

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/01/17-487/2019 о нарушении

антимонопольного законодательства

Резолютивная часть решения оглашена «11» октября 2019 г.

В полном объеме решение изготовлено «15» ноября 2019 г. 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. 49 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 наличии в действиях ПАО «Россети» нарушений ч. 1 ст. 17 указанного закона.

Приказом Московского УФАС России от 28.03.2019 № 62 возбуждено дело № 1-17-1484/77-18 по признакам нарушения ПАО «Россети» ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции по причине создания преимущественных условий одному из участников процедуры (ООО «Росэнерготранс») и нарушении порядка определения победителя.

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.

В рамках рассмотрения дела № 1-17-1484/77-18 о нарушении антимонопольного законодательства, в соответствии со статьей 48.1 Закона о защите конкуренции, 02.08.2019 Комиссией было принято заключение об обстоятельствах дела.

Указанное заключение было направлено сторонам 03.09.2019 (исх. № ПО/45028/19).

В ответ на указанное заключение ПАО «Россети» были представлены письменные возражения. Одновременно Комиссия отмечает, что Ответчиком не было представлено каких-либо пояснений, ранее неизвестных Комиссии.

Комиссия, проведя анализ представленных документов и сведений, установила следующее.

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. Вместе с тем в настоящем случае для Заявителя в результате действий ПАО «Россети» фактически наступили указанные негативные последствия в виде незаключения в установленный срок договора по результатам победы в конкурентной борьбе в закупочной процедуре. 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.

Вопреки доводам Ответчика, Комиссия считает, что ЦЗК ПАО «Россети» после выбора победителя торгов и объявления результатов торгов не вправе принимать решение об отмене результатов торгов и продолжении процедуры выбора победителя торгов, иное противоречит требованиям ст. 447, 448 ГК РФ, ч. 5 ст. 3.2 Закона о закупках, ЕОСЗ.

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», подтверждает, 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 своих письменных пояснениях Ответчик указывает, что Комиссия в выводах заключения не учитывает факт внесения изменений Организатором в уведомление о сроках проведения переторжки, ссылаясь на факты, отраженные в акте служебного расследования.

Вместе с тем Комиссия исследовала указанные обстоятельства и руководствовалась в том числе преюдициально установленными фактами, отраженными в судебных решениях по делу № А75-18722/2018, в котором с указанием причины невозможности ООО «Росэнерготранс» участия в процедуре, состоявшейся 09.08.2018: «при загрузке на повторную переторжку на площадке b2b-energo произошел технический сбой работы Интернета и подать ответ не представилось возможным».

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 путем проведения дополнительной переторжки, на предыдущем этапе которой указанное общество не участвовало, тем самым ставя его в неравное, а именно преимущественное 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 целям и задачам, для которых такой «комплаенс» и Регламент рассмотрения предусмотрен, поскольку он должен коррелироваться с порядком рассмотрения дел, указанным 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, что было указано выше, 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 «Мосэлектрощит».

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 «Мосэлектросит» и АО «ЦТЗ» (согласно представленным материалам) нарушен путем проведения дополнительной переторжки по просьбе ООО «Росэнерготранс» уже после определения победителя Закупки. При этом Комиссией в ходе рассмотрения дела 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, стало возможным только из-за предоставленного ПАО «Россети» права 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.

В своих возражениях представители Ответчика указывают, что рассмотрение жалоб участников на процедуры, проводимые ДЗО ПАО «Россети», полностью

соответствует ЕОСЗ и не может регулироваться главой 9 Закона о защите конкуренции. Вместе с тем, Комиссия отмечает, что в заключении не было отражено, что глава 9 Закона о защите конкуренции должна стать руководствующей над ЕОСЗ и документации, а было указано, что рассмотрение жалобы должно проводиться с соблюдением основных принципов: законности, независимости, гласности, равенства участников, состязательности, беспристрастности, диспозитивности.

В настоящее время такое рассмотрение по своей сути лишь создает иллюзию рассмотрения жалобы участника, фактически оставаясь лишь внутренней, локальной процедурой ПАО «Россети» без соблюдения принципа гласности, согласно которому разбирательство должно являться открытым, обеспечивающим возможность присутствия на рассмотрении дела любому лицу (либо лицу, права которого могут быть затронуты решением ПАО «Россети»).

Кроме того, довод пояснений ПАО «Россети» о том, что АО «ЦТЗ» при проведении Закупки было допущено нарушение, повлекшее ограничение конкуренции, а именно нарушение ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, не может быть принят в связи с тем, что соответствующий факт нарушения указанной статьи может фиксировать исключительно уполномоченный орган (в рассматриваемом случае антимонопольный орган) в установленном порядке. При этом в настоящем случае действующим законодательством на центральную закупочную комиссию ПАО «Россети» указанные полномочия не возложены.

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

Комиссией рассмотрены все доводы Ответчика, однако они не свидетельствуют об отсутствии вменяемого нарушения, равно не подтверждают доводы и возражения, которые приводятся в обоснование позиции по спору.

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

С учетом изложенного и руководствуясь ст. 23, ст. 39, ст. 40, ч. 1-4 ст. 21, ст. 48.1, ч. 1 ст. 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Основания для прекращения дела № 077/01/17-487/2019 отсутствуют.
2. Признать в действиях ПАО «Россети» (ИНН:7728662669, ОГРН:1087760000019, адрес: ул. Беловежская, д. 4, г. Москва, 121353) нарушение ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении Закупки.
3. Выдать Ответчику обязательное для исполнения предписание об устранении

выявленных нарушений.

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

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