

1. Прокуратура города Москвы
109992, Москва, пл. Крестьянская
Застава, д. 1

2. ГУП «Московский метрополитен»
129110, Москва, пр-кт Мира, д. 41

3. Департамент города Москвы по
конкурентной политике
107045, Москва, Печатников пер., д.
12

РЕШЕНИЕ

**по делу № 1-17-1415/77-16 о нарушении
АНТИМОНОПОЛЬНОГО законодательства**

Резолютивная часть решения оглашена «07» октября 2016 г.

В полном объёме решение изготовлено «19» октября 2016 г. г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению дела №1-17-1415/77-16 о нарушении антимонопольного законодательства (далее — Комиссия)

рассмотрев дело 1-17-1415/77-16, возбужденное по признакам нарушения государственным унитарным предприятием «Московский метрополитен» (129110, Москва, пр-кт Мира, д. 41) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), при проведении торгов посредством открытого аукциона в электронной форме на право заключения договора на осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах типа «Киоск» по адресам: г. Москва, станции «Пятницкое шоссе» (южный подуличный переход), «Митино» (северный и южный подуличные переходы), «Строгино» (северный подуличный переход), «Домодедовская» (северный и южный подуличные переходы), «Каховская» (южный подуличный переход), «Варшавская» (западный подуличный переход), «Новогиреево» (западный подуличный переход), «Марксистская» (подуличный переход), «Новокосино» (восточный подуличный переход), «Коньково» (северный и южный подуличные переходы), «Достоевская» (подуличный переход), «Зябликово» (северный подуличный переход), «Шипиловская» (северный подуличный переход), «Марьино» (южный подуличный переход), «Люблино» (северный и южный подуличные переходы), «Дубровка» (подуличный переход), «Волжская» (южный подуличный переход), «Пражская» (южный подуличный переход), «Юго-Западная» (северный подуличный переход), «Лермонтовский проспект» (южный подуличный переход), «Крестьянская застава» (подуличный переход), (лот 71), общей площадью 297,82 кв. м. (реестровый № 100516/0336103/04, СОМ10051600105; далее — аукцион),

при участии в заседании:

от организатора торгов – Департамента города Москвы по конкурентной политике

от инициатора торгов — ГУП «Московский метрополитен»

в отсутствие представителей Прокуратуры города Москвы (уведомлены надлежащим образом),

У С Т А Н О В И Л А :

В Московское УФАС России из Прокуратуры города Москвы поступило обращение Депутата Государственной думы Рашкина В.Ф. (вх. от 01.08.2016 № 31273) на действия государственного унитарного предприятия «Московский метрополитен» (далее – предприятие, Инициатор торгов) и Департамента города Москвы по конкурентной

политике (далее – Департамент, Организатор торгов) при проведении аукциона.

Приказом от 05.08.2016 № 168 возбуждено дело № 1-17-1415/77-16 по признакам нарушения предприятием и Департаментом части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, выразившиеся в укрупнении лота № 71, который состоит из 25 нестационарных торговых объектов типа «киоск» находящихся по разным адресам на 21 станции метро, что в свою очередь, привело к установлению суммы задатка по указанному лоту в размере 35 252 325,00 рублей.

16.09.2016, перед окончанием рассмотрения дела № 1-17-1415/77-16, Комиссией было принято заключение об обстоятельствах дела. Указанное заключение было направлено сторонам 23.09.2016 (исх. № ИШ/43600).

На заключение об обстоятельствах дела № 1-17-1415/77-16 о нарушении антимонопольного законодательства предприятием представлены письменные возражения.

Департамент представил ходатайство об исключении данного лица из числа ответчиков по делу и просил считать его заинтересованным лицом.

Данное ходатайство было удовлетворено на основании пункта 3 части 1 статьи 42 Закона о защите конкуренции.

Согласно пункту 7 постановления Правительства Москвы от 03.02.2011 № 26-ПП «О размещении нестационарных торговых объектов, расположенных в городе Москве на земельных участках, в зданиях, строениях и сооружениях, находящихся в государственной собственности» утвержден, в том числе, порядок организации и проведения аукциона на право заключения договора на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарном торговом объекте, договора на размещение нестационарного торгового объекта и заключения таких договоров» (далее — Порядок) инициаторами проведения аукциона являются органы исполнительной власти города Москвы и организации, указанные в [пунктах 41](#) и [42](#) упомянутого Порядка.

В соответствии с пунктом 8 Порядка организатором аукциона на право заключения договора на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарном торговом объекте и договора на размещение нестационарного торгового объекта является Департамент города Москвы по конкурентной политике (Организатор торгов). Он разрабатывает типовую аукционную документацию и согласовывает ее с инициаторами проведения аукциона, принимает решение о создании аукционной комиссии, определяет ее состав и порядок работы.

При этом в соответствии с пунктом 13 Порядка все существенные условия, в том числе объем лота и размер задатка, определяются инициатором проведения аукциона (предприятием).

Таким образом, предприятие при разработке аукционной

документации самостоятельно установило размер обеспечения заявки и сформировало лот № 71.

Учитывая то, что Департамент не принимал участие при формировании лотов и не устанавливал размер обеспечения заявок, Комиссия удовлетворила ходатайство и определила считать названный Департамент заинтересованным лицом.

Изучив материалы дела, проверив доводы и возражения сторон, Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 8 Порядка Организатором аукциона на право заключения договора на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарном торговом объекте и договора на размещение нестационарного торгового объекта является Департамент города Москвы по конкурентной политике.

Организатор торгов разрабатывает типовую аукционную документацию и согласовывает ее с инициаторами проведения аукциона, принимает решение о создании аукционной комиссии, определяет ее состав и порядок работ.

Согласно извещению о проведении аукциона, опубликованному 10.05.2016 на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о проведении торгов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» www.torgi.gov.ru (далее – Официальный сайт), объектом торгов является осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах типа «Киоск» по адресам: г. Москва, станции «Пятницкое шоссе» (южный подуличный переход), «Митино» (северный и южный подуличные переходы), «Строгино» (северный подуличный переход), «Домодедовская» (северный и южный подуличные переходы), «Каховская» (южный подуличный переход), «Варшавская» (западный подуличный переход), «Новогиреево» (западный подуличный переход), «Марксистская» (подуличный переход), «Новокосино» (восточный подуличный переход), «Коньково» (северный и южный подуличные переходы), «Достоевская» (подуличный переход), «Зябликово» (северный подуличный переход), «Шипиловская» (северный подуличный переход), «Марьино» (южный подуличный переход), «Люблино» (северный и южный подуличные переходы), «Дубровка» (подуличный переход), «Волжская» (южный подуличный переход), «Пражская» (южный подуличный переход), «Юго-Западная» (северный подуличный переход), «Лермонтовский проспект» (южный подуличный переход), «Крестьянская застава» (подуличный переход) (далее – Объект) общей площадью 297,82 кв. м.

Начальная цена договора составляет 2 350 155 (два миллиона триста пятьдесят тысяч сто пятьдесят пять) рублей 00 копеек (включая НДС).

В соответствии с подпунктом 9(1).1 пункта 9(1) Порядка в случае размещения нестационарного торгового объекта в зданиях, строениях, сооружениях и на земельных участках, переданных

Государственному унитарному предприятию города Москвы «Московский ордена Ленина и ордена Трудового Красного Знамени метрополитен имени В.И. Ленина» (далее – объекты метрополитена) начальная цена аукциона определяется исходя из площади нестационарного торгового объекта и фиксированной ежемесячной минимальной платы за 1 кв. м площади нестационарного торгового объекта, установленной в зависимости от показателя среднемесячного пассажиропотока по пропускным пунктам объекта метрополитена за 12 месяцев, предшествующих дате направления аукционной документации на согласование в Департамент транспорта и развития дорожно-транспортной инфраструктуры города Москвы, в размерах указанных в подпунктах 9(1).1.1 — 9(1).2.3 Порядка.

Согласно извещению о проведении аукциона сумма задатка в размере 25 % от начальной (минимальной) цены аукциона за весь период срока действия договора (5 лет) составляет – 35 252 325,00 рублей.

В соответствии с пунктом 22 Порядка участие в электронном аукционе возможно при наличии на счете заявителя, предназначенном для проведения операций по обеспечению участия в аукционах, денежных средств, в отношении которых не осуществлено блокирование операций по счету оператором электронной площадки, в размере не менее суммы задатка на участие в аукционе, предусмотренной документацией об аукционе.

Согласно аукционной документации задаток вносится единым платежом на расчетный счет заявителя, открытый при регистрации на электронной площадке. Задаток победителя аукциона засчитывается в счет исполнения обязательств по договору на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарном торговом объекте.

Вместе с тем, как указано выше, в соответствии с извещением о проведении аукциона начальная (минимальная) цена договора (цена лота) (с учетом налога на добавленную стоимость) – начальная ставка ежемесячной арендной платы: 2 350 155,00 рублей. При этом, срок действия договора аренды — 5 лет.

Согласно выписке из протокола от 20.06.2016 рассмотрения заявок на участие по извещению № 100516/0336103/04 на участие в аукционе поступила одна заявка. В соответствии с подпунктом 2 пункта 12.1 аукционной документации аукцион признан несостоявшимся.

Согласно итоговому протоколу от 22.06.2016 комиссией было принято решение о заключении договора по итогам аукциона по начальной цене аукциона с единственным участником ООО «Стройпанелькомплект».

Представляется возможным сделать вывод о том, что необоснованное укрупнение лота Инициатором торгов повлекло за собой установление задатка в размере 35 252 325 рублей, что, в свою очередь, могло создать препятствие потенциальным участникам для участия в аукционе.

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.

На заседание Комиссии представители предприятия и Департамента не согласились с доводами заявителей, представили пояснения; указали, что аукцион на право заключения договора на осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах на территории станций метрополитена проводился в соответствии с утвержденным Порядком.

Согласно пояснениям представителя предприятия, лот №71, включающий в себя 25 нестационарных торговых объектов со специализацией «Бытовые услуги», был сформирован с целью создания единообразной сети объектов обслуживания с мультисервисными услугами, такими как ремонт и чистка обуви, металлоремонт, ремонт бытовых приборов, телефонов и часов, служба быта.

Лот № 71 сформирован из объектов разной рентабельности, что было направлено, согласно пояснениям представителя Инициатора торгов, на повышение эффективности распоряжения государственным имуществом.

Данный довод Комиссией отклоняется.

Согласно представленному Организатором торгов общему своду торговых сессий по аренде объектов нестационарной торговли в пешеходных тоннелях, принадлежащих на праве оперативного управления предприятию за 2016 год было выставлено на аукцион порядка 79 лотов общей площадью 2 740,62 кв.м.

Установлено, что по 74 лотам Инициатором торгов проводились аукционы на право осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах вида «Павильон» в соответствии с утвержденным Порядком, а именно, «один лот — один нестационарный торговый объект» (киоск, павильон).

Площадь указанных лотов составила от 4 до 110 кв. м. с начальной ценой договора от 6 500,0 рублей за метр.

Согласно представленным данным, на участие в аукционе по каждому из представленных лотов было подано от 10 до 77 заявок участников, что обеспечило конкуренцию среди участников аукционов и увеличение цены аукциона на сотни процентов, в отличие от аукциона по лоту № 71, площадь которого составила 297,82 кв. м., и на участие в котором была подана всего одна заявка, что послужило основанием для заключения договора с единственным участником без увеличения начальной цены аукциона и ограничением конкуренции, что в свою очередь является нарушением Закона о защите конкуренции.

При этом, объективная необходимость в укрупнении лота Инициатором торгов, и как следствие установление задатка в ранее названном размере, последним не доказана.

Под конкуренцией понимается 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 (пункт 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Частью 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установлены пределы осуществления гражданских прав.

Повышенные требования к потенциальным контрагентам должны иметь именно объективное обоснование, соответствовать законодательно закреплённому принципу равенства участников гражданских правоотношений, установленному части 1 статьи 1 ГК РФ и не должны приводить к необоснованному сокращению количества участников закупочной процедуры (торгов).

Как отмечено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17.09.2015 по делу № А40-195614/14, действующим законодательством о закупках не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

Объективная необходимость в укрупнении лота Инициатором торгов, и как следствие установление задатка в ранее названном размере, предприятием не доказана.

Так, в настоящем случае, Инициатор торгов, установив требование о внесении задатка в размере 35 252 325 рублей 00 копеек, который значительно превышает начальную максимальную цену договора, делает фактически невозможным участие в торгах лиц, имеющих возможность исполнить финансовые обязательства по предполагаемому договору аренды, однако, в силу установленного в документации размера задатка, не имеют возможность участвовать в аукционе.

Таким образом, предприятие в рассматриваемом случае ушло интересы не всех заинтересованных лиц, а исключительно тех лиц, которые смогли оплатить соответствующий задаток и хотели получить выставленное на торги имущество.

Размер задатка, в разы превышающего начальную цену аукциона, входит в противоречие с целями антимонопольного регулирования, поскольку в рассматриваемом случае фактически направлен на ограничение доступа к участию в аукционе.

Желание предприятия подобным образом распорядиться предоставленными правами, его усмотрение, основанное на статусе более сильного и значимого субъекта правоотношений, от воли которого зависят интересы иных лиц, в качестве объективных оснований для предъявления рассматриваемых требований рассматриваться не могут.

Поскольку к числу признаков, ограничивающих конкуренцию, отнесено, кроме прочего, сокращение количества хозяйствующих

субъектов, а в рассматриваемом случае установлено, что при проведении торгов были созданы условия, способствующие сокращению количества участников, и одновременно, созданы преимущественные условия иным хозяйствующим субъектам в доступе на торги и к государственному имуществу, довод предприятия об отсутствии ограничения конкуренции является необоснованным.

Ввиду вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о наличии в действиях Инициатора торгов нарушений требований части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении Аукциона.

Комиссия указывает, что статья 17 Закона о защите конкуренции имеет формальную конструкцию диспозиции: достаточно угрозы наступления неблагоприятных для конкуренции последствий за счет законодательно предусмотренного оборота «или могут привести».

Кроме того, Комиссия указывает, что перечень конкретных нарушений, установленных пунктами 1-4 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим. Это означает, в частности, что частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлены общие универсальные запреты на любые действия при проведении торгов, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции и антимонопольный орган вправе установить нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, не квалифицируя при этом нарушение конкретного пункта упомянутой нормы, учитывая наличие в рассматриваемой норме оборота «в том числе».

Такое толкование в полной мере отвечает разъяснениям, содержащимся в абзаце 3 пункта 4 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (далее — постановление Пленума № 30): суд или антимонопольный орган вправе признать нарушением антимонопольного законодательства и иные действия (бездействие), кроме установленных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, поскольку приведенный в названной части перечень не является исчерпывающим. Приведенные разъяснения посвящены статье 10 Закона о защите конкуренции, однако правовой подход применим и в рассматриваемом случае, поскольку диспозиция части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции имеет формальную конструкцию с открытым перечнем запретов, равно как и часть 1 статьи 10 названного закона за счет употребления оборотов «являются или могут являться», «приводят или могут привести», «в том числе».

Требование представителей предприятия учесть наличие судебного спора (дело № А40-145356/16), в рамках которого предпринимателем оспаривались результаты схожей процедуры, Комиссия отклоняет.

Согласно статье 10 Конституции Российской Федерации государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны.

Антимонопольный контроль хозяйственной деятельности делегирован антимонопольным органам.

Названный контроль предполагает оценку антимонопольным органом действий субъекта на предмет их соответствия специальным требованиям и нормам, носящим публично-правовой характер, в частности Закона о защите конкуренции.

В пользу такого подхода (в том числе о первичности контроля именно со стороны антимонопольного органа в спорах, связанных с применением законодательства о защите конкуренции) свидетельствует толкование, содержащееся в п. 20 постановления Пленума № 30.

Ненормативные правовые акты антимонопольного органа (решения, предписания), как принятые в установленном порядке уполномоченным государственным органом в пределах законной компетенции, являются обязательными, поскольку их неисполнение обеспечивается силой государственного принуждения и они исходят от уполномоченной государственной инстанции.

Поэтому при принятии решения антимонопольный орган как орган исполнительной власти в системе разделения властей не может и не должен быть связан мнением иного юрисдикционного органа, рассмотревшего спор, предмет которого в той или иной степени пересекается с делом, рассматриваемым антимонопольным органом. Предложенный предприятием правовой подход умалял бы вышеупомянутые конституционные принципы: является необоснованным, не отвечающим общим принципам конституционного, административного права и принципам публичного права вообще, необходимость учета уполномоченным юрисдикционным органом, в том числе органом исполнительной власти, мнения иного юрисдикционного органа, при одновременном игнорировании последнего мнения органа исполнительной власти.

Поэтому рассмотренный судебный спор (в котором Московское УФАС России не участвовало) не может и не должен предрешать или каким-либо иным образом обуславливать принятие Комиссией своего решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Рассматривая этот довод, Комиссия, тем не менее указывает, что наличие частноправовых судебных споров между лицами, которые в последующем являются участниками дела о нарушении антимонопольного законодательства, не влияет на законность ненормативных актов антимонопольного органа. Отказы в исках о взыскании дебиторской задолженности, оспаривании условий договоров, сделок, результатов торгов в дальнейшем не влечет признание актов антимонопольного органа, вынесенных по результатам рассмотрения дел с теми же участниками судебных споров, недействительными (дела №№ А40-23332/14, А40-112300/15, А40-23425/15, А40-170884/15, А40-103582/11).

Кроме того, Комиссия указывает также, что в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.02.2014 № 3323/13 сформулирован правовой подход о недопустимости признания недействительными ненормативных

правовых актов, вынесенных по результатам проверки процедуры торгов, на основании решения судов об отказе в исках об оспаривании результатов таких торгов.

С учетом изложенного и руководствуясь статьями 23, 39, 40, частями 1-3 статьи 41, статьей 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Оснований для прекращения рассмотрения дела не установлено.
2. Признать в действиях ГУП «Московский метрополитен» (129110, Москва, пр-кт Мира, д. 41, к. 2) нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении аукциона на право заключения договора на осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах типа «Киоск» по лоту № 71, реестровый № 100516/0336103/04, СОМ10051600105
3. Обязательное для исполнения предписание об устранении допущенных нарушений не выдавать, так как по результатам проведения аукциона заключен договор.

Решение вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в ФАС России или в порядке, установленном главой 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.