эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Заказчик при проведении закупок исходит из необходимости достижения цели проведения закупки конкурентным способом в целях эффективного расходования денежных средств. В настоящем случае, с учетом допуска лишь одной заявки, одна из основных целей законодательства о закупках, а именно: экономия денежных средств в результате конкурентной борьбы участников закупки обществом не была достигнута.

Признавая аукцион несостоявшимся без заключения договора с единственным лицом, заявка которого была допущена к участию в аукционе, общество с учетом приведенных норм Положения о

закупках, аукционной документации имело возможность повторно провести закупочную процедуру с целью расширения круга участников, повышения конкуренции и достижения эффекта экономии своих денежных средств, либо отказаться от ее повторного проведения в случае утраты необходимости в соответствующих товарах.

Суд первой инстанции отметил, что, как пояснил представитель общества на заседании комиссии ФАС России, после повторного пересмотра заявок участников у заказчика отпала потребность в закупке оборудования по предмету закупочной процедуры в связи с корректировкой лимитов финансирования, вследствие чего проект договора не направлен ООО "Альфа".

Заявленные обществом обстоятельства не опровергались и не оспаривались.

При этом оспариваемое предписание службы фактически вынуждает общество заключить договор поставки и монтажа электротехнического оборудования, в котором у общества отпала необходимость.

Исходя из указанного обжалуемые судебные акты подлежат отмене на основании части 1 статьи 288 АПК РФ ввиду неправильного применения судами норм материального права с принятием по делу в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 287 АПК РФ нового судебного акта об удовлетворении заявления общества.

В соответствии с частью 1 статьи 110 АПК РФ судебные расходы общества по уплате государственной пошлины в размере 6000 рублей относятся на службу как на сторону, проигравшую спор.

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

постановил:

решение Арбитражного суда города Москвы от 09.02.2022 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2022 по делу N A40-237073/2021 отменить.

Признать незаконным решение Федеральной антимонопольной службы от 15.10.2021 N 223Ф3-553/21.

Признать недействительным предписание Федеральной антимонопольной службы от 15.10.2021 N 223Ф3-553/21.

Взыскать с Федеральной антимонопольной службы в пользу открытого акционерного общества "Российские железные дороги" 6000 рублей судебных расходов по уплате государственной пошлины по делу N A40-237073/2021.

Председательствующий судья  
Е.Е.ШЕВЧЕНКО

Судьи  
Р.Р.ЛАТЫПОВА  
Ю.С.ПЕТРОПАВЛОВСКАЯ

---