Р Е Ш Е Н И Е по делу № 4

25 марта 2010 года г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, в составе:

Колотовой Т.Р. - руководителя Свердловского УФАС России, председателя Комиссии;

Волкова С.Н. – зам. руководителя Свердловского УФАС России, члена Комиссии;

Алферовой М.В. – зам. начальника отдела ограничения монополистической деятельности, члена Комиссии;

Козлова А.Ю. – главного специалиста-эксперта отдела ограничения монополистической деятельности, члена Комиссии;

Жукова А.В. – главного специалиста-эксперта отдела ограничения монополистической деятельности, члена Комиссии,

рассмотрев дело № 4, возбужденное по признакам нарушения ОАО «МРСК Урала» ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»), выразившегося в совершении при проведении открытых одноэтапных конкурсов без предварительного отбора на право осуществления охранных услуг на объектах ОАО «МРСК Урала» действий, в результате которых организаторы торгов участвовали в указанных конкурсах, а также неправомерном допуске к участию и определении допуска к участию и определения победителем дочернего предприятия ООО СБ «Пермэнерго»,

У С Т А Н О В И Л А:

Дело по признакам нарушения антимонопольного законодательства возбуждено приказом Свердловского УФАС России № 25 от 22.01.2010.

Основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела согласно ч. 2 ст. 39 ФЗ «О защите конкуренции» явилось обращение ООО ЧОП «Криминалист-II» от 23.12.2009 № 780 (вх. № 01-12608 от 23.12.2009).

Определением от 22.01.2010 рассмотрение дела назначено на 10 февраля 2010 года в 14 час. 00 мин.

Определением от 10.02.2010 рассмотрение дела, на основании статьи 47 ФЗ «О защите конкуренции» отложено в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств от лиц участвующих в деле и привлечения эксперта МВД России в лице ГУВД Пермского края для дачи заключения по следующим вопросам.

а) Вправе ли с момента вступления в силу запрета ст. 15.1. Закона РФ от 11.03.1992 N 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» (29.01.2010), предусматривающего, что частная охранная организация не может являться дочерним обществом организации, осуществляющей иную деятельность, кроме охранной, подобные организации оказывать дальше лицензируемую деятельность?;

б) Подлежит ли лицензия подобной организации, нарушающей запрет ст. 15.1. Закона РФ от 11.03.1992 N 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» приостановлению и (или) аннулированию?

Экспертом ГУВД по Пермскому краю предоставлен ответ от 12.03.2010 № 17/49-184, согласно которому п. 2 Правил предоставления права учреждения частной охранной организации юридическим лицом, осуществляющим иную деятельность, кроме охранной (утв. Постановлением Правительства РФ от 24.02.2010 № 82) предусматривает, что юридическое лицо может претендовать на предоставление права учреждения частной охранной организации, если юридическое лицо является в соотвествии с законодательством РФ субъектом естественной монополии. Так как согласно п. 1 Приказа ФСТ от 24.07.2008 № 275 «О включении (исключении) организации в (из) реестр (а) субъектов естественных монополий, в отношении которых осуществляется государственное регулирование и контроль», ОАО «МРСК Урала» в включено в реестр деятельность ООО СБ Пермэнерго» соответствует действующему на сегоднящний день законодательству РФ, регламентирующему негосударственную (частную) охранную деятельность.

ООО ЧОП «Криминалист-II» заявлено ходатайство от 17.03.2010 № 780/3 об обращении с повторным запросом в Лицензионно-разрешительное управление ДООП МВД России и Управление генеральной Прокуратуры РФ в УрФО, которое удовлетворено в части направления запроса в МВД РФ в рамках собственной инициативы.

ООО ЧОП «Криминалист-II» заявлены ходатайства от 03.03.2010 № 143 (вх. № 01-1845 от 03.03.2010) и от 19.03.2010 № бн (вх. № 01-2306 от 19.03.2010) об ознакомлении с материалами дела, путем снятия копий, которые на основании ст. 43 ФЗ «О защите конкуренции» удовлетворены.

Иных ходатайств от лиц участвующих в деле, не поступало. Лицами, участвующими в деле, предоставлены отзывы.

Доводы заявителя, изложенные в обращении, а также в дополнениях к нему от 10.02.2010 № 780/1 от 15.03.2010 № 780/2 (вх. № 01-2256 от 17.03.2010), а также его представителя в заседаниях Комиссии сводятся к тому, что ООО ЧОП «Криминалист-II» являлось участником торгов в форме конкурса на право заключения договора на оказание охранных услуг, проводимых ОАО «МРСК Урала» на основании своего приказа от 10.06.2009 № 227. Извещение о проведении конкурса опубликовано на сайте ответчика 26.10.2009. Порядок, условия проведения торгов, критерии выбора победителя определены в конкурсной документации. ООО ЧОП «Криминалист-II» участвовал в торгах по лотам № 11, № 13, № 14.

Победителем торгов признано ООО СБ «Пермэнерго», о чем 10.12.2009 информация опубликована на сайте ОАО «МРСК Урала».

Заявитель считает, что ответчиком в ходе торгов при определении победителя были допущены следующие нарушения. ООО СБ «Пермэнерго» являясь дочерним обществом ОАО «МРСК Урала» (не специализирующегося на охранных услугах Предприятия) с 01.01.2010 не имеет права оказывать охранные услуги в связи с вступлением в силу положений ст. 15.1. ФЗ «О частной детективной и охранной деятельности в РФ». С точки зрения антимонопольного законодательства (ст. 9 ФЗ «О защите конкуренции») ответчик и заинтересованное лицо составляют «группу лиц», действия которой рассматриваются, как действия единого хозяйствующего субъекта.

ООО СБ «Пермэнерго» не предоставил банковскую гарантию, что требуется по конкурсной документации, в отличие от заявителя, оплатившего 3 752 911, 08 руб.

ООО СБ «Пермэнерго» располагает меньшим опытом, тогда как ООО ЧОП «Криминалист-II» работает на рынке охранных услуг с 1993 года, с 19.11.2004 оказывает такие услуги ОАО «ФСК ЕЭС», а с 01.11.2005 – ОАО «Свердловэнерго».

ООО СБ «Пермэнерго» не предоставило достаточно отзывов о свой деятельности, которые предусмотрены конкурсной документацией.

Стоимость заявленных ООО ЧОП «Криминалист-II» на конкурс работ была выше, чем у победителя.

В целом заявитель, считает, что с таковыми нарушениями ООО СБ «Пермэнерго» не могло быть допущено к участию в конкурсе и просит вынести ОАО «МРСК Урала» предписание о расторжении договоров с ООО СБ «Пермэнерго» и заключения таких с ООО ЧОП «Криминалист-II». Помимо ограничения ответчиком конкуренции на рынке охранных услуг в ООО ЧОП «Криминалист-II» произошли значительные сокращения работников (238 человек согласно списку в ответе от 12.03.2010 № 161, вх. № 01-2149 от 15.03.2010). Заявитель также просит взыскать в бюджет суммы полученные ООО СБ «Пермэнерго» от ОАО «МРСК Урала» по договорам об оказании охранных услуг от 14.12.2009 № 623/2009, от 14.12.2009 № 622/2009.

Доводы ответчика, изложенные в отзывах от 09.02.2010 № ПЕ/07/443, от 17.03.2010 № бн и пояснении представителя в заседаниях Комиссии сводятся к тому, что возбужденное дело подлежит прекращению, так как проведение конкурса по данной услуге не является обязательным, а участие в торгах аффилированных с заказчиком лиц не противоречит ФЗ «О защите о конкуренции». Данную позицию подтверждает косвенно и письмо ФАС России от 23.10.2009, где указано, что в ФЗ «О защите конкуренции» не содержит запрет на участие унитарных предприятий в торгах, заказчик (организатор) которых одновременно является учредителем. Конкурсная комиссия вправе определять, порядок требования банковской гарантии. Отклонив заявку ООО СБ «Пермэнерго» ОАО «МРСК Урала» ограничило бы конкуренцию. Прекращение рассмотрения антимонопольного дела не повлечет ущемления прав заявителя, так как ООО ЧОП «Криминалист-II» обратился с аналогичным требования в арбитражный суд. ОАО «МРСК Урала» не отрицало, что ООО СБ «Пермэнерго» не вносилась банковская гарантия по проводимым ОАО «МРСК Урала» торгам.

Доводы заинтересованного лица ООО СБ «Пермэнерго» в отзыве бн, бд и пояснениях представителя в заседаниях Комиссии сводятся к тому, что в связи с подачей заявителем искового заявления в арбитражный суд, вопрос о наличии или отсутствии в действиях ОАО «МРСК Урала» будет разрешаться в судебном порядке. ООО СБ «Пермэнерго» пока, что не получало плату от ОАО «МРСК Урала» по заключенным договорам за декабрь 2009 года. ООО СБ «Пермэнерго» сообщило, что по одному из договоров на оказание охранных работ, фактически работы для ОАО «МРСК Урала» осуществляет иная организация (третье лицо). ООО СБ «Пермэнерго» не отрицало, что Обществом не вносилась банковская гарантия по проводимым ОАО «МРСК Урала» торгам, а также что составляет группу лиц с ответчиком.

Рассмотрев предоставленные участвующими в деле лицами доказательства, заслушав их представителей, Комиссия пришла к выводу, что в действиях ОАО «МРСК Урала» при проведении в 2009 году открытых одноэтапных конкурсов без предварительного отбора на право осуществления охранных услуг в 2010 г. на объектах ОАО «МРСК Урала» имеется нарушение п. 2 и п. 4 ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»), выразившееся в:

а) создании ООО СБ «Пермэнерго» преимущественных условий участия в торгах путем допуска его к участию в отсутствие у него предусмотренной Конкурсной документацией банковской гарантии,

б) допущении участия в торгах ООО СБ «Пермэнерго», входящего в группу лиц с организатором торгов - ОАО «МРСК Урала»;

Из заключаемых ОАО «МРСК Урала» договоров, п. 3.2. Устава ОАО «МРСК Урала» (утв. протоколом от 28.02.2008 № 18-29 пр3 Правления РАО ЕЭС России), Постановление РЭК Свердловской области от 07.11.2008 N 139-ПК (ред. от

18.02.2009) «Об утверждении тарифов на услуги по передаче электрической энергии, оказываемые сетевыми организациями, расположенными на территории Свердловской области» следует, что ОАО «МРСК Урала» является территориальной сетевой организацией.

ООО СБ «Пермэнерго» согласно учредительным документам и объяснениям сторон является дочерним обществом ОАО «МСРК Урала», которое имеет 100% голосов ее уставного капитала, согласно выданной лицензии осуществляет деятельность по негосударственной (частной охранной деятельности).

ООО ЧОП «Криминалист-II» действует на основании Устава (утв. Протоколом № 25 от 01.09.2009) и согласно выданной ГУВД по Свердловской области лицензии от 04.11.2008 № П414 осуществляет деятельность по негосударственной (частной охранной деятельности).

Ответчиком 26.11.2009 проведены следующие торги:

1) закупка № 11, лот № 1 Открытый одноэтапный конкурс без предварительного отбора на право заключения договора на оказание охранных услуг для объектов исполнительного аппарата ОАО «МРСК Урала»;

2) закупка № 13, лот № 1, лот № 2 – Открытый одноэтапный конкурс без предварительного отбора на право заключения договора на оказание охранных услуг для объектов филиала ОАО «МРСК Урала»-«Свердловэнерго», объектов исполнительного аппарата филиала ОАО «МРСК Урала»-«Свердловэнерго»;

3) закупка № 14, лот № 1– Открытый одноэтапный конкурс без предварительного отбора на право заключения договора на оказание охранных услуг для объектов филиала ОАО «МРСК Урала»-«Челябэнерго».

Извещение о проведении конкурсов было опубликовано на сайте ОАО «МРСК Урала» от 26.10.2009, копия извещения на сайте B2b-energo № 108895, № 108900, № 108888 от 26.10.2009 соответственно.

Вскрытие конвертов с заявками, поступившими на участие в конкурсе, осуществлялось 27.11.2009. По указанным торгам в числе прочих участников участвовал заявитель ООО ЧОП «Криминалист-II» и ООО СБ «Пермэнерго».

Протоколами № 45.1.2.у/1 и № 46.1.2.у/1 победителем признано ООО СБ «Пермэнерго». По результатам конкурсов с их победителем были заключены договоры № 622/2009 и № 623/2009 от 14.12.2009.

Ответчиком разработаны и приняты на предприятии соответствующие Конкурсные документации.

Согласно п. 5.6. Конкурсной документации установлены требования к обеспечению обязательств участников конкурсов в форме банковской гарантии.

Комиссией установлено, подтверждено объяснениями сторон и ни кем не оспорено, что победитель торгов ООО СБ «Пермэнерго» не предоставило банковской гарантии (абз. 2 п. 4.5.2.1.12 Конкурсной документации) в обеспечение обязательств, связанных с участием в конкурсе и подачей конкурсной заявки, в отличие от ООО ЧОП «Криминалист-II» предоставившее банковскую гарантию.

Согласно п. 5.6.15 Конкурсной документации, непредставление обеспечения обязательств Участника конкурса является основанием для отклонения Конкурсной заявки.

Между тем заявки ООО СБ «Пермэнерго» в нарушение Конкурсной документации ответчиком отклонены не были, как в существенной мере не отвечающая требованиями к оформлению конкурсной документации (п. 4.8.2.4.1. Конкурсной документации), а лицо было допущено к участию и объявлено в итоге победителем конкурса, как предложившее наименьшую цену.

Как установлено, победителем было признано лицо ООО СБ «Пермэнерго» составляющее «группу лиц» с ответчиком ОАО «МРСК Урала», как участвующее 100% долей в ООО СБ «Пермэнерго» согласно учредительным документам последнего.

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 9 ФЗ «О защите конкуренции» группой лиц признается совокупность юридических лиц, соответствующих одному или нескольким признакам из следующих признаков: хозяйственное общество (товарищество) и юридическое лицо, если такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе) либо в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, более чем пятьдесят процентов общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества) (см. также Письмо ФАС РФ от 20.03.2008 N АЦ/5969 «О разъяснении применения антимонопольного законодательства»).

Согласно Письму ФАС РФ от 25.03.2008 N АЦ/6366 «О группе лиц» в состав группы хозяйствующего субъекта в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2007 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) должны быть включены как юридические и физические лица, которые участвуют в хозяйствующем субъекте, так и лица, в которых участвует хозяйствующий субъект. Для признания группой лиц в отношении каждого лица необходимо устанавливать наличие связей с другими лицами, перечисленные в пунктах 1 - 13 части 1 статьи 9 Закона.

Согласно п. 4 ст. 447 Гражданского кодекса РФ форма торгов определяется собственником продаваемой вещи или обладателем реализуемого имущественного права, если иное не предусмотрено законом.

Ответчик определил форму торгов, как конкурсы с соответствующими им лотами.

Согласно ч. 1 ст. 17 «Антимонопольные требования к торгам» ФЗ «О защите конкуренции» при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе:

создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом (п. 2);

участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах (п. 4).

Несмотря на то, что ОАО «МРСК Урала» не было обязано проводить по данной услуге торги, действующие на рынке оказания охранных услуг, хозяйствующие субъекты участвовали в проводимых ОАО «МРСК Урала» торгах, в которых необходимо (юридически и фактически) для победы соблюдать указанные в Конкурсной документации правила. Иными словами ответчиком были созданы правила конкурентной борьбы (соперничества).

Согласно абз. 7 ст. 4 ФЗ «О защите 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.

Создание участнику преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации (п. 2 ч. 1 ст. 17 ФЗ «О защите конкуренции») выразилось в несоблюдении ответчиком процедуры торгов, установленной Конкурсной документацией, а именно не отклонения согласно п. 4.8.2.4.1 и п. 5.6.15 Конкурсной документации заявки ООО СБ «Пермэнерго» не предоставившей банковскую гарантию (абз. 2 п. 4.5.2.1.12 Конкурсной документации) в обеспечение обязательств, связанных с участием в конкурсе и подачей конкурсной заявки.

Нарушение п. 4 ч. 1 ст. 17 ФЗ «О защите конкуренции» выразилось в участии ООО СБ «Пермэнерго» - составляющего группу лиц с ОАО «МРСК Урала» (организатор торгов, заказчик), что признается согласно антимонопольному законодательству участием организаторов торгов или заказчиков в торгах.

Действия, указанные в ч. 1 ст. 17 ФЗ «О защите конкуренции» запрещены – если приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Признаки ограничения конкуренции - сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, а также иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке.

ООО ЧОП «Криминалист-II» в связи с прекращением действия ранее заключенных договоров на оказание охранных услуг на объектах ОАО «МРСК Урала», которые согласно заключенным ОАО «МРСК Урала» договорам № 622/2009 и № 623/2009 от 14.12.2009 стал охранять ООО СБ «Пермэнерго» уволил 31.12.2009 238 (двести тридцать восемь) своих работников согласно списка (ответ от 12.03.2010 № 161, вх. № 01-2149 от15.03.2010) в числе которых: ученики охранников, охранники, ст. охранники, начальники дежурной смены, начальники охраны объектов, начальники районных отделов охраны.

Произошло у заявителя и уменьшение доли рынка охранных услуг в результате расторжения договоров с ОАО «МРСК Урала».

Согласно п. 5 ч. 1 ст. 49 ФЗ «О защите конкуренции» Комиссия при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства разрешает вопрос о выдаче предписаний и об их содержании, а также о необходимости осуществления других действий, направленных на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства.

Так как указный договоры № 622/2009 и № 623/2009 от 14.12.2009 уже заключены между ответчиком и ООО «СБ Пермэнерго», а соответствующее ходатайство расторжении договоров, как того требует п.п. «и» п. 2 ч. 1 ст. 23 ФЗ «О защите конкуренции» от сторон договора получено не было, предписание о расторжении договоров заключенных с нарушением антимонопольного законодательства Свердловское УФАС России выдать не может.

Однако, согласно п.п. б» п. 6 ч. 1 ст. 23 ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган уполномочен, обращается в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе с исками, заявлениями о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству.

Так как в Арбитражном суде Свердловской области уже рассматривается заявление ООО ЧОП «Криминалист-II» (дело № А60-60804/2009-С12) о признании торгов ООО «МРСК Урала» недействительным, Комиссией принято решение о вступлении в указанное дело.

Руководствуясь статьей 23, частью 1 статьи 39, частями 1-4 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

Р Е Ш И Л А:

1. Признать в действиях ОАО «МРСК Урала» при проведении в 2009 году открытых одноэтапных конкурсов без предварительного отбора на право осуществления охранных услуг в 2010 г. на объектах ОАО «МРСК Урала» нарушение п. 2 и п. 4 ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»), выразившееся в:

а) создании ООО СБ «Пермэнерго» преимущественных условий участия в торгах путем допуска его к участию в отсутствие у него предусмотренной Конкурсной документацией банковской гарантии,

б) допущении участия в торгах ООО СБ «Пермэнерго», входящего в группу лиц с организатором торгов - ОАО «МРСК Урала»;

2. Обратиться в Арбитражный суд Свердловской области с заявлением о вступлении в дело № А60-60804/2009-С12 в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований.

Примечание: Согласно ч. 2 ст. 49 ФЗ «О защите конкуренции», решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства, принятое комиссией, подлежит оглашению по окончании рассмотрения дела. При этом может оглашаться только его резолютивная часть. Решение должно быть изготовлено в полном объеме в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня оглашения резолютивной части решения. Копии такого решения немедленно направляются или вручаются лицам, участвующим в деле. Дата изготовления решения в полном объеме считается датой его принятия (в ред. Федерального закона от 17.07.2009 N 164-ФЗ).

Председатель Комиссии: Колотова Т.Р.

Члены Комиссии: Волков С.Н.

Алферова М.В.

Жуков А.В.