

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/07/00-18770/2021 о нарушении
процедуры торгов и порядка заключения договоров
25.10.2021 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 «Снабженец-2»; АО «ФПК»,

рассмотрев жалобу ООО «Снабженец-2» (далее - Заявитель) на действия АО «ФПК» (далее - Заказчик) при проведении конкурса в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства № 3739/ОКЭ-АО «ФПК»/2021 на право заключения договора выполнения работ по созданию аудиовизуального произведения – имиджевого видеоролика «Подготовка поездной бригады в рейс» и отчуждение исключительного права на него для нужд АО «ФПК» (реестровый № 32110712056) (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, 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 требованиями пункта 1 части 10 статьи 3 Закона о Закупках.

08.10.2021 на сайте Единой информационной системы в сфере закупок было опубликовано извещение о проведении закупки и закупочная документация.

Заявитель в своей жалобе выражает несогласие с требованиями, установленными в Закупочной документации, а именно положения проекта договора, регламентирующие порядок привлечения третьих лиц для исполнения обязательств.

Представитель Заказчика с доводами жалобы не согласился, представил письменные возражения и материалы.

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

В соответствии с частью 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.

Согласно пункту 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о закупке должны быть указаны установленные заказчиком требования к участникам закупки.

Так, пунктом 3.2.1 Проекта договора Приложения № 1.2 к конкурсной документации установлено, что Исполнитель вправе:

Досрочно выполнить Работы и сдать их результат Заказчику с предварительного письменного согласия Заказчика.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Проекта договора Исполнитель вправе:

Привлекать третьих лиц к исполнению своих обязательств по настоящему Договору, только с предварительного письменного согласия Заказчика.

В случае привлечения Исполнителем третьих лиц для исполнения своих обязательств по настоящему Договору, расчеты с такими третьими лицами, а также ответственность за действия/бездействие и надлежащее исполнение обязательств, привлеченных Исполнителем к исполнению обязательств по настоящему Договору третьих лиц, возлагается на Исполнителя.

По мнению Заявителя, вышеуказанное условие проекта договора является вмешательством в хозяйственную деятельность исполнителя по договору и ограничивает количество участников закупки. 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 считает, 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 Закон о закупках.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, пояснив, что в соответствии с закупочной документацией местом выполнения работ установлена прилегающая территория Вагонного участка Екатеринбург (г. Екатеринбург) и/или Вагонного участка Новосибирск-Главный (г. Новосибирск).

Так, Вагонный участок Екатеринбург (также как Вагонный участка Новосибирск-Главный) является структурным подразделением Уральского филиала акционерного общества «Федеральная пассажирская компания» (далее соответственно – Структурное подразделение, Филиал, АО «ФПК») создан в соответствии с приказом АО «ФПК» от 25 декабря 2009 г. № 3.

Согласно пункту 3.2 Положения о Вагонном участке структурное подразделение обязано, в том числе обеспечивать в пределах своей компетенции безопасность движения поездов, промышленную и экологическую безопасность, предупреждение и ликвидацию последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; обеспечивать безопасные условия и охрану труда, предупреждающие производственный травматизм, осуществлять меры социальной защиты работников Структурного подразделения и повышения культуры производства; обеспечивать установленный режим секретности, проводить мероприятия по противодействию иностранным техническим разведкам и технической защите информации при всех видах работ со сведениями, составляющими государственную тайну; при прекращении проведения работ, связанных с использованием сведений, составляющих государственную тайну, обеспечивать сохранность этих сведений и их носителей путем разработки и осуществления системы мер режима секретности, защиты информации.

Включение Заказчиком пункта 3.2.3 в проект Договора обусловлено обязанностью соблюдать требования, установленные ст. 4 Федерального закона от 09.02.2007 № 16-ФЗ «О транспортной

безопасности» (далее - Закон № 16-ФЗ). Согласно данной норме на Заказчика как на субъект транспортной инфраструктуры возложена обязанность по обеспечению транспортной безопасности объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств.

Включение условия о письменном согласовании участия третьих лиц при исполнении договора, предназначено для обеспечения сохранности режима секретности государственной тайны, исключения нанесения ущерба безопасности РФ, функционирования инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования и гарантирования безопасных для жизни и здоровья пассажиров условий перевозки в соответствии с требованиями, установленными в Законе № 17-ФЗ и Законе № 16-ФЗ.

При этом в случае отсутствия должного контроля третьих лиц, участвующих в исполнении Договора, Заказчик несет риск ущерба безопасности Российской Федерации, риск убытков и причинения вреда жизни и здоровью пассажиров, работников Заказчика и привлекаемых подрядчиков, риск расходов сохранности инфраструктуры железнодорожного транспорта.

Кроме того, Заказчик отметил, что поскольку оспариваемое Обществом условие проекта договора относится к порядку исполнения договора и не является требованием к участнику, то его установление не влечет ограничение конкуренции по отношению к участникам закупки.

Комиссия, считает необходимым отметить, что довод Заказчика, что оспариваемое условие договора не относится к требованиям Документации или к порядку и условиям проведения процедуры Комиссией расценивается как несостоятельный, поскольку проект договора является неотъемлемым элементом закупочной документации и может являться 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. Комиссия, оценивая доводы Заказчика, правомерно признали, что 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).

Так, учитывая специфику предмета договора, - создание аудиовизуального произведения – имиджевого видеоролика «Подготовка поездной бригады в рейс», - 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. В этой связи наличие спорного требования может привести к различного рода злоупотреблениям и противоречит общегражданскому принципу равенства участников таких правоотношений (статья 1 ГК РФ).

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 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. То обстоятельство, что потенциальные участники были заблаговременно ознакомлены с положениями документации, об

отсутствии вмененного нарушения не свидетельствует, поскольку требования пункта 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках действуют объективно и их соблюдение не поставлено в зависимость от осведомленности участников и иных лиц о содержании документации.

Указанная позиция согласуется с позицией арбитражных судов по делу № А40-186596/2019 (оставлено в силе Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020).

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 приходит к выводу о признании жалобы Заявителя обоснованной.

Вместе с тем, Комиссией Управления принято во внимание, что на участие в конкурентной процедуре подано 17 заявок, в связи с чем процедура подлежит завершению без учета требований пункта 3.2.3 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» (ИНН: 9717091103; ОГРН: 1207700133596) на действия АО «ФПК» (ИНН: 7708709686; ОГРН: 1097746772738) при проведении Закупки обоснованной.

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

3. Выдать обязательное к исполнению предписание об устранении выявленных нарушений.

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