

АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

от 7 ноября 2019 г. по делу N А40-45380/2019

Резолютивная часть постановления объявлена 07 ноября 2019 года

Постановление изготовлено в полном объеме 07 ноября 2019 года

Арбитражный суд Московского округа

в составе:

председательствующего-судьи Каменской О.В.,

судей Латыповой Р.Р. Шевченко Е.Е.,

при участии в заседании:

от заявителя: Зайцев Р.И. по дов. 02.04.2019; Зайцева Е.В. по дов. от 30.10.2019,

от заинтересованного лица: Айнутдинов Р.Ф. по дов. от 28.05.2019;

от третьих лиц: не явились, извещены;

рассмотрев 07 ноября 2019 года в судебном заседании кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью "ЭПСИЛОН"

на решение от 15 мая 2019 года

Арбитражного суда города Москвы

принятое судьей Ласкиной С.О.,

на постановление от 27 августа 2019 года

Девятого арбитражного апелляционного суда,

принятое судьями Суминой О.С., Марковой Т.Т., Лепихиным Д.Е.,

по делу N А40-45380/2019,

по заявлению общества с ограниченной ответственностью "ЭПСИЛОН"

к ответчику: Управлению ФАС по г. Москве

третьи лица: Государственное бюджетное учреждение здравоохранения города Москвы "Консультативно-диагностическая поликлиника N 121 Департамента здравоохранения города Москвы", ООО "ПОЖСПЕЦСВЯЗ"

об оспаривании,

установил:

ОБЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ "ЭПСИЛОН" обратился в Арбитражный

суд г. Москвы с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по г. Москве о признании недействительными решения и предписания от 22.01.2019 г. по делу N 2-57-623/77-19.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора привлечены Государственное бюджетное учреждение здравоохранения города Москвы "Консультативно-диагностическая поликлиника N 121 Департамента здравоохранения города Москвы", ООО "ПОЖСПЕЦСВЯЗЬ".

Решением арбитражного суда города Москвы от 15 мая 2019 года, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 августа 2019 года в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с вынесенными судебными актами, общество обратилось в Арбитражный суд Московского округа с настоящей кассационной жалобой.

В кассационной жалобе общество просит данные судебные акты отменить, ссылаясь на неправильное применение судами норм материального права, неполное выяснение обстоятельств по делу.

В судебном заседании суда кассационной инстанции представитель агентства поддержал доводы своей кассационной жалобы.

Представитель УФАС возражал против удовлетворения кассационной жалобы. Письменный отзыв не представлен.

Дело рассмотрено в порядке части 3 статьи 284 АПК РФ при неявке в судебное заседание арбитражного суда кассационной инстанции представителей третьих лиц, надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного разбирательства.

Обсудив доводы кассационной жалобы, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, явившихся в судебное заседание, проверив в порядке статей 284, 286, 287 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права, а также соответствие выводов в указанных судебных актах фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам, кассационная инстанция пришла к выводу, что обжалуемые решение и постановление подлежат оставлению без изменения, кассационная жалоба - без удовлетворения.

Как установлено судами и следует из материалов дела, что основанием для принятия оспариваемых актов послужила поступившая в Московское УФАС России жалоба общества с ограниченной ответственностью "Пожспецсвязь" (далее - общество "Пожспецсвязь") на действия государственного бюджетного учреждения здравоохранения города Москвы "Консультативно-диагностическая поликлиника N 121 Департамента здравоохранения города Москвы" (далее - учреждение, заказчик) при проведении открытого конкурса на право заключения контракта на оказание услуг по техническому обслуживанию автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией при пожаре (реестровый номер извещения 0373200583118000159) в связи с необоснованным выбором способа определения исполнителя путем проведения открытого конкурса из-за неверного определения кода ОКПД осуществления деятельности.

Решением от 22.01.2019 по делу N 2-57-623/77-19 Московское УФАС России признало поданную обществом "Пожспецсвязь" жалобу обоснованной, установив в действиях учреждения нарушение ч. 5 ст. 24, ч. 2 ст. 59 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон о контрактной системе).

Предписанием от 22.01.2019 по тому же делу названный орган возложил на заказчика

обязанность по аннулированию определения поставщика.

Полагая, что вынесенное решение и предписание незаконны, заявитель обратился в суд с настоящим заявлением, ссылаясь на то, что заказчиком был верно указан код ОКПД2, а также на автоматический выбор такого кода системой ЕАИСТ, с чем заявитель связывает невозможность выбора иного кода ОКПД2.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ, ст. 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" в круг обстоятельств, подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействия) госорганов входят проверка соответствия оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту, проверка факта нарушения оспариваемым актом, действием (бездействием) прав и законных интересов заявителя, а также соблюдение срока на подачу заявления в суд.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суды, руководствуясь положениями части 1 статьи 198, части 4 статьи 200, части 2 и части 3 статьи 201 АПК РФ, а также разъяснениями, изложенными в пункте 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01 июля 1996 года N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации", пришли к выводу о соответствии оспариваемых решения и предписания закону.

В соответствии с частью 5 статьи 24 Закона о контрактной системе заказчик выбирает способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями главы третьей "Осуществление закупок" названного закона. При этом, заказчик не вправе совершать действия, влекущие за собой необоснованное сокращение числа участников закупки и, как следствие, ограничение круга таких участников.

Согласно части 2 статьи 48 Закона о контрактной системе заказчик во всех случаях осуществляет закупку путем проведения открытого конкурса, за исключением случаев, предусмотренных ст. ст. 56, 57, 59, 72, 83, 84 и 93 названного закона.

Указанными нормами регламентируется проведение закупки иными способами определения поставщика (помимо открытого конкурса), установленных ч. 2 ст. 24 Закона о контрактной системе, исходя из специфики предмета закупки.

Распоряжением Правительства Российской Федерации от 31.10.2013 N 2019-р (далее - распоряжение N 2019-р) установлен перечень товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион).

Таким образом, суды верно указали, что при определении способа определения поставщика определяющим фактором является предмет государственного контракта, то есть предусмотренный в техническом задании перечень оказываемых услуг, но не желание заказчика провести закупку в конкретной форме и присвоение ей того или иного наименования, а равным образом, наличие созданных уполномоченным органом шаблонов и проектов документов.

Суды пришли к правильному выводу о том, что в настоящем случае избранный антимонопольным органом правовой подход является правильным, поскольку он соответствует конклюдентным действиям заинтересованных лиц, принимающих решение об участии в конкурентной процедуре исходя из содержания описания подлежащих оказанию услуг, но не основании иных, формальных атрибутов закупки.

Способ определения поставщика, в свою очередь, соотносится с позициями

Общероссийского классификатора продукции по видам экономической деятельности (далее - код по ОКПД) ОК-034-2014, принятого и введенного в действие приказом Росстандарта от 31.01.2007 N 14-ст (далее - приказ N 14-ст).

От верного избрания такого атрибута закупки, как код ОКПД, зависит способ проведения закупки, а потому и конкурентоспособность предложений участников.

Как установлено судами, учреждением в настоящем случае избран код 80.20.10.000 ("Услуги систем обеспечения безопасности"). Названный код отнесен к классу 80, "Услуги по обеспечению безопасности и проведению расследований", группе 80.20 "Услуги систем обеспечения безопасности", виду 80.20.10 "Услуги систем обеспечения безопасности". Между тем, выбор конкретного кода ОКПД основан на оценке подлежащих описанию требуемых услуг, а процесс описания услуг связан с полнотой и достоверностью сведений об услугах (определенного набора сведений, соответствующих либо не соответствующих действительности).

Правовое значение для классификации услуг имеет их разграничение (критерии разграничения) по позициям ОКПД в соответствии с Общероссийским классификатором продукции по видам экономической деятельности ОК-034-2014, т.е. на основании приказа N 14-ст.

Как указывают суды, учреждением был избран код по ОКПД 80.20.10.000, т.е. "Услуги систем обеспечения безопасности". При этом, услуги по названному коду имеют специфический характер в силу особенностей и социальной значимости их оказания, поскольку из расшифровки услуг по упомянутому коду следует, что речь идет об охранных и противопожарных услугах.

Согласно приказу N 14-ст группировка услуг по виду 80.20.10 "Услуги систем обеспечения безопасности" включает в себя услуги, состоящие из мониторинга и технического обслуживания устройств систем обеспечения безопасности, таких как системы предупреждения о взломе или о пожаре путем отслеживания сигналов тревоги, подтверждения или проверки нормального функционирования всех систем, и извещения о сигнале тревоги полиции, службы пожарной охраны или прочих ответственных служб; услуги дистанционного мониторинга.

Таким образом, судами верно указано, что в группировку услуг по виду 80.20.10 могут быть включены услуги, связанные с наладкой функционирования сигнальной охранной и противопожарной аппаратуры, ремонтом указанной аппаратуры, а также обеспечением прохождения соответствующих сигналов в правоохранительные и противопожарные службы.

Также судами указано, что иные работы, связанные с функционированием и ремонтом оборудования (как механического, так и электронного), должны относиться к классу 33 "Услуги по ремонту и монтажу машин и оборудования", включающего в себя соответствующие услуги в отношении ремонта оборудования абсолютно любого назначения.

При таких данных, суды отметили, что для использования заявленного учреждением в настоящем случае кода ОКПД в закупочной документации последнего должны были быть четко и недвусмысленно указаны услуги, подлежащие оказанию в рамках контракта, которые именно полностью, а не частично, отвечали бы выбранному им коду и составляли бы большую часть всего объема подлежащих оказанию услуг либо большую часть таких услуг по трудоемкости их оказания. При этом, никакие иные услуги, не отвечающие виду 80.20.10, в состав услуг по такому государственному контракту входить не могли, либо, в случае объективной невозможности (а не в связи с субъективным усмотрением заказчика либо его нежеланием осуществлять такие действия) проведения отдельной закупки, такие услуги должны составлять незначительный объем от всех подлежащих оказанию в рамках контракта услуг, именуясь при этом "сопутствующими". Обратное же приведет к несоблюдению баланса частных и публичных интересов (на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 N 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также общегражданских правовых принципов добросовестного осуществления и защиты

гражданских прав (ч. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (ч. 4 ст. 1 ГК РФ), недопустимости злоупотребления правом (ч. 1 ст. 10 ГК РФ), поскольку предоставит заказчикам необоснованно объединять в один лот закупку услуг, которые могут быть закуплены разными лотами с участием большего количества участников, со ссылкой на необходимость обеспечения функционирования охранного или пожарного оборудования в отсутствие объективной на то необходимости. От верного избрания такого атрибута закупки, как код ОКПД, зависит способ проведения закупки, а потому и конкурентоспособность предложений участников.

Как установлено судами, объектом закупки является оказание услуг по техническому обслуживанию автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления эвакуацией при пожаре на объектах заказчика.

Также суды установили, что из технического задания следует, что исполнение контракта включает в себя техническое обслуживание и ремонт сигнально-пускового блока, аккумуляторной батареи, блока индикации, блока бесперебойного питания, извещателей пожарных дымовых, источника резервного питания, компьютерного оборудования, настенного громкоговорителя, звукового и речевого оповещателей, преобразователей интерфейсов, прибора приемно-контрольного, пульта контроля и управления, светового табло, сетевого контроллера, устройства выносной оптической сигнализации, соединительных коробок, ящиков, клеммников, усилителя мощности.

Оценивая содержание подлежащих оказанию в рамках государственного контракта услуг, суды признали, что оказание услуг по проверке работоспособности охранной и противопожарной систем и обеспечению прохождения соответствующих сигналов до правоохранительной и пожарной службы в рамках контракта если и предполагалось, то такая обязанность исполнителя по контракту носила крайне размытый и нечеткий характер, что обоснованно не позволило административному органу соотнести подлежащие оказанию услуги с избранным заказчиком кодом ОКПД.

Вопреки доводам заявителя, обоснованным ссылками на п. п. 2.26, 2.7 технического задания, суды также отметили, что из локальной сметы, представленной заказчиком, следует, что исполнение контракта предполагало преимущественно техническое обслуживание (ремонт) оборудования. Количество иных работ, если косвенно и связанных с обеспечением прохождения соответствующих сигналов в правоохранительные и противопожарные службы (п. п. 116, 117 локальной сметы, (2.6-3105-7-3/1, 2.6-3105-7-7/1)), являлось столь ничтожно малым в общем объеме всех работ, что не позволяло заказчику отнести работы, являвшиеся предметом исполнения, с кодом 80.20.10. Заказчик, определяя соответствующий код ОКПД (от чего зависит определение формы закупки), должен исходить из описания значительной части работ, поименованных в техническом задании. В отношении незначительной части работ, прямо не относимых к тому ОКПД, к которому, в свою очередь, отнесены все иные (в рассматриваемом случае - 95 процентов) работы, заказчику необходимо проводить отдельную процедуру.

Услуги, имеющие комплексный (многокомпонентный) характер, классификация которых не может быть осуществлена в строгом соответствии с одним кодом по ОКПД, должны классифицироваться по той их составной части, которая характеризует наиболее полным образом большую часть либо наиболее специфическую часть их компонентов. В случае же необходимости закупки специализированных услуг по ремонту охранного и противопожарного оборудования такую закупку надлежит осуществлять отдельным лотом без включения в него внушительного объема дополнительных услуг, которые могут быть оказаны иными поставщиками, отобранными в рамках иной формы закупочной процедуры.

В то же время, как указано судами, поименованные заказчиком услуги по техническому обслуживанию автоматической пожарной сигнализации и системы оповещения и управления

эвакуацией при пожаре прямо отнесены к группировке 33.12 "Услуги по ремонту оборудования", включающая в себя услуги по ремонту оборудования любого предназначения. Согласно распоряжению N 2019-р закупки услуг по ремонту оборудования подлежат осуществлению в форме электронного аукциона.

Так, суды отметили, что избранный учреждением код ОКПД 80.20.10.000 не совпадает с характеристикой необходимых к выполнению работ ни по классу, ни по группе, ни по категории, ввиду чего антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу о нарушении заявителем требований ч. 5 ст. 24, ч. 2 ст. 48, ч. 2 ст. 59 Закона о контрактной системе.

Руководствуясь неверным кодом по ОКПД и устанавливая неверный способ определения поставщика, государственный заказчик ограничивает круг потенциальных участников размещения заказа, поскольку участники, специализирующиеся на предоставлении услуг, входящих в предмет государственного контракта, лишены возможности владеть информацией о проведении процедуры закупки (так как потенциальный участник закупки, как правило, осуществляет поиск информации о процедуре, запрашивая код по ОКПД либо по составу работ, входящих в такие услуги).

Неверное избрание способа осуществления закупки (конкурс вместо аукциона) влечет возможность дополнительного влияния заказчика на конкурентность процедуры. О недопустимости подобных действий заказчиков, существенности такого рода нарушений высказались арбитражные суды Московского округа, в частности, по делам N A40-201214/14, A40-80446/15, A40-111789/15.

Приведенные заявителем доводы об осуществлении закупки, в том числе, на оказание услуг по проверке работоспособности охранной и противопожарной систем и обеспечению прохождения соответствующих сигналов до правоохранительной и пожарной, правомерно отклонены судами, поскольку опровергаются материалами дела, а именно в документации отсутствуют требуемые для избрания кода ОКПД 80.20.10.000 работы по проверке работоспособности пожарной системы.

В этой связи, суды пришли к верному выводу о том, что ссылки общества "Эпсилон" на абстрактные типовые положения технического задания, не позволяют сделать вывод о необходимости проведения работ и оказания услуг в рамках настоящей закупки, соответствующих коду "80.20.10.000".

Кассационная коллегия соглашается с мнением судов о том, что выводы антимонопольного органа о допущенном учреждением нарушении требований ч. 2 ст. 24, ч. 2 ст. 48, ч. 2 ст. 59 Закона о контрактной системе ввиду неверного выбора способа определения подрядчика являются правильными и соответствующими представленным в дело доказательствам.

Оспариваемые акты отвечают практике рассмотрения таких дел арбитражными судами Московского округа (дело N A40-15211/18).

Довод заявителя об автоматическом присвоении кода ОКПД в системе ЕАИСТ не свидетельствует об ошибочности выводов оспариваемого решения: присвоение такого кода определяется описанием объекта закупки, что зависит непосредственно от действий заказчика.

Кроме того, в контексте ст. ст. 24, 48, 59 Закона о контрактной системе приведенные доводы не имеют правового значения, поскольку учреждение является профессиональным участником закупочных процедур и осведомлено о необходимости соблюдения требований приведенных норм права, а возникновение каких-либо проблемных ситуаций при формировании закупочной документации в системе ЕАИСТ является исключительно самостоятельным риском последнего и не может обуславливать возможность нарушения требований законодательства Российской Федерации.

Также судами верно указано, что выданное антимонопольным органом на основании оспариваемого решения предписание направлено не только на восстановление прав и законных интересов общества "Пожспецсвязь" в административном порядке (ст. ст. 11, 12 ГК РФ), но также и на обеспечение проведения закупочной процедуры в строгом соответствии с требованиями Закона о контрактной системе.

Вопрос о правомерности поведения организатора торгов не входит в компетенцию потенциального победителя, не желающего лишиться того, на что он рассчитывал. Желание последнего любым способом заключить договор не соотносится с принципом законности и умаляет регулятивную функцию антимонопольного органа; позиция заявителя, в свою очередь, основана на необходимости соблюдения принципа целесообразности, что недопустимо в случае риска сокращения количества участников конкурентной процедуры.

Между тем, судами верно отмечено, что правовой интерес заявителя к оспариваемому предписанию имеет абстрактный характер, поскольку его положение в случае удовлетворения заявления не изменится.

При этом представителем ответчика указано на факт исполнения предписания.

Таким образом, суды пришли к обоснованному выводу о том, что в материальных интересах заявителя отсутствует правовая неопределенность, устранение которой было бы возможно в случае удовлетворения требований общества.

Кассационная коллегия соглашается с выводами судов о том, что обжалуемое решение и предписание антимонопольного органа соответствуют материалам дела и требованиям законодательства.

При таких обстоятельствах суд кассационной инстанции находит выводы судов первой и апелляционной инстанций законными и обоснованными, сделанными при правильном применении норм материального и процессуального права, с установлением всех обстоятельств по делу, имеющих существенное значение для правильного разрешения спора по существу.

Доводы кассационной жалобы, сводящиеся к иной, чем у судов, оценке доказательств, не могут служить основаниями для отмены обжалуемых судебных актов, так как они не опровергают правомерность выводов арбитражных судов и не свидетельствуют о неправильном применении норм материального и процессуального права. Доводы кассационной жалобы, фактически повторяют доводы, изложенные в суде первой и апелляционной инстанции, которые были предметом рассмотрения в судах двух инстанций, что нашло свое отражение в судебных актах. Иная оценка установленных арбитражными судами фактов в силу положений статьи 286 и части 2 статьи 287 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации выходит за пределы полномочий суда кассационной инстанции.

Нормы процессуального права, несоблюдение которых является основанием для отмены решения, постановления в соответствии с частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не нарушены.

Учитывая изложенное, оснований, предусмотренных статьей 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для изменения или отмены обжалуемых в кассационном порядке судебных актов, по делу не имеется.

Руководствуясь статьями 176, 274, 284, 286, пунктом 1 части 1 статьи 287, статьей 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Московского округа

постановил:

решение Арбитражного суда города Москвы от 15 мая 2019 года и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27 августа 2019 года по делу N А40-45380/2019 оставить без изменения, а кассационную жалобу без удовлетворения.

Председательствующий судья
О.В.КАМЕНСКАЯ

Судьи
Р.Р.ЛАТЫПОВА
Е.Е.ШЕВЧЕНКО
