

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-8406/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

28.06.2023

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 «.....», «.....», «.....»,

рассмотрев жалобу «.....» (далее — Заявитель) на действия «.....» (далее — Заказчик) и «.....» (далее — Организатор закупки) при проведении открытого конкурентного отбора в электронной форме на право заключения договора на оказание услуг по производству учебных видеофильмов для нужд Публичное акционерное общество энергетики и электрификации «Мосэнерго» (реестровый № 32312487666, далее — Закупка),

в соответствии со статьей 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, закупочной 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» (в редакции, действующей на дату размещения Положения о закупках) (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, закупочной 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 пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках.

Согласно доводам жалобы, Заявитель не согласен с положениями проекта договора, регламентирующими возможность привлечения для выполнения работ по договору третьих лиц (субподрядчиков).

Также Заявитель указывает, что Организатором закупки нарушен срок размещения разъяснения положений документации.

Заказчик и Организатор закупки с доводами жалобы не согласились, представили письменные возражения и материалы, истребованные антимонопольным органом.

Проверив обоснованность доводов, приведенных в жалобе, в возражениях на нее и в выступлениях присутствовавших на заседании представителей участвующих в деле лиц, изучив материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

Согласно части 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.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках Заказчик при

осуществлении закупочной процедуры должен руководствоваться принципами равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки.

Заказчиком 14.06.2023 на официальном сайте zakupki.gov.ru размещено извещение о проведении Закупки.

Дата и время окончания подачи заявок — 22 июня 2023 г. до 10:00 ч. (по московскому времени).

Дата подведения итогов — до 11 августа 2023 г. (включительно).

Заявителем обжалуются положения проекта договора, регламентирующие порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств.

Разделом 1.5. Закупочной документации установлены требования к субподрядчикам (соисполнителям).

В силу пункта 1.5.2. Закупочной документации участники могут привлекать субподрядчиков (соисполнителей) при условии соблюдения требований к субподрядчикам (соисполнителям), установленных Документацией.

Пунктом 1.5.3 Закупочной документации установлено, что требования к Участникам (п. 1.4 Документации) также установлены к субподрядчикам (соисполнителям), привлекаемым Участником для исполнения договора.

Согласно пункту 1.5.4 Закупочной документации, участник должен представить в составе своей Заявки документы, подтверждающие соответствие предложенного субподрядчика (соисполнителя) требованиям, предъявляемым к Участникам, в том числе документы, указанные в форме 7.4.7 Документации.

В соответствии с пунктом 1.5.5 закупочной документации, установленные к привлекаемым для исполнения договора субподрядчикам (соисполнителям) требования, предъявляются в равной мере ко всем субподрядчикам (соисполнителям).

Пунктом 1.5.6 Закупочной документации установлено, что участник должен включить в свою Заявку подробные сведения обо всем объеме работ (услуг), который он предполагает закупить по субдоговорам, указав процент субдоговора к объему закупки, и привести подробную информацию о своих субподрядчиках (соисполнителях), которых он предполагает нанять для выполнения договора.

В силу пункта 1.5.7 Закупочной документации, участник должен представить в составе своей Заявки заполненную в соответствии с п. 7.4.3 Документации форму «Информация о субподрядчике».

Согласно пункту 1.5.8 Закупочной документации, участник должен представить в составе своей Заявки письма субподрядчиков, (соисполнителей), в которых указывается:

– что субподрядчик (соисполнитель) информирован о том, что Участник предлагает его привлечь в качестве субподрядчика (соисполнителя);

– что в случае признания Заявки Участника лучшей, субподрядчик (соисполнитель) готов обеспечить поставку товара, выполнение необходимых работ (оказания услуг), указанных в Заявке, в указанные сроки;

– что условия будущего договора между Участником и субподрядчиком (соисполнителем) согласованы.

В силу пункта 2.1.2 проекта договора исполнитель обязуется оказать услуги лично, если иное не будет дополнительно согласовано Сторонами.

При привлечении для исполнения своих обязательств по настоящему Договору третьих лиц (соисполнителей и консультантов), после получения согласия Заказчика в письменном виде, Исполнитель вправе передать третьему лицу сведения и документацию, полученные от Заказчика, только в объёме, необходимом для исполнения третьим лицом своих обязательств.

При этом Исполнитель несет ответственность перед Заказчиком за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств привлечёнными к исполнению настоящего Договора третьими лицами, в том числе в отношении соблюдения условий конфиденциальности, согласованных настоящим Договором.

По мнению Заявителя, вышеуказанное положение документации является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору и ограничивает количество участников закупки.

Заявитель указывает на то, что такие положения проекта договора, регламентирующие порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств Заказчиком специально включены для того, чтобы потенциальные исполнители отказались от участия в Закупке в связи с невозможностью взыскания затрат по договору из-за немотивированных несогласований Заказчиком третьих лиц (субподрядчиков) по неизвестным исполнителю критериям.

При этом Заказчик вправе своего письменного согласия не давать по любым причинам и мотивам, что ставит его в доминирующее и более выгодное положение, а Исполнителя — в состояние получения издержек и проблематичности их возмещения в суде.

Таким образом, исполнитель лишён возможности оперативно привлекать субисполнителей для исполнения условий договора.

Заявитель полагает, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении спорного требования к исполнителю, не соответствуют принципам равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки, которыми Заказчик обязан руководствоваться согласно пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Заказчик и Организатор закупки с доводами жалобы не согласились, пояснив, что в соответствии с частью 1 статьи 421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в заключении договора. В соответствии с частью 4 статьи 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон.

При этом Заказчик указал, что установленная пунктом 2.1.2 проекта договора обязанность согласования подрядчиком с заказчиком субподрядчиков,

привлекаемых к исполнению договора на выполнение работ, не является требованием, предъявляемым к участникам закупки, а относится к порядку исполнения договора, то есть согласование сторонами привлечения соисполнителей возможно только на стадии исполнения договора, а не на стадии допуска к участию в закупке или оценки заявок, что не может ограничивать конкуренцию.

Помимо этого, Заказчик и Организатор закупки в своих возражениях на жалобу Заявителя неоднократно указывают, что не ограничивают исполнителя по привлечению к оказанию услуг субподрядчиков, а лишь обязывают уведомить заказчика о таких субподрядных организациях для согласования информации, передаваемой третьим лицам. Данное условие в проекте договора не может ограничить право участника на участие в закупочной процедуре или предоставить кому-либо из участников преимущества. Само по себе оно не может свидетельствовать о нарушении равноправия среди участников, нарушения справедливости, о наличии дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. В Закупочной документации установлены требования исключительно к участникам закупки и к тем субподрядчикам, которых Заявитель пожелает сам привлечь к участию в закупке на стадии подачи заявки. Требований к соисполнителям, которых исполнитель будет привлекать на стадии исполнения договора, ни Закупочная документация, ни Техническое задание, ни форма договора не устанавливают.

Комиссия, изучив представленные материалы, считает необходимым отметить, что довод Заказчика об уведомительном характере оспариваемого условия договора расценивается как несостоятельный ввиду явного противоречия другим доводам и смыслу пункта 2.1.2 проекта договора. Данное условие не может быть квалифицировано как носящее уведомительный характер, поскольку предоставляет Заказчику право не согласовать выбранного исполнителем субподрядчика.

Комиссия также отмечает, что критерии согласия Заказчика на привлечение субподрядных организаций в документации не раскрыты, что ставит участников в зависимость от возможного последующего немотивированного усмотрения Заказчика.

Доводы Заказчика и Организатора закупки о том, что обязанность согласования подрядчиком с заказчиком субподрядчиков не является требованием, предъявляемым к участникам закупки, а относится к порядку исполнения договора, Комиссией расценивается как несостоятельный, поскольку проект договора является неотъемлемой частью закупочной документации и, таким образом, является 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.

Таким образом, оспариваемые условия проекта договора нарушают право исполнителя на свободу правоотношений с третьими лицами, то есть принцип свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации).

При этом Комиссия отмечает, что в соответствии с Законом о закупках Заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Требования к субподрядным организациям устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно.

Кроме того, Комиссия отмечает, что оспариваемая Закупка проводится среди субъектов малого и среднего предпринимательства. Таким образом, исполнитель в процессе осуществления обязательств по договору может столкнуться с необходимостью задействования труда физических лиц, к которым Заказчик не предъявляет специальных требований, в отличие от лица, являющегося непосредственным исполнителем по договору и к которому такие требования предъявляются. При этом, учитывая предмет Закупки, исполнение договора связано с получением результата за счет использования творческого, интеллектуального труда.

При этом, по мнению Комиссии, 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 этой связи наличие спорных требований может привести к различного рода злоупотреблениям и противоречит общегражданскому принципу равенства участников таких правоотношений (статья 1 ГК РФ).

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).

Именно спорные условия проекта договора нарушают право исполнителя на свободу правоотношений с третьими лицами, то есть принцип свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации), а не права заказчика.

Так, учитывая специфику предмета договора (услуги по производству учебных видеофильмов) 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.

Как было указано ранее, в соответствии с Законом о закупках заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Требования к

субподрядным организациям устанавливаются исполнителем по договору самостоятельно.

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.

На основании вышеизложенного, Комиссия пришла к выводу, что действия Заказчика, выразившиеся в установлении в документации требования о запрете на привлечение к выполнению работ по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

Таким образом, Комиссия признает жалобу Заявителя в указанной части обоснованной.

Относительно довода Заявителя, что Организатором закупки нарушен срок размещения разъяснения положений документации в ответ на запрос о даче разъяснений документации Заявителя, Комиссия установила следующее.

Частью 2 статьи 3.2 Закона о закупках любой участник конкурентной закупки вправе направить заказчику в порядке, предусмотренном Законом о закупке и положением о закупке, запрос о даче разъяснений положений извещения об осуществлении закупки и (или) документации о закупке.

В соответствии с частью 3 статьи 3.2 Закона о закупках в течение трех рабочих дней с даты поступления запроса, указанного в части 2 статьи 3.2 Закона о закупках, 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.

Согласно пункту 22 Извещения, дата окончания предоставления запросов о разъяснении положений Документации: 19 июня 2023 г. 10:00 ч. (по московскому времени).

При этом пунктом 2.2.3 Закупочной документации установлено, что в течение 3 (трех) рабочих дней с даты поступления запроса о даче разъяснений Организатор осуществляет разъяснение положений Извещения и/или Документации и размещает их на Электронной площадке с указанием предмета запроса, но без указания Участника, от которого поступил указанный запрос. Размещение разъяснений в ЕИС обеспечивает Оператор электронной площадки. Организатор вправе дополнительно разместить разъяснения положений Документации на сайте Организатора ([www.geh-zakupki.ru](http://www.geh-zakupki.ru)).

Как следует из материалов дела, Заявителем 16.06.2023 был направлен в адрес Организатора закупки запрос на разъяснение положений Закупочной

документации, вместе с тем ответ на запрос о даче разъяснений Документации Организатором закупки размещен 22.06.2023, то есть с нарушением сроков Закона о закупках и Документации.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что действия Организатора, не разместившего разъяснения положений Документации в установленные законодательством сроки, нарушают положения части 3 статьи 3.2 Закона о закупках.

С учетом изложенного Комиссия приходит к выводу об обоснованности доводов жалобы в указанной части.

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

### **РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу «.....» (ИНН: «.....», ОГРН: «.....») на действия «.....» (ИНН: «.....», ОГРН: «.....»), «.....» (ИНН: «.....», ОГРН: «.....») при проведении Закупки обоснованной.
2. Установить в действиях Заказчика и Организатора закупки нарушения пункта 2 части 1 статьи 3, части 3 статьи 3.2 Закона о закупках.
3. Выдать Заказчику и Организатору закупки обязательное для исполнения предписание об устранении допущенных нарушений.

Настоящее решение может быть обжаловано в Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.