РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-5414/2022 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

11.04.2022 **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 ООО «Снабженец - 2», ИТАР-ТАСС ,

рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее также - Заявитель) на действия ИТАР-ТАСС (далее также - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства на право заключения договора на выполнение работ по созданию фото- и видеоконтента для нужд ИТАР-ТАСС (реестровый №32211254018, далее — Закупка),

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.

По мнению Заявителя, Заказчик необоснованно ограничивает конкуренцию при проведении Закупки, поскольку пунктом 2.4.4. проекта договора установлено:

- Привлечь субподрядчиков, с применением материалов, приборов, оборудования Подрядчика/привлечённых субподрядчиков в соответствии с действующими стандартами и техническими условиями. При привлечении субподрядчиков Подрядчик обязан письменно согласовать работников, привлекаемых к выполнению Работ, в целях их проверки службой безопасности Заказчика.

Вместе с тем, Заявитель также указывает, что направил запрос о разъяснении, однако Заказчик разместил на площадке и сайте ЕИС ответ совершенно постороннего содержания, чем нарушил регламент разъяснений.

Комиссия, рассмотрев жалобу Заявителя приняла решение о признании

её обоснованной, исходя из следующих фактических обстоятельств дела.

Из пояснений представителя Заказчика следует, что условиями пункта 2.4.4. проекта Договора документации установлено право победителя закупки:

«2.4.4. Привлечь субподрядчиков, с применением материалов, приборов, оборудования Подрядчика/привлечённых субподрядчиков в соответствии с действующими стандартами и техническими условиями. При привлечении субподрядчиков Подрядчик обязан письменно согласовать работников, привлекаемых к выполнению Работ, в целях их проверки службой безопасности Заказчика.

Подрядчик несет ответственность перед Заказчиком за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств субподрядчиками. Привлечение субподрядчиков не влечет за собой изменения цены и объемов Работ по Договору. Субподрядчики, привлекаемые Подрядчиком, обязаны соответствовать требованиям законодательства РФ, в том числе иметь соответствующие лицензии на осуществляемые виды деятельности, если такие требования установлены отраслевым законодательством РФ.».

Таким образом, как пояснил Заказчик, проектом Договора предусмотрена возможность привлечения подрядчиком субподрядчиков и не накладывается запрет на подобное право победителя закупки.

Поскольку договор, заключаемый по результатам состоявшегося конкурса, как правило не подразумевает выполнения работ на Объекте Заказчика, согласование по привлечению субподрядчиков носит уведомительный характер в письменной форме со стороны Исполнителя. Однако, в связи с тем, что данная закупка проводилась в целях исполнения Заказчика коммерческих контрактов/договоров, иногда возникает необходимость организовать встречу с подрядчиком и субподрядчиком на Объекте Заказчика в целях оперативного разрешения возникающих вопросов по исполнению договора/контракта. Так как согласно Указу Президента РФ от 04.08.2004 № 1009 Заказчик является стратегическим предприятием федерального значения для прохождения на Объект необходимо письменное согласование в целях проверки личностей службой безопасности Заказчика. Именно с данной целью было внесено соответствующее условие в проект договора.

Комиссия отмечает, что доводы Заказчика о том, что данное требование установлено в целях проверки работников службой безопасности Заказчика оцениваются критически, поскольку в документации отсутствует указание, что данное требование установлено с целью

проверки работников службой безопасности, а также отсутствует какая-либо информация о процессе и порядке согласования с Заказчиком привлечения к выполнению обязательств по Договору работников третьих лиц (субподрядчиков), в том числе для прохождения на Объект.

Исполнитель будет производить фото и видеосъемку, а не работы на специальных объектах.

Учитывая специфику предмета договора, создание фото- и видеоконтента, 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 работников третьих лиц, учитывая что документация не содержит критерии и порядок оценки в части установленного требования, налагает на исполнителя чрезмерные, необоснованные ограничения и нарушает его права.

В соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Требования к субподрядным организациям устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно в соответствующем договоре, заключаемом между исполнителем и соисполнителем, и не могут быть установлены Заказчиком в Документации.

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 работников 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.

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 по делу № А40-186596/2019 (оставлено в силе Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020).

Кроме того согласно пункту 12.4 Проекта Договора Заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения Договора, письменно уведомив Подрядчика за 30 (тридцать) дней до предполагаемой даты расторжения.

- Заказчик вправе также отказаться от исполнения Договора в одностороннем порядке в следующих случаях:

- просрочки выполнения Подрядчиком работ более чем на 4 (Четыре) рабочих дня;

- нарушения иных существенных условий, определённых в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации и Договором;

- в иных случаях по усмотрению Заказчика

Таким образом, Заказчик вправе отказать исполнителю в привлечения работников субподрядчиков по любым причинам и мотивам, что создает риск неисполнения договора со стороны исполнителя, что в свою очередь может привести к одностороннему расторжению договора со стороны Заказчика.

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 число участников конкурентной процедуры Комиссия полагает возможным выдать Заказчику предписание о завершении процедуры без учета оспариваемого требования.

В части довода о том, что Заказчик разместил ответ на запрос Заявителя постороннего содержания, чем по мнению Заявителя нарушил регламент разъяснений, Комиссия отмечает следующее.

Заказчик пояснил, что им был своевременно подготовлен ответ на запрос Заявителя, о чем свидетельствует письмо, направленное Заказчиком специализированной организации для размещения ответа на запрос Заявителя.

Однако в связи с тем, что ответы по нескольким запросам подготавливались в одно время, при их размещении 30.03.2022 г. специализированная организация допустила техническую ошибку и на запрос Заявителя загрузила документ с ответом, адресованным другому лицу. Тем самым по разным запросам специализированная организация дважды загрузила один и тот же документ.

Заказчик в день размещения ответа на запрос выявил допущенную техническую ошибку, о чем уведомил специализированную организацию.

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 настоящей 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.

Вместе с тем, учитывая, что Заказчик согласился с допущенной технической ошибкой, комиссия усматривает в действиях Заказчика нарушение части 4 статьи 3.2 Закона о закупках.

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

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО «Снабженец-2» (ОГРН: 1207700133596; ИНН: 9717091103) на действия ИТАР-ТАСС (ОГРН: 1037700049606; ИНН: 7703082786) при проведении Закупки обоснованной.

2. Признать в действиях Заказчика нарушение ч. 3 статьи 3.2 Закона о закупках, п. 2 ч. 1 ст. 3, часть 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 со дня его принятия.