ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ДЕЛА № 05-04/1-2019

18.03.2019

г.Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

<...> – заместителя руководителя управления, председателя Комиссии;

<...> – начальника отдела контроля органов власти, члена Комиссии;

<...> – ведущего специалиста-эксперта отдела контроля органов власти, члена Комиссии;

<...> – специалиста-эксперта отдела контроля органов власти, члена Комиссии,

в отсутствие на заседании Заявителя – <...>;

в присутствии на заседании представителей Ответчика – акционерного общества «Омская топливная компания» (далее – АО «Омская топливная компания», Ответчик, Общество) – генерального директора АО «Омская топливная компания» <...>, <...> (доверенность от 30.11.2018 б/н, личность удостоверена паспортом);

в отсутствие заинтересованного лица открытого акционерного общества «Российские железные дороги» в лице филиала Западно-Сибирского территориального центра фирменного транспортного обслуживания,

рассмотрев дело № 05-04/1-19 по признакам нарушения АО «Омская топливная компания» (ул. Фрунзе, д. 52, г. Омск, 644043) части 1 статьи 17 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

руководствуясь статьей 48.1 Закона о защите конкуренции,

УСТАНОВИЛА:

1. В Управление Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) поступили заявления <...> (вх. Омского УФАС России от 19.11.2018 № 10079э, от 21.11.2018 № 10187) на действия АО «Омская топливная компания» при осуществлении закупки на право заключения договора на оказание услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования способом у единственного поставщика (извещение № 31807119775 размещено на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок zakupki.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее – Закупка у единственного поставщика)).

Из обращения Заявителя следует, что АО «Омская топливная компания» на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок zakupki.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее – ЕИС) 08.11.2018 размещено извещение о проведении Закупки у единственного поставщика.

В соответствии с протоколом № 2 закупки у единственного поставщика для нужд АО «Омская топливная компания» от 08.11.2018 открытое акционерное общество «Российские железные дороги» предлагает оказать услуги по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования.

Закупка у единственного поставщика проведена на основании пункта 1 части 1 статьи 7 положения о закупке товаров, работ и услуг акционерного общества «Омская топливная компания» (утверждено Советом директоров АО «Омская топливная компания» (далее – Положение о закупках), в соответствии с которым заказчик вправе осуществлять закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) в случае, если поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг относятся к сфере деятельности субъектов естественных монополий в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее – Закон о естественных монополиях).

Заявитель считает, что услуга по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования не относится к сфере деятельности субъектов естественных монополий, следовательно, Закупка у единственного поставщика является незаконной, так как направлена на ограничение конкуренции.

Рассмотрев указанные Заявителем доводы, Омское УФАС России обнаружило признаки нарушения антимонопольного законодательства, в связи с чем, приказом руководителя от 21.01.2019 № 5 возбуждено дело № 05-04/1-19 в отношении АО «Омская топливная компания» по признакам нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

2. В представленных АО «Омская топливная компания» в материалы дела письменных пояснениях (вх. Омского УФАС России от 27.11.2018 № 10388) Общество указывает следующее.

Открытое акционерное общество «Российские железные дороги» (далее – ОАО «РЖД») создано на основании постановления Правительства Российской Федерации от 18.09.2003 № 585 «О создании открытого акционерного общества «Российские железные дороги» и является субъектом естественной монополии в сфере грузовых железнодорожных перевозок.

В соответствии с указанным постановлением ОАО «РЖД» является собственником инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования и генеральным перевозчиком железнодорожным транспортом общего пользования.

Согласно приказу Федеральной службы по тарифам Российской Федерации от 29.12.2004 № 435-т «О включении (исключении) организаций в (из) Реестр(а) субъектов естественных монополий на транспорте» ОАО «РЖД» включено в реестр субъектов естественных монополий, как субъект, осуществляющий деятельность в сфере оказания услуг железнодорожных перевозок и услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования.

Учитывая, что доля оказания услуг по железнодорожным перевозкам и услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования превышает 65 процентов ОАО «РЖД» включено в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов в соответствии с приказом ФАС России от 14.06.2005 № 121 «О включении в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов».

Таким образом, осуществление Закупки у единственного поставщика и размещение в ЕИС извещения № 31807119775 не противоречит действующему законодательству, а именно Закону о закупках, Закону о естественных монополиях, соответствует пункту 1 части 1 статьи 7 Положения о закупках.

3. В результате проведенного анализа материалов настоящего дела, доводов представителей сторон Комиссия приходит к выводу о наличии в действиях АО «Омская топливная компания» нарушения антимонопольного законодательства ввиду следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Упомянутой нормой права установлен запрет на любые действия при проведении торгов, которые не только ограничили, но могут ограничить конкуренцию (формальный состав нарушения).

Согласно части 5 статьи 17 Закона о защите конкуренции положения части 1 настоящей статьи распространяются в том числе на все закупки товаров, работ, услуг, осуществляемые в соответствии с Федеральным законом 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 1 Закона о закупках целями его регулирования являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 статьи 1 названного Закона (заказчиков), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, 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.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, названным 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 названной статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Частью 2 статьи 2 Закона о закупках установлено, что положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования о 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.

Из содержания части 3.2 статьи 3 Закона о закупках следует, что неконкурентной является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 3 настоящей статьи. Способы неконкурентной закупки, в том числе закупка у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), устанавливаются положением о закупке.

Процедура выбора поставщика и заключения с ним договора, определяется требованиями положения о закупке заказчика, в котором, в том числе, отражаются условия применения закупки у единственного поставщика.

Комиссией установлено, что Обществом во исполнение требований Закона о закупках разработано Положение о закупках (размещено в ЕИС в реестре опубликованных положений о закупках – 08.10.2012, на момент проведения Закупки у единственного поставщика Положение о закупках версия 10 от 11.07.2018, опубликовано в ЕИС 16.07.2018).

В соответствии с пунктом 2 части 1.2 статьи 6 Положения о закупках закупки товаров, работ, услуг могут осуществляться без проведения торгов (неконкурентная закупка) у единственного

поставщика (подрядчика, исполнителя). Неконкурентной закупкой является закупка, условия осуществления которой не соответствуют условиям, предусмотренным частью 1.1 статьи 6 Положения о закупках.

Статья 7 Положения о закупках содержит перечень случаев проведения закупки товаров (работ, услуг) у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя).

Согласно пункту 1 части 1 статьи 7 Положения о закупках заказчик вправе осуществлять закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) в случае, если поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг относятся к сфере деятельности субъектов естественных монополий в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях».

В силу части 2 статьи 4 Закона о закупках заказчик размещает в единой информационной системе план закупки товаров, работ, услуг на срок не менее чем один год. Порядок формирования плана закупки товаров, работ, услуг, порядок и сроки размещения в единой информационной системе такого плана, требования к форме такого плана устанавливаются Правительством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 8 постановления Правительства Российской Федерации от 17.09.2012 № 932 «Об утверждении Правил формирования плана закупки товаров (работ, услуг) и требований к форме такого плана» (далее – Правила) может осуществляться корректировка плана закупок, в том числе в случае изменения потребности в товарах, работах, услугах, в том числе сроков их приобретения, *способа осуществления закупки и срока исполнения договора.*

Комиссия, изучив представленные в настоящее дело документы, и сопоставив с информацией, размещенной в ЕИС, установила, что план закупок товаров, работ, услуг на 2018 год (период с 01.01.2018 по 31.12.2018) размещен в ЕИС 27.12.2017. Все изменения в план (12 редакция плана закупки от 19.12.2018) размещены в ЕИС.

Согласно пункту 11 плана закупок товаров, работ, услуг на 2018 год (реестровый № 2170262242) запланирована закупка у единственного поставщика по оказанию услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования.

По результатам Закупки у единственного поставщика между АО «Омская топливная компания» и ОАО «РЖД» 14.11.2018 заключен договор № 83/198/18 по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования.

Как указывалось выше, Общество Закупку у единственного поставщика обосновало пунктом 1 части 1 статьи 7 Положения о закупках.

Согласно приказу Федеральной службы по тарифам Российской Федерации от 29.12.2004 № 435-т «О включении (исключении) организаций в (из) Реестр(а) субъектов естественных монополий на транспорте» ОАО «РЖД» включено в реестр субъектов естественных монополий, как субъект, осуществляющий деятельность в сфере оказания услуг железнодорожных перевозок и услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования.

В соответствии с абзацем 3 статьи 2 Федерального закона от 10.01.2003 № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» (далее – Закон о железнодорожном транспорте) под инфраструктурой железнодорожного транспорта общего пользования понимается транспортная инфраструктура, включающая в себя железнодорожные пути общего пользования и другие сооружения, железнодорожные станции, устройства электроснабжения, сети связи, системы сигнализации, централизации и

блокировки, информационные комплексы, систему управления движением и иные обеспечивающие функционирование инфраструктуры здания, строения, сооружения, устройства и оборудование.

Согласно абзацу 6 статьи 2 Закона о железнодорожном транспорте под *железнодорожным подвижным составом понимаются* локомотивы, грузовые вагоны, пассажирские вагоны локомотивной тяги и мотор-вагонный подвижной состав, а также иной предназначенный для обеспечения осуществления перевозок и функционирования инфраструктуры железнодорожный подвижной состав.

Согласно абзацу 11 статьи 2 Закона о железнодорожном транспорте под оператором железнодорожного подвижного состава, контейнеров (далее - оператор) понимается юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, *имеющие железнодорожный подвижной состав, контейнеры на праве собственности или ином праве и оказывающие юридическим или физическим лицам услуги по предоставлению железнодорожного подвижного состава, контейнеров для перевозок железнодорожным транспортом.*

Таким образом, Омское УФАС России приходит к выводу, что железнодорожный подвижной состав может находиться у владельца не только на праве собственности, тем самым круг потенциальных участников, способных оказать указанную услугу, становится шире.

Комиссия, проанализировав поступившие сведения и информацию, пришла к выводу, что услуга по предоставлению железнодорожного подвижного состава не отнесена к сфере деятельности субъектов естественных монополий, поскольку железнодорожный подвижной состав не является инфраструктурой железнодорожного транспорта.

В связи с чем, при осуществлении Закупки у единственного поставщика Заказчик неправомерно руководствовался пунктом 1 части 1 статьи 7 Положения о закупках.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте ОАО «РЖД» <http://www.rzd.ru> в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», услуги по предоставлению железнодорожного подвижного состава осуществляют также акционерное общество «Федеральная грузовая компания», публичное акционерное общество «ТрансКонтейнер», акционерное общество «Русская тройка».

Компании ООО «ТНК-ТРАСТ» (<http://tnktrust.ru>), ООО «Максима Логистик» (<https://maxima-logistic.ru>), ООО «ЭниКарго» (<http://any-cargo.ru>) также осуществляют услуги по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования.

В соответствии с частью 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции, Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, Омским УФАС России проведен анализ состояния конкуренции при закупках АО «Омская топливная компания» услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования у единственного поставщика.

По результатам проведения анализа состояния конкуренции на оказание услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава установлено следующее.

1. Временной интервал исследования определен периодом с 14.11.2018 по 13.02.2019.
2. Предмет закупки: предоставление железнодорожного подвижного состава.

Анализируемый рынок услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования относится к рынку, на котором такой способ закупки как закупка у единственного поставщика, не является обоснованным и может повлечь нарушение принципов закупочной

деятельности, установленных в части 1 статьи 3 Закона о закупках, в том числе ограничение конкуренции по отношению к хозяйствующим субъектам, оказывающим аналогичные услуги.

При наличии на рынке различных хозяйствующих субъектов, предоставляющих железнодорожный подвижной состав для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования, АО «Омская топливная компания» фактически создало условия, при которых необоснованно ограничило право иных хозяйствующих субъектов принять участие в закупке на конкурентной основе, что ставит их в неравное положение и ограничивает количество участников закупки.

Таким образом, Комиссия Омского УФАС России усмотрела в действиях АО «Омская топливная компания», выразившихся в проведении закупки способом закупки у единственного поставщика на право заключения договора на оказание услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования, создав ОАО «РЖД» преимущества и ограничив доступ иных хозяйствующих субъектов, оказывающих аналогичные услуги, к участию в закупке, признаки нарушения части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

На основании изложенного, Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дела № 05-04/1-19, учитывая совокупность имеющихся в деле доказательств, приходит к выводу о необходимости квалифицировать действия акционерного общества «Омская топливная компания», выразившиеся в осуществлении закупки у единственного поставщика на оказание услуг по предоставлению железнодорожного подвижного состава для осуществления перевозок грузов железнодорожным транспортом общего пользования (извещение № 31807119775), по части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.