

РЕШЕНИЕ по делу № 077/07/00-20224/2021 о нарушении процедуры торгов и порядка заключения договоров 22.11.2021 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 посредством видеоконференцсвязи представителей ООО «Снабженец2», ОАО «РЖД»; рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее — Заявитель) на действия ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора выполнения работ по созданию аудиовизуального произведения видеоролика, посвященного двенадцатилетию электропоезда «Сапсан» (реестровый № 32110774186, далее - Закупка), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), 2021-77093 2 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. В ходе заседания Комиссии от Заказчика поступило ходатайство об оставлении жалобы Заявителя без рассмотрения ввиду того, что Заявитель не

подавал заявку на участие в Закупке. Таким образом, по мнению Заказчика, законные права и интересы Заявителя не могут быть нарушены, поскольку он не является участником Закупки. Комиссией установлено следующее. 28.10.2021 на официальном сайте zakupki.gov.ru размещено извещение о проведении Закупки. Дата и время окончания подачи заявок — 15.11.2021 в 10:30 по московскому времени. Дата подведения итогов — 02.12.2021. Жалоба была подана Заявителем в Московское УФАС России 12.11.2021, то есть до окончания срока подачи заявок на участие в Закупке. Таким образом, Жалоба Заявителя отвечает требованиям частей 10 и 11 статьи 3 Закона о закупках, из телеологического толкования которых следует, что до окончания срока подачи заявок на участие в закупке, жалоба может быть подана любым потенциальным участником закупки. 2021-77093 3 При этом, Заказчиком не были предоставлены доказательства, свидетельствующие о том, что Заявитель не может быть участником Закупки. Кроме того, представитель Заявителя на заседании комиссии указал, что Заявитель не подавал заявку на участие в процедуре в связи с тем, что не был согласен с отдельными положениями документации, которые обжалует в настоящей жалобе. В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, названным Законом регламентирован и детерминирован порядок обжалования действий заказчиков лицами, не являющимися участниками, а также порядок и случаи обжалования действий заказчика лицами, принявшими участие в закупках и процессуальные поводы для обращения этих категорий лиц в антимонопольный орган является разными: участник закупки вправе обжаловать любые действия заказчика с учетом части 10 статьи 3 Закона о закупках на любой стадии, лицо, не подававшее заявку - лишь действия заказчика, хронологически предшествующие окончанию срока подачи заявок, поскольку именно до этой даты объявляется закупка, разрабатывается и размещается закупочная документация, заказчик обеспечивает информационное сопровождение, связанное с подачей заявок и т.д. и т.п. При таком положении лица, не являющиеся участниками закупки, не могут и не должны быть лишены права оспорить положения закупочной документации, но реализовать такое право, с целью обеспечения баланса интересов сторон и стабильности правопорядка, эти лица обязаны до окончания срока подачи заявок. Такой правовой подход отвечает и общей концепции проведения закупочных процедур, в частности положениям законодательства о контрактной системе, которым установлен аналогичный правопорядок, при котором лица, не подававшие заявки, вправе оспорить закупочную документацию в антимонопольном органе до окончания срока подачи заявок. Таким образом, вопреки доводам заявителя, Закон о закупках не связывает право на оспаривание закупочной документации с обязательным участием в ней. Законодатель связывает такое право исключительно со временем обращения в антимонопольный орган с соответствующей жалобой. Таким образом, ходатайство Заказчика не подлежит удовлетворению. В ходе рассмотрения жалобы Комиссией установлено следующее. Заявителем обжалуются положения проекта договора, регламентирующие порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств. Согласно пункту 4.2 проекта договора Подрядчик не вправе привлекать к выполнению Работ по настоящему Договору третьих лиц без письменного согласования с Заказчиком. По мнению Заявителя, вышеуказанное условие проекта договора является 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 торгах 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 2021-77093 4 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 4.2 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 своем возражении 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. Комиссия, изучив представленные Заказчиком материалы, считает необходимым отметить, что довод Заказчика об уведомительном характере оспариваемого условия договора расценивается как несостоятельный ввиду явного противоречия другим доводам Заказчика и смыслу пункта 4.2 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. 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, оспариваемое условие проекта договора нарушает 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 спорного требования 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 спорное условие проекта договора нарушает 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. 2021-77093 6 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. Вместе с тем, Комиссией принято во внимание, что на участие в конкурентной процедуре подано 19 заявок, в связи с чем процедура подлежит завершению без учета требований пункта 4.2 проекта договора. 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 «Снабженец-2» на действия ОАО «РЖД» при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора выполнения работ по созданию аудиовизуального произведения-имиджевого видеоролика, посвященного двенадцатилетию электропоезда «Сапсан» (реестровый № 32110774186), 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.