

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-13970/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

20.09.2022

г. Москва

Комиссия Московского УФАС России по рассмотрению жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров (далее - Комиссия) в составе:

Председательствующего:

"....."

членов Комиссии:

"....."

"....."

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей от ".....", ".....", ".....",

рассмотрев жалобу "....." (далее также - Заявитель) на действия "....." (далее также - Заказчик) при проведении запроса предложений в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на оказание услуг по разработке сценария, созданию интерактивной презентации с мультимедийным аудиовизуальным контентом «Виртуальный технический тур по направлению бизнеса «Вывод из эксплуатации и обращение с сопутствующими РАО» для нужд АО «ТВЭЛ» (реестровый № 32211649678, далее — Закупка) (далее — Жалоба),

в соответствии со ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

### УСТАНОВИЛА:

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

В соответствии с пунктом 1 части 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» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством

Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно части 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.

Часть 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 пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках.

26.08.2022 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и Закупочная документация.

Начальная (максимальная) цена контракта установлена в размере — 13 938 666,66 руб.

Дата начала срока подачи заявок: 26.08.2022 00:00 (МСК).

Дата и время окончания срока подачи заявок (по местному времени заказчика): 05.09.2022 12:00 (МСК).

Заявитель в своей жалобе указывает, что 31.08.2022 посредством электронной площадки им был направлен запрос на разъяснение положений документации, ответ на который не был получен.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

Согласно пояснениям Заказчика, 31.08.2022 Организатором закупки был получен вопрос, размещенный на официальном сайте и на ЭТП, где Заявитель просит предоставить разъяснения относительно привлечения соисполнителей и согласования их Заказчиком. Заказчик отметил, что 02.09.2022 Организатором закупки был опубликован ответ на запрос разъяснений.

Комиссия отмечает, что согласно части 2, 3 статьи 3.2 Закона о закупках любой участник конкурентной закупки вправе направить заказчику в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом и положением о закупке, запрос о даче разъяснений положений извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке.

В течение трех рабочих дней с даты поступления запроса, указанного в части 2 названной статьи, заказчик осуществляет разъяснение положений документации о конкурентной закупке и размещает их в единой информационной системе с указанием предмета запроса, но без указания участника такой закупки, от которого поступил указанный запрос. При этом заказчик вправе не осуществлять такое разъяснение в случае, если указанный запрос поступил позднее чем за три рабочих дня до даты окончания срока подачи заявок на участие в такой закупке.

Таким образом, с учетом даты направления запроса Заявителя, ответ должен был быть предоставлен Заказчиком не позднее 05.09.2022.

Комиссией установлено, что 02.09.2022 10:42 (МСК) ответ на запрос разъяснений положений документации был опубликован на сайте Единой информационной системы в сфере закупок (<https://zakupki.gov.ru/>), а также ответ был опубликован 02.09.2022 10:41 (МСК) на сайте электронной торговой площадки ООО «Фабрикант.ру» (<https://www.etp-ets.ru/>).

При таких обстоятельствах, ответ на запрос разъяснений положений Закупочной документации был предоставлен Заказчиком в регламентированные сроки, предусмотренные статьей 3.2 Закона о закупках.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о необоснованности указанного довода жалобы.

Кроме того, по мнению Заявителя, Заказчик необоснованно ограничивает конкуренцию при проведении Закупки, поскольку пунктом В.1. проекта договора установлен запрет на привлечение субподрядных организаций для выполнения работ по предмету Закупки без предварительного письменного согласования Заказчика.

Комиссия, заслушав позицию сторон, проанализировав материалы, представленные на заседании Комиссии, приходит к решению о признании жалобы обоснованной в указанной части, на основании следующих фактических обстоятельств дела.

В соответствии с частью 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим 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 настоящей статьи правовыми актами, регламентирующими правила закупки (далее - положение о закупке).

В силу части 2 статьи 2 Закона о закупках положение о закупке является 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.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

В соответствии с пунктом В.1. проекта договора, привлечение соисполнителей – разрешается после предварительного согласования суб-исполнителя Заказчиком.

Согласно пункту В.2. проекта договора, особые условия – Исполнитель обязан иметь собственных или привлеченных сотрудников:

1. не менее 1 Режиссера;
2. не менее 1 Звукорежиссера;
3. не менее 1 Сценариста;
4. не менее 2 Графических дизайнеров;
5. не менее 1 Моушен дизайнера;
6. не менее 2 Программистов;
7. не менее 1 консультанта в области ядерных материалов и/или обращения с радиоактивными отходами и/или вывода из эксплуатации ядерных и радиационно опасных объектов.

Пунктом 3.3.1 проекта договора установлено, что если Особенными условия предусмотрено согласование соисполнителей Заказчиком, Исполнитель обязан получить письменное согласование Заказчика до привлечения каждого соисполнителя. Заказчик не вправе давать немотивированный отказ от согласования соисполнителя. Исполнитель обязан также получить согласование Заказчика при увеличении объема обязательств, передаваемых уже согласованному Заказчиком соисполнителю.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, пояснив, что в закупочной документации отсутствует запрет на привлечение соисполнителей.

Также Заказчик на заседании Комиссии отметил, что пункт 5.1 Тома 1 части 2 документации устанавливает, что если условиями договора допускается привлечение субподрядчиков/соисполнителей, выполняющих работы/оказывающих услуги для исполнения договора, то они должны соответствовать требованиям, установленным в документации в отношении участника закупки, в том числе в части обладания специальной правоспособностью. Заказчик указал, что участник вправе самостоятельно привлекать соисполнителей, при условии их соответствия требованиям закупочной документации. Кроме того, из пояснений Заказчика следует, что данное требование установлено в полном соответствии с Единым отраслевым стандартом закупок и приказом Госкорпорации «Росатом» от 27.06.2019 №1/624-П «Об установлении порядка проведения закупок, участникам которых могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства».

Комиссия считает необходимым отметить, что довод Заказчика об отсутствии ограничения конкуренции по отношению к участникам Закупки путем установления оспариваемых положений ввиду того, что такое требование предусмотрено для исполнителя расценивается Комиссией как несостоятельный, поскольку проект договора является неотъемлемым элементом закупочной документации и может

являться предметом антимонопольного контроля.

Кроме того, потенциальные участники ориентируются не только на требования документации, но и на условия договора, поскольку именно они являются мерилем возможностей и фактором, определяющим желание хозяйствующих субъектов участвовать в конкурентной процедуре.

Невыгодные условия договора могут являться сдерживающим обстоятельством при подаче заявок. Комиссия, оценивая доводы Заказчика, правомерно признала, что именно спорное условие проекта договора нарушает право исполнителя на свободу правоотношений с третьими лицами, то есть принцип свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Так, учитывая специфику предмета договора - разработка сценария, создание интерактивной презентации с мультимедийным аудиовизуальным контентом - исполнитель может столкнуться с необходимостью задействования труда физических лиц, к которым Заказчик не предъявляет специальных требований, в отличие, например, от тех лиц, которые являются непосредственными исполнителями договора и к которым такие требования предъявляются. Исполнение договора связано с получением результата за счет использования творческого, интеллектуального труда. Исполнитель вправе самостоятельно определять необходимость задействования лиц, которые могут способствовать ему в получении наилучшего результата. Наличие же требования об обязательном согласовании с заказчиком привлечения третьих лиц налагает на исполнителя чрезмерные, необоснованные ограничения и нарушает его права.

В соответствии с Законом о закупках, Заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Требования к субподрядным организациям устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно и не могут быть установлены Заказчиком в Документации. В этой связи наличие спорного требования может привести к различного рода злоупотреблениям и противоречит общегражданскому принципу равенства участников таких правоотношений (статья 1 ГК РФ).

Комиссия также отмечает, что в данном случае участники поставлены в зависимость от последующего немотивированного усмотрения Заказчика, поскольку критерии его согласия на привлечение субподрядчиков (третьих лиц) в документации не раскрыты.

Заказчику надлежало предусмотреть право исполнителя привлекать третьих лиц, поставив об этом в известность Заказчика, а не ставить возможность привлечения таких лиц в зависимость от его письменного разрешения.

В тоже время оспариваемое условие не может быть квалифицировано как носящее уведомительный характер, поскольку предоставляет Заказчику право не согласовать выбранного исполнителем субподрядчика.

Принципы равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки отнесены к основным принципам закупочной деятельности (пункт 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках). Наличие рассматриваемого требования в проекте договора упомянутым принципам не соответствует. То обстоятельство, что потенциальные

участники были заблаговременно ознакомлены с положениями документации, об отсутствии вмененного нарушения не свидетельствует, поскольку требования пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках действуют объективно и их соблюдение не поставлено в зависимость от осведомленности участников и иных лиц о содержании документации.

Комиссия считает, что ограничение возможности привлечения субподрядных организаций/соисполнителей по договору, заключаемому по результатам Закупки, является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору, что ограничивает количество участников Закупки.

Указанная позиция согласуется с позицией арбитражных судов, в том числе, по делу № А40-186596/2019 (оставлено в силе Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020).

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в Документации ограничения на привлечение субподрядчиков/соисполнителей без предварительного письменного согласия Заказчика противоречащими п. 2 ч. 1 ст. 3, части 10 статьи 4 Закона о закупках.

Вместе с тем принимая во внимание конкретные фактические обстоятельства дела, том числе то, что оспариваемое требование не является критерием допуска участника, а равно не ограничивает лиц в подаче заявки на участие в Закупке, Комиссия полагает возможным выдать Заказчику предписание о завершении процедуры без учета оспариваемого требования.

Комиссия, руководствуясь ч. 20 ст. 18.1, п. 3.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции,

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу "....." (ОГРН: "....."; ИНН: ".....") на действия "....." (ОГРН: "....."; ИНН: ".....") при проведении Закупки частично обоснованной.
2. Признать в действиях Заказчика нарушения пункта 2 части 1 статьи 3, части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении выявленных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев с даты его принятия.