

## **РЕШЕНИЕ**

по делу № 077/07/00-5301/2023 о нарушении

процедуры торгов и порядка заключения договоров

04.05.2023 г. Москва

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

Председательствующего:

<...> — главного государственного инспектора отдела антимонопольного контроля торгов;

членов Комиссии:

<...> — ведущего специалиста эксперта отдела антимонопольного контроля торгов;

<...> — специалиста 1 разряда отдела антимонопольного контроля торгов,

при участии посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Студия Ф», ПАО «Россети Московский регион»,

рассмотрев жалобу ООО «Студия Ф» (далее — Заявитель) на действия ПАО «Россети Московский регион» (далее — Заказчик) при проведении запроса предложений в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора на определение исполнителя на оказание комплекса услуг по подготовке фото- и видеоконтента, изготовлению видеограники и монтажу видеосюжетов для ПАО «Россети Московский регион» в области дополнительных услуг (реестровый № 32312273493, 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.

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

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.

Комиссией установлено следующее.

Заказчиком 10.04.2023 на официальном сайте [zakupki.gov.ru](http://zakupki.gov.ru) размещено извещение о проведении Закупки.

Дата и время окончания подачи заявок — 19.04.2023 в 11:00 по московскому времени.

Дата подведения итогов — 11.05.2023.

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

В силу пункта 6.1.7 Закупочной документации участник Закупки вправе привлечь к исполнению договора соисполнителей (субподрядчиков) в случае, если это

допускается положениями Гражданского кодекса Российской Федерации для соответствующего предмету договора виду гражданско-правового договора. При этом участник вправе предоставить в составе заявки документы, указанные в пункте 6.5. настоящей Документации о закупке. При непредоставлении комплекта документов в соответствии с п. 6.5. настоящей Документации, заявка данного участника будет рассматриваться и оцениваться только в отношении участника, на которого предоставлен соответствующий комплект документов.

Пунктом 6.5.1 Закупочной документации установлено, что участник Закупки вправе привлечь к исполнению договора соисполнителей (субподрядчиков) (в том числе и не являющихся субъектами МСП) в случае, если это допускается положениями Гражданского кодекса Российской Федерации для соответствующего предмету договора виду гражданско-правового договора. В случае если объем работ/услуг по договору субподряда превышает 5% от общего объема работ/услуг участник Запроса предложений готовит Заявку с учетом следующих дополнительных требований:

- в Заявку включаются копии подписанных с двух сторон соглашений о намерениях заключить договор, в случае признания Участника Победителем, между Участником и каждым привлекаемым субподрядчиком/соисполнителем, с указанием перечня, объема, стоимости и сроков, возлагаемых на субподрядчика/соисполнителя соответственно работ/услуг.

- Заявка должна включать сведения, подтверждающие соответствие каждого субподрядчика/соисполнителя установленным в соответствии с разделом 6.2. настоящей Документации о закупке требованиям с предоставлением документов согласно подп. 2), 3), 4), 5), 7), 8) п. 6.3.2.1., п. 6.3.2.2. настоящей Документации. Предоставляемые субподрядчиком/соисполнителем формы, заполняются субподрядчиком/соисполнителем с указанием его наименования и наименования Участника Запроса предложений и заверяются подписью и печатью Участника.

- Заявка должна включать сведения о распределении объемов работ/услуг между Участником Запроса предложений и субподрядчиками/соисполнителями по установленной в настоящей Документации форме с соблюдением требований, установленных в настоящей Документации.

В силу пункта 3.8 проекта договора **привлечение третьих лиц (соисполнителей) для оказания услуг по Договору допускается только при наличии письменного согласия Заказчика.** В Договоре с соисполнителем должно быть предусмотрено право Заказчика проверять и наблюдать за деятельностью соисполнителя и за выполнением соисполнителем любых обязательств, принятых по Договору. Исполнитель осуществляет контроль за деятельностью соисполнителей и несет ответственность за их действия, а также за исполнение Договора в целом. Соисполнитель обязан выполнять требования Заказчика, аналогичные предъявляемым к Исполнителю. Исполнитель несет ответственность за то, чтобы оказываемые Услуги и соисполнители удовлетворяли требованиям Заказчика, действующим нормативным документам и Договору.

Согласно пункту 3.9 проекта Договора исполнитель предоставляет Заказчику информацию об отнесении привлекаемых субисполнителей к субъектам малого и среднего предпринимательства в момент заключения Договора (дополнительного соглашения о привлечении/замене субисполнителей), в том числе содержащую:

наименование, фирменное наименование, место нахождения, ИНН субисполнителей, информацию о предмете и цене заключаемых договоров с субисполнителями, общей стоимости договоров, заключаемых с указанными субъектами (пункт включается в случаях, предусмотренных Постановлением Правительства РФ от 11.12.2014 № 1352). По мнению Заявителя, вышеуказанные положения документации являются вмешательством в хозяйственную деятельность Исполнителя по договору и ограничивает количество участников закупки.

Заявитель указывает на то, что такие условия Заказчиком специально внесены 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, 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 с доводами жалобы не согласился, пояснив, что в соответствии с постановлением Президиума ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10 установлено, что требование о выполнении услуг с привлечением субподрядных организаций представляет собой условие о способе и порядке исполнения договора после проведения конкурса, поэтому включение этого условия в документацию о конкурсе не противоречит упомянутому положению части 2.1 статьи 34 Закона о размещении заказов (аналогичная норма установлена в части 6 статьи 3 ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»).

Кроме того, 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 участник вправе не привлекать субподрядные организации и правомочен оказать услуги по предмету закупки своими силами, либо привлечь субподрядные организации в процессе исполнения обязательств по предмету закупки по согласованию с контрагентом по договору на основании требований гражданского законодательства. Привлечение же третьих лиц к оказанию услуг без согласования с Заказчиком, по мнению Заказчика, приведет к тому, что услуги сможет оказывать фактически любое лицо, нанятое победителем закупки и не соответствующее требованиям Заказчика, установленным в аукционной документации, что противоречит смыслу выбора победителя конкурса и задачам Заказчика.

Также Заказчик отметил, что установленная пунктом 3.8 проекта договора, являющегося частью документации, 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.

Помимо этого, Заказчик в своих возражениях на жалобу Заявителя неоднократно указывает, что Заказчик не ограничивает исполнителя по привлечению к оказанию услуг субподрядчиков, а лишь обязывает уведомить заказчика о таких субподрядных организациях.

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

Довод Заказчика 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 (создание аудиовизуального произведения) 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.

Участники поставлены в известность от последующего немотивированного усмотрения организатора закупки, **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 обоснованной.

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 ООО «Студия Ф» (ИНН 7717662385, 1097746700490) на действия ПАО «Россети Московский регион» (ИНН 5036065113, ОГРН 1057746555811) при проведении Закупки обоснованной.**

**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 Арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.