

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/07/00-3617/2021 о нарушении**

**процедуры торгов и порядка заключения договоров**

**10.03.2021**

**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 представителей от ООО «Снабженец-2», ОАО «РЖД»,

рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее - Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее - Заказчик) при проведении конкурентного отбора в электронной форме на право заключения договора на оказание фото- и видеоуслуг для нужд Дирекции железнодорожных вокзалов – филиала ОАО «РЖД» (реестровый № 32110018424) (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.

Заявитель в своей жалобе обжалует положения Документации.

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.

Частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок 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.

20.02.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок и на официальном сайте ЭТПЗ было опубликовано извещение о проведении конкурентного отбора в электронной форме на право заключения договора на оказание фото- и видеослужб для нужд Дирекции железнодорожных вокзалов – филиала ОАО «РЖД» (реестровый № 32110018424).

Заявитель в своей жалобе обжалует положения Документация.

Представители Заказчика с доводами жалобы не согласились, представили письменные возражения и материалы.

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

По мнению Заявителя, следующие положения договора об ответственности исполнителя за ненадлежащее исполнение условий договора противоречат требованиям действующего законодательства:

«9.2. В случае утраты документации, переданной Исполнителю Заказчиком, неисполнения или ненадлежащего исполнения условий, предусмотренных разделом 5 настоящего Договора, Исполнитель возмещает Заказчику убытки и оплачивает штраф в размере 10% от цены настоящего Договора в течение 10 (десяти) календарных дней с даты предъявления Заказчиком соответствующего требования.

9.3. В случае нарушения сроков оказания Услуг по Заявке, сроков выполнения требования Заказчика, предъявленного в соответствии с пунктом 2.7. настоящего Договора, Исполнитель уплачивает Заказчику пеню в размере 0,1% от цены оказанных Услуг за каждый день просрочки в течение 10 (десяти) календарных дней с даты предъявления Заказчиком требования.

9.4. В случае ненадлежащего выполнения Исполнителем условий настоящего Договора, несоответствия результатов Услуг обусловленным Сторонами требованиям Исполнитель уплачивает Заказчику штраф в размере 1% от цены настоящего Договора.

В случае возникновения при этом у Заказчика каких-либо убытков Исполнитель возмещает такие убытки Заказчику в полном объеме.

9.10. В случае нарушения контрагентом сроков предоставления комплекта документов, указанных в Договоре, окончательный расчет за оказанные услуги производится в течение 90 календарных дней с даты предоставления документов.

В случае если Исполнитель является субъектом малого и среднего предпринимательства в случае нарушения сроков представления первичных учетных документов, предусмотренных настоящим Договором, исполнитель уплачивает неустойку в размере 2,3% от цены настоящего Договора за каждый день просрочки представления первичной учетной документации в течение 10 (десяти) календарных дней с даты предъявления Заказчиком требования.

9.11. В случае если Исполнителем не было своевременно восполнено Обеспечение в соответствии с пунктом 14.6. настоящего Договора Исполнитель оплачивает Заказчику штраф в размере 1% от суммы Обеспечения.

12.3. Расторжение настоящего Договора в одностороннем порядке (отказ от исполнения настоящего Договора) осуществляется путем

направления одной Стороной письменного уведомления об этом другой Стороне не позднее, чем за 30 (тридцать) календарных дней до даты прекращения действия настоящего Договора. Настоящий Договор считается прекращенным с даты, указанной в уведомлении о расторжении настоящего Договора.

12.4. В случае расторжения настоящего Договора (отказа от исполнения настоящего Договора) по инициативе Заказчика, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 12.5 настоящего Договора, или по причинам, за которые ни одна из Сторон не отвечает, оплате подлежат обоснованные, необходимые, фактически понесенные, документально подтвержденные Исполнителем расходы до даты получения Исполнителем уведомления о расторжении настоящего Договора или подписания соглашения о расторжении настоящего Договора.».

Комиссия отмечает, что согласно пункту 4 статьи 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предусмотрено законом или иными правовыми актами.

В соответствии с пунктом 1 статьи 330 ГК РФ неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Таким образом, законом предусмотрена возможность определения размера неустойки в договоре. При этом Закон о закупках не содержит каких-либо запретов в части установления уплаты неустойки.

В свою очередь, Комиссия отмечает, что Заявителем не представлено доказательств, свидетельствующих об ограничении конкуренции по отношению к участникам закупок установлением данных условий, учитывая при этом, что данные требования предъявляется исключительно к исполнителю по договорам в случае ненадлежащего исполнения им возложенных обязательств.

Кроме того, следует отметить, что принцип равноправия в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным Заказчиком требованиям, также не означает, что действия Заказчика повлекли

необоснованное ограничение конкуренции.

Таким образом, поскольку требования, установленные Заказчиком в целях исключения риска неисполнения договора, в равной мере относятся ко всем хозяйствующим субъектам, имеющим намерение принять участие в закупке, не приводят к нарушению антимонопольных запретов, то нарушения положений приведенных норм Закона о закупках отсутствуют.

Также, установлено оспариваемые положения не влияли на возможность подачи заявки Заявителем, а доводы жалоб носили исключительно предположительный (потенциальный) характер.

В то же время, Заявителем не было доказано, что оспариваемые положения Закупочной документации повлекли за собой нарушение его прав и законны интересов, так как он не являлся ни участником, ни победителем процедуры, следовательно, положения проекта договора документации никаким образом не могли к нему применяться.

Одновременно с этим Заявителем не представлены доказательства об ограничении конкуренции и невозможности принять участие в закупочной процедуре, а спорные требования проекта договора, в случае их несоблюдения исполнителем на этапе выполнения договора, подлежат разрешению в судебном порядке.

Кроме того, применение оспариваемых требований проектов договоров возникает исключительно в случае ненадлежащего исполнения обязательств по договору.

Вместе с тем споры, возникающие на этапе исполнения обязательств по договору являются гражданско-правовыми, а следовательно подлежат урегулированию в судебном порядке. Также необходимо отметить, что размер неустойки может быть изменен в судебном порядке по заявлению одной из сторон.

Комиссия подчеркивает, что 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).

Таким образом, Комиссия признает жалобу в части доводов о неправомерности установления в договоре неустойки необоснованной.

Также Заявитель обжалует положения проекта договора в части установления запрета на передачу третьим лицам оригиналов или копий документов, полученных от Заказчика. Заявитель указывает, что установление данного положения вводит запрет на предоставление Исполнителем компетентным государственным органам (например, ИФНС). По мнению Заявителя Заказчик фактически возлагает на Исполнителя запрет на исполнение законных требований государства и его органов, что не допускается действующим законодательством РФ

Согласно пункту 5.3 договора исполнитель обязуется не передавать оригиналы или копии документов, полученных от Заказчика в связи с настоящим Договором, третьим лицам без предварительного письменного согласия Заказчика.

Как пояснил представитель Заказчика, разделом 5 договора, в том числе пунктом 5.1 договора, регулируется охрана полученной от заказчика информации конфиденциального характера и запрет на использование этой информации для целей, не связанных с выполнением обязательств по настоящему договору.

Представитель Заказчика отметил, что данный пункт не запрещает исполнителю предоставлять оригиналы или копии документов, полученных от заказчика, контролирующим (надзорным) органам РФ. Обязанность по предоставлению вышеуказанных документов, закреплена соответствующими нормами Законов и иных нормативных актов РФ.

Положения спорного пункта договора распространяются на ситуации, когда исполнитель решит предоставить оригиналы или копии документов

(содержащих конфиденциальную информацию), полученных от заказчика иным хозяйствующим субъектам.

На основании вышеизложенного Комиссия признает довод Заявителя в части установления запрета на передачу третьим лицам оригиналов или копий документов, полученных от Заказчика, необоснованным.

Помимо этого Заявитель обжалует положения проекта договора регламентирующих порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств.

Согласно пункту 4.2 договора исполнитель не вправе привлекать к оказанию услуг по настоящему договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком.

Вместе с тем, в соответствии с положениями Закона о закупках, заказчик вправе установить требования исключительно к участникам закупки. Таким образом, 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.

Также, 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.

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

Таким образом, Комиссия признает данный довод обоснованным.

При этом Заказчик на заседании Комиссии указал на то, что на участие в процедуре было подано 4 заявки (2 отражены в протоколе). Однако, Заявитель заявку не подавал.

На основании вышеизложенного Комиссия считает возможным выдать предписание Заказчику о заключении договора с победителем без учета требования о запрете привлечения к оказанию услуг по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком.

На основании изложенного, Комиссия, руководствуясь частью 20 статьи

18.1 Закона о защите конкуренции,

**РЕШИЛА:**

1. Признать жалобу ООО «Снабженец-2» (ИНН: 9717091103; ОГРН: 1207700133596) на действия ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727; ОГРН: 1037739877295) при проведении Закупки обоснованной в части довода о неправомерности установления требования о запрете привлечения к оказанию услуг по договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком, в остальной части — необоснованной.

2. Установить в действиях Заказчика нарушение пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках.

3 . Выдать Заказчику обязательное для исполнения предписание об устранении допущенных нарушений.

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