

1. ИП Соловьев Д.О.

2. Департамент г. Москвы по конкурентной политике
105062, Москва, ул. Макаренко, д. 4, к. 1

3. ГУП «Московский метрополитен»

129110, Москва, пр-кт Мира, д. 41, к. 2

4. АО «ЕЭТП»

115114, Москва, ул. Кожевническая, д. 14, стр. 5

РЕШЕНИЕ

по делу №1-00-136/77-17 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

25.01.2017 г. Москва

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

в присутствии представителей:

от заявителя - ИП Соловьев Д.О.

от организатора торгов и инициатора торгов - Департамента г. Москвы по конкурентной политике и ГУП «Московский метрополитен»:

в отсутствие:

АО «ЕЭТП» (уведомлен надлежащим образом письмом Московского УФАС России

от 18.01.2017 № ИШ/2329),

рассмотрев жалобу ИП Соловьева Д.О. (далее - Заявитель) на действия организатора торгов - Департамента г. Москвы по конкурентной политике (далее - Организатор торгов), инициатора торгов - ГУП «Московский метрополитен» (далее - Инициатор) при проведении открытого аукциона на осуществление торговой деятельности (оказание услуг) в нестационарных торговых объектах: «Киоск», «Павильон» по адресам: Москва, станции «Беговая», «Новые Черемушки», «Свиблово», «Чертановская» «Пролетарская», «Алтуфьево», «Ясенево», «Менделеевская», «Сходненская», «Тушинская», «Третьяковская», «Нахимовский проспект», «Бибирево», «Китай-город», «Коломенская», «Крылатское», «Царицыно», «Митино», «Достоевская» (реестровый № 301216/0336103/02) (далее - Аукцион), 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 поступила жалоба Заявителя на действия Организатора торгов, Инициатора торгов при проведении Аукциона.

По мнению Заявителя, нарушение его прав и законных интересов со стороны Заказчика выразилось в невозможности подать заявку на участие в связи с большой суммой обеспечения заявки на участие в Аукционе и в неправомерном объединении в один лот нескольких нестационарных торговых объектов.

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 18.07.2011 № 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.

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, ГУП «Московский метрополитен» при разработке аукционной документации самостоятельно установило размер обеспечения заявки и сформировало предмет Аукциона.

Исходя из вышеизложенного, Департаментом города Москвы по конкурентной политике заявлено ходатайство о привлечении в качестве ответчика по данному делу – ГУП «Московский метрополитен».

30.12.2016 на официальном сайте Российской Федерации для размещения информации о проведении торгов www.torgi.gov.ru (далее - Официальный сайт) Организатором торгов размещено извещение о проведении Аукциона.

В соответствии с извещением о проведении Аукциона дата окончания подачи заявок - 02.02.2017, дата проведения Аукциона - 06.02.2017.

В ходе заседания Комиссия установила следующее.

В тексте жалобы Заявитель указывает на невозможность подачи заявки на участие в связи с большой суммой обеспечения заявки на участие в Аукционе и указывает на неправомерное объединение в один лот нескольких нестационарных торговых объектов.

Согласно извещению о проведении Аукциона, объектом торгов является осуществление торговой деятельности в нестационарных торговых объектах вида: «Киоск», «Павильон» по адресам: Москва, станции «Беговая», «Новые Черемушки», «Свиблово», «Чертановская» «Пролетарская», «Алтуфьево», «Ясенево», «Менделеевская», «Сходненская», «Тушинская», «Третьяковская», «Нахимовский проспект», «Бибирево», «Китай-город», «Коломенская», «Крылатское», «Царицыно», «Митино», «Достоевская» (далее – Объект) общей площадью 858,28 кв.м.

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 предприятию (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.

Начальная (минимальная) цена аукциона № 301216/0336103/02 составляет 6 468 581,00 рублей.

Сумма задатка в размере 20 % от начальной (минимальной) цены аукциона за весь период срока действия договора (5 лет) составляет – 77 622 972,00 (семьдесят семь миллионов шестьсот двадцать две тысячи девятьсот семьдесят два рубля) 00 коп.

Согласно пункту 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.

В соответствии с пунктом 10.2 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 - 6 468 581,00 рублей. При этом, срок действия договора аренды составляет 5 лет.

Согласно пункту 10.2.2 Аукционной документации в случае, если размер задатка превышает размер ежемесячной платы, устанавливаемой на основании протокола о результатах аукциона на размещение нестационарных торговых объектов, определенной по итогам открытого аукциона, сумма, превышающая размер оплаты, возвращается на счет победителя открытого аукциона.

Также, в соответствии с пунктом 10.2 Аукционной документации задаток для участия в открытом аукционе служит обеспечением исполнения обязательства победителя открытого аукциона по заключению договора и вносится единым платежом на расчетный счет Заявителя, открытый при регистрации на электронной площадке.

Таким образом, задаток возвращается победителю Аукциона за вычетом ежемесячной арендной платы.

При этом, Аукционной документацией также предусмотрено обеспечение исполнения договора.

Способы и размер обеспечения исполнения обязательств организацией регламентирован пунктом 5 проекта договора Аукционной документации.

На основании пунктов 5.1.1 и 5.1.2 проекта договора Аукционной документации победитель аукциона по своему выбору предоставляет Метрополитену один из

следующих способов их обеспечения: банковской гарантии и путем внесения денежных средств на расчетный счет Метрополитена в размере шестикратной ежемесячной Платы в отношении всех Объектов, определенной на основании результатов аукциона.

Анализ вышеуказанных норм Аукционной документации позволяет сделать вывод о необоснованности требования о предоставлении задатков в размере 77 622 972,00 рублей при участии в аукционе, так как Аукционной документацией предусмотрен возврат суммы денежных средств участника торгов, внесенной в качестве задатка (за вычетом ежемесячной арендной платы, т.е. 6 468 581,00).

Учитывая, что Аукционной документацией предусмотрена также возможность предоставления участником обеспечения исполнения договора, установление такого размера задатка является мерой, направленной на ограничение круга лиц.

Следует также отметить, что предметом торгов являются 74 объекта, расположенные на 19 станциях метро, площадь каждого составляет от 3,73 до 113,2 кв.м.

При этом ГУП «Московский метрополитен» не представлено обоснование необходимости объединения в один лот такого количества объектов, расположенных на разных станциях метро и сильно отличающихся друг от друга по площади.

Нестационарные торговые объекты могут представлять, и, очевидно, представляют, интерес для субъектов малого предпринимательства, для которых рассматриваемые требования являются барьером для участия в торговых процедурах.

Следует также отметить, что в аукционах, ранее проведенных Инициатором торгов (№ 300316/0336103/01) и сформированных по принципу «один лот — один нестационарный торговый объект» (киоск, павильон) 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 данном случае, такого эффекта может не наблюдаться.

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.

Таким образом, установление задатка в таком размере, которое в частности могло быть следствием необоснованного укрупнения лота, создает препятствие потенциальным участникам для участия в аукционе, тем самым ограничивает круг лиц, способных участвовать в аукционе.

При этом, объективная необходимость в установлении вышеуказанных требований Инициатором торгов 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 закрепленному 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 не запрещена конкретизация того или иного требования закона, однако любое отступление от названных требований должно иметь под собой объективную документально подтвержденную необходимость.

Так, в настоящем случае, Инициатор торгов, установив требование о внесении задатка в размере 71 311 020 рублей при участии в Аукционе № 301216/0336103/01, 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. На заседании Комиссии представители предприятия указывали, что подобным образом укрупнив лот, Инициатор торгов пытался обеспечить права всех заинтересованных лиц: как субъектов малого предпринимательства, так и крупных игроков рынка, заинтересованных в получении столь большого количества площадей.

Вместе с тем, Комиссия пришла к выводу, что Инициатор торгов в рассматриваемом случае учел интересы не всех заинтересованных лиц, а исключительно тех лиц, которые могут оплатить задаток, размер которого в 12 раз превышает размер ежемесячной арендной платы (77 622 972,00).

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 распоряжаться 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.

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».

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.

На основании изложенного, Комиссия усматривает в действиях Организатора торгов части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу Заявителя на действия Инициатора торгов при проведении Аукциона обоснованной.
2. Признать в действиях Инициатора торгов нарушение пункта 2 части 1 Закона о закупках и части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.
3. Инициатору торгов обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений не выдавать, поскольку по указанным доводам жалобы Заявителя ранее было выдано предписание в рамках дела от 25.01.2017 № 1-00-137/77-17.

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