АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

от 25 ноября 2019 г. по делу N А44-2148/2019

Арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Мунтян Л.Б., судей Соколовой С.В., Толкунова В.М., при участии от публичного акционерного общества "Ростелеком" Ивановой А.В. (доверенность от 01.11.2019 N 02/29/180-19), от Управления Федеральной антимонопольной службы по Новгородской области Аванесяна М.В. (доверенность от 09.01.2019 N 488), рассмотрев 20.11.2019 в открытом судебном заседании кассационную жалобу публичного акционерного общества "Ростелеком" в лице филиала в Новгородской и Псковской областях на решение Арбитражного суда Новгородской области от 27.05.2019 и постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.08.2019 по делу N А44-2148/2019,

установил:

Публичное акционерное общество "Ростелеком", адрес: 191002, Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д. 15, ОГРН 1027700198767, ИНН 7707049388 (далее - ПАО "Ростелеком", Общество) в лице филиала в Новгородской и Псковской областях обратилось в Арбитражный суд Новгородской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новгородской области, адрес: 173002, Великий Новгород, Воскресенский бульвар, д. 3, ОГРН 1025300795552, ИНН 5321047553 (далее - УФАС, Управление) о признании незаконным решения от 17.12.2018 N 7758/02.

Судом к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Министерство образования Новгородской области, адрес: 173001, Великий Новгород, Новолучанская ул., д. 27, ОГРН 1025300788116, ИНН 5321029970 (далее - Министерство), Управление экономической безопасности и противодействия коррупции Управления Министерства внутренних дел России по Новгородской области, адрес: 173007, Великий Новгород, ул. Людогоща, д. 5/68, ОГРН 1025300787016, ИНН 5321038319 (далее - УМВД).

Решением суда от 27.05.2019, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 15.08.2019, в удовлетворении заявления ПАО "Ростелеком" отказано.

В кассационной жалобе ПАО "Ростелеком" просит отменить судебные акты, ссылаясь на недоказанность имеющих для дела обстоятельств которые суд считал установленными, как следствие, ошибочность выводов судебных инстанций. Эти выводы, по мнению Общества, не отвечают единообразному применению положений Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон N 135-ФЗ, Закон о защите конкуренции) поскольку Общество не будучи заказчиком не могло повлиять ни на установление начальной (максимальной) цены торгов и сроков исполнения контракта, ни на установление условий документации об аукционе о размещении электронных форм на сайте Единого портала государственных услуг (далее - ЕПГУ) или на сайтах региональных и муниципальных органов управления. Податель жалобы считает необоснованной ссылку суда и УФАС на антимонопольные дела N А-1/18 и N А-2/18 в которых Общество было привлечено в качестве заинтересованного лица, а не в качестве ответчика.

В отзыве на жалобу УФАС просит оставить ее без удовлетворения.

Представители Министерства и УМВД, надлежащим образом извещенные о времени и месте судебного заседания, в суд не явились. Жалоба рассмотрена в их отсутствие (часть 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации; далее - АПК РФ).

В судебном заседании представитель Общества поддержал доводы жалобы, а представитель УФАС отклонил их.

Законность обжалуемых судебных актов проверена в кассационном порядке.

Как видно из материалов дела и установлено судами, на основании материалов, поступивших 27.02.2018 из УМВД, приказом от 27.07.2018 N 92/2018 УФАС возбуждено дело N А-16/18 по признакам нарушения Министерством пункта 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении и подготовки в рамках 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 N 44-ФЗ) аукциона в электронной форме на право заключения контракта на модернизацию и техническую поддержку регионального сегмента единой федеральной межведомственной системы учета контингента обучающихся по основным и дополнительным общеобразовательным программам и программам среднего профессионального образования Новгородской области.

Определением УФАС от 08.10.2018 в качестве ответчика к делу привлечено ПАО "Ростелеком".

В рамках данного дела УФАС установлено, что Департаментом имущественных отношений и государственных закупок Новгородской области (в дальнейшем переименован в Министерство) издан приказ от 27.11.2017 N 2911 о проведении аукциона в электронной форме на право заключения вышеуказанного контракта.

На официальном сайте государственных закупок размещено извещение N 0150200000617000943 об аукционе и аукционная документация.

По результатам рассмотрения единственной заявки от 13.12.2017 аукцион признан несостоявшимся.

Между Министерством и ПАО "Ростелеком" 25.12.2017 заключен государственный контракт N 2017/12-1гк., согласно условиям которого срок выполнения модернизации определен до 29.12.2017, техническая поддержка до 31.12.2017; цена контракта составила 3 151 000 руб.

Приемка оказанных услуг по государственному контракту произведена 26.12.2017 на основании письма Общества от 25.12.2017; денежные средства в размере 3 151 000 руб. перечислены Обществу 27.12.2107.

Управлением подготовлено заключение от 07.11.2018 об обстоятельствах дела N А-16/18, в котором при проведении анализа состояния конкуренции на открытом аукционе в электронной форме сделан вывод об отсутствии конкуренции на аукционе от 27.11.2017. УФАС сочло, что между Министерством и Обществом достигнуто соглашение о предоставлении последнему недопустимых преимуществ при проведении аукциона.

Решением УФАС от 17.12.2018 по делу N А-16/18 подтверждено отсутствие конкуренции на аукционе 27.11.2017; в действиях Министерства и Общества признано нарушение пункта 1 части 1 статьи 17 Закона N 135-ФЗ.

В качестве обстоятельств, подтверждающих наличие между Министерством и Обществом устного соглашения, которое фактически привело к предоставлению преимущественных условий для участия в торгах УФАС восприняло:

- взаимодействие сторон при обосновании начальной (максимальной) цены контракта и при разработке технического задания;

- наличие договоренностей о "последующем" проведении аукциона под условием непрекращения технического сопровождения;

- выполнение работ на протяжении 2017 года, то есть до заключения контракта;

- формальную приемку работ без проведения испытаний;

- неисполнимый срок выполнения работ (1 рабочий день);

- необъективное, неоднозначное описание предмета закупки в техническом задании, вводящее в заблуждение;

- дача разъяснений, изменяющих (уменьшающих) объем выполнения работ для общества;

- предшествующие взаимоотношения сторон, свидетельствующие о неоднократных фактах нарушения антимонопольных требований к торгам и предоставление преимуществ при проведении торгов для Общества.

Не согласившись с указанным решением антимонопольного органа, ПАО "Ростелеком" обратилось в арбитражный суд.

Суды двух инстанций исследовали и оценили доказательства, представленные участниками спора, их доводы, установили обстоятельства дела и указали на наличие у антимонопольного органа в данном случае правовых и фактических оснований для принятия оспариваемого решения.

Изучив материалы дела и доводы жалобы, суд кассационной инстанции не находит оснований для ее удовлетворения.

Выводы судов соответствуют фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам, основаны на правильном применении норм материального и процессуального права, отвечают правилам доказывания и оценки доказательств (часть 1 статьи 65, часть 5 статьи 200, части 1 - 5 статьи 71 АПК РФ), требованиям административного судопроизводства (статьи 198, 200, 201 АПК РФ).

При рассмотрении спора по существу суды правомерно исходили из целей регулирования и правовой основы рассматриваемого аукциона и его принципов к которым, помимо прочих, относятся равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам аукциона; целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 17 Закона N 135-ФЗ при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее - запрос котировок), запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации.

Соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона N 135-ФЗ).

В силу пункта 10.9 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы России от 28.04.2010 N 220 (далее - Порядок), анализ состояния конкуренции включает:

а) определение временного интервала исследования;

б) определение предмета торгов (по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статьи 17 Закона N 135-ФЗ); предмета договоров, заключаемых в отношении государственного и (или) муниципального имущества (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 17.1 Закона N 135-ФЗ); предмета договоров на оказание соответствующих финансовых услуг (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 18 Закона N 135-ФЗ);

в) определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах (с момента подачи заявки на участие в торгах) либо отказавшихся от участия в торгах в результате соглашения, но соответствующих требованиям к участникам торгов, которые предусмотрены документацией о торгах, в случаях, возбуждения дел по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона N 135-ФЗ.

Согласно статье 17 Закона о контрактной системе планирование закупок осуществляется исходя из определенных с учетом положений статьи 13 настоящего Закона целей осуществления закупок посредством формирования, утверждения и ведения: планов закупок; планов-графиков.

Планы закупок формируются заказчиками исходя из целей осуществления закупок, определенных с учетом положений статьи 13 настоящего Закона, а также с учетом установленных статьей 19 настоящего Закона требований к закупаемым заказчиками товарам, работам, услугам.

В ходе проведения анализа состояния на товарном рынке применительно к требованиям вышеуказанного Порядка суды установили, что инициатива проведения спорного аукциона принадлежала Обществу, о чем свидетельствуют его обращения в Министерство об окончании 28.12.2016 срока действия ранее заключенного контракта от 25.12.2015 N 001/2015, о приостановлении оказания услуг по сопровождению и модернизации информационных систем в случае если конкурсные процедуры на сопровождение и модернизацию ИС не будут инициированы, о стоимости услуг по сопровождению и модернизации с момента заключения государственного контракта до 31.12.2017.

Факт выполнения на протяжении 2017 года ПАО "Ростелеком" аналогичных работ поименованных в спорном контракте заключившими его сторонами не опровергнут и подтверждается в том числе, имеющейся в деле перепиской между Министерством и Обществом.

Довод Общества об отсутствии доказательств оказания услуг после 30.06.2017 и 04.08.2017 обоснованность позиции Управления не опровергает.

В соответствии со статьей 22 Закона N 44-ФЗ метод сопоставимых рыночных цен (анализа рынка) заключается в установлении начальной (максимальной) цены контракта на основании информации о рыночных ценах идентичных товаров, работ, услуг, планируемых к закупкам, или при их отсутствии однородных товаров, работ, услуг.

При применении метода сопоставимых рыночных цен (анализа рынка) информация о ценах товаров, работ, услуг должна быть получена с учетом сопоставимых с условиями планируемой закупки коммерческих и (или) финансовых условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг.

В целях применения метода сопоставимых рыночных цен (анализа рынка) могут использоваться общедоступная информация о рыночных ценах товаров, работ, услуг в соответствии с частью 18 настоящей статьи, информация о ценах товаров, работ, услуг, полученная по запросу заказчика у поставщиков (подрядчиков, исполнителей), осуществляющих поставки идентичных товаров, работ, услуг, планируемых к закупкам, или при их отсутствии однородных товаров, работ, услуг, а также информация, полученная в результате размещения запросов цен товаров, работ, услуг в единой информационной системе.

Как следует из писем от 31.07.2017 и от 18.05.2018 Министерством заявленная дополнительная потребность бюджета на обеспечение функционирования регионального сегмента единой федеральной межведомственной системы учета контингента обучающихся по основным и дополнительным общеобразовательным программам и программам среднего профессионального образования Новгородской области составила 3 151 000 руб. и эта сумма была предусмотрена в областном бюджете при внесении изменений в областной закон о бюджете в августе 2017 года.

Из полученного в ходе рассмотрения антимонопольного дела объяснения сотрудника Министерства Кокорева В.А. от 18.04.2018 следует, что для определения начальной максимальной цены контракта им 19.10.2017 было направлено техническое задание по предмету аукциона с необходимостью направления в адрес Министерства коммерческих предложений в пять организаций, список которых был предоставлен работником Общества Севериновым Р.В. (обществу с ограниченной ответственностью (ООО) "Дневник.ру", обществу с ограниченной ответственностью (ООО) "Администратор сети", акционерному обществу (АО) "Барс-Груп", ПАО "Ростелеком" и обществу с ограниченной ответственностью (ООО) "ЭйТи Консалтинг").

ООО "ЭйТи Консалтинг" запрос коммерческого предложения не получало; АО "Барс-Груп" информировало о невозможности подготовки коммерческого предложения по причине занятости и отсутствия специалистов.

ООО "Дневник.ру", ООО "Администратор сети", ПАО "Ростелеком" направили коммерческие предложения в этот же день - 19.10.2017.

Оценив названные коммерческие предложения УФАС и суды обратили внимание на то, что размер их коммерческих предложений был таким, что при определении начальной (максимальной) цены контракта она составила ровно 3 151 000 руб., заложенных в областном бюджете на указанные нужды.

Как правильно установили суды, для рассмотрения настоящего дела особо значимым является такое условие контракта как срок оказания услуг - 1 рабочий день.

При реализации данного условия фактическое подписание акта выполненных работ 26.12.2017 произведено сторонами на следующий день после заключения контракта на основании письма Общества, направленного в день подписания контракта 25.12.2017. При этом, приемка выполненных работ отсутствовала, а их оплата осуществлена на следующий день после приемки (формальное составление протокола приемочных испытаний по контракту от 25.12.2017 подтверждается в том числе объяснениями главного специалиста-эксперта Министерства Кокорева В.А. от 20.02.2018).

Суды сопоставили столь короткий срок выполнения контракта:

- с пунктом 5.6. Технического задания, являющегося приложением N 1 к аукционной документации (относительно заявленной государственной услуги "Зачисление в образовательное учреждение"),

- объемом поименованных в пунктах 5.6.1. и 5.6.2 Технического задания необходимых при этом работ (разработка частных технических заданий для постановки задачи на реализацию электронных интерактивных форм подачи заявлений на получение перечисленных услуг; реализация электронных интерактивных форм подачи заявлений на получение услуги; тестирование электронных интерактивных форм подачи заявлений на получение перечисленных услуг на ЕПГУ),

- разделом 4 технического задания (наличие у исполнителя прав, позволяющих модернизировать функционирующие в Новгородской области информационные системы в сфере образования; при принадлежности исключительных прав обществу с ограниченной ответственностью "Эдъюкейшн Революшен Рисерч энд Девелопмент")

- положением пункта 5.2 технического задания и Регламентом информационного взаимодействия участников с оператором ЕСИА и оператором эксплуатации инфраструктуры электронного правительства, являющегося приложением N 18 к протоколу заседания Подкомиссии по использованию информационных технологий при предоставлении государственных и муниципальных услуг Правительственной комиссии по использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности от 13.05.2016 N 168пр;

- требованиями статьи 70 Закона N 44-ФЗ (о сроке заключения контракта не ранее чем через десять дней с даты размещения протокола подведения итогов аукциона).

Суд округа соглашается с доводами УФАС и судов о невозможности в течение 1 рабочего дня исполнить контракт, что свидетельствует об осведомленности сторон аукциона о его формальном характере с целью оплаты уже выполненных работ. Этот вопрос решен в рамках антимонопольного дела с должной полнотой.

ПАО "Ростелеком" оказалось в недопустимых преимущественных условиях, миновав обязательные в данном случае конкурентные способы выбора исполнителя, что косвенно подтверждается разъяснением Министерства на запрос Общества от 08.12.2017, согласно которому электронная форма услуги "Зачисление в образовательное учреждение" должна быть размещена на сайтах региональных и муниципальных органов управления образованием, а также может быть размещена на ЕПГУ или иных сайтах региональных и муниципальных органов управления. Более того, Министерство (как заказчик по контракту) просило реализовать возможность подачи данной формы через форму, размещенную на сайте Министерства. При изложенной редакции, названное разъяснение можно расценить как попытку приведения фактической ситуации по размещению формы услуги с положениями документации аукциона.

По совокупности косвенных достоверных доказательств и с учетом их взаимной связи, суд округа считает доказанным, что Общество осуществляло техническое сопровождение информационных систем, настаивало на проведении торгов на выполнение этих услуг в 2017 года с целью перечисления денежных средств за уже выполненные работы, а также о наличии между Обществом и Министерством устного соглашения, которое привело (могло привести) к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для участия Общества в аукционе 27.11.2017.

Как следствие, является правомерным и обоснованным именно совместное вменение Министерству и Обществу нарушения пункта 1 части 1 статьи 17 Закона N 135-ФЗ (вследствие получения контрагентом заказчика необоснованных преимуществ).

Оспариваемое решение УФАС не нарушает права и законные интересы заявителя в экономической сфере, отвечает требованиям антимонопольного законодательства, полномочиям антимонопольного органа (статьи 23, 50 и 51 с учетом пункта 10 статьи 4 Закона N 135-ФЗ), критериям законности и обоснованности, целям антимонопольного регулирования (часть 2 статьи 1 Закона о защите конкуренции). Оно основано на обстоятельствах, установленных в рамках антимонопольного производства в условиях объективного и всестороннего разбирательства с участием представителей заинтересованных лиц, в соответствии с правилами главы 9 Закона о защите конкуренции.

Суд округа отмечает, что осуществление закупки является публичной конкурентной процедурой, результатом которой является выбор победителя из числа нескольких претендентов - участников закупки. Победитель, исполнитель закупки может быть определен после завершения процедуры закупки. В условиях осуществления государственных/муниципальных закупок по общему правилу никакие отношения между исполнителем и заказчиком до завершения процедуры определения победителя не могут существовать. Иное противоречило бы целям таких закупок, умаляло развитие добросовестной конкуренции, нивелировало означенные принципы закупочной деятельности.

Основания для изменения либо отмены обжалуемых судебных актов отсутствуют (статья 288 АПК РФ).

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 286, 287 (пункт 1 части 1) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Северо-Западного округа

постановил:

решение Арбитражного суда Новгородской области от 27.05.2019 и постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.08.2019 по делу N А44-2148/2019 оставить без изменения, а кассационную жалобу публичного акционерного общества "Ростелеком" в лице филиала в Новгородской и Псковской областях - без удовлетворения.

Председательствующий

Л.Б.МУНТЯН

Судьи

С.В.СОКОЛОВА

В.М.ТОЛКУНОВ