

## РЕШЕНИЕ

по делу № 08-04-17/05

о нарушении антимонопольного законодательства

07 апреля 2017 года

город Мурманск

Комиссия по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее — Комиссия Мурманского УФАС) в составе:

председатель Комиссии: И.Н.Попова – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области;

члены Комиссии: С.В.Мороз – главный специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; Д.А.Мареха – ведущий специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области,

в отсутствие представителя АО «Хибинская тепловая компания», Общество уведомлено о времени рассмотрения жалобы надлежащим образом (представлены дополнения на заключение об обстоятельствах дела, ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя),

рассмотрев дело № 08-04-17/05 по признакам нарушения акционерным обществом «Хибинская тепловая компания» (ИНН: 5101360369, КПП: 510301001, 184250, Мурманская обл., г.Кировск, ул. Хибинская, д. 28А, дата регистрации: 24.06.2007; далее по тексту также — АО «ХТК», Заказчик) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), при проведении открытого запроса предложений на право заключения договора на выполнение работ (оказание услуг) по изготовлению проекта нормативов образования отходов и лимитов на их размещение, реестровый номер извещения 31603854297 (далее — Закупка, Запрос предложений),

### УСТАНОВИЛА:

05.07.2016 в единой информационной системе в сфере закупок АО «ХТК» размещено извещение и документация о проведении закупки в форме открытого запроса предложений на право заключения договора на выполнение работ (оказание услуг) по изготовлению проекта нормативов образования отходов и лимитов на их размещение, реестровый номер извещения 31603854297 (далее по тексту — Закупка, Запрос предложений).

Исследовав Закупочную документацию и Положение о закупках АО «ХТК» в действовавшей редакции (от 02.02.2016, версия зарегистрирована в единой информационной системе под № 11), на основании заявления хозяйствующего

субъекта, Управление установило наличие в них положений содержащих признаки ограничения конкуренции среди потенциальных участников закупок.

На основании Приказа Мурманского УФАС России в отношении Заказчика возбуждено дело № 08-04-17/05 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

В ходе рассмотрения дела установлено, что АО «ХТК» осуществляет закупку товаров, работ услуг 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).

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, цитируемым Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 цитируемой статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закон о закупках устанавливает общие принципы закупок товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг, регулирует отношения, направленные на единство экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надёжности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений (части 1, 2 статьи 1 Закона о закупках).

При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются принципами (статья 3 Закона о закупках):

- равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки;
- целевого и экономически эффективного расходования денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализации мер, направленных на сокращение издержек заказчика.

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках, документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные, связанные с обеспечением закупки положения является положение о закупке.

Деятельность Заказчика, на момент проведения Закупки, регламентировалась положением о закупке товаров, работ и услуг АО «Хибинская тепловая компания», утвержденным решением Совета директоров АО «ХТК» размещенным в единой

информационной системе 02.02.2016 (версия 11; далее по тексту — Положение о закупках предыдущей версии).

11.02.2017 АО «ХТК» размещено в единой информационной системе Положение о закупках в новой редакции (версия зарегистрирована в единой информационной системе под № 12; далее по тексту — Положение о закупках новой редакции).

При осуществлении закупочной деятельности Заказчик также обязан учитывать требования Закона о защите конкуренции.

Согласно статье 1 Закона о защите конкуренции целями закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Статья 17 Закона о защите конкуренции устанавливает антимонопольные требования к торгам. Таким образом, правовое регулирование конкурентных отношений и отношений, связанных с размещением заказов, предполагает взаимосвязанные цели и задачи.

Так, частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции установлено, что при проведении торгов запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Конкуренция - это 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 (статья 4 Закона о защите конкуренции).

Под недопущением конкуренции со стороны Заказчика понимаются действия, которые приводят к невозможности конкуренции при осуществлении конкурентной закупки. Ограничение конкуренции выражается в осуществлении конкурентной закупки, при сохранении состязательности участников, но ее рамки искусственно регулируются заказчиком. Устранения конкуренции имеет место, когда в результате действий заказчика конкуренция была исключена при осуществлении конкурентной закупки.

Перечень нарушений, перечисленный в указанной статье, не является исчерпывающим и для квалификации действий по организации и проведению торгов как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений Закона о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду в конкретном случае.

Для квалификации нарушения по части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции в части действий по организации и проведению торгов, как нарушающих предусмотренные данной нормой запреты антимонопольного законодательства, в каждом конкретном случае необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений правил проведения торгов с точки зрения их фактического либо возможного негативного влияния на конкурентную среду.

Признаки ограничения конкуренции установлены в действиях Заказчика по включению в состав документации следующих положений:

- в Положении о закупках: права Заказчика отказаться от заключения договора по результатам проведения запроса предложений в любое время (пункты 9.5.1, 9.9.1 Положения о закупках в предыдущей и новой редакциях), права определить несколько лучших заявок и заключить несколько договоров по итогам запроса предложений (пункт 9.3.23 Положения о закупках в предыдущей и новой редакциях), а также в отсутствии в Положении минимальных сроков для заключения договора по результатам проведения закупки в форме запроса предложений (пункт 9.10.2 в редакции Положения в предыдущей редакции; в новой редакции исключен, таким образом нарушение было устранено АО «ХТК» самостоятельно);
- в Закупочной документации: путем установления критерия оценки заявок «Опыт выполнения работ с АО «ХТК» (пункт 7.6.5.3 Закупочной документации).

1. Ограничение конкуренции путем отказа от проведения торгов и заключения договора на любой стадии проведения закупки.

Закон о закупках определяет общие положения (разделы), которые должны включаться в положение о закупке, но не содержит каких-либо обязательных требований или ограничений к порядку проведения процедур закупки, в частности, не устанавливает правила отмены закупочной процедуры.

Следовательно, непосредственное содержание указанных разделов, а также правила отмены закупочной процедуры определяется заказчиком самостоятельно с учётом действующего законодательства. При этом любой заказчик при осуществлении текущей хозяйственной деятельности, в том числе закупочной, обязан руководствоваться антимонопольным законодательством, являющимся межотраслевым законодательством.

В пункте 9.5.1 Положения о закупках новой редакции Заказчик предусмотрел право отказаться от проведения, а также завершить процедуру запроса предложений без заключения договора по его результатам в любое время, при этом Заказчик, Организатор не возмещает участнику запроса предложений расходы, понесенные им в связи с участием в процедурах запроса предложений.

При этом, право Заказчика, предусмотренное Положением о закупке, противоречит общему подходу законодательства РФ, а также создаёт предпосылки для нарушения антимонопольного законодательства.

Так, в статье 2 Закона о закупках указано, что при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, цитируемым Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утверждёнными правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Возможность отказа от проведения торгов предусмотрена статьёй 448 ГК РФ.

В соответствии с положениями пункта 3 статьи 448 ГК РФ, если иное не предусмотрено в законе или в извещении о проведении торгов, организатор

открытых торгов, сделавший извещение, вправе отказаться от проведения аукциона в любое время, но не позднее чем за три дня до наступления даты его проведения, а конкурса - не позднее чем за тридцать дней до проведения конкурса. В случаях, когда организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам понесённый ими реальный ущерб.

Таким образом, законодатель установил как общее правило для организаторов торгов право отказаться от проводимой закупки до определённого момента - до момента, когда все участники находятся в одних и тех же условиях, их ценовые предложения неизвестны, заявки не оценены.

Аналогичное правило содержится также в основном законе, регулирующем сферу закупок Российской Федерации - Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Отказ от заключения договора после того, как Заказчику становится известно кто из участников закупки стал победителем позволяет необоснованно уклониться от заключения договора с таким лицом а также, провести процедуру закупки повторно включив в нее заградительные требования для такого участника.

2. Ограничение конкуренции путем заключения нескольких договоров по итогам запроса предложений по одному предмету (лоту).

Согласно пункту 9.3.23 Положения о закупках новой редакции в закупочной документации должны быть указаны сведения о праве Организатора закупки определить несколько лучших заявок, сведения о праве Заказчика заключить несколько договоров по итогам запроса предложений (при необходимости).

При этом Положение о закупках не содержит какого-либо порядка определения объективной необходимости заключения нескольких договоров по одному предмету закупки, как и указания на то, в каком объеме будет распределен объем выполнения работ между участниками при заключении договоров.

Таким образом конкуренция среди участников закупки существенно ограничивается поскольку с участником, сделавшим лучшее предложение, по субъективному решению Заказчика договор может быть заключен формально и на минимальный объем работ.

3. Ограничение конкуренции путем установления критериев оценивающих наличие опыта работы с АО «ХТК», а также финансово-хозяйственных показателей деятельности участников закупки.

Согласно пункту 7.6.2 Закупочной документации оценка заявок включает отборочную стадию (пункт 4.9.3) и оценочную стадию (пункт 4.9.5).

В ходе отборочной стадии Заказчик проверяет соответствие заявки и документов требованиям Закупочной документации.

В ходе оценочной стадии Заказчик оценивает допущенные заявки по шкале от 0 до 100 баллов (пункт 7.6.5.2).

Согласно пункту 7.6.5.3 Закупочной документации для определения относительной значимости критериев оценки устанавливаются следующие весовые коэффициенты для каждого критерия (коэффициент весомости):

- для критерия «Соответствие форме договора» - 20%;
- для критерия «Цена договора» - 30%
- для критерия «Наличие сметы или другого документа, раскрывающего порядок ценообразования» - 10%;
- для критерия «Опыт выполнения работ» - 20%;
- для критерия «Опыт выполнения работ с АО «ХТК» - 10%;
- для критерия «Финансовое состояние» - 10%.

Согласно подпункту «е» пункта 4.9.5.4 Закупочной документации оценка заявок по критерию «Опыт выполнения работ с АО «ХТК» осуществляется в следующем порядке:

- 10 баллов присваивается Заявке участника, имеющего опыт выполнения работ с АО «ХТК»;
- 0 баллов присваивается Заявке участника, не имеющего опыт выполнения работ с АО «ХТК».

Согласно пунктам 7.6.5.5, 7.6.5.6 Итоговое значение баллов, присваиваемое Заявке Участника, определяется по формуле:  $V = V_{сд} + V_{ц} + V_{с} + V_{фс} + V_{оп} + V_{опхтк}$

где:  $V$  – итоговый балл, присваиваемый оцениваемой заявке,

$V_{сд}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки соответствия договора форме, утвержденной в составе Документации;

$V_{ц}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки стоимости заявки Участника;

$V_{с}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки сметы (коммерческого предложения) представленной Участником;

$V_{фс}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки финансового состояния Участника;

$V_{оп}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки опыта выполнения аналогичных работ (оказания услуг) Участника;

$V_{опхтк}$  – количество баллов, присвоенных по результатам оценки опыта выполнения аналогичных работ (оказания услуг) с АО «ХТК».

Итоговый рейтинг Заявки Участника формируется на основании суммы набранных баллов по каждому направлению экспертизы.

Установление в документации оценочного критерия «Опыт выполнения работ с АО «ХТК» ставит оценку участников закупки в зависимость от наличия опыта предоставления услуг для конкретного предприятия, создает условия для ограничения конкуренции и создания преимущественных условий участнику торгов или нескольким участникам, что является нарушением части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Опыт выполнения работ с конкретным юридическим лицом, учитывая отсутствие каких-либо обстоятельств обосновывающих такое требование (например наличием у Заказчика существенных индивидуальных особенностей влияющих на порядок выполнения работ исполнителем по договору), не может характеризовать участника закупки с точки зрения наличия или отсутствия у него конкурентных преимуществ в следствие которых заключения договора с указанным лицом будет в наибольшей степени соответствовать целям закупки (в частности при оценке игнорируется возможный негативный опыт выполнения договора — даже неисполнение договора будет давать преимущество при оценке), не отражает качество оказываемых услуг, не характеризует имеющийся опыт работы в целом и квалификацию участников.

Кроме того, участники, имеющие аналогичный опыт работы с иными заказчиками, лишены возможности получить дополнительную оценку, поскольку она будет учитываться только в критерии «Опыт выполнения работ». При этом, участники, выполнявшие ранее работы для АО «ХТК» могут получить оценку «дважды» - договор будет оценен при оценке по критерию «Опыт работы», а также при оценки по критерию «Опыт работы с АО «ХТК».

Согласно Отчету об оценке Предложений № 62-5555/6.42-3525 от 21.07.2016 по результатам оценочного этапа наибольшее количество баллов получили Филиал ФГБУ «Арктикмордирекция» - 72.7 балла и ООО «Экопроект» - 75.9 балла. Оба участника получили 0 баллов по критерию «Опыт работы с АО «ХТК».

В сложившейся ситуации наличие у второго участника договора на выполнение аналогичных работ позволило бы получить ему дополнительно 10 баллов и стать победителем. Указанное подтверждает возможность фактического влияния оценки по критерию «Опыт работы с АО «ХТК» на результаты определения победителя.

Согласно подпункту f пункта 7.6.5.3 Закупочной документации оценка Заявок по критерию «Финансовое состояние» осуществляется в следующем порядке: количество баллов, присуждаемое Заявке Участника по критерию «Финансовое состояние», определяется по формуле:

$$В_{фсi} = K_{фс} * (P_i / P_{max})$$

$V_{фсi}$  – количество баллов, присвоенное  $i$ -й заявке;

$K_{фс}$  – коэффициент весомости показателя опыта;

$P_i$  – значение чистой прибыли за предыдущий отчетный год, указанное  $i$ -м участником;

$P_{max}$  – максимальное значение чистой прибыли за предыдущий отчетный год из

предложенных участниками.

Закупочная документация не содержит указаний на способ расчета прибыли, таким образом хозяйствующие субъекты должны осуществлять указанный расчет в зависимости от порядка признания расходов закрепленного в учетной политике организации для целей налогообложения прибыли. При этом расходы для целей налогообложения могут признаваться либо по методу начисления, либо по кассовому методу.

В случае если налогоплательщик не утвердил в учетной политике для целей налогообложения метод признания доходов и расходов, должен применяться общеустановленный метод - метод начисления.

Как следует из содержания Закупочной документации Заказчик, оценивая заявки участников принимает к расчету показатели представленные участником.

Таким образом, показатели реальной прибыли будут зависеть от методов расчета, в связи с чем указанный критерий не может обеспечить объективность оценки участников закупки.

Кроме того, в соответствии с положениями статей 90 и 99 ГК РФ минимальный размер имущества общества, гарантирующего интересы его кредиторов определяет уставный капитал общества с ограниченной ответственностью, акционерного общества.

Таким образом, оценка значения чистой прибыли за предыдущий отчетный год не направлена на получение информации о финансовой устойчивости и платежеспособности участника Закупки, не влияет на условия и способность лица исполнить договор. Кроме того, Заказчиком установлена специальная обеспечительная мера исполнения договора — внесение обеспечения договора и заявки.

Учитывая изложенное, Комиссия Мурманского УФАС России приходит к выводу, что указанный критерий является необъективным, поскольку Положение о закупках и закупочная документация не устанавливают для участников единообразных правил расчета прибыли, а также не учитывают фактических обстоятельств деятельности хозяйствующего субъекта.

Таким образом действия Заказчика по установления критериев оценки заявок на участие в конкурсе «Опыт работы с АО «ХТК» и «Финансовое состояние», не обеспечивающих соблюдения принципа состязательности хозяйствующих субъектов в силу необоснованности данных критериев и невозможности на их основе определить лицо, предложившее лучшие условия не соответствует целям проведения закупки - обеспечение добросовестной конкуренции, соблюдение принципа состязательности хозяйствующих субъектов при проведении закупки, делает невозможным выбор лица, предложившего лучшие условия.

В совокупности имеющиеся материалы свидетельствуют о нарушении Заказчиком части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем • утверждения Положения о закупках предусматривающего право Заказчика отказаться от заключения договора по результатам проведения запроса предложений в любое время (пункты 9.5.1, 9.9.1 Положения о закупках),

- права определить несколько лучших заявок и заключить несколько договоров по итогам запроса предложений (пункт 9.3.23 Положения о закупках),
- путем установления в документации Закупки критерия оценки заявок «Опыт выполнения работ с АО «ХТК», «Финансовое состояние» (пункт 7.6.5.3 Закупочной документации).

Изучив материалы дела, рассмотрев представленные материалы и документы, заслушав пояснения лиц, участвующих в деле Комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, руководствуясь статьёй 23, частью 1 статьи 39, частями 1 – 3 статьи 41, частью 1 статьи 49 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях АО «Хибинская тепловая компания» нарушение части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» выразившееся

в утверждении Положения о закупке товаров, работ и услуг АО «Хибинская тепловая компания» предусматривающего право Заказчика отказаться от заключения договора по результатам проведения запроса предложений в любое время (пункты 9.5.1, 9.9.1 Положения о закупках), а также право Заказчика определить несколько лучших заявок и заключить несколько договоров по итогам запроса предложений (пункт 9.3.23 Положения о закупках),

в установлении в документации запроса предложений на право заключения договора на выполнение работ (оказание услуг) по изготовлению проекта нормативов образования отходов и лимитов на их размещение, реестровый номер извещения 31603854297, критериев оценки заявок «Опыт выполнения работ с АО «ХТК», «Финансовое состояние» (пункт 7.6.5.3 Закупочной документации).

2. Выдать АО «Хибинская тепловая компания» предписание об устранении нарушения части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Решение может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его принятия.

Председатель комиссии

И.Н. Попова

Члены комиссии

С.В.Мороз

Д.А.Мареха

## ПРЕДПИСАНИЕ

по делу № 08-04-17/05

о нарушении антимонопольного законодательства

07 апреля 2017 года

город Мурманск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия Мурманского УФАС России) в составе: председателя комиссии – заместителя руководителя управления Поповой И.Н., членов комиссии: С.В.Мороз – главного специалиста-эксперта отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; Марехи Д.А. – ведущего специалиста-эксперта отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

руководствуясь статьёй 23, частью 1 статьи 39, частью 4 статьи 41, статьёй 50 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и на основании решения по делу № 08-04-17/05 от 07 апреля 2017 года о нарушении АО «Хибинская тепловая компания» части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»,

### ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. АО «Хибинская тепловая компания» в срок по 30 июня 2017 года устранить нарушение части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путём приведения пунктов 9.5.1, 9.9.1 Положения о закупке товаров, работ и услуг АО «Хибинская тепловая компания» в соответствие с требованиями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» обеспечивающими добросовестную конкуренцию.

2. АО «Хибинская тепловая компания» об исполнении пункта 1 предписания сообщить в Управление Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области в течение 3 (трёх) рабочих дней со дня исполнения.

Предписание может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его выдачи в Арбитражный суд Мурманской области.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа статьёй 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить предписание антимонопольного органа.

Председатель комиссии

И.Н. Попова

Члены комиссии

С.В.Мороз

Д.А.Мареха