РЕШЕНИЕ

по делу № 1-00-1234/77-18 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

11.07.2018 г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее — Комиссия),

рассмотрев жалобы ИП <...> (далее также — Заявитель, Предприниматель) на действия заказчика — Префектуры ЦАО г. Москвы (далее также — Заказчик, Инициатор, Префектура) и организатора торгов — Тендерного комитета (далее также — Организатор торгов) при проведении открытых аукционов на право заключения договоров на осуществление торговой деятельности в сезонном нестационарном торговом объекте «Тележка» по адресам: г. Москва, Волхонка улица, вл. 15, Театральная площадь, вл. 1 (со стороны улицы Петровка), Сытинский переулок (со стороны Тверского бульвара), Чистопрудный бульвар, вл. 12, стр. 1, Ордынский тупик, Цветной бульвар (у фонтана), Никольская улица, вл. .3, Лаврушинский переулок, вл. 15, Тверская-Ямская 1-я ул., вл. 4, 11, Сретенка ул., вл. 27-29, Садовая-Спасская улица, вл. 21, стр.1, вл. 1/2, корп. 6, Садовая-Кудринская ул., вл. 4 стр. 3, Новокузнецкая улица, вл. 43/16, стр. 1, Зубовский бульвар, вл. 11А, Земляной Вал ул., вл. 37, Бутырский Вал ул., вл. 4, Большая Сухаревская площадь, сквер (участок 2), Большая Лубянка ул., вл. 26/17, стр. 1, Садовая Большая ул., вл. 14, Воровского площадь, Воздвиженка улица, 20/6, Сретенские ворота площадь, Ермолаевский переулок (сквер напротив д. 7) со специализациями «Мороженое», «Горячие напитки, выпечка» (реестровые № COM07051800031, COM07051800041, COM07051800040, COM07051800039, COM07051800043, COM07051800038, COM07051800042, COM07051800037, COM07051800034, COM07051800027, COM07051800025, COM07051800024, COM07051800023, COM07051800022, COM07051800021, COM07051800020, COM07051800019, COM07051800018, COM07051800016, COM07051800015, COM07051800028, COM14051800020, COM14051800021, COM14051800022, COM07051800030, COM14051800023 COM07051800033, далее — Аукционы),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА

В адрес Московского УФАС России поступили жалобы Заявителя на действия Организатора торгов при проведении Аукционов.

По мнению Заявителя, нарушение со стороны Организатора торгов выразилось установлении в Аукционных документациях положений, направленных на ограничение конкуренции.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг

отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Комиссия установила, что указанные Аукционы проводятся в соответствии с Постановлением 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» (далее — Постановление о размещении нестационарных торговых объектов), распоряжением Депортамента торговли и услуг города Москвы от 21.08.2012 № 136 «Об утверждении номенклатуры специализаций нестационарных торговых объектов, минимального ассортиментного перечня и номенклатуры дополнительных групп товаров в соответствии со специализацией».

Порядок организации и проведения Аукционов установлен приложение № 2 к Постановлению о размещении нестационарных торговых объектов.

В соответствии с пунктом 13 приложения № 2 к Постановлению о размещении нестационарных торговых объектов инициатор проведения аукциона разрабатывает и утверждает Аукционную документацию, определяет сроки подачи заявок на участие в аукционе, порядок внесения и возврата задатка, а также устанавливает начальную цену аукциона, «шаг аукциона», сумму задатка на участие в Аукционе.

Во исполнение указанных положений Постановления о размещении нестационарных торговых объектов Тендерным комитетом приказом от 10.07.2015 № 70-01-5/15 утверждена примерная форма документации об открытом аукционе на право заключения договора на размещение нестационарного торгового объекта.

Согласно пункту 14 приложения № 2 к Постановлению о размещении нестационарных торговых объектов инициатор проведения аукциона направляет организатору торгов извещение о проведении аукциона и аукционную документации, включающую проект договора на размещение нестационарного торгового объекта для размещения на официальном сайте организатора торгов в информационно-телекоммуникационной сети Интернет и на электронной площадке.

На основании вышеизложенного, документация об Аукционов утверждена распоряжениями префектуры ЦАО г. Москвы в соответствии с нормами приложения № 2 к Постановлению о размещении нестационарных торговых объектов.

Согласно доводам Заявителя проект договора Аукционных документаций содержит требования, которые не соответствуют требованиям ясности и определенности.

Так, согласно пункту 5.5.2 статьи 5 проекта договора (приложение № 2 Аукционных документаций) предприниматель обязуется: Не допускать хранение, реализацию товаров и оказание услуг, непредусмотренных специализацией «Мороженое» (с 1 мая по 1 октября), утвержденной распоряжением Департамента торговли и услуг города Москвы, в соответствии с которой в нестационарном торговом объекте подлежит реализации:

Минимальный ассортиментный перечень: мороженое в ассортименте, торты из мороженого, пирожные из мороженого;

Номенклатура дополнительных групп товаров в соответствии со специализацией: замороженные овощи, фрукты и ягоды, хлебобулочные замороженные полуфабрикаты, вода питьевая в промышленной упаковке, соки фруктовые, овощные, безалкогольные прохладительные напитки, квас в промышленной упаковке, товары из минимального ассортиментного перечня специализации товаров "Снеки" - снековая продукция в

промышленной упаковке (один или несколько видов следующих товаров: чипсы, сухарики, семечки, орешки, шоколадные батончики, попкорн, соломка, крекеры, подушечки, кукурузные палочки, мюсли батончики и/или иная снековая продукция), жевательная резинка (не более 20% от Минимального ассортиментного перечня).

В пункте 6.3 статьи 6 проекта договора установлено, что в случаях нарушения Предпринимателем обязательств, предусмотренных в том числе пунктами 5.2.2 договора, Предприниматель выплачивает Префектуре штраф в 12-кратном размере ежемесячной платы, и возмещает все причиненные убытки, не позднее 14 (четырнадцати) календарных дней с даты направления претензии Префектурой.

Как установлено на заседании Комиссии, данные требования установлены в соответствии с распоряжением Департамента торговли и услуг города Москвы от 21.08.2018 № 136 «Об утверждении номенклатуры специализаций нестационарных торговых объектов, минимального ассортиментного перечня и номенклатуры дополнительных групп товаров в соответствии со специализацией» (далее — Распоряжение № 136).

При этом Заявителю не ясно как именно высчитывается 20% минимального ассортиментного перечня, что по его мнению нарушает принцип открытости и ясности.

Согласно Распоряжению № 136 специализация нестационарного торгового объекта определяется по количеству наименований предлагаемых к продаже товаров, представленных на витринах, прилавках (выставленных на продажу в визуально доступных для покупателя местах), или по количеству наименований предоставляемых услуг по прейскуранту.

Таким образом, соотношение высчитывается по списку представленных наименований, либо сотрудник, проводящий проверку соблюдения требований, установленных в договоре, пересчитывает все товары, представленные на витрине.

Относительно установления пропорций в проекте договора представитель Префектуры ЦАО г. Москвы пояснил, что данное требование предусмотрено в Аукционных документациях на основании Распоряжения № 136 для пресечения организациям отклонения от установленной специализации «Мороженное» без разрешения Префектуры ЦАО г. Москвы и изменения Аукционной документации.

Кроме того, Представитель Префектуры ЦАО г. Москвы указал, что сутью договора на размещение нестационарного торгового объекта является восполнение дефицита продукции там, не может реализовать стационарный. При этом оборудование закупается за государственный счет для конкретных целей, в связи с чем, Тендерный комитет и Префектура ЦАО г. Москвы обязаны следить за целевым использованием имущества, закупленного в конкретных целях.

При этом Комиссия не находит в данных действиях Инициатора и Организатора торгов действий ведущих к нарушению критериев ясности и определенности, и как следствие не усматривает ограничения конкуренции.

Согласно пункту 5.2.12 статьи 5 проекта договора (приложение № 2 к Аукционным документациям) предприниматель обязуется обеспечить беспрепятственный допуск в Объект Префектуре (его полномочным представителям), представителям органов исполнительной власти и административных органов с целью проверки документации и контроля использования Объекта.

В соответствии с пунктом 5.3 статьи 5 проекта договора (приложение № 2 к Аукционным документациям) Префектура вправе в любое время действия Договора, в том числе без предварительного уведомления Предпринимателя, проводить проверку на месте размещения Объекта (с входом в Объект) на предмет соблюдения Предпринимателем

требований настоящего Договора с составлением соответствующего акта, а также привлекать к проверкам представителей органов исполнительной власти и административных органов.

При этом Заявителю непонятно имеется ли: физическая возможность доступа кого либо в тележку, возможность третьих лиц получать доступ к продуктам питания, находящихся в нестационарном торговом объекте, а также правомерность проведения внеплановых проверок.

Как установлено на заседании Комиссии, Префектурой ЦАО г. Москвы издано распоряжение от 22.12.2016 № 520-р «Об организации мониторинга работы нестационарных торговых объектов, расположенных на территории Центрального административного округа города Москвы» в соответствии с которым установлен порядок осуществления контроля за исполнением условий договоров на размещение нестационарных торговых объектов, договоров на право осуществления торговой деятельности (оказанию услуг) в нестационарных торговых объектах и договоров на осуществление торговой деятельности в сезонных нестационарных торговых объектах.

Представитель Префектуры на заседании пояснил, что типовая аукционная документация универсальна, и распространяется на разные типы объектов. При этом при проверке нестационарного торгового объекта типа «Тележка» физический доступ внутрь осуществляться не будет. При проведении проверки уполномоченный сотрудник Префектуры пересчитывает наименования продуктов, представленных в нестационарном торговом объекте, при этом данному представителю Префектуры запрещается препятствовать в доступе на объект.

При этом проверка исполнения условий договора не является формой государственного контроля и осуществляется в рамках гражданско-правовых отношений.

Пунктами 5.2.5, 5.2.17 проекта договора (приложение № 2 к Аукционным документациям) запрещается размещать самовольно вывески и рекламные носителя, не устанавливать иные конструкции, не предусмотренные конструкцией объекта, не допускается размещение и использование в объекте иного оборудования для выкладки, демонстрации и хранения товара, кроме установленного и переданного по акту приёма-передачи сезонного нестационарного объекта.

При этом Предприниматель в своей жалобе указывает, что в ответ на запрос разъяснений положений документации был получен ответ, в соответствии с которым для размещения дополнительного оборудования необходимо письменное согласие префектуры административного округа. Заявитель считает, что данный ответ изменяет положения документаций.

Представить Префектуры пояснил, что допускается устанавливать ценники и другую информацию внутри объекта, а также под стеклом. Однако с наружной стороны объект должен оставаться в первоначальном неизменном виде.

Кроме того, представитель префектуры дополнил, что есть существенные условия, которые остаются неизменными, однако все остальные условия договора могут быть изменены по согласованию с Префектурой.

Пунктом 6 приложения № 2 к Постановлению о размещении нестационарных торговых объектов установлены обязательные условия, включаемые в договор на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарном торговом объекте и в договор на размещение нестационарного торгового объекта.

Вместе с тем рассматриваемые действия Префектуры и Тендерного комитета не могут быть расценены Комиссией как ведущие к ограничению конкуренции, поскольку нацелены на

пресечение несоблюдения целенаправленного использования нестационарных торговых объектов по назначению и ведут к прозрачности контроля Префектурой их соблюдения исполнителем.

В своей жалобе Предприниматель указывает, что в проекты договоров (приложение № 2 Аукционных документаций) включены положения, не установленные Постановлением о размещении нестационарных торговых объектов, а также условия невозврата денежных средств в случае одностороннего расторжения договора.

В соответствии с пунктом 13 Инициатор проведения аукциона разрабатывает и утверждает аукционную документацию в соответствии с типовой аукционной документацией, утверждаемой Департаментом города Москвы по конкурентной политике, определяет сроки подачи заявок на участие в аукционе, порядок внесения и возврата задатка, а также устанавливает начальную цену аукциона, «шаг аукциона», сумму задатка на участие в аукционе в соответствии с пунктами 9-12 настоящего Порядка.

Вместе с тем как было установлено в рамках заседания Комиссии, проект договора, заключаемый по результатам Аукционов, утвержден инициатором аукционов — Префектурой ЦАО г. Москвы в соответствии с формой, направленной для использования Департаментом торговли и услуг города Москвы.

В соответствии с выводами, изложенными в решении Московского городского суда от 07.06.2016 по делу № 3а-433/2016, город Москва как собственник имущества и участник гражданско-правовых отношений вправе, при заключении договоров на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в НТО предусматривать дополнительные обязательные условия таких договоров, основываясь на базовых принципах гражданского права, а именно свободы заключения договора. Единообразие существенных условий договора в данном случае позволяет обеспечить всем победителям Электронных аукционов равные права и обязанности при осуществлении торговой деятельности.

В свою очередь хозяйствующий субъект, имеющий намерение осуществлять торговую деятельность (оказание услуг) в НТО, находящихся в государственной собственности субъекта Российской Федерации, не лишен возможности ознакомиться с условиями, на которых предполагается такое использование, и согласиться с ними путем подачи заявки на участие в соответствующем Электронном аукционе или не участвовать в нем.

Согласно доводам жалоб Заявителю неясно установление в Аукционных документациях требований об обязанности предпринимателя содержать в надлежащем виде и убирать территорию, прилегающую к сезонному нестационарному объекту, а также установленной в пунктах 5.2.7 и 5.2. 19 статьи 5 проекта договора (приложение № 2 к Аукционным документациям) обязательства обеспечить соблюдение санитарных норм и правил, вывоз мусора и иных отходов от ведения торговой деятельности в объекте, своевременно оплачивать коммунальные и эксплуатационные услуги, заключив соответствующие договоры с организациями-поставщиками коммунальных услуг, в частности какие договоры на вывоз мусора и иных отходов следует заключать.

В ответ на рассматриваемый довод представитель Префектуры изложил следующее.

Контроль за санитарным содержанием территории возложен на Объединенную административно-техническую инспекцию города Москвы (далее — ОАТИ). Инспекторы ОАТИ в рамках контрольных мероприятий, при выявлении нарушений возбуждают административные дела, в рамках производства по которым определяют нарушителя, действия которого привели к нарушению санитарного содержания территории. При этом Инспектор ОАТИ определяет, что такое прилегающая территория и где данную прилегающую территорию, самостоятельно определяет источник происхождения мусора, для привлечения к административной ответственности.

Вместе с тем хозяйствующий субъект как сторона по договору вправе заключать иные договоры на вывоз мусора и коммунальные услуги. При этом Префектура не вправе обязать хозяйствующий субъект заключать договор на вывоз мусора и коммунальные услуги.

С учетом изложенного Комиссия отмечает, что жалобы Предпринимателя мотивированы несогласием вести торговую деятельность на тех условиях, которые предлагаются Аукционными документациями, однако данные условия не нарушают процедуру проведения торгов и предлагаются в равной степени ко всем участникам.

Принимая во внимание совокупность указанных обстоятельств Комиссией принято решение о признании жалоб Заявителя необоснованными.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции,

РЕШИЛА:

1. Признать жалобы Заявителя на действия Организатора торгов, Префектуры при проведении Аукционов необоснованными.

2. Снять ограничения на размещение Аукциона, наложенные письмом Московского УФАС России от 04.07.2018 № НО/31761/18.

Настоящее решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.