

**Руководителю Управления Федеральной
антимонопольной службы
по Свердловской области**

620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11.
Телефон/факс: (343)377-00-83/ 377-00-84
E-mail: to66@fas.gov.ru

Заявитель: Общество с ограниченной ответственностью «Виджет»
(ИНН _____ ОГРН _____)

620014, г. Екатеринбург, ул. Хохряков, _____, офис _____
E-mail: _____

Организатор торгов: Государственное казенное учреждение СО
«Фонд имущества Свердловской области»

620000, г. Екатеринбург, ул. Мамина-Сибиряка, 111.
Телефон: (343) 229-00-07
Адрес электронной почты: fiso@fiso96.ru

Исх. № 13 от 16 декабря 2016г.

Жалоба

на действия организатора торгов и содержание аукционной документации

21.11.2016 г. государственным казенным учреждением Свердловской области «Фонд имущества Свердловской области» (далее – Организатор аукциона) размещены извещения о проведении аукциона №3 с лотами №1, №2, №3 (далее – Аукцион) на право на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций (далее – договоры), расположенных на территории муниципального образования «город Екатеринбург» (далее – Извещение).

Аукционная документация размещена в сети Интернет по адресу: http://fiso96.ru/privatizaciya/prodazha_imuschestva/.

Срок окончания приема заявок – до 16:00 часов 16.12.2016 г.

Основание проведения аукционов – приказ Министерства по управлению государственным имуществом Свердловской области от 11.11.2016 № 2484 «О проведении торгов, открытых по составу участников и по форме подачи заявок, на право заключения договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций, расположенных на территории муниципального образования «город Екатеринбург».

Общество с ограниченной ответственностью «Виджет» (далее – Заявитель) подало заявку на участие в данном аукционе 16.12.16.

В соответствии с п.2 ст.18.1 ФЗ «О защите конкуренции» действия (бездействие) организатора торгов могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Заявитель считает аукционную документацию не соответствующей нормам действующего законодательства по следующим основаниям:

1. Организатор аукциона нарушил требования ст.17 ФЗ «О защите конкуренции».

В п.п. 2.1.5, 2.2.5, 2.3.5 Извещения о проведении Аукциона в каждом лоте предусмотрен задаток для участия в Аукционе в суммах:

- Лот №1 = 332 581 (триста тридцать две тысячи пятьсот восемьдесят один) рубль 50 копеек при начальной цене предмета Аукциона в 1 108 605 (один миллион сто восемь тысяч шестьсот пять) рублей 00 копеек.

Фактически задаток составляет 30% от первоначальной цены предмета Аукциона.

- Лот №2 = 1 774 043 (один миллион семьсот семьдесят четыре тысячи сорок три) рубля 10 копеек при начальной цене предмета Аукциона в 5 913 477 (пять миллионов девятьсот тринадцать тысяч четыреста семьдесят семь) рублей 00 копеек.

Фактически задаток составляет 30% от первоначальной цены предмета Аукциона.

- Лот №3 = 1 506 327 (один миллион пятьсот шесть тысяч триста двадцать семь) рублей 30 копеек при начальной цене предмета Аукциона в 5 021 091 (пять миллионов двадцать одна тысяча девятьсот один) рубль 00 копеек.

Фактически задаток составляет 30% от первоначальной цены предмета Аукциона.

Таким образом, задаток по настоящему Аукциону установлен в 30% от начальной цены Аукциона, что, по мнению Заявителя, является необоснованной и завышенной величиной. Организатор аукциона ничем не обосновал именно такую величину задатка. Размеры задатка не являются рыночными, не соответствуют общим экономическим реалиям современной предпринимательской деятельности (5-20%). Подобное завышение величины задатков по Аукциону, по мнению Заявителя, является действием, которое приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, что запрещено для Организатора аукциона в силу ч.1 ст.17. Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»). При установлении значительного по размеру задатка у потенциальных участников аукциона не возникнет желания принять участие в торгах. В данном случае баланс между необходимостью внесения задатка и уменьшением его размера создаст возможность сформировать наиболее конкурентоспособный состав участников торгов применительно к конкретной цене Аукциона. Для Заявителя такой размер задатков по Аукциону является существенным фактором при принятии решения о подаче заявки на участие в Аукционе. Данная позиция Заявителя, в том числе по аналогии, подтверждается выводами судов различной инстанции (Определение Верховного Суда РФ от 01.07.2016 №305-ЭС16-3457 по делу №А40-117109/2010, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.11.2016 №09АП-49691/2016 по делу №А40-167126/13).

По мнению Заявителя, установив высокий по стоимости задаток, Организатор аукциона ограничил круг потенциальных участников, которые смогут участвовать в данных торгах и, в частности, субъектов малого и среднего предпринимательства. Следовательно, данное действие Организатора аукциона можно рассматриваться как создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, что запрещено ст.17 ФЗ «О защите конкуренции» (Письмо ФАС России от 26.10.2012 №АК/35008 «О торгах на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций»).

2. Организатор аукциона нарушил требования ст.17 ФЗ «О защите конкуренции», злоупотребив своим правом при составлении аукционной документации.

Основываясь на нижеизложенных фактах, заявитель считает необходимым указать, что в соответствии с п.2 ст.1 и ст.421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Согласно п.4 ст.421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано обязательными для сторон правилами, установленными законом или иными правовыми актами (императивными нормами), действующими в момент его заключения (ст.422 ГК РФ). В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

В соответствии с п.9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», в тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения п.2 ст.428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента.

В то же время, поскольку согласно п.4 ст.1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст.10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст.169 ГК РФ.

По мнению Заявителя, Организатор аукциона злоупотребляет своим правом в следующих случаях, нарушая тем самым вышеуказанные нормы гражданского законодательства и ФЗ «О защите конкуренции»:

А). Так, в каждом лоте в п.2.3.4 Проекта договора, являющегося частью аукционной документации, предусмотрено право Рекламораспространителя расторгнуть настоящий Договор в соответствии с пунктом 6.2 настоящего Договора, а по содержанию п.6.2. настоящий Договор расторгается в одностороннем порядке только по инициативе Министерства.

Таким образом, имеется явное несоответствие информации и фактического содержания в Проекте договора, которое работает только в интересах второй стороны договора - Министерства. П.6.2 не соответствует содержанию п.2.3.4. По смыслу один пункт взаимоисключает действие другого, а п.2.3.4 вводит в заблуждение слабую сторону, что, по мнению Заявителя, является нарушением его гражданских прав в соответствии со ст.ст.1, 10, 421 ГК РФ и п.9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». Заявитель, в случае победы в аукционе, вынужден безоговорочно присоединиться к данному условию договора. Организатор аукциона, со своей стороны, создает более сильному участнику торгов - Министерству преимущественных условий участия в торгах, что запрещено ст.17 ФЗ «О защите конкуренции» (Письмо ФАС России от 26.10.2012 №АК/35008 «О торгах на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций»).

Б). Кроме того, в каждом лоте п.3.1 Проекта договора, являющегося частью аукционной документации, расчет платы по настоящему Договору производится Министерством со дня заключения договора. При этом Организатор торгов заведомо знает, что согласно ч.9

ст.19 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») установка и эксплуатация рекламной конструкции допускаются при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, выдаваемого на основании заявления собственника или иного указанного в частях 5 - 7 настоящей статьи законного владельца соответствующего недвижимого имущества либо владельца рекламной конструкции органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа, на территориях которых предполагается осуществлять установку и эксплуатацию рекламной конструкции. Решение в письменной форме о выдаче разрешения или об отказе в его выдаче, согласно ч.14 ст.19 ФЗ «О рекламе», должно быть направлено органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа заявителю в течение двух месяцев со дня приема от него необходимых документов.

Таким образом, учитывая требования ч.ч.9, 14 ст.19 ФЗ «О рекламе», право на установку и эксплуатацию рекламной конструкции возникает у Рекламораспространителя только после выдачи разрешения на ее установку и эксплуатацию.

Следовательно, согласно условиям Проекта договора, Заявитель будет обязан вносить плату по договору в полном объеме с даты его заключения до даты выдачи соответствующего разрешения, хотя и не может фактически эксплуатировать земельный участок в целях заключенного договора по причинам, не зависящим от него самого.

Тем самым, по мнению Заявителя, одна из сторон (Министерство) имеет более выгодное положение при заключении договора по итогам Аукциона, что не может считаться свободным волеизъявлением сторон и противоречит нормам ст.ст.1, 10, 421 ГК РФ и п.9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». Организатор аукциона, заведомо зная о таких условиях и включив их в аукционную документацию обязательства слабой стороны платить по договору с момента его заключения, своими действиями создает преимущество одной из сторон, что недопустимо в соответствии с нормами ФЗ «О защите конкуренции» (ст.17).

В). Кроме того, в каждом лоте в п.4.1 Проекта договора, являющегося частью аукционной документации, прописана серьезная ответственность и возможные убытки Рекламораспространителя, если рекламная конструкция создает риск причинения вреда жизни, здоровью граждан, а также имуществу третьих лиц (по любым основаниям). При этом, Министерство вправе самостоятельно организовать демонтаж такой рекламной конструкции без предварительного уведомления Рекламораспространителя, а все расходы Министерства по демонтажу, транспортировке, хранению и, в необходимых случаях, утилизации демонтированной рекламной конструкции, оплачивает Рекламораспространитель.

При этом из условий аукционной документации не ясно, о каких конкретно рисках идет речь, каким образом регламентирована процедура, которая оценивает указанные риски, определяет виновность конкретных лиц. Также непонятным является тот факт, почему расходы Министерства в данном случае должен оплачивать Рекламораспространитель и каким образом предусматривается возможность возмещения убытков Рекламораспространителя в случае возникновения обстоятельств, указанных в данном пункте Проекта договора.

Таким образом, указанный пункт Проекта договора содержит неясности и неопределенности ситуаций, в случае возникновения которых слабая сторона по договору несет самостоятельно возможные риски и убытки, не в силах до заключения договора повлиять на его условия, конкретизировать зоны ответственности сторон. Заявитель полагает, что тем самым Организатор аукциона нарушает права Заявителя, предусмотренные ст.ст.1, 10, 421 ГК РФ, что является нарушением ст.17 ФЗ «О защите конкуренции».

Г). Кроме того, в каждом лоте в п.4.2 Проекта договора, являющегося частью аукционной документации, указано, что Рекламораспространитель обязуется размещать

определенную информацию социального и иного некоммерческого характера. Законом о рекламе предусмотрены самостоятельные договорные отношения при размещении социальной рекламы. При этом из условий аукционной документации не представляется возможным установить, предусмотрено ли заключение с победителем торгов отдельного и самостоятельного договора на размещение социальной рекламы и если да, то каким образом можно предварительно ознакомиться с условиями этих возможных правоотношений.

Из настоящих условий договора очевидно, что для одной из сторон – Министерства, создаются более выгодные условия, которые позволяют ей на любых, ранее не оговоренных условиях, и по своему усмотрению, размещать социальную рекламу на объектах, за которые другая сторона обязана вносить определенные платежи и соблюдать ряд других обязательств.

Организатор аукциона, формулируя указанный пункт Проекта договора подобным способом, по мнению Заявителя, создает более сильному участнику торгов - Министерству преимущественные условия участия в торгах, что запрещено ст.17 ФЗ «О защите конкуренции» (Письмо ФАС России от 26.10.2012 №АК/35008 «О торгах на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций»).

Д). Кроме того, в каждом лоте Глава 5 Проекта договора, являющегося частью аукционной документации, называется «Ответственность сторон», а из фактического содержания всех семи пунктов этой главы однозначно можно определить, что ответственность разного характера предусмотрена только у Рекламораспространителя. Таким образом, получается, что Проектом договора не предусмотрена ответственность Министерства как одной из сторон правоотношений, что, по мнению Заявителя, является нарушением разумных коммерческих стандартов честной деловой практики.

Организатор аукциона, формулируя указанную главу Проекта договора подобным способом, по мнению Заявителя, создает более сильному участнику торгов - Министерству преимущественных условий участия в торгах, что запрещено ст.17 ФЗ «О защите конкуренции» (Письмо ФАС России от 26.10.2012 №АК/35008 «О торгах на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций»).

Таким образом, соответствии с п.10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 при рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий должны оцениваться спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела. Так, в частности, определяется фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняется, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывается уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.

В случае неясности условий договора и невозможности установить действительную общую волю сторон с учетом цели договора, в том числе исходя из текста договора, предшествующих заключению договора переговоров, переписки сторон, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев, а также последующего поведения сторон договора (ст.431 ГК РФ), толкование условий договора должно осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия (п.10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16).

Согласно п.5 ст.19 ФЗ «О рекламе» заключение договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции осуществляется в соответствии с нормами ФЗ «О рекламе» и гражданского законодательства. Кроме того, необходимость заключать подобные договоры на землях или земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, закреплена в п.2 ст.39.36 Земельного Кодекса РФ с отсылочной нормой на ФЗ

«О рекламе». В соответствии с п.5.1 ст.19 ФЗ «О рекламе», заключение указанного договора на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящемся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на основе торгов (в форме аукциона или конкурса), проводимых органами государственной власти, органами местного самоуправления или уполномоченными ими организациями в соответствии с законодательством РФ (например, в соответствии со ст.ст. 447 – 449.1 ГК РФ).

Следовательно можно сделать выводы, что заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций имеет свою, специальную процедуру – торги, которую проводят специальные органы власти или уполномоченные ими организации на условиях, определяемых именно этими органами (организациями). При такой ситуации Заявитель полагает, что правомерно считать Организатора аукциона в доминирующем положении по сравнению с Заявителем.

Включение в Проект договора явно несправедливых договорных условий, ухудшающих положение более слабой стороны в договоре (Заявителя), оспаривание которого осложнено особенностями процедуры, предусмотренной действующим законодательством, ставит вторую сторону отношений (Министерство) в более выгодное положение и позволяет последнему извлечь необоснованное преимущество. (Определение ВАС РФ от 16.06.2014 № ВАС-5467/14 по делу № А53-10062/2013, Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.01.2014 №11535/13, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.02.2015 № Ф04-15730/2015 по делу № А03-10532/2014).

Все аукционная документация и сам Проект договора являются элементом процедуры проведения торгов. Не обжалованный на стадии размещения информации о торгах Проект договора подлежит безоговорочному подписанию лицом, победившим на торгах или по результатам торгов. Составление протокола разногласий к Проекту договора, или осуществление каких-либо других действий, направленных на защиту своих прав, и с целью повлиять на условия предлагаемого к заключению договора, не предусматривается аукционной документацией к настоящему Аукциону.

Таким образом, проанализировав вышеуказанные спорные пункты аукционной документации в совокупности, Заявитель считает, что Организатор аукциона злоупотребляет своим доминирующим положением, включая в Проект договора заведомо невыгодные для контрагента условия, от которого победитель торгов не может отказаться. Победитель Аукциона вынужден принять все условия, присоединившись к договору без фактического своего волеизъявления по спорным пунктам. Все указанные выше спорные условия Проекта договора нарушают баланс интересов сторон, что является недопустимым и, одновременно, важным для Заявителя как слабой стороны при принятии решения об участии в Аукционе.

Антимонопольному органу, оценивая такие действия (бездействие) как злоупотребление доминирующим положением, следует учитывать положения ст.10 ГК РФ, ч.2 ст.10, ч.1 ст.13 ФЗ «О защите конкуренции», и, в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 03.08.2016 № Ф04-2932/2016 по делу № А46-10433/2015).

По требованию слабой стороны, применяя в частности положения статей 10, 169, 180, а также пункт 3 статьи 424 ГК РФ, суд вправе привести спорное условие договора в соответствие с разумными коммерческими стандартами честной деловой практики.

В силу п.3 ч.1 ст.23 ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган вправе выдавать федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим

функции указанных органов органам или организациям, обязательные для исполнения предписания.

Пунктом 2 ст.11 ГК РФ и гл.9 ФЗ «О защите конкуренции» предусмотрена возможность защиты гражданских прав в административном порядке в случаях, установленных законом. Антимонопольный орган, рассматривая дела о нарушениях антимонопольного законодательства, принимает решения и выдает предписания, направленные на защиту гражданских прав, нарушенных вследствие их ущемления, злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции.

Антимонопольный орган в соответствии с полномочиями, перечисленными в п.2 ч.1 ст.23 «О защите конкуренции», вправе включить в предписание указание на совершение конкретных действий, выполнение которых лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, позволит восстановить права других лиц, нарушенные вследствие злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции, в необходимом для этого объеме.

В соответствии с п.4 ст.17 ФЗ «О защите конкуренции» нарушение правил, установленных настоящей статьей, является основанием для признания судом соответствующих торгов и заключенных по результатам таких торгов сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа.

На основании вышеизложенного и руководствуясь ст.18.1 ФЗ «О защите конкуренции»,

ПРОСИМ:

1. Принять и рассмотреть жалобу на действия (бездействия) Организатора торгов и содержание аукционной документации, провести проверку вышеуказанных обстоятельств.
2. Обязать Организатора торгов приостановить указанные торги до момента вынесения решения по данной жалобе.
3. Признать в действиях Организатора торгов нарушение федерального закона №135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции», федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».
4. Признать жалобу обоснованной, а действия государственного казенного учреждения Свердловской области «Фонд имущества Свердловской области» по проведению торгов на право на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций, расположенных на территории муниципального образования «город Екатеринбург», проведение которого назначенного на 21.21.2016г., незаконными.
5. Выдать Организатору торгов обязательное для исполнения предписание об устранении нарушений действующего законодательства, в том числе внести изменения в аукционную документацию в части уменьшения задатка за участие в торгах, и в проект договора, в части установленных рассмотрением жалобы требований о балансе интересов сторон.
6. Отменить аукцион как нарушающий положения федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» и №135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции».

Приложение:

1. Извещение о проведении торгов.
2. Проект договора.
3. Доверенность представителя.

Директор ООО «Виджет»

