

г. Владимир

18 апреля 2019 года

Дело № А79-3322/2018

Резолютивная часть постановления объявлена 11.04.2019.

В полном объеме постановление изготовлено 18.04.2019.

Первый арбитражный апелляционный суд в составе
председательствующего судьи Бельшковой М.Б.,

судей Захаровой Т.А., Москвичевой Т.В.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного
заседания Залит Я.А.,

рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
акционерного коммерческого банка «Авангард» - публичного
акционерного общества (ИНН 770202163, ОГРН 1027700367607) на
решение Арбитражного суда Чувашской Республики - Чувашии
от 28.11.2018 по делу № А79-3322/2018, принятое
судьей Каргиной Н.А. по заявлению акционерного коммерческого
банка «Авангард» - публичного акционерного общества к Управлению
Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике –
Чувашии о признании незаконным и отмене решения от 28.02.2018 №
05-04/1278 и обязанности возбудить дело о нарушении
антимонопольного законодательства.

В судебном заседании приняли участие представители
акционерного коммерческого банка «Авангард» – Тизенгольт Д.О. по
доверенности от 25.12.2018 № 052/1802 сроком действия до
31.12.2019 (л.д. 35, т. 4), Огурцов И.А. по доверенности от
26.11.2018 № 052/1659 сроком действия до 31.12.2019.

Иные лица, участвующие в деле, надлежащим образом извещенные о
дате, времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, явку
представителей в судебное заседание не обеспечили.

Исследовав материалы дела, Первый арбитражный апелляционный
суд установил следующее.

Постановлениями администрации города Чебоксары (далее – Администрация) № 64 и № 65 от 22.01.2018 утверждено Положение о порядке проведения конкурса по выбору уполномоченного оператора (оператора системы), ответственного за изготовление (оформление), продажу карт для безналичной оплаты проезда и последующее пополнение денежными средствами карт для безналичной оплаты проезда на автомобильном и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющим регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары, проведении указанного конкурса и утверждена Конкурсная документация.

Организатором конкурса выступило Управление жилищно-коммунальным хозяйством, энергетики, транспорта и связи Администрации.

Датой окончания срока приема заявок на участие в конкурсе и вскрытия конвертов с заявками определено 12.02.2018.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике – Чувашии (далее – Управление, антимонопольный орган) 07.02.2018 поступила жалоба акционерного коммерческого банка «Авангард» - публичного акционерного общества (далее - ПАО АКБ «Авангард», Банк, заявитель) о признаках нарушения антимонопольного законодательства в действиях Администрации при утверждении конкурсной документации.

ПАО АКБ «Авангард» в жалобе указало, что в нарушение статьи 1 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон № 44-ФЗ), статьи 12 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» (далее – Федеральный закон № 161-ФЗ) в конкурсной документации отсутствует требование к участнику закупки о наличии банковской лицензии, либо о предоставлении договора с кредитной организацией на участие в системе безналичных расчетов.

По мнению Банка условия конкурсной документации и технического задания противоречат друг другу и вводят участников закупки в заблуждение, что является нарушением конкуренции (глава 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Федеральный закон № 135-ФЗ)) и статьи 34, 50 Федерального закона № 44-ФЗ, а описание объекта закупки носит

необъективный характер, так как дополнительно к предмету конкурса в Условиях и пункте 2.11 Технического задания содержится требование о наличии программного обеспечения для работы не только с транспортными картами, но и бесконтактными картами Visa PayWave и устройствами, использующими технологию NFC, что противоречит статье 33 Федерального закон № 44-ФЗ; условие о применении для безналичных расчетов помимо транспортной карты, исключительно бесконтактной карты Visa PayWave, нарушает Федеральный закон № 135-ФЗ, статью 8 Федерального закона № 44-ФЗ, так как ограничивает число участников закупки и лишает пассажиров - физических лиц, имеющих карты иных платежных систем, права на безналичную оплату проезда; требование о предоставлении справки об исполнении обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов, пеней и налоговых санкций противоречит статье 31 Федерального закона № 44-ФЗ; требование к участнику закупки о наличии права на лицензионное программное обеспечение для обслуживания терминалов Nurit 8020, NEW 8120R, NEW 8110, NEW 8110 и их аналогов нарушает Федеральный закон № 135-ФЗ и статью 8 Федерального закона № 44-ФЗ, так как ограничивает число участников закупки, которые могут предложить иное программное обеспечение. По мнению Банка данное требование предоставляет конкурентное преимущество действующему оператору системы безналичной оплаты проезда - обществу с ограниченной ответственностью «Единая транспортная карта» (далее - ООО «ЕТК»).

Заявки на участие в конкурсе подали ПАО АКБ «Авангард» и ООО «ЕТК»; согласно протоколу рассмотрения заявок от 15.02.2018 ПАО АКБ «Авангард» не было допущено к участию в конкурсе.

На официальном сайте органов власти Чувашской Республики 15.02.2018 размещена публикация о заключении по результатам конкурса договора с ООО «ЕТК».

По результатам рассмотрения жалобы ПАО АКБ «Авангард» Управление вынесло решение от 28.02.2018 № 05-04/1278 об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

ПАО АКБ «Авангард» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительным указанного решения Управления.

Решением Арбитражного суда Чувашской Республики - Чувашии от 28.11.2018 в удовлетворении заявленных требований оказано.

При этом, руководствуясь статьями 71, 198, 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ, Кодекс), положениями Федерального закона № 135-ФЗ, Федерального закона № 44-ФЗ, Федерального закона № 161-ФЗ, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что решение Управления от 28.02.2018 № 05-04/1278 соответствует положениям действующего законодательства и не нарушает права и законные интересы заявителя.

Не согласившись с принятым судебным актом, Банк обратился в арбитражный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда и принять по делу новый судебный акт, ссылаясь на неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, неправильное применение норм материального права.

Банк считает, что требование о законности отказа в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства суд не разрешил, а по существу рассмотрел дело о нарушении антимонопольного законодательства.

По мнению заявителя, у Управления отсутствовали основания для отказа в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства. Банк считает, что выигравший конкурс оператор системы функционирует на условиях конкурсной документации, не соответствующей действующему законодательству, конкурс проведен без обеспечения доступа к участию в нем всем потенциальным участникам (включая Банк).

Банк настаивает на том, что конкурсная документация создает преимущественные условия для ООО «ЕТК», так как предусматривает наличие у участника конкурса программного обеспечения, которые на момент проведения конкурса уже было установлено ООО «ЕТК» на терминалах в общественном транспорте. По мнению заявителя, право участника конкурса представить аналог терминала оплаты и аналог программного обеспечения (аналог ПО для терминалов Nurit) является фиктивным.

Заявитель обращает внимание суда на то, что имея аналоги вышеуказанных терминалов и программное обеспечение Банк не был допущен к участию в конкурсе, что доказывает отсутствие конкуренции и преимущественное право ООО «ЕТК» на заключение договора с Администрацией на новый срок.

Подробно доводы приведены заявителем в апелляционной жалобе и

поддержаны представителями в судебном заседании.

Управление и ООО «ЕТК» в отзывах на апелляционную жалобу указали на законность и обоснованность решения суда, просили отказать в удовлетворении апелляционной жалобы.

В силу части 3 статьи 156 АПК РФ апелляционная жалоба рассмотрена в отсутствие неявившихся представителей лиц, участвующих в деле.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в апелляционной жалобе, отзывах, заслушав в судебном заседании представителей Банка, Первый арбитражный апелляционный не установил правовых оснований для отмены решения суда первой инстанции.

По смыслу части 1 статьи 198, части 4 статьи 200 АПК РФ для признания ненормативного акта недействительным необходимо наличие одновременно двух условий: несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности.

Согласно части 1 статьи 39 Федерального закона № 135-ФЗ антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства, принимает по результатам их рассмотрения решения и выдает предписания.

Заявление юридического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства, в силу пункта 2 части 2 статьи 39 Федерального закона № 135-ФЗ является основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 8 статьи 44 Федерального закона № 135-ФЗ по результатам рассмотрения заявления или материалов антимонопольный орган принимает одно из следующих решений: о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства; об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства; о выдаче предупреждения в соответствии со статьей 39.1 настоящего Федерального закона.

Конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок в целях выявления лучших

условий поставок товаров. Запрещается совершение заказчиками, специализированными организациями, их должностными лицами, комиссиями по осуществлению закупок, членами таких комиссий, участниками закупок любых действий, которые противоречат требованиям настоящего Федерального закона, в том числе приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок (часть 2 статьи 8 Федерального закона № 44-ФЗ).

Согласно части 1 статьи 24 Федерального закона № 44-ФЗ заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) являются конкурсы (открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, закрытый конкурс, закрытый конкурс с ограниченным участием, закрытый двухэтапный конкурс), аукционы (аукцион в электронной форме (электронный аукцион), закрытый аукцион), запрос котировок, запрос предложений (часть 2 статьи 24 Федерального закона № 44-ФЗ).

Определение поставщиков (подрядчиков, исполнителей) путем проведения аукционов регулируется положениями параграфа 2 главы 3 Федерального закона № 44-ФЗ.

На основании части 1 статьи 59 Федерального закона № 44-ФЗ под аукционом в электронной форме (электронным аукционом) понимается аукцион, при котором информация о закупке сообщается заказчиком неограниченному кругу лиц путем размещения в единой информационной системе извещения о проведении такого аукциона и документации о нем, к участникам закупки предъявляются единые требования и дополнительные требования, проведение такого аукциона обеспечивается на электронной площадке ее оператором.

В силу пункта 1 части 1 статьи 64 Федерального закона № 44-ФЗ документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со статьей 33 указанного Федерального закона.

Правила описания объекта закупки определены в статье 33

Федерального закона № 44-ФЗ, исходя из части 3 которой не допускается включение в документацию о закупке (в том числе в форме требований к качеству, техническим характеристикам товара, работы или услуги, требований к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара) требований к производителю товара, к участнику закупки (в том числе требования к квалификации участника закупки, включая наличие опыта работы), а также требования к деловой репутации участника закупки, требования к наличию у него производственных мощностей, технологического оборудования, трудовых, финансовых и других ресурсов, необходимых для производства товара, поставка которого является предметом контракта, для выполнения работы или оказания услуги, являющихся предметом контракта, за исключением случаев, если возможность установления таких требований к участнику закупки предусмотрена названным Законом.

Решением Чебоксарского городского Собрания депутатов от 22.09.2016 № 446 утверждено Положение об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом на территории муниципального образования города Чебоксары (далее - Положение).

В соответствии с пунктом 1.3 Положения, уполномоченный оператор, ответственный за изготовление (оформление), продажу карт для безналичной оплаты проезда и последующее пополнение денежными средствами карт для безналичной оплаты проезда на автомобильном транспорте и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющим регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары (далее - оператор системы), - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, осуществляющие эксплуатацию и организационное, техническое, информационное, финансовое сопровождение системы учета безналичной оплаты проезда, определенные уполномоченным органом местного самоуправления города Чебоксары, в установленном им порядке.

Карта для безналичной оплаты проезда - бесконтактная смарт-карта, предназначенная для безналичной оплаты проезда и автоматизированного учета факта проезда на автомобильном транспорте и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющим регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары.

В соответствии с пунктами 1.2, 1.4 постановления администрации города Чебоксары от 31.07.2017 № 1871 «О картах для безналичной оплаты проезда на автомобильном и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющем регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары» (далее – постановление администрации) карта - бесконтактная смарт-карта, предназначенная для безналичной оплаты проезда на городском транспорте и автоматизированного учета факта проезда; оформление карт осуществляется оператором системы в пунктах пополнения карт.

Карты используются для безналичной оплаты: разовых поездок на городском транспорте (электронный кошелек); неограниченного количества поездок в течение месяца на автомобильном транспорте (месячный безлимитный проездной на автобус); неограниченного количества поездок в течение месяца на городском наземном электрическом транспорте (месячный безлимитный проездной на троллейбус); неограниченного количества поездок в течение месяца на автомобильном и городском наземном электрическом транспорте (единый проездной на автобус и троллейбус); ограниченного или неограниченного количества поездок в течение определенного периода времени на автомобильном и/или городском наземном электрическом транспорте.

В соответствии с Техническим заданием по эксплуатации аппаратно-программного комплекса транспортная карта не является персонализированной; ее носитель не содержит фамилии, имени или отчества пользователя карты; при ее оформлении, кроме карты учащегося или студента, оператор системы не вправе требовать от пользователя карты его персональные данные, а равно и документы, содержащие персональные данные пользователя карты.

Сам комплекс предназначен для улучшения организации транспортного обслуживания населения города Чебоксары в части возможности осуществления безналичной оплаты проезда с помощью транспортной карты с открытым и пополненным транспортным приложением.

Согласно пункту 18 статьи 3 Федерального закона № 161-ФЗ электронные денежные средства - денежные средства, которые предварительно предоставлены одним лицом другому лицу, учитывающему информацию о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета (обязанному лицу), для

исполнения денежных обязательств лица, предоставившего денежные средства, перед третьими лицами и в отношении которых лицо, предоставившее денежные средства, имеет право передавать распоряжения исключительно с использованием электронных средств платежа. При этом не являются электронными денежными средствами денежные средства, полученные организациями, осуществляющими профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, клиринговую деятельность и (или) деятельность по управлению инвестиционными фондами, паевыми инвестиционными фондами и негосударственными пенсионными фондами и осуществляющими учет информации о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность указанных организаций.

Таким образом, карта для безналичной оплаты проезда на автомобильном и городском наземном электрическом транспорте в г. Чебоксары не является электронным денежным средством, так как персонализацию данные карты не имеют и пользователи данных карт не открывают счета на свое имя. Карты для безналичной оплаты проезда служат лишь для предоставления права проезда на транспорте общего пользования и оплатить ими какие-либо другие услуги, кроме предусмотренных пунктом 1.4 постановления администрации, не предоставляется возможным.

Следовательно, как правильно установил суд первой инстанции, требование к участнику конкурса о наличии у него лицензии на перевод электронных денежных средств, не является обязательным условием для участия в конкурсе.

В соответствии с пунктом 1.7 постановления администрации оператор системы ведет базу данных транспортного приложения банковской карты; информация в базу заносится оператором системы при оформлении пользователю карты.

Так же к картам безналичной оплаты проезда относятся: карта бесконтактная (смарт-карта), карта учащегося или студента, транспортное приложение банковской карты, месячный проездной билет, которые могут использоваться для безналичной оплаты проезда на автомобильном транспорте и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющим регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары.

Из материалов дела следует, что карты Visa pay Wave используют технологию бесконтактной оплаты; указанная технология аналогична для других платежных карт, таких как MasterCard PayPass, МИР бесконтактная и других, поэтому оплата такими картами возможна на одних и тех же терминалах, поддерживающих бесконтактную оплату.

Наличие в пункте 3.1.1 конкурсной документации условия о наличии программного обеспечения в части регистрации оплаты проезда с устройствами использующими технологию NFC, а также с бесконтактными банковскими картами VISA PayWave направлена на автоматизированный учет поездок.

Согласно конкурсной документации, конкурс проводится для определения оператора действующей на муниципальном транспорте системы безналичной оплаты проезда. Установление конкурсной документацией требований к наличию конкретного программного обеспечения, указание на конкретные марки терминалов для безналичной оплаты проезда направлено на сохранение существующего положения для участников системы - перевозчиков и пассажиров. Указанными в конкурсной документации терминалами для безналичной оплаты проезда Nurit 8020, NEW 8120R, NEW 8110, NEW 8210 и их аналогами оснащен весь подвижной состав, используемый для осуществления перевозок по муниципальным маршрутам транспорта общего пользования г. Чебоксары. При этом, как установлено судом, указанные терминалы приобретались перевозчиками за счет собственных средств и в настоящее время находятся у них в собственности.

Таким образом, в конкурсной документации указано требование к будущему оператору системы о возможности установки программного обеспечения на терминалы для безналичной оплаты проезда, которыми уже оснащен подвижной состав перевозчиков на муниципальных маршрутах г. Чебоксары.

Указанное требование, вопреки утверждению ПАО АКБ «Авангард», не ограничивает конкуренцию и не создает преимущества конкретному участнику конкурса, поскольку последний вправе самостоятельно разработать программное обеспечение, которое будет считывать существующие транспортные карты.

Суд обоснованно отклонил довод заявителя о создании преимуществ ООО «ЕТК» и об ограничении числа участников закупки, работающих с иными платежными системами.

Доводу заявителя о необходимости наличия специального счета для хранения денежных средств, поступивших в оплату транспортной карты в соответствии с Федеральным законом № 161-ФЗ судом дана надлежащая правовая оценка. При этом суд указал, что конкурсной документацией и техническим заданием предусмотрено поступление денежных средств в счет оплаты проезда на счет оператора системы.

Кроме того, документацией не оговорен вид счета, на который должны поступать денежные средства.

Конкурсная документация, техническое задание не содержит требований к порядку, способу исполнения победителем конкурса принятых на себя по результатам конкурса обязательств. Победитель конкурса в своей деятельности должен будет руководствоваться нормами действующего законодательства и в целях реализации положений конкурсной документации может использовать любой способ исполнения обязательства, в том числе открытие специального банковского счета платежного агента, номинального счета и т.д.

Кроме того, карты для безналичной оплаты проезда в г. Чебоксары не являются частью национальной платежной системы.

Согласно пункту 2.3.5 проекта договора оператор системы обязан не предоставлять право изготовления (оформления), продажи карт для безналичной оплаты проезда и последующего пополнения денежными средствами карт для безналичной оплаты проезда на автомобильном и городском наземном электрическом транспорте, осуществляющем регулярные перевозки пассажиров и багажа по муниципальным маршрутам города Чебоксары иному лицу.

Пункт 3.1 Технического задания указывает на право привлечения приемщиков платежей.

При этом суд обоснованно указал на отсутствие противоречий между конкурсной документацией, техническим заданием и условиями проекта договора, поскольку как указывалось выше, транспортная карта не является средством платежа и не содержит электронных денежных средств.

Право на привлечение приемщиков платежей, предусмотрено в целях пополнения транспортного приложения в системе; приемщики платежей не имеют право и возможности самостоятельно без

участия уполномоченного оператора пополнять карты поездками; право на пополнение карт имеет только уполномоченный оператор.

Таким образом, положения проекта договора не тождественны положению технического задания о возможности участия приемщиков платежей в пополнение транспортного приложения.

Привлечение оператором системы банковских и иных уполномоченных организаций для приема денежных средств от пользователей транспортных карт в счет оплаты проезда не будет нарушать требований заключаемого по результатам конкурса договора о запрете передачи полученного победителем конкурса права осуществления полномочий оператора системы третьим лицам.

С учетом изложенного правомерным является решение Управления об отказе в возбуждении в отношении Администрации дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Проверка проведена антимонопольным органом в пределах предоставленных полномочий, существенных нарушений процедуры проведения проверки и принятия решения, судом не установлено.

Доводы заявителя получили надлежащую правовую оценку суда первой инстанции и не опровергают законность и обоснованность принятого им судебного акта.

При таких обстоятельствах суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении заявленных ПАО АКБ «Авангард» требований.

Арбитражный суд Чувашской Республики - Чувашии полно выяснил обстоятельства, имеющие значение для дела, его выводы соответствуют этим обстоятельствам, нормы материального права применены правильно.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 АПК РФ в любом случае основаниями для отмены судебного акта, не допущено.

С учетом изложенного апелляционная жалоба ПАО АКБ «Авангард» по приведенным в ней доводам удовлетворению не подлежит.

В соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по уплате

государственной пошлины относятся на заявителя.

Государственная пошлина в сумме 1500 рублей, излишне уплаченная по платежному поручению № 9462 от 24.12.2018, подлежит возвращению Банку из федерального бюджета.

Руководствуясь статьями 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Первый арбитражный апелляционный суд

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда Чувашской Республики - Чувашии от 28.11.2018 по делу № А79-3322/2018 оставить без изменения, апелляционную жалобу Акционерного коммерческого банка «Авангард» - публичного акционерного общества – без удовлетворения.

Возвратить акционерному коммерческому банку «Авангард» - публичному акционерному обществу из федерального бюджета государственную пошлину в сумме 1500 (одна тысяча пятьсот) рублей, излишне уплаченную по платежному поручению № 9462 от 24.12.2018.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Арбитражный суд Волго-Вятского округа в двухмесячный срок со дня его принятия.

Председательствующий судья

М.Б. Бельшкова

Судьи

Т.А. Захарова

Т.В. Москвичева