

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

об обстоятельствах дела № 077/01/17-487/2019

«02» августа 2019г. г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее - Комиссия);

рассмотрев дело № 077/01/17-487/2019 по признакам нарушения ПАО «Россети» ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), руководствуясь ст. 48.1 Закона о защите конкуренции,

УСТАНОВИЛА:

Исследуемые обстоятельства дела первоначально были предметом рассмотрения в рамках ст. 18.1 Закона о защите конкуренции (в соответствии с решением от 16.10.2018 Ханты-Мансийского УФАС России). Впоследствии все материалы направлены Ханты-Мансийским УФАС России в Московское УФАС России для рассмотрения вопроса о нарушении по ч. 1 ст. 17 указанного закона.

Дело № 077/01/17-487/2019 возбуждено в отношении ПАО «Россети» (далее также - Ответчик) в связи с наличием признаков нарушения ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, выразившегося в создании преимущественных условий при проведении конкурса в электронной форме на право заключения договора на поставку основного электротехнического оборудования для реконструкции ПС 110/35/6кВ Сухой Бор с заменой оборудования 110/35/6 кВ и доведения до схемы 110-4Н филиала АО «Тюменьэнерго» Урайские электрические сети (53722) (реестровый № 31806448260, далее - Закупка) одному из участников процедуры (ООО «Росэнерготранс», далее - Общество) и нарушении порядка определения победителя.

Так, Закупка размещена в единой информационной системе в сфере закупок (далее - ЕИС) 04.05.2018 в целях удовлетворения нужд заказчика АО «Тюменьэнерго» (далее - Заказчик), организатором Закупки является АО «ЦТЗ» (далее — Организатор). ПАО «Россети» является единственным акционером АО «ЦТЗ» и АО «Тюменьэнерго», что подтверждается письменными пояснениями Организатора (вх. № 15487/19 от 25.03.2019).

Итоги закупочной процедуры были подведены протоколом от 10.08.2018 № 10/53722. Победителем было признано ООО «МЭЦ».

При этом ООО «Росэнерготранс», не участвовавшее в последней проведенной переторжке, направило в адрес АО «ЦТЗ» письмо от 10.08.2018 № 32922/2018-0101, обосновывая свое неучастие в переторжке от 09.08.2018 техническим сбоем работы Интернета у данного общества. Позднее в адрес Заказчика, Ответчика и

Организатора Общество направило письмо от 13.08.2018 № 32953/2018-0170, обосновывая свое неучастие в переторжке уже ошибочными сроками проведения, указанными в протоколе от 08.08.2018 № 7/53722.

Согласно п. 2.1.1.2 и пп. «а» Единого стандарта ПАО «Россети» от 01.08.2017 (далее - ЕОСЗ) Центральная закупочная комиссия ПАО «Россети» является органом, разрешающим в досудебном порядке любые споры и разногласия, касающиеся проведения закупок в дочерних и зависимых обществах ПАО «Россети», и решения Ответчика в области закупочной деятельности являются обязательными для Организатора.

Комиссией установлено, что Центральная закупочная комиссия ПАО «Россети» 23.08.2018 направила поручение в адрес Организатора об отмене результатов Закупки и проведении повторной переторжки. После проведения новой переторжки победителем было признано ООО «Росэнерготранс».

В этой связи субъектом нарушения ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции в данном случае является именно ПАО «Россети», оказавшее на такую процедуру существенное влияние путем направления императивного требования в адрес Организатора об отмене результатов Закупки и проведении повторной переторжки.

Статья 17 Закона о защите конкуренции устанавливает правовые основы антимонопольного контроля в отношении порядка заключения договора посредством определенных конкурентных процедур. Существо антимонопольных требований к участникам соответствующих правоотношений заключается в том, что названные в статье способы заключения договора являются конкурентными, то есть выбор победителя, с которым будет заключен договор, осуществляется в строгом соответствии с правилами, установленными законом и утвержденными заказчиком и (или) организатором данных процедур.

Статья 17 Закона о защите конкуренции, по сути, содержит формальный состав нарушения - достаточно угрозы наступления негативных для конкуренции последствий. При этом положения указанной статьи призваны защитить конкуренцию на рынке товаров (работ, услуг), являющихся предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений и конкурентных закупок.

Субъектом нарушений антимонопольных требований к торгам, запросу котировок, запросу предложений и закупкам, примеры которых приведены в ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, являются заказчики и организаторы торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупки, а в отдельных случаях (п. п. 1, 2 и 3 ч. 1) - также иные лица, например участники торгов, комиссии заказчика.

Между тем перечень нарушений, указанных в ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, не носит исчерпывающий характер, а буквальное прочтение текста статьи позволяет заключить, что субъектом нарушения антимонопольных требований к закупкам может являться любое лицо, непосредственно участвующее или задействованное при проведении торгов, и способное оказывать на такую процедуру существенное влияние, как и произошло в настоящем случае.

Для квалификации действий (бездействия) по организации и проведению торгов

как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений специального законодательства, регламентирующего порядок проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений и закупок, и Закона о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду. Таким образом, антимонопольному органу не требуется доказывать недопущение, ограничение или устранение конкуренции, достаточно доказать возможность наступления указанных последствий.

Согласно ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Комиссия считает, что действия ПАО «Россети» привели к прямому нарушению прав ООО «Мосэлектроцит», которое изначально было признано победителем Закупки, исходя из протокола от 10.08.2018 № 10/53722.

Согласно п. 4.3.5 ЕОСЗ объем прав и обязанностей, возникающих у победителя закупки или лица, чья заявка признана наилучшей (обычно – право на заключение договора), устанавливаются в документации о закупке.

При этом к указанному выше пункту ЕОСЗ дополнительно указано примечание: при проведении торгов, предметом которых было право на заключение договора, как в данном случае, договор с победителем торгов (в данном случае ООО «МЭЦ») заключается в обязательном порядке согласно п. 5 ст. 448 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Вместе с тем после подведения итогов Закупки, получив жалобу на проведение переторжки от Общества, Центральная закупочная комиссия Ответчика принимает решение об отмене Протокола, которым уже был определен победитель Закупки, а также о проведении третьей переторжки, что, по мнению Ответчика, не нарушает требования ЕОСЗ, а также нормы антимонопольного законодательства.

Однако данное решение было принято в нарушение норм действующего законодательства.

Представленное в составе материалов ПАО «Россети» особое мнение к акту от 21.09.2019 по результатам служебного расследования относительно проведения Закупки, подписанное начальником управления договорной и закупочной деятельности АО «ЦТЗ», подтверждают, что фактической причиной неучастия ООО «Росэнерготранс» в переторжке от 09.08.2018 являлся технический сбой работы Интернета у данного общества (согласно письму от 10.08.2018 № 32922/2018-0101), причем никакими документами и материалами не подтвержденный.

В конкурсной документации был установлен порядок (правила) проведения Закупки, согласно которому проведение процедуры переторжки возможно только до определения победителя Закупки (что и отражено в письме Организатора в адрес Ответчика от 30.08.2018 № ЦТЗ/ЦТЗ/2104).

В данном случае преимущественные условия, предоставленные в рамках процедуры Закупки ООО «Росэнерготранс», заключались в изменении результатов проведенной Закупки, которые улучшили положение указанного общества

проведением дополнительной переторжки, на предыдущем этапе которой указанное общество не участвовало, тем самым ставя его в неравное положение относительно других хозяйствующих субъектов, а особенно победителя Закупки, обладающего особым статусом по сравнению с остальными участниками Закупки, согласно разделу 4.3 ЕОСЗ (Права и обязанности участника закупки, победителя закупки, участника закупки, чья заявка признана наилучшей). Иными словами, такое преимущество применительно к торгам (а равно и иным способам закупки) - это отступление от принципов равенства участников торговых процедур.

Фактически в данном случае Ответчик в связи с жалобой одного из участников в режиме закрытого заседания без какого-либо уведомления всех участников и доказательств со стороны Общества об указываемых им обстоятельствах, помешавших ООО «Росэнерготранс» принять участие в переторжке, пересмотрел итоги процедуры, основываясь только на доводах жалобы Общества.

Представители Заказчика ссылались на то, что им применены нормы антимонопольного комплаенса для предотвращения нарушения прав Общества. Вместе с тем такой способ восстановления прав участника нарушает все принципы, на которых должен основываться такой комплаенс.

Такой способ рассмотрения жалоб применяется системно, согласно пояснениям Заказчика и реестру рассмотрения жалоб участников на закупочные процедуры, проводимые Ответчиком и дочерними и зависимыми обществами ПАО «Россети» (далее также - ДЗО).

С учетом представленных материалов, Комиссия в отношении такой процедуры рассмотрения жалоб отмечает следующее.

Приложением № 21 к ЕОСЗ предусмотрен Регламент рассмотрения жалоб и обращений при проведении закупочных процедур ПАО «Россети» и ДЗО (далее - Регламент).

Согласно п. 1.1 Регламент устанавливает порядок рассмотрения органами по рассмотрению жалоб и обращений на действия/бездействие заказчика, организатора закупки, закупочной комиссии при проведении процедур закупок ПАО «Россети» и его ДЗО в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках).

Комиссия учитывает, что комплаенс-система должна быть добровольным решением каждого хозяйствующего субъекта. Такой подход полностью согласуется с мировой практикой, которая исходит из принципа добровольности применения антимонопольного комплаенса.

При этом, оценивая процедуру рассмотрения жалоб участников на процедуры Ответчика и ДЗО в существующем ее виде, Комиссия отмечает, что такое рассмотрение не соответствует целями и задачам, для которых такой «комплаенс» и Регламент рассмотрения предусмотрен, поскольку он должен коррелироваться с порядком рассмотрения дел, указанного в гл. 9 Закона о защите конкуренции, то есть с соблюдением принципов законности, независимости, гласности, равенства участников, состязательности, беспристрастности, диспозитивности.

Решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права. Рассматриваемые правоотношения урегулированы нормами Закона о закупках, а также Закона о защите конкуренции. Поскольку ни Закон о закупках, ни ЕОСЗ, ни Документация не предусматривали проведения переторжки после определения победителя, учитывая, что неучастие в ней Общества произошло не из-за действий Заказчика или Организатора торгов, действия Ответчика принципу законности не соответствовали, не смотря на заявления в письменных возражениях об обратном.

Кроме того, в данном случае при рассмотрении жалобы Общества был нарушен принцип гласности, согласно которому разбирательство должно являться открытым, обеспечивающим возможность присутствия на рассмотрении дела любому лицу.

Комиссия учитывает, что согласно п. 6.6 и 6.7 Регламента орган по рассмотрению жалоб и обращений в рамках рассмотрения жалоб (обращений) заявителей направляет жалобы (обращения) только в адрес профильных структурных подразделений для формирования соответствующего заключения и предоставления его на заседание органа по рассмотрению жалоб и обращений и имеет право запрашивать в установленном порядке и получать от заказчика, организатора закупки материалы работы закупочных комиссий, иные материалы, связанные с закупками, при этом полностью избегая участия лиц, чьи права могут быть нарушены проведенным рассмотрением жалобы, - участников Закупки, заявителя жалобы.

В связи с отсутствием соблюдения данных принципов при отмене итогов Закупки действия Заказчика по пересмотру итогов Закупки свидетельствуют о нарушении ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, так как ООО «Росэнерготранс» были созданы преимущественные условия участия в Закупке, нарушен порядок определения победителя.

Согласно ч. 5.1 ст. 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

По делам, возбужденным по признакам нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции проводится в объеме, установленном п. 10.9 приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее - Порядок проведения анализа).

Исходя из содержания п. 10.9 Порядка проведения анализа предусмотренные им этапы проводимого антимонопольным органом анализа состояния конкуренции составляют тот объем, который непосредственно необходим для принятия решения о наличии (отсутствии) того или иного нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно п. 10.9 Порядка проведения анализа по делам, возбужденным по признакам нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции включает:

а) определение временного интервала исследования:

Согласно п. 2.1 Порядка проведения анализа временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка. В связи с тем, что рассматриваемое нарушение Заказчика совершено при проведении конкретной Закупки, временной интервал исследования определяется с даты опубликования извещения о проведении процедуры в ЕИС. Таким образом, временной интервал настоящего анализа состояния конкуренции определен с 04.05.2018 по настоящее время.

б) определение предмета торгов:

Предметом торгов является право заключения договора на поставку основного электротехнического оборудования для реконструкции ПС 110/35/6кВ Сухой Бор с заменой оборудования 110/35/6 кВ и доведения до схемы 110-4Н филиала АО «Тюменьэнерго» Урайские электрические сети.

в) определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах:

В состав хозяйствующих субъектов, участвовавших в торгах, в том числе входят ООО «МЭЦ» и ООО «Росэнерготранс». При этом данными компаниями состав хозяйствующих субъектов не ограничен, поскольку заявки на участие в Закупке подали компании АО «ЭнергоТехПроект», ООО «ИНТЭКО», ООО «НПО «ПромТех-М», ООО «Объединенные энергетические технологии - Центр», ООО «ТЭЛ МП», ООО «Уральский Энергетический Союз», ООО «ЭЛТЕРА» согласно протоколу от 01.08.2019 № 5/53722.

Результаты анализа состояния конкуренции ч. 4 ст. 45.1 Закона о защите конкуренции отнесены к одному из письменных доказательств по делу. В соответствии с п. 11.1 и п. 11.3 Порядка проведения анализа по результатам проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке составляется аналитический отчет, в котором приводятся результаты проведенного анализа с кратким описанием полученных результатов (обзор), который является составной частью материалов дела № 077/01/17-487/2019.

Оценив все представленные в материалы дела доказательства, а также доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия отмечает следующее.

Проводя Закупку, ПАО «Россети» не обеспечило возможность соблюдения общих принципов и норм, предусмотренных гражданским и антимонопольным законодательством, а также принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, установленные п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о закупках, и нарушили права экономически более слабой стороны в правоотношениях.

На заседании Комиссии установлено, что после возбуждения дела в отношении Ответчика последний направил для заключения договор в адрес ООО «Мосэлектросит».

Вместе с тем Комиссия отмечает, что указанное не может являться безусловным основанием для прекращения производства по антимонопольному делу.

Перечень оснований для прекращения дела о нарушении антимонопольного законодательства является закрытым и закреплен в ч. 1 ст. 48 Закона о защите конкуренции. Так, Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае:

- 1) отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии);
- 2) ликвидации юридического лица - единственного ответчика по делу;
- 3) смерти физического лица - единственного ответчика по делу;
- 4) наличия вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия);
- 5) истечения срока давности, предусмотренного ст. 41.1 Закона о защите конкуренции.

При этом ни одного из указанных оснований в рамках рассмотрения настоящего дела установлено не было.

Согласно п. 1 ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц.

В силу п. 1 ст. 1 ГК РФ юридические лица приобретают и осуществляют (реализуют) свои субъективные (гражданские права) в своей воле и в своем интересе. В случае выражения (реализации) волеизъявления на возникновение гражданских прав и обязанностей в рамках правоотношений, урегулированных нормами ГК РФ выбранная форма реализации должна соответствовать всем предусмотренным законом требованиям к содержанию этих правоотношений.

Следовательно, лицо, реализуя свои субъективные права в урегулированных законом правоотношениях, должно соблюдать все предусмотренные законом требования к их реализации.

В извещении о проведении Закупки и ЕОСЗ был указан соответствующий порядок проведения Закупки, который, по мнению Комиссии, ООО «Мосэлектроцит» и АО «ЦТЗ» (согласно представленным материалам) нарушен проведением дополнительной переторжки по просьбе ООО «Росэнерготранс» уже после определения победителя Закупки. При этом Комиссией в ходе рассмотрения установлено, что указанные обстоятельства неразрывно связаны с нарушением принципов антимонопольного комплаенса, а именно нарушением принципов законности, независимости, гласности, равенства участников, состязательности, беспристрастности, диспозитивности при рассмотрении жалоб на проводимые торги, поскольку такое нарушение, как в данном случае, возможно только из-за возможности ПАО «Россети» в одностороннем порядке изменить результаты закупочной процедуры заочным рассмотрением жалобы от участника, полностью избегая участия лиц, чьи права могут быть нарушены проведенным

рассмотрением жалобы, - других участников Закупки, самого заявителя жалобы.

Совокупность всех приведенных выше обстоятельств позволяет сделать вывод о наличии в действиях ПАО «Россети» признаков нарушения ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении Закупки.

Учитывая изложенное, действия ПАО «Россети», выразившиеся в создании преимущественных условий ООО «Росэнерготранс» и нарушении порядка определения победителя, могли привести к последствиям, поименованным в ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.