

РЕШЕНИЕ

по делу 077/07/00-5515/2021 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договора

05.04.2021

г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры и порядка заключения договора (далее – Комиссия) в составе:

Председательствующего:

членов Комиссии:

в присутствии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Петролеум Трейдинг», АО «Промсырьеимпорт»;

рассмотрев жалобу ООО «Петролеум Трейдинг» (далее также — Заявитель) на действия АО «Промсырьеимпорт» (далее также — Заказчик) при проведении запроса котировок в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на оказание брокерских услуг на Санкт-Петербургской Международной Товарно-сырьевой Бирже для нужд Заказчика (реестровый № 32110104370) (далее- Закупка),

в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 18.07.2011 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

В Московское УФАС России поступила жалоба Заявителя на действия Заказчика при проведении Закупки.

Согласно доводам жалобы нарушение со стороны Заказчика при проведении процедуры выразилось в утверждении Закупочной документации, не соответствующей требованиям законодательства.

В соответствии с частью 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, по правилам настоящей статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по

результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с частью 2 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии могут быть обжалованы в антимонопольный орган лицами, подавшими заявки на участие в торгах, а в случае, если такое обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в торгах, также иным лицом (заявителем), права или законные интересы которого могут быть ущемлены или нарушены в результате нарушения порядка организации и проведения торгов.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом, действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в их числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Жалоба Заявителя отвечает требованиям части 10 статьи 3 Закона о закупках.

Заявитель ссылается, что Заказчиком неправомерно проводится Закупка исключительно среди субъектов СМП, так как пунктами 7.1.2 , 7.1.3 Положения о закупке установлен ограниченный перечень случаев осуществления закупок товаров и услуг среди СМП.

В пунктах 7.1.4 и 7.1.5 Положения о закупках указаны условия при которых заказчик обязан и в праве проводить закупки только у МСП. В обоих случаях товар или услуга должны входить в утвержденный заказчиком перечень. Однако предмет закупки «оказание брокерских услуг на СпбМТСБ для нужд заказчика» классифицируется в ЕИС заказчиком по ОКДП2 услуга «66.12.12.000 Услуги по брокерским операциям с товарами» и не содержится в утвержденном заказчиком перечне товаров, работ, услуг, осуществляемых у МСП:

URL: <https://zakupki.gov.ru/223/purchase/public/gws/view/generalinformation.html?id=174876&style44=false&d-4027871-p=1>

В свою очередь, в соответствии с пунктом 2 части 8 статьи 3 Закона о закупках Правительство Российской Федерации устанавливает особенности

участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупке, осуществляемой отдельными заказчиками, годовой объем закупки, который данные заказчики обязаны осуществить у таких субъектов, порядок расчета указанного объема, а также форму годового отчета о закупке у субъектов малого и среднего предпринимательства и требования к содержанию этого отчета. Такие особенности могут предусматривать обязанность отдельных заказчиков осуществлять закупки, участниками которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства.

В соответствии с пунктом 8 Положения об особенностях участия субъектов малого и среднего предпринимательства в закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, годовом объеме таких закупок и порядке расчета указанного объема, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2014 № 1352 (далее — Положение о СМП), для проведения торгов, иных способов закупки, предусмотренных положением о закупке, в соответствии с подпунктом «б» пункта 4 указанного Положения заказчики обязаны утвердить перечень.

На заседании комиссии представитель Заказчика согласился с данным доводом жалобы, указав, что Заказчик не успел разместить новый перечень, в который был бы включен указанный вид деятельности.

Комиссия, изучив представленные документы, приходит к выводу об обоснованности данного довода жалобы и нарушении Заказчиком пунктов 7.1.2, 7.1.3 Положения о закупке, пункта 8 Положения о СМП.

Также заявителем обжалуется установление в качестве допуска к участию в закупке наличие опыта погрузо-разгрузочных работ и перевозки сжиженных углеводородных газов в специализированных вагонах для сжиженных углеводородных газов согласно пункту 3.13 Извещения о закупки.

Комиссия считает необходимым отметить, что предоставленное законом Заказчику право на самостоятельное определение критериев допуска заявок к участию в закупочной процедуре направлено на предоставление ему возможности выбора потенциального контрагента, наиболее полно отвечающего предъявляемым требованиям, а потому способного в наиболее короткие сроки обеспечить заказчика необходимыми ему качественными товарами, работами или услугами. В то же самое время, такое право Заказчика не является безусловным и безграничным и оканчивается тогда, когда вместо выбора наилучшего контрагента по объективным показателям такое право используется для целей искусственного сокращения количества участников закупки.

Кроме того, наличие у участников Закупки опыта выполнения договоров (кадровых ресурсов, материально-технических ресурсов) не может являться критерием допуска к участию в закупке в установленном Заказчиком виде, так как соответствие указанным требованиям не является гарантией надлежащего исполнения будущего обязательства по договору.

Кроме того Заявитель в своей жалобе указывает, что 2. В соответствии с п. 3.13 Извещения: «3.13. Участник закупки обязан иметь опыт погрузо-разгрузочных работ и перевозки сжиженных углеводородных газов в специализированных вагонах для сжиженных углеводородных газов». Однако биржевой брокер по правилам биржи самостоятельно не занимается погрузо-разгрузочными работами и перевозкой сжиженных углеводородных газов (далее - СУГ). Вместо этого, погрузо-разгрузочные работы и перевозку организует производитель своими силами, либо привлекая собственного перевозчика по поручению брокера.

Кроме того, в случае необходимости, брокер может привлечь стороннюю организацию для выполнения погрузо-разгрузочных работ транспортировки товара. Требования по обладанию непосредственно участником закупки опытом погрузо-разгрузочных работ и перевозки СУГ является избыточным, соответствие участника этому требованию никак не влияет на качество оказываемых услуг. Кроме того, пункт 1.10. положения о закупках заказчика содержит перечень обязательных требований которые могут предъявляться к участникам закупок, вышеуказанное требование в перечень не входит.

Вместе с тем Заказчиком не представлено обоснование соответствия указанных критериев аналогичности требования Технического задания.

Таким образом, комиссия приходит к выводам об обоснованности данного довода жалобы и нарушении заказчиком пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Также Заявитель не согласен с установлением требования к участникам об отсутствии у Участника закупки судебных споров с вертикально-интегрированными нефтяными компаниями согласно пункту 3.14 Извещения о закупке.

Заявитель пояснил, что в связи со спецификой биржевого договора у участников биржевых торгов возникают судебные споры с вертикально-интегрированными нефтяными компаниями (далее – ВИНК) в основном связанные с требованиями по простоям железнодорожного транспорта. Комиссия может проанализировать судебные дела крупнейших брокеров на СПБМТСБ из списка по ссылке https://spimex.com/participant/brokers/#oil_products и убедиться, что судебные споры с ВИНК являются обычной практикой участников торгов. Судебные споры с ВИНК никак не влияют на качество оказываемых услуг. Кроме того, судебные споры так же проходят между самими ВИНК.

Представитель Заказчика не согласился с указанным доводом жалобы Заявителя, пояснил, что указанные требования необходимы в связи с тем, что наличие указанных споров может потенциально увеличить сроки поставки необходимого товара.

Заказчик в подтверждение указанного довода ссылается на его правомочие по установлению специфической для каждого заказчика из числа субъектов,

осуществляющих свою деятельность в рамках Закона о закупках, набора требований к участникам и критериев их оценки.

Правомочие на установление требований к участникам процедуры напрямую следует из положений Закона о закупках, однако нельзя не учитывать, что все критерии и требования, которые предъявляются к участникам закупочных процедур, должны носить объективный, администрируемый и обоснованный характер.

Кроме того, указанным претензиям не дается надлежащая правовая оценка судом, возможно субъективное правоусмотрение Заказчика при направлении соответствующих претензий конкретным субъектам рынка, что не соотносится с принципами проведения закупочных процедур и равноправия участников гражданских правоотношений.

Таким образом, установление указанного требования в качестве обязательного ограничивает круг участников, поскольку несоответствие указанным требованиям, относящимся к деловой репутации, не подтверждает невозможность участника Закупки исполнять обязательства по договору, заключаемому по результатам Закупки.

Более того, критерий не является объективным и прозрачным и не позволяет учитывать фактически совершенное правонарушение, то есть степень опасности нарушения. Данный критерий является дискриминационным, потому как не позволяет дифференцировать нарушения, непосредственно связанные с нарушением обязательств, и иные нарушения. Кроме того, данный критерий не позволяет дифференцировать нарушения с точки зрения их опасности.

Кроме того, также Заявителем оспаривается следующее. Пункт 12 Технического задания содержит: «Брокер на основании договора, заключенного с Поставщиком, осуществляет организацию доставки Товара Клиента в цистернах парка ОАО «Российские железные дороги». Во-первых, вышеуказанное условие отличается и противоречит условиям пункта 3.7.7. проекта договора: «Брокер на основании договора, заключенного с Поставщиком, осуществляет организацию доставки Товара Клиента в цистернах парка ОАО «Российские железные дороги», либо в арендованных цистернах.

Согласно позиции представителя Заказчика, высказанной на заседании комиссии, указанные противоречия явились следствием технической ошибки в Закупочной документации. При этом Комиссия не может однозначно установить из указанных положений, в каких цистернах необходима поставка товара.

Право выбора принадлежности цистерн, в которых будет поставлен Товар, принадлежит Поставщику». Во-вторых, в соответствии с Правилами проведения организованных торгов в Секции «Нефтепродукты» АО СпбМТСБ, организацией транспортировки биржевого товара занимается

производитель, либо организатор транспортировки привлеченный производителем и покупатель биржевого товара не может предъявлять требования к принадлежности цистерн какому-либо парку. Данное требование заказчика противоречит правилам СПБМТСБ, если клиент хочет заключить договор на условиях отличающихся от условий СПБМТСБ, то ему следует заключать договор поставки, а не брокерский договор оказания услуг.

Ознакомившись с документами и материалами, Комиссия приходит к выводам об обоснованности данных доводов жалобы и нарушений заказчиком пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Заявитель также обжалует положение проекта договора, а именно противоречие в следующих положениях документации:

- в пункте 4.3. договора указано: «В случае исполнения Брокером поручения по более выгодной цене, чем указано в поручении, то полученная премия делится между Брокером и Клиентом в пропорции 0,1% (одну десятую процента) Брокеру и 99,9% (девятью девятью и девятью десятых процента) Клиенту касательно всего объёма сделки, если иное не обозначено в дополнительных соглашениях к Договору»;

- в пункте 9.2. договора указано: «Клиент оставляет за собой право по согласованию с Брокером продлить срок действия договора в случае, если на момент окончания срока действия договора услуги оказаны не в полном объеме».

Заявитель указал, что оспариваемые положения являются ограничивающими конкуренцию. Вместе с тем Заявителем на заседании Комиссии не доказан ограничивающий фактор указанных требований и не приведено доказательств того, что они влекут создание преимущественных условий конкретным участникам процедуры, в связи с чем указанные доводы с учетом имеющихся в настоящее время документов и сведений признаются Комиссией необоснованными.

Заявитель как податель жалобы в антимонопольный орган и лицо, участвующее в деле, обязан вместе с жалобой представить соответствующие его позиции доказательства, подтверждающие или опровергающие оспариваемые обстоятельства. Как следует из материалов дела, заявителем такие документы приложены не были, обоснований и объективных доказательств наличия в действиях заказчика нарушений, помимо субъективной оценки таких действий, не представлено.

При этом границы антимонопольного контроля торгов оканчиваются при достижении баланса частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П, а также стабильности публичных правоотношений. В то же самое время «баланс» означает равновесие и равноправие сторон в публичных правоотношениях, а не смещение вектора

административной защиты в сторону одного из участников таких отношений без достаточных к тому оснований.

Обратное будет противоречить не только балансу частных и публичных интересов, но и принципам добросовестной реализации и защиты своих гражданских прав (п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

На основании изложенного, Комиссия руководствуясь частью 20 статьи 18.1, пунктом 3.1 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции,.

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Петролеум Трейдинг» (ИНН 7736655834 ОГРН 1137746138441) на действия ФГУП «Внешнеэкономическое Объединение «Промсырьеимпорт» (ИНН 7704140399 ОГРН1027700499903) при проведении Закупки обоснованной в части.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3, пункта 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, пункта 8 Положения о СМП, пунктов 7.1.2 , 7.1.3 Положения о закупке.

3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенного нарушения.

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