

РЕШЕНИЕ

по делу № 08-04-16/32

о нарушении антимонопольного законодательства

10 апреля 2017 года

город Мурманск

Комиссия по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее — Комиссия Мурманского УФАС) в составе:

председатель Комиссии: И.Н.Попова – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области;

члены Комиссии: А. С. Коптев – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; Д.А.Мареха – ведущий специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области,

в присутствии на заседании представителей <...>, <...> по доверенности,

в отсутствие представителей ООО «Макро», уведомленного о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом,

рассмотрев материалы дела № 08-04-16/32 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения ОАО «Фармация Мурманска» части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

Комиссией Мурманского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров в рамках статьи 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) в ходе рассмотрения жалобы ООО «Макро» на действия заказчика ОАО «Фармация Мурманска» при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на проведение реконструкции в помещениях аптеки на пр.Ленина, д.65, номер извещения на официальном сайте: 31603979243 (далее по тексту — Закупка), установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Решением по делу № 07-03пр/16-90 Комиссия Мурманского УФАС России определила передать материалы жалобы ООО «Макро» для рассмотрения вопроса о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства должностному лицу Мурманского УФАС России.

По результатам рассмотрения материалов на предмет нарушения антимонопольного законодательства установлено, что ОАО «Фармация

Мурманска» осуществляет закупочную деятельность в рамках Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках).

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, цитируемым 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 цитируемой статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупок товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг, регулирует отношения, направленные на единство экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надёжности, 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 (части 1, 2 статьи 1 Закона о закупках).

При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципами (статья 3 Закона о закупках):

- равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;
- целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках, документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать 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 является положение о закупке.

Положением о закупках товаров, работ, услуг (далее — Положение о закупках) утверждено Генеральным директором ОАО «Фармация Мурманска» приказом № 41а от 11.04.2016 .

При осуществлении закупочной деятельности Заказчик также обязан учитывать требования Закона о защите конкуренции.

Согласно статье 1 Закона о защите конкуренции целями закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных

рынков.

Статья 17 Закона о защите конкуренции устанавливает антимонопольные требования к торгам. Таким образом, правовое регулирование конкурентных отношений и отношений, связанных с размещением заказов, предполагает взаимосвязанные цели и задачи.

Частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлено, что при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Конкуренция - это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке (статья 4 Закона о защите конкуренции).

Под недопущением конкуренции со стороны Заказчика понимаются действия, которые приводят к невозможности конкуренции при осуществлении конкурентной закупки. Ограничение конкуренции выражается в осуществлении конкурентной закупки, при сохранении состязательности участников, но ее рамки искусственно регулируются заказчиком. Устранения конкуренции имеет место, когда в результате действий заказчика конкуренция была исключена при осуществлении конкурентной закупки.

Перечень нарушений, перечисленный в указанной статье, не является исчерпывающим и для квалификации действий по организации и проведению торгов как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений Закона о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду в конкретном случае.

Для квалификации нарушения по части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции в части действий по организации и проведению торгов, как нарушающих предусмотренные данной нормой запреты антимонопольного законодательства, в каждом конкретном случае необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений правил проведения торгов с точки зрения их фактического либо возможного негативного влияния на конкурентную среду.

1) Ограничение конкуренции путем установления требований о внесении обеспечения заявки и договора, а также коротких сроков подачи заявок (3 рабочих дня).

Закон о закупках не содержит специальных положений, регламентирующих обязанность и сроки, порядок представления участником закупки обеспечения заявки на участие в закупке.

Законодательные требования к размеру обеспечения закупок и контракта установлены Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе).

Согласно части 14 статьи 44 Закона о контрактной системе размер обеспечения

заявки должен составлять от одной второй процента до пяти процентов начальной (максимальной) цены контракта или, если при проведении аукционов начальная (максимальная) цена контракта не превышает три миллиона рублей, один процент начальной (максимальной) цены контракта.

Частью 6 статьи 96 Закона о контрактной системе установлено, что размер обеспечения исполнения контракта должен составлять от пяти до тридцати процентов начальной (максимальной) цены контракта, указанной в извещении об осуществлении закупки. В случае, если начальная (максимальная) цена контракта превышает пятьдесят миллионов рублей, заказчик обязан установить требование обеспечения исполнения контракта в размере от десяти до тридцати процентов начальной (максимальной) цены контракта, но не менее чем в размере аванса (если контрактом предусмотрена выплата аванса). В случае, если аванс превышает тридцать процентов начальной (максимальной) цены контракта, размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в размере аванса.

Указанные требования могут рассматриваться как общеупотребительные / обычные правила делового оборота, поскольку применяются к наибольшему объему государственно регулируемых закупок и могут применяться по аналогии.

В соответствии со «Стандартом осуществления закупочной деятельности отдельных видов юридических лиц», утвержденном ФАС России, при установлении размера обеспечения заявки целесообразно исходить из того, что размер должен быть сопоставим с предметом договора и начальной (максимальной) ценой договора.

В Положении о закупках Заказчик закрепил право установить размер обеспечения заявки на участие в закупках в размере от 0,5 % до 30% начальной максимальной цены договора (пункт 4.3 раздела 4 главы 6 «Порядок подготовки и проведения закупок» Положения).

10.08.2016 Заказчик разместил в единой информационной системе извещение о проведении Закупки. Из пункта 10 Извещения Закупочной документации следует, что начальная максимальная цена договора составляет 2 544 351,00 .

При этом в пункте 11 Извещения Закупочной документации указан размер обеспечения заявки — 30% от максимальной цены договора (763 305,30), в пункте 12 Извещения Закупочной документации указан размер обеспечения договора — 30% от максимальной цены договора (763 305,30).

Необходимо отметить, что кроме прочих, победителю Закупки необходимо понести затраты на приобретение материалов в размере 45,2% (1 144 957,95) от цены договора (авансирование не предусмотрено).

Кроме того, в соответствии с пунктом 4.4 раздела 4 «Обеспечение заявки» главы 6 Положения о закупках возврат обеспечения заявки победителю закупки или единственному участнику производится в течение 5 рабочих дней со дня заключения договора.

Таким образом, на момент заключения договора участник должен представить обеспечение заявки и договора в размере 60% от начальной максимальной цены контракта, а также иметь возможность своевременно приступить к исполнению

договора, что предполагает приобретение материалов и иные расходы.

Согласно пункта 4.1, 4.5 раздела 4 «Обеспечение заявки» Положения о закупках обеспечение заявки направлено на обеспечения исполнения обязательств, связанных с подачей заявки и, в случае уклонения участника от заключения договора, обеспечение заявки удерживается в пользу Заказчика.

Из письменных пояснений АО «Фармация Мурманска», представленных к заседанию Комиссии, следует, что условие об обеспечении заявки и размер обеспечения устанавливались Заказчиком с целью установить платежеспособность и добросовестность участников закупки.

Однако внесение обеспечения заявки не отражает финансовое состояние организации, ее платежеспособность и не гарантирует добросовестное исполнение контракта, поскольку не направлено на обеспечение его исполнения.

При этом, само намерение участия в закупке выражается участником путем подачи заявки (за ненадлежащее исполнение контракта законом и договором предусмотрены специальные меры ответственности — досрочное расторжение контракта, штрафы, пени, включение в реестр недобросовестных поставщиков).

Согласно пункту 5.8 главы 6 «Порядок подготовки и проведения закупок» Положения, Заказчик в качестве обеспечения заявок и исполнения договора принимает независимые гарантии, выданные банками, включенные в предусмотренный ст. 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации перечень банков, отвечающих установленным требованиями для принятия независимых гарантий в целях налогообложения.

Как указывает Заявитель, по состоянию на момент проведения Закупки, на его расчетном счету находилось 3 622 , основные средства и нематериальные активы у Общества отсутствуют. Для перечисления Заказчику обеспечения заявки и договора Общество намеревалось привлечь заемные средства / банковскую гарантию, однако не смогло реализовать свои намерения в виду коротких сроков для подачи заявок (3 рабочих дня).

При этом, в 2015 году Общество выполнило объем работ общей стоимостью на 5 337 900,67 , за 9 месяцев 2016 года на общую сумму 3 551 411,50 .

Дополнительно Обществом представлена копия муниципального договора на выполнение работ по созданию безбарьерной среды в МБОУ СОШ № 8 общей стоимостью 1 577 075,00 .

Из изложенного следует, что Общество способно выполнить работы являющиеся предметом Закупки и, в целом, отвечает требованиям Заказчика.

Согласно извещению о проведении Закупки:

- дата и время начала срока подачи заявок - 11.08.2016 в 09.00,
- дата и время окончания срока подачи заявок - до 16.08.2016 в 10.00.

При этом 13 и 14 августа 2016 года являются выходными днями (суббота и воскресенье).

Таким образом, для оформления документов необходимых для подачи заявки на участие в закупке, документов для получения заемных средств, направления заявки в банк, ее рассмотрения и получения денежных средств от банка, перечисления полученных средств в качестве обеспечения Заказчику или оформления банковской гарантии потенциальному участнику доступно только 11.08.2016, 12.08.2016 и 15.08.2016.

Кроме того, в составе заявки участники должны представить выписку из единого государственного реестра юридических лиц.

В соответствии с частью 3 статьи 6 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и Административным регламентом предоставления Федеральной налоговой службой сведений и документов, утвержденным Приказом Минфина России от 15.01.2015 № 5н, срок предоставления государственной услуги по предоставлению сведений из ЕГРЮЛ/ЕГРИП на бумажном носителе или в электронном виде не должен превышать пять дней со дня получения уполномоченной организацией запроса о предоставлении государственной услуги.

Согласно части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Из буквального толкования положений части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции следует, что перечень действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, является открытым.

Следовательно, сокращение сроков подачи заявок на участие в Закупке в совокупности с установленным размером обеспечения заявки и контракта, необходимостью приобрести товары для выполнения работ, а также правом представить обеспечение в форме банковской гарантии или путем получения заемных средств, является действием, которое приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Организатор закупки, при установлении срока начала и окончания подачи заявок должен учитывать направленность такого срока на обеспечение реальной возможности для потенциальных участников подать заявку (гарантированное законом право), и не допускать наложения таких сроков на особый период времени в году (выходные, накануне выходных), поскольку эти дня являются таковыми (нерабочими) для всех возможных участников спорных правоотношений и иных лиц, с которыми связаны действия по подготовке к участию в запросе предложений: банков невозможно совершить банковские операции, получить банковскую гарантию), организатора закупки (невозможно обратиться за разъяснением, подать заявку в письменном виде), потенциальных участников запроса - юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (невозможно подготовить документы для участия в запросе ввиду отсутствия сотрудников в выходные дни).

Сокращенный срок подачи заявок ограничивает возможность принять участие в закупке лиц намеревающихся получить заемные средства для оплаты заявки и

договора. Указанная позиция поддерживается Верховным судом РФ в определении № 302-КГ15-17945 от 25.01.2016.

Согласно постановлению Президиума ВАС РФ от 16.04.2013 № 2823/11 при установлении срока на подачу заявок необходимо учитывать направленность такого срока на обеспечение доступа к торгам, т.е. реальную возможность для потенциальных участников.

Обеспечение заявки и договора в совокупности составляет 60% от цены контракта (1 526 610,60). Учитывая, что авансирование работ Закупочной документацией не предусмотрено, установленный размер обеспечений может ограничить круг потенциальных участников закупки в связи с необходимостью обладать достаточными резервными средствами позволяющими в короткий срок внести обеспечение заявки и договора, а также обеспечить выполнение работ по договору без ущерба текущей деятельности организации приводит к ограничению потенциальных участников способных исполнить контракт и отвечающих требованиям Заказчика, однако не имеющим достаточной суммы свободных денежных средств на расчетном счету, поскольку срок подачи заявок не позволяет получить заемные средства / банковскую гарантию.

2. Ограничение конкуренции путем отказа от проведения торгов и заключения договора на любой стадии проведения закупки.

Закон о закупках определяет общие положения (разделы), которые должны включаться в положение о закупке, но не содержит каких-либо обязательных требований или ограничений к порядку проведения процедур закупки, в частности, не устанавливает правила отмены закупочной процедуры.

Следовательно, непосредственное содержание указанных разделов, а также правила отмены закупочной процедуры определяется заказчиком самостоятельно с учётом действующего законодательства. При этом любой заказчик при осуществлении текущей хозяйственной деятельности, в том числе закупочной, обязан руководствоваться антимонопольным законодательством, являющимся межотраслевым законодательством.

В пункте 2.4 главы 10 «Порядок проведения запроса предложений», а также в пункте 2.3 главы 9 «Порядок проведения запроса котировок» Положения о закупках АО «Фармация Мурманска» установлено право Заказчика отказаться от проведения запроса предложений / котировок в любое время.

При этом, право Заказчика, предусмотренное Положением о закупке, противоречит общему подходу законодательства РФ, а также создаёт предпосылки для нарушения антимонопольного законодательства.

Так, в статье 2 Закона о закупках указано, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, цитируемым Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утверждёнными правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Возможность отказа от проведения торгов предусмотрена статьёй 448 ГК РФ.

В соответствии с положениями пункта 3 статьи 448 ГК РФ, если иное не предусмотрено в законе или в извещении о проведении торгов, организатор открытых торгов, сделавший извещение, вправе отказаться от проведения аукциона в любое время, но не позднее чем за три дня до наступления даты его проведения, а конкурса - не позднее чем за тридцать дней до проведения конкурса. В случаях, когда организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам понесённый ими реальный ущерб.

Таким образом, законодатель установил как общее правило для организаторов торгов право отказаться от проводимой закупки до определённого момента - до момента, когда все участники находятся в одних и тех же условиях, их ценовые предложения неизвестны, заявки не оценены.

Аналогичное правило содержится также в основном законе, регулирующем сферу закупок Российской Федерации - Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Отказ от заключения договора после того, как Заказчику становится известно кто из участников закупки стал победителем позволяет необоснованно уклониться от заключения договора с таким лицом а также, провести процедуру закупки повторно включив в нее заградительные требования для такого участника.

3. Несоответствие срока заключения контракта требованиям Закона о защите конкуренции.

Согласно пункту 1 статьи 10 Гражданского кодекса РФ 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 допускаются.

В соответствии со статьей 18.1 Закона о защите конкуренции обжалование в административном порядке действий (бездействий) организатора торгов допускается не позднее десяти дней со дня подведения итогов торгов либо со дня размещения результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (часть 4 цитируемой статьи). Со дня направления уведомления о поступлении жалобы и до рассмотрения жалобы по существу торги приостанавливаются, а в этот период организатор торгов не вправе заключать договор. Причем договор, заключенный с нарушением требования, установленного цитируемой статьей, является ничтожным (части 18, 19 цитируемой статьи).

Таким образом, в статье 18.1 Закона о защите конкуренции законодательно установлены меры обеспечения производства по защите гражданских прав в административном порядке в виде запрета заключения договора в период обжалования.

Вместе с тем, в пункте 7.3 главы 10 «Порядок проведения запроса предложений», а также в пункте 6.3 главы 9 «Порядок проведения запроса котировок» Положения о закупках установлены положения, согласно которым договор заключается в срок

не более 10 дней со дня подписания итогового протокола.

Таким образом нормы пункта 7.3 главы 10 «Порядок проведения запроса предложений», а также в пункта 6.3 главы 9 «Порядок проведения запроса котировок» Положения о закупках и положения пункта 9.4 Закупочной документации противоречат статье 18.1 Закона о защите конкуренции, поскольку допускают установление срока заключения контракта меньше срок предусмотренного для обжалования действий заказчика.

Указанная позиция поддерживается в решениях Федеральной антимонопольной службы России № 223ФЗ-314/15 от 29.10.2015, а также № 223ФЗ-365/15 от 23.11.2015.

Таким образом, в совокупности имеющиеся материалы свидетельствуют о нарушении Заказчиком

при проведении открытого запроса предложений в электронной форме на проведение реконструкции в помещениях аптеки на пр.Ленина, д.65, номер извещения на официальном сайте: 31603979243,

части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

путем • утверждения Положения о закупках предусматривающего право Заказчика отказаться от заключения договора по результатам проведения запроса предложений, а также запроса котировок в любое время (пункт 2.4 главы 10, пункт 2.3 главы 9 Положения о закупках), а также права заключить по результатам запроса предложений, а также запроса котировок договор в срок не более 10 дней (пункт 7.3 главы 10, пункт 6.3 главы 9 Положения о закупках), • установления в Закупочной документации размера обеспечения заявки на участие в Закупке, размера обеспечения договора, требований к составу документов в составе заявки, а также коротких сроков для подачи заявок, ограничивающих конкуренцию среди потенциальных участников закупки.

Изучив материалы дела, рассмотрев представленные материалы и документы, заслушав пояснения лиц, участвующих в деле Комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, руководствуясь статьёй 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 3 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях ОАО «Фармация Мурманска» (ИНН: 5190194022; 183025, Мурманск, Полярные Зори, дом 49, корпус 6) нарушение части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в

- утверждении Положения о закупках предусматривающего право Заказчика отказаться от заключения договора по результатам проведения запроса предложений, а также запроса котировок в любое время, а также права заключить по результатам запроса предложений, а также запроса котировок договор в срок не более 10 дней,

- установления размера обеспечения заявки на участие в Закупке, размера

Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и на основании решения по делу № 08-04-16/32 от 10 апреля 2017 года о нарушении ОАО «Фармация Мурманска» части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ОАО «Фармация Мурманска» (ИНН: 5190194022) в срок по 02 мая 2017 года устранить нарушение части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путём приведения Положения о закупке товаров, работ, услуг ОАО «Фармация Мурманска» в соответствие с требованиями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

2. ОАО «Фармация Мурманска» (ИНН: 5190194022) об исполнении пункта 1 настоящего предписания сообщить в Управление Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области в течение 3 (трёх) рабочих дней со дня исполнения.

Предписание может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его выдачи в Арбитражный суд Мурманской области.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьей 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.

Председатель комиссии

И.Н. Попова

Члены комиссии

С.В. Мороз

Д.А. Мареха